

du système et arrive à la conclusion que l'embryon n'est pas juridiquement protégé par l'article 4 de la Convention américaine. L'État est par conséquent condamné et contraint d'autoriser la F.I.V. au niveau interne.

Pour certains, ceci met en évidence qu'il n'y a pas de dialogue mais qu'il s'agit plutôt d'un monologue (unidimensionnel) dans lequel la Cour interaméricaine aurait toujours le dernier mot (111). L'analyse du professeur Andriantsimbazovina est à ce sujet très pertinente : « l'autorité de la chose interprétée est l'autorité de l'interprétation des dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique par la juridiction habilitée à donner l'interprétation authentique de cette norme. Dans le cadre d'un dialogue entre les juges concernés, elle vise à faire prévaloir en dernier lieu l'interprétation authentique d'une norme constitutive d'un ordre juridique donnée par la juridiction habilitée à le faire sur l'interprétation fournie par d'autres juridictions chargées de l'application de la même norme » (112).

La Cour interaméricaine est l'interprète naturel et autorisé de la Convention américaine. Elle pose les bases d'un système commun de protection des droits de l'homme dans le continent qui ne peut se construire et jouir d'effectivité qu'avec les efforts des juges nationaux. Quant à savoir si l'interprétation de la Cour interaméricaine est correcte, pertinente ou adéquate, il s'agit là d'un autre débat.

(111) J. CONTESSÉ, « La última palabra ? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos », 2013, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, p. 15.

(112) J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 14.

THÈME 4 : QUEL(S) USAGE(S) DE LA QUESTION PRÉJUDICIELLE DEVANT LA COUR DE JUSTICE PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES ?

MARC BLANQUET (*) ET PIERRE ESPLUGAS-LABATUT (**)

Avec la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 *Jérémy F.* (1), les juristes internistes français ont pris conscience un peu brutalement et avec surprise que la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne pouvait s'appliquer non seulement aux juridictions ordinaires mais aussi à une Cour constitutionnelle. Il suffisait cependant de relire l'article 267 T.F.U.E. organisant le mécanisme de renvoi préjudiciel. Celui-ci dispose : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. [...] Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour ». Il existe donc, au vu de l'article 267 T.F.U.E., une obligation de procéder à un renvoi préjudiciel pour toute « juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ».

De surcroît, le temps n'est plus où l'on pouvait douter que la coopération préjudiciale ait vraiment vocation à concerner les cours constitutionnelles en signalant juste quelques rares exceptions. Désormais, ce dialogue préjudiciel est une réalité puisque l'on compte plus de trente questions préjudicielles adressées à la Cour de justice par des cours constitutionnelles. La surprise, en 2013, était donc plutôt que le Conseil constitutionnel, comme avant lui la Cour constitutionnelle italienne, entrât dans cette coopération alors qu'il avait expressément

(*) Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, directeur de l'IRDEIC.

(**) Professeur à l'Université d'Auvergne Clermont-Ferrand 1.

(1) Cons. const., 4 avril 2013, *Jérémy F.*, n° 2013-314 P QPC.

exclu, du moins dans certaines procédures, de le faire, ce que l'on avait peut-être précipitamment interprété comme un rejet général et définitif. Si ce texte se concentrera sur ce type de dialogue direct et balisé entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice, il ne faut pas négliger les multiples autres formes de communication entre elles. Si l'arrêt *Melki et Abdéli* du 22 juin 2010 (2) n'a pas été rendu sur question préjudicielle du Conseil constitutionnel, il est clair que celui-ci avait, par sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 sur les jeux en ligne (3), adressé pour le moins un message à la Cour, que celle-ci a parfaitement reçu, se référant dans son arrêt à l'interprétation du Conseil constitutionnel.

On peut ajouter que non seulement cours constitutionnelles et Cour de justice dialoguent désormais mais elles ont tout pour se comprendre. Il ne faut pas à cet égard négliger l'aspect humain. En 2009, Vassilios Skouris dénombrait plus de dix exemples de membres de la Cour de justice ayant appartenu à une Cour constitutionnelle nationale ou rejoignant ensuite une Cour constitutionnelle. Si l'on prend la composition actuelle de la Cour, six membres ont été juges dans la Cour constitutionnelle de leur pays, et deux ont présidé cette Cour. On peut ajouter que sept membres actuels de la Cour ont exercé des fonctions ministérielles et ont, à certains égards, un « profil » correspondant à celui, souvent, des membres de cours constitutionnelles. Lors du dernier Congrès des cours constitutionnelles européennes du 12 au 14 mai 2014 à Vienne, certains rapports nationaux soulignaient la présence en leur sein d'anciens membres de la Cour de justice. Par exemple, pour la Cour suprême irlandaise, un ancien juge et un ancien Avocat général.

Malgré le caractère impératif de la lettre de l'article 267 T.F.U.E., le postulat commun aux deux intervenants, l'un au profil d'interniste et de constitutionnaliste « classique », l'autre plus européeniste, adopté dans le cadre de cette communication est ainsi d'évacuer l'idée de hiérarchie dans les rapports entre cours constitutionnelles et la Cour de justice, une telle approche hiérarchisée étant inadaptée comme elle l'est également lorsque l'on veut envisager les relations entre le droit de l'Union et les constitutions des États membres. On peut donc considérer que le dialogue induit par le renvoi préjudiciel

(2) Aff. jtes C-188/10 et C-189/10.

(3) Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC.

s'établit aujourd'hui sur des bases de respect réciproque conformément aux thèses du « pluralisme juridique » (4).

La Cour de justice est très attachée à présenter le renvoi préjudiciel comme un instrument de dialogue entre juges, à caractère non contentieux, liée justement à l'absence de toute hiérarchie entre le juge national et la Cour de justice qui n'a rien d'une Cour suprême. C'est parce qu'il n'y a pas de hiérarchie qu'existe cette coopération. D'ailleurs, même si la logique fonctionnelle du mécanisme induit une acceptation de celui qui a choisi de poser une question vis-à-vis de la réponse proposée par l'instance dont il a, par-là, admis la compétence, il est toujours loisible au juge national d'interroger à nouveau la Cour, éventuellement pour l'inciter à modifier sa première réponse. La question n'est pas celle d'une hiérarchie ni normative, ni judiciaire, mais celle d'une répartition des compétences.

Pour autant, s'il existe donc désormais un usage relativement fréquent des questions préjudicielles par les cours constitutionnelles, on ne peut en rendre compte en tant que simple application tranquille d'une procédure impérative. Ces échanges préjudiciels restent très particuliers et ne peuvent être compris et interprétés que si l'on se rend compte que les cours constitutionnelles développent des stratégies propres vis-à-vis des questions préjudicielles (I – Pierre Esplugas-Labatut), le problème étant alors de savoir si celles-ci s'articulent de manière harmonieuse avec les stratégies identifiables dans les réponses préjudicielles de la Cour de justice (II – Marc Blanquet).

I. – STRATÉGIES DES COURS CONSTITUTIONNELLES

Les cours constitutionnelles qui ont décidé de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle ont dû élaborer différentes stratégies pour articuler au plan procédural le procès constitutionnel avec le renvoi préjudiciel (A). Ces stratégies procédurales se doublent de stratégies moins affichées de politiques jurisprudentielles aux termes desquelles les cours constitutionnelles trouvent un intérêt propre à saisir la Cour de justice (B).

(4) Voy. par ex. L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », in *Chemins de l'Europe. Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 443.

A. – *Stratégies procédurales*

Les stratégies procédurales développées par les cours constitutionnelles conduisent celles-ci à faire un usage, d'une part, plus ou moins important du renvoi préjudiciel selon les normes de référence en cause (1) et, d'autre part, réservé à certains types de contrôle (2).

1. *Usage quantitativement variable selon les normes de référence en cause*

La Cour d'arbitrage de Belgique, aujourd'hui Cour constitutionnelle, est la première des cours constitutionnelles à avoir renvoyé une question préjudicielle à la Cour de Justice (5). Elle est aussi la plus prolifique puisqu'à ce jour celle-ci a rendu plus d'une vingtaine d'arrêts de renvoi (6). Elle a été suivie en cela par la Cour constitutionnelle d'Autriche (7), la Cour constitutionnelle de Lituanie (8), la

(5) C.A. de Belgique, 19 février 1997, n° 6/97, *Rec.*, n° 1, janvier-février 1-8/97, pp. 77 et s.

(6) Au 1^{er} juin 2014, le nombre d'arrêts de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice est de 23 : arrêts n° 6/97 du 19 février 1997, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins ASBL c/ Gouvernement flamand, Gouvernement de la Communauté française, Conseil des ministres* ; n° 139/2003 du 29 octobre 2003, *Hugo Clerens, b.v.b.a. Valkeniersgilde, c/ Gouvernement wallon, Conseil des ministres* ; n° 124/2005 du 13 juillet 2005, *Advocaten voor de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad* ; n° 126/2005 du 13 juillet 2005, *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Ordre des barreaux flamands, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles / Conseil des ministres* ; n° 51/2006 du 19 avril 2006, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon / Gouvernement flamand* ; n° 12/2008 du 14 février 2008, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. / Gouvernement de la Communauté française* ; n° 131/2008 du 1^{er} septembre 2008, *Base NV, Euphony Benelux NV, Mobistar SA, Uninet International NV, T2 Belgium NV, KPN Belgium NV / Ministerraad* ; n° 103/2009 du 18 juin 2009, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier / Conseil des ministres* ; n° 128/2009 du 24 juillet 2009, *Exécution d'un mandat d'arrêt européen émis à l'encontre de I.B.* ; n° 30/2010 du 30 mars 2010, *Marie-Noëlle Solvay e.a. / Région wallonne* ; n° 133/2010 du 25 novembre 2010, *Inter-Environnement Bruxelles ASBL, Pétitions-Patrimoine ASBL, Atelier de Recherche et d'Action Urbaines ASBL / Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale* ; n° 149/2010 du 22 décembre 2010, *Belgische Petroleum Unie VZW e.a. / Belgische Staat* ; n° 49/2011 du 6 avril 2011, *Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires (ASBL), Olivier de Clippele / Gouvernement flamand* ; n° 50/2011 du 6 avril 2011, *All Projects & Developments NV e.a.* ; *All Projects & Developments NV e.a.* ; n° 110/2011 du 16 juin 2011, *Belgacom SA, Mobistar SA, KPN Group Belgium SA / État belge* ; n° 10/2012 du 25 janvier 2012, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbél) ASBL / Commission communautaire commune* ; n° 54/2012 du 19 avril 2012, *Industrie du bois de Vielsalm & Cie SA / Région wallonne* ; n° 116/2012 du 10 octobre 2012, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) / Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte* ; n° 119/2012 du 18 octobre 2012, *eickmans Turnhout NV / Walter Van Gastel Balen NV, Walter Van Gastel NV, Walter Van Gastel Lifestyle NV, Walter Van Gastel Schoten NV* ; n° 18/2013 du 21 février 2013, *Guy Kleynen / Conseil des ministres* ; n° 68/2013 du 16 mai 2013, *Isabelle Gielen / Conseil des ministres* ; n° 124/2013 du 26 septembre 2013, *Mohamed M'Boj / Conseil des ministres* ; n° 172/2013 du 19 décembre 2013, *KPN Group Belgium et Mobistar*.

(7) Cour const. d'Autriche, 10 mars 1999, *Adria-Wien Pipeline GmbH*.

(8) Arrêt de la Cour const. de Lituanie du 8 mai 2007 ayant donné lieu à l'arrêt de la C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Sabatauskas*, C-239/07, *Rec.*, p. I-7523.

Cour constitutionnelle italienne (9), le Tribunal constitutionnel espagnol (10) et, récemment, ce qui est notable compte tenu de son statut de « Cour leader », le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (11), précédé toutefois par le Tribunal constitutionnel d'un *Land* (12).

Cependant, ce mouvement récent tendant à ce que des cours constitutionnelles en Europe qui se refusaient à procéder à un renvoi préjudiciel désormais le fassent, ne doit pas masquer le fait que, finalement, la plupart ne saisissent pas encore la Cour de Justice et, lorsqu'elles le font, les saisines sont, à ce jour, à l'exception de la Cour constitutionnelle de Belgique, voire à un degré moindre, de la Cour constitutionnelle d'Autriche, très ponctuelles.

Sans rentrer à ce stade sur les raisons subjectives – ou psychologiques – qui conduisent à saisir ou pas la Cour de Justice, l'usage quantitativement variable du renvoi préjudiciel par les cours constitutionnelles s'explique au premier chef par des éléments objectifs qui sont les normes de référence en cause. Si celles-ci procèdent à un contrôle de conventionnalité en intégrant d'une manière générale les normes de l'U.E. comme norme de référence, les renvois préjudiciels en validité ou interprétation ont vocation par hypothèse à être mis en œuvre. De ce point de vue, les renvois préjudiciels exercés par la Cour constitutionnelle belge ou la Cour constitutionnelle autrichienne sont appelés à se multiplier. Si, au contraire, les cours constitutionnelles ont comme position de principe d'écarter le contrôle de conventionnalité, cela n'exclut pas mais réduit les hypothèses où elles doivent procéder à un renvoi préjudiciel. Ce dernier n'intervient que si la Constitution est le vecteur ou le support de normes particulières de l'Union dont il convient de faire application. Ce fut ainsi la motivation de la Cour constitutionnelle italienne pour justifier son revirement de jurisprudence de 2008. En ce sens, la Cour a dû appliquer l'article 117-1 de la Constitution italienne qui impose aux régions « le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnance communautaire et des obligations internationales ». À cet effet, l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi régionale impose

(9) Cour const. italienne, ord. 13 février 2008, n° 102 et 103.

(10) Trib. const. espagnol, ord. (*auto*) 9 juin 2011, n° 86/2011, *don Stefano Melloni*.

(11) Trib. const. fédéral allemand, 7 février 2014 (voy. *BVerfGE*, 14 janvier 2014, 2BvR 2728/13).

(12) Arrêt du *Staatsgerichtshof du Land de Hesse* ayant donné lieu à l'arrêt de la C.J.C.E., 28 mars 2000, *G. Bodeck*, aff. C-158/97.

nécessairement l'interprétation des obligations des régions découlant du droit de l'Union.

Une même lecture peut être tirée de la décision du Conseil constitutionnel français du 4 avril 20013 *Jérémy F.* relative à l'application du mandat d'arrêt européen. On sait que le Conseil constitutionnel se refuse d'une manière générale à procéder à un contrôle de conventionnalité des lois (13). Pourtant, celui-ci a été amené à saisir la Cour de justice dans la mesure où les règles législatives de ce mandat découlent d'une décision cadre du Conseil de l'Union européenne qui a été constitutionnalisées dans l'article 88-2 de la Constitution. L'application de règles du droit de l'Union dont la Constitution n'est que le vecteur justifie effectivement la saisine de la Cour de justice en cas de difficultés dans leur interprétation.

2. Usage réservé à certains types de contrôle

Le cadre posé par la Cour de justice est que les juridictions nationales ne sont habilitées à la saisir que « si un litige est pendant devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel » (14) (voy. *infra*, II). Dans ce cadre, le renvoi préjudiciel ne paraît pouvoir jouer tout d'abord que s'agissant d'un contrôle *in concreto*. *A contrario*, un contrôle abstrait est un contrôle objectif qui ne suppose pas nécessairement un « litige », ce qui semble ainsi l'exclure du champ du renvoi préjudiciel. Telle est d'ailleurs la position du Conseil constitutionnel français qui, à ce jour, a expressément rejeté, dans sa décision du 27 juillet 2006, qu'une question préjudicielle puisse être posée à la Cour de justice dans le cas d'un contrôle abstrait *a priori* prévu à l'article 61 de la Constitution (15). Il justifie logiquement à première vue cette position compte tenu de la brièveté des délais (normalement un mois) tels que résultant d'une obligation constitutionnelle (16).

(13) Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative aux jeux de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, spéc. cons. 16 ; Cons. const., 3 février 2012, n° 2011-217 QPC.

(14) Voy. par ex. : C.J.U.E., ord. 24 mars 2011, *Bengtsson*, aff. C-344/09, pt 18.

(15) Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC.

(16) Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, cons. 20 : « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ».

Toutefois, l'argument de la brièveté des délais est en fait tout aussi prégnant dans le cadre du contrôle *a posteriori* dans la mesure où la procédure préjudicielle classique devant la Cour de justice suppose un délai en moyenne de 15 mois opposé au 3 mois au maximum pour la procédure tirée de l'article 61-1 de la Constitution suivie devant le Conseil constitutionnel. S'il est cependant possible à un juge de renvoi de demander à la Cour de justice de statuer selon une procédure d'urgence ou accélérée, celles-ci ne permettent de s'approcher qu'imparfaitement des délais exigés en droit interne. Dans l'affaire *Jérémy F.*, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs dépassé ce délai de 15 jours malgré la célérité de la Cour ayant statué selon la procédure d'urgence. On peut avancer comme explication que, si le Conseil s'est cru autorisé à dépasser le délai de 3 mois, c'est parce que ceux-ci sont prévus, non par la Constitution, mais par une loi organique. Ainsi, en cas d'incompatibilité avec le mécanisme européen de renvoi préjudiciel, le juge constitutionnel pourrait de manière spécifique écarter cette loi organique comme dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité classique. Pour satisfaire la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel » (17), une solution est de considérer aussi que, comme pour un délai de prescription, le sursis à statuer entraîne une suspension des délais d'action. On peut en effet considérer, avec le professeur Marc Verdussen, que les délais impartis sont généralement des délais d'ordre et non de rigueur de telle sorte que leur dépassement n'entraîne pas de sanction (18).

Sans rentrer dans la discussion sur la nature du contrôle en cause, abstrait ou concret, le renvoi préjudiciel est ensuite ouvert aux cas où la Cour constitutionnelle arbitre des conflits de compétence entre le pouvoir central et des collectivités infra-étatiques. On est bien effectivement dans ce cas de figure en présence d'un « litige » qui a conduit

(17) C.J.U.E., *Melki et Abdeli*, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, préc., spéc. pt 56.

(18) M. VERDUSSEN, « Le dialogue entre Cour constitutionnelle et Cour de justice de l'Union européenne : vers une justice post-nationale ? », *Communication du IX^e Congrès mondial de droit constitutionnel*, Oslo, 16-20 juin 2014. Le professeur Verdussen s'appuie sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais selon laquelle si les justiciables ont effectivement droit à ce que leur cause soit entendue avec célérité, ils ont également droit à ce que justice soit rendue à bon escient sans que cela se fasse au détriment de l'interprétation et de l'application correcte de normes juridiques (arrêt du 18 février 2009 cité par L. BURGORGUE-LARSEN, « Cour de justice et cours constitutionnelles », in G. GUIDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES [dir.], *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 284).

spécialement la Cour d'arbitrage, ou aujourd'hui constitutionnelle, belge (19) ou la Cour constitutionnelle italienne (20) à procéder à un renvoi préjudiciel. En l'occurrence, le procès revêt bien une nature contentieuse portant sur une compétence qu'une communauté linguistique ou une région revendique ou que l'État leur dénie et autorisant ainsi un renvoi préjudiciel devant la Cour.

Le cadre posé par la Cour de justice permet enfin d'inscrire le renvoi préjudiciel aussi bien dans le cas d'un recours constitutionnel par voie d'action (cas des renvois préjudiciels engagés par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand dans une procédure de recours constitutionnel direct (21) et le Tribunal constitutionnel espagnol au cours d'un recours d'*amparo* (22)) que par voie d'exception (cas de la QPC devant le Conseil constitutionnel français (23)). Pourtant, la Cour constitutionnelle italienne dans son revirement de 2008 réserve l'usage du renvoi préjudiciel au seul contrôle par voie d'action, en l'espèce contre une loi régionale pour manquement à ses obligations communautaires (24). Une explication avancée est que, dans le cadre d'une procédure par voie d'exception (*via incidentale*), le juge ordinaire chargé du contentieux est en mesure de procéder à ce renvoi préjudiciel. Au contraire, dans le cadre d'un contrôle par voie d'action (*via principale*), seule la Cour constitutionnelle, faute de juge intermédiaire *a quibus*, est en mesure de procéder à ce renvoi. Cependant, cette restriction se heurte à l'argumentation selon laquelle si la Cour se réclame « juridiction » au sens aujourd'hui du T.F.U.E., elle l'est tout autant dans le cadre du contrôle par voie d'action que celui d'exception.

Par ailleurs, le cadre procédural fixé par la lettre de l'article 267 T.F.U.E. paraît devoir cantonner le renvoi préjudiciel à un litige concernant une question d'interprétation ou de validité du droit de l'Union. C'est cette délimitation de bon sens qui a conduit, dans un premier temps, le Tribunal constitutionnel espagnol à refuser de pratiquer un renvoi préjudiciel compte tenu du fait qu'un tel litige n'était

(19) Voy. par ex. : arrêts de la Cour d'arbitrage belge n° 120/98 du 3 décembre 1998, pts B. 3. 3. et B. 3. 4., et du 19 avril 2006, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*.

(20) Cour const. italienne, ord. n° 102 et 103, 13 février 2008.

(21) Trib. const. fédéral allemand, 7 février 2014 (voy. *BVerfGE*, 14 janvier 2014, 2BvR 2728/13).

(22) Trib. const. espagnol, ord. (*auto*) 9 juin 2011, *don Stefano Melloni*, n° 86/2011.

(23) Cons. const., 4 avril 2013, *Jeremy F.*, n° 2013-314P QPC.

(24) Cour const. italienne, ord. 13 février 2008, n° 102 et 103.

pas un litige d'ordre constitutionnel (25). Toutefois, cette appréciation ne vaut pas dans le cadre d'un litige constitutionnel *in concreto*, comme le recours d'*amparo*, dans lequel peut bien se poser une question liée à l'interprétation ou la validité du droit de l'Union. C'est pourquoi le Tribunal constitutionnel espagnol est revenu logiquement sur sa jurisprudence dans un second temps dans l'affaire *Melloni* concernant un litige touchant à l'interprétation et la validité du mandat d'arrêt européen (26).

B. – Stratégies politiques

Par une première approche, une question préjudicielle posée par une Cour constitutionnelle répond à la volonté d'assurer le respect du droit de l'Union tel qu'il peut découler d'une exigence constitutionnelle (27). Au-delà de cette volonté élémentaire, la mise en œuvre du renvoi préjudiciel par les cours constitutionnelles répond aussi à des considérations de politique jurisprudentielle. Il apparaît ainsi, d'une part, que certaines d'entre-elles ont su tirer parti d'une telle procédure pour conforter indirectement et opportunément leur position aux fins de légitimation de l'organe (1). D'autre part, s'il est devenu habituel d'affirmer que le renvoi préjudiciel est une voie de droit permettant d'organiser le « dialogue des juges », on doit s'interroger sur les différentes motivations des cours constitutionnelles à jouer le jeu de ce dialogue (2).

1. Usage opportun du renvoi préjudiciel aux fins de légitimation

La légitimité repose au moins en partie, si l'on suit Max Weber, sur un consentement ou, si l'on suit Habermas, sur une coopération. Par le consentement et la coopération qu'il induit, l'article 267 T.F.U.E. peut de ce point de vue remplir cet office de légitimation. Cette disposition implique en effet une coopération entre deux organes, la cour constitutionnelle et la Cour de justice, et un consentement de la seconde à reconnaître la première comme « juridiction ». La saisine de la Cour de justice a donc un intérêt politique en vue de légitimer

(25) Trib. const. espagnol, 14 février 1991, STC n° 28/1991, FJ n° 7 ; 13 décembre 1993, STC n° 372/1993 ; 3 octobre 1994, STC n° 265/1994.

(26) Trib. const. espagnol, ord. (*auto*) 9 juin 2011, *don Stefano Melloni*, n° 86/2011.

(27) Sur ce point, voy. D. RITLÉNG, « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », in *Mélanges J. Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 589.

comme juridiction l'organe qui procède au renvoi et qui douterait de cette qualité.

Si cette question de la nature juridictionnelle ne s'est pas posée pour la plupart des cours constitutionnelles européennes, celle-ci a naturellement fait débat pour le Conseil constitutionnel français, au moins au début de la V^e République. Ce débat perdure aujourd'hui en doctrine compte tenu notamment du mode de nomination quasi-discretionnaire par des autorités politiques (28) sans exigence de qualifications juridiques (29) ou de la présence de membres de droit (30). L'admission, sans plus de précision et sans procéder à un examen par un faisceau d'indices concernant les modes d'organisation et de fonctionnement de l'organe de renvoi, de la recevabilité du renvoi préjudiciel par la Cour de justice dans son arrêt préjudiciel *Jérémy F.* vient donc opportunément confirmer en droit positif la qualité de « juridiction » du Conseil. Ce dernier se voit donc officiellement légitimé de l'extérieur en obtenant ce label (31).

2. Jouer le jeu d'un dialogue des juges ?

Si l'on suit les commentaires autorisés de la décision du Conseil constitutionnel *Jérémy F.* (32), celle-ci est présentée comme mettant en œuvre le fameux « dialogue des juges » selon la belle expression imaginée par Bruno Genevois (33). Il est vrai que les questions préjudicielles ont été conçues par principe d'une manière générale précisément comme un procédé de collaboration entre juridictions. Si cette parabole a pour mérite de dépasser l'approche vaine ou stérile des rapports entre juridictions internes et européennes sous un angle

(28) Le caractère discrétionnaire du mode de nomination par des autorités politiques a toutefois été atténué par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 conduisant à ce que les commissions des lois des assemblées parlementaires puissent s'opposer à la nomination de membres nommés à une majorité des 3/5^e des suffrages exprimés.

(29) Voy. par ex. : P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n° 5, <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-composition-du-Conseil.html>.

(30) Voy. par ex. notre communication 3^e journée Toulousaine sur la QPC, « Question sur la question (QSQ3) » et « Présidents de la République, QPC et justice constitutionnelle », Paris, L.G.D.J.-Lextenso, 2014, p. 101.

(31) X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ? », *RFD const.*, octobre 2013, n° 96, p. 917.

(32) Voy. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/A-la-une/juillet-aout-2013-premiere-question-prejudicielle-a-la-cjue.137573.html>.

(33) B. GENEVOIS, concl. in C.E. (ass.), 22 décembre 1978, *Min de l'Intérieur c/ Cohn Bendit*.

de hiérarchie ou de « domination-soumission » (34), tout serait-il pour autant idyllique ?

Rappelons au préalable qu'à ce jour ce dialogue a été dans un premier temps refusé par toutes les cours constitutionnelles et n'est accepté encore que par une minorité. Si les motivations de refus n'apparaissent pas toujours explicitement, certaines d'entre-elles se sont néanmoins exposées à livrer leur doctrine. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne se refusait, avant son revirement de 2008, de se qualifier d'organe juridictionnel national au sens du Traité C.E. au nom d'une prétendue spécificité de nature ontologique (35). La Cour mettait effectivement en avant sa fonction de garant de la Constitution qui la différencierait des autres juridictions classiques. Cette analyse faisait abstraction de toute confrontation aux critères structurels et fonctionnels retenus par la Cour de justice (36). En réalité, la doctrine était unanime pour considérer la position de la Cour comme une résistance directe à se voir imposer une solution de l'extérieur (37). Il s'agissait là sans doute de l'expression classique d'un nationalisme ou souverainisme juridique.

Aujourd'hui encore, de manière plus subreptice, la Tribunal constitutionnel fédéral allemand se situerait dans cette tendance. On sait pourtant que celui-ci a procédé à son premier renvoi préjudiciel par un arrêt du 7 février 2014. Cette innovation ne doit cependant pas occulter la position protectionniste adoptée par la Cour allemande dans deux arrêts rendus le 12 septembre 2012 (38) et le 18 mars 2014 (39) –

(34) En ce sens, à l'occasion du premier renvoi préjudiciel opéré par le Tribunal constitutionnel espagnol, le professeur Laurence Burgorgue-Larsen écrit : « Loin d'être un signe de faiblesse, voire de soumission, le renvoi équivaut à la manifestation d'une marque de puissance. Surtout, il démontre que le Tribunal décide d'abandonner les "controverses stériles" de "hiérarchies juridictionnelles". Nouer le dialogue et l'orienter, c'est concrétiser voire renforcer le pouvoir juridictionnel du garant de la Constitution », in « Viva el dialogo judicial ! », *RTDE*, 2012, p. 271.

(35) Cour const. italienne, déc. n° 13 de 1960.

(36) Les critères structurels et fonctionnels retenus par la Cour de justice sont en particulier l'exercice d'une fonction juridictionnelle, l'origine légale (ou constitutionnelle pourrait-on ajouter) de l'organe, son caractère permanent, le caractère obligatoire des décisions rendues, le caractère contradictoire de la procédure, indépendance vis-à-vis des autres organes de l'État (par ex. très tôt : C.J.C.E., 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65 ou C.J.C.E., 22 décembre 2010, *Koller*, aff. C-118/09, pt 22).

(37) Voy. les références doctrinales citées en italien par F. LAFAILLE, « Il y a toujours une première fois. À propos de l'application de l'article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne », *RTDE*, 2009, p. 459.

(38) Trib. const. fédéral allemand, 12 septembre 2012, *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1390/12 vom 12.9.2012.

(39) Trib. const. fédéral allemand, 18 mars 2014, *BVerfGe*, II. Senat, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvR 1824/12, 2 BvE 6/12, vom 18.3.2014.

donc dont l'un postérieur à celui procédant au renvoi préjudiciel – dans une affaire concernant le plan de sauvetage de la zone euro. En l'occurrence, la Cour allemande valide certes ce plan déduit du traité du 7 février 2012 établissant le mécanisme européen de stabilité (M.E.S.) et du traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire (T.S.C.G.) non sans avoir pris soin de conditionner leur applicabilité au respect des prérogatives budgétaires du *Bundestag*. Sans doute, aurait-on pu imaginer que la Cour de Karlsruhe vérifie auprès de la Cour de justice par voie de question préjudicielle que le traité établissant le mécanisme européen de stabilité autorise les restrictions destinées à préserver la souveraineté budgétaire du *Bundestag* comme celles du plafonnement de l'engagement financier de l'Allemagne ou l'exigence d'information du *Bundestag* et du *Bundesrat* qui pose pourtant une difficulté au regard des clauses de confidentialité inscrites dans les traités.

Pour les cours constitutionnelles qui acceptent le mécanisme de renvoi préjudiciel, la question se pose de savoir si le dialogue des juges ainsi engagé est réellement libre et équilibré ou forcé et contraint. On peut tout d'abord faire valoir que ce dialogue peut résulter d'une crainte : il s'agit d'éviter la mise en cause de la responsabilité extra-contractuelle de l'État pour violation du droit de l'Union de la part d'un organe juridictionnel de dernière instance s'il n'appliquait pas correctement celui-ci (40).

Ensuite, un point de vue est d'estimer que ce dialogue des juges est déséquilibré dès l'instant où la réponse de la Cour de justice s'impose à la Cour constitutionnelle. La contrainte est d'autant plus réelle lorsque l'application de la réponse de la Cour de justice conduit la Cour constitutionnelle à procéder à un revirement de jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Melloni*, la position du Tribunal constitutionnel espagnol était clairement de considérer que, s'agissant d'une personne jugée par contumace, aucune extradition ou « remise » dans le cadre du mandat d'arrêt européen ne pouvait être accordée si l'intéressé ne pouvait faire l'objet d'un nouveau jugement dans l'État réclamant ou d'émission (41). À la suite de la réponse de la Cour fondée un peu

(40) Aux termes des arrêts du 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, pts 104 à 124, et du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, la Cour de justice a accepté le principe de la mise en cause d'un de ses États membres du fait de l'activité de ses juridictions et notamment d'une décision de justice rendue par une juridiction en dernier ressort.

(41) Arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 30 mars 2000 concernant une procédure d'extradition : « constitue une violation "indirecte" des exigences du droit à un procès équitable,

brutalement sur le principe de primauté du droit de l'Union sur le droit national en l'occurrence de nature constitutionnelle (42) (voy. *infra*, II), le Tribunal constitutionnel espagnol a été contraint de procéder à un spectaculaire revirement en admettant que le droit à un procès équitable n'implique pas qu'un accusé, condamné par défaut, dès lors qu'il avait été régulièrement informé des date et lieu du procès et qu'il était représenté et défendu par un avocat, ait un droit à être rejugé (43). Le dialogue des juges a donc débouché en l'occurrence sur une contrainte.

Pour résister à celle-ci, la Cour constitutionnelle peut, en amont, dans la manière de poser la question préjudicielle, être tentée d'orienter le dialogue. L'arrêt du Tribunal constitutionnel allemand du 7 février 2014, rendu dans une affaire complexe concernant le dispositif de soutien aux États de la zone euro en difficulté, est à cet égard significatif. La première portée de cet arrêt est que le Tribunal constitutionnel se dessaisit au profit de la Cour de justice pour savoir si la Banque centrale européenne (B.C.E.), par une décision du Conseil des gouverneurs du 6 septembre 2012 instituant un mécanisme dit « d'opérations monétaires sur titres (O.M.T.) », a excédé sa compétence. La volonté d'engager un dialogue des juges est d'autant plus notable qu'habituellement tout *ultra vires* est censé engendrer un contrôle de la part du Tribunal constitutionnel. Cependant, la seconde portée de l'arrêt de renvoi est que la réponse est dans la question. Celui-ci évoque « des raisons importantes de supposer qu[e le programme] va au-delà du mandat de politique monétaire de la B.C.E. et est ainsi en infraction vis-à-vis des prérogatives des États membres et de l'interdiction d'un financement monétaire du budget ». Or la Cour de justice a considéré au contraire que la B.C.E. n'avait pas excédé sa compétence telle que prévue par le T.F.U.E. (44). On voit poindre en conséquence en retour

en portant atteinte au contenu essentiel d'un procès équitable d'une manière qui nuit à la dignité humaine, la décision [...] d'accepter l'extradition vers des États qui [...] autorisent valablement les condamnations par défaut, sans que la remise de la personne condamnée soit subordonnée à la condition que celle-ci puisse contester ces condamnations afin de sauvegarder les droits de la défense » (pt 20). Cette solution est confirmée pour le mandat d'arrêt européen (arrêt 177/2006 du 5 juin 2006).

(42) C.J.U.E., 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11 : « en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union [...], le fait pour un État d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État » (pt 59).

(43) Trib. const. espagnol, 11 mars 2014, *Recurso de amparo 6922-2008*, STC 26/2014, BOE n° 60, 11 mars 2014, p. 85.

(44) T.F.U.E., art. 123, § 1^{er}, relative à la clause dite de non renflouement de la dette des États. C.J.U.E. (gde ch.), 16 juin 2015, *Gauweiler et a.*, aff. C-62/14.

l'argument que pourrait mettre en avant la Cour de l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la République fédérale. À cet égard, la Cour n'hésite pas à conclure que « la question de la constitutionnalité de l'O.M.T. reste ouverte ».

Sans doute, moins frontale et plus habile est la position du Conseil constitutionnel français dans l'affaire *Jérémy F.* de feindre une question pour mieux affirmer le standard de protection supérieur du droit constitutionnel interne. La question préjudicielle posée concernait l'interprétation de dispositions de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. En l'occurrence, il convenait de savoir si celle-ci devait être interprétée comme s'opposant à ce que les États membres prévoient un recours contre la décision de l'autorité judiciaire qui statue sur une demande aux fins soit d'étendre les effets de ce mandat à d'autres infractions, soit d'autoriser la remise de la personne à un État tiers. La réponse négative de la Cour selon laquelle le droit de l'U.E. ne s'oppose pas à l'existence d'un recours juridictionnel ouvre la voie à une déclaration d'inconstitutionnalité en raison de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif. Ce faisant, cela permet au Conseil constitutionnel de montrer que le droit constitutionnel français est plus exigeant que le droit de l'Union concernant l'exercice d'un droit à un recours juridictionnel effectif. Il fait donc en quelque sorte coup double : dans un premier temps, sous couvert de dialogue des juges, il fait allégeance à la Cour de justice en renvoyant une question préjudicielle ; dans un second temps, la réponse de la Cour lui permet d'affirmer le degré d'exigence supérieur du droit constitutionnel français sur le droit de l'U.E. Cette position est au demeurant conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice qui affirme que « lorsque le droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux » (45).

Le dialogue entre cours constitutionnelles et Cour de justice peut être enfin réservé par les premières si elles estiment que la réponse de la Cour de justice porte atteinte à l'identité constitutionnelle de l'État concerné. On sait qu'en particulier le Conseil constitutionnel français (46) et le Tribunal constitutionnel allemand (47) ont posé

(45) C.J.U.E., 26 février 2013, *Stefano Melloni c/ Ministero Fiscal*, aff. C-399/11, pt 60.

(46) Cons. const., 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, cons.18.

(47) Trib. const. allemand, 30 juin 2009, *Lisbonne*, 2 BvE 2/08, 2 BvE5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09.

dans leur jurisprudence comme réserve à l'application du droit de l'Union le cas où celui-ci irait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de l'État. De manière voisine, la Cour constitutionnelle italienne s'appuie anciennement sur la théorie dite des « contre-limites » pour ériger une « borne de souveraineté » que le droit de l'Union ne peut franchir (48). Sans que l'on ne connaisse certes exactement la portée de ces réserves (49), elles constituent potentiellement un filet de protection pour les cours constitutionnelles concernées pour ne pas procéder à un renvoi et réserver leur dialogue avec la Cour de justice.

Si le dialogue est ainsi désormais ouvert entre les cours constitutionnelles européennes et la Cour de justice, il est donc aussi, selon la formule du professeur Laurence Burgorgue-Larsen, « complexe » (50) en se déclinant sous différentes formes appelées à s'articuler avec les stratégies développées par la Cour de justice vis-à-vis du procès constitutionnel.

II. – STRATÉGIES DE LA COUR DE JUSTICE

En matière de renvoi préjudiciel, deux questions sont à distinguer. Le problème de la recevabilité, d'abord, la Cour de justice ayant développé une jurisprudence déterminant des critères organiques et fonctionnels définissant les juridictions nationales susceptibles de lui poser des questions et le cadre dans lequel elles peuvent le faire (51). La pratique de la Cour fut cependant changeante, certaines périodes se caractérisant par de sèches irrecevabilités alors que d'autres voyaient un juge européen plus conciliant. S'agissant de ce premier aspect, une évidente stratégie procédurale concerne les renvois des cours constitutionnelles : la volonté de banalisation de la dimension constitutionnelle (A).

(48) Cour const. italienne, arrêt n° 98 de 1965.

(49) Sur le contenu et la portée de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union, voy. en particulier : M. BLANQUET, « Mémété et ipséité constitutionnelles dans l'Union européenne », in *Mélanges J. Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 53 ; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), « L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe », Paris, Pedone, 2011, p. 89.

(50) L. BURGORGUE-LARSEN, « Cour de justice et cours constitutionnelles », in G. GUIDICIELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 273.

(51) On peut retenir 5 critères organiques et procéduraux : une juridiction a une origine légale, un caractère permanent, une compétence obligatoire et la prise de décisions ayant force obligatoire, elle statue en droit, la procédure est contradictoire (critère apprécié souplesment), et (critère plus récent), l'indépendance de l'organe. En second lieu, le renvoi ne peut avoir lieu que dans le cadre de l'exercice par un tel organe d'une fonction juridictionnelle (not. pas administrative).

Sur le fond ensuite, il n'est pas anodin que se multiplient depuis quelques années ces questions préjudicielles des cours constitutionnelles et quelles que soient les « stratégies » identifiées plus haut, c'est aussi le résultat d'une évolution du droit de l'Union européenne et de ses rencontres, de moins en moins rares, avec le droit constitutionnel des États membres. À cet égard, les questions des cours constitutionnelles, au-delà de leur objet propre, sont pour la Cour de justice l'occasion de poser les jalons d'une stratégie consistant à neutraliser, par la mise en place de contre-limites, ce que l'on peut appeler les compétences de réserve des cours constitutionnelles (52), c'est-à-dire les constructions juridiques pouvant conduire celles-ci, après ou sans une question préjudicielle à la Cour de justice, à garder le dernier mot (B).

A. – *Stratégie procédurale : la banalisation de la dimension constitutionnelle*

Cette banalisation particulière du renvoi des cours constitutionnelles s'inscrit dans la logique plus générale d'une banalisation par la Cour de justice de la dimension constitutionnelle largement entendue, ce qui s'explique puisque sa conception de la primauté du droit de l'Union ne saurait distinguer selon le bois dont sont faits les obstacles de droit national qu'il s'agit éventuellement d'écarter. Outre la banalisation des constitutions elles-mêmes (53), cela la conduit également à banaliser le procès constitutionnel et l'autorité des décisions des cours constitutionnelles (54).

La banalisation se traduit déjà par le choix de la formation de jugement. Si à peu près 60 % des questions adressées par des cours constitutionnelles sont jugées par une simple chambre et non en grande chambre, on peut relever de plus que les « premières » de chaque cour n'ont pas forcément les honneurs de la grande chambre, ce choix, quand il est fait, dépendant donc du problème posé et non de l'identité du juge *a quo*. Ainsi les premiers renvois des cours belge, autrichienne, lituanienne et française n'ont pas été jugés par une formation solennelle.

(52) Selon l'expression du Tribunal de Karlsruhe, 30 juin 2009, *décision Lisbonne*, pt 341.

(53) Arrêts du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 533 ; du 11 juillet 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/98, *Rec.*, p. I-69 ; du 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec.*, p. I-9999 ; ou du 8 septembre 2010, *Wiener Wetten*, aff. C-409/06, *Rec.*, p. I-8015.

(54) Les juridictions ordinaires ne peuvent pas être empêchées de poser une question préjudicielle du fait d'une éventuelle obligation de saisir une cour constitutionnelle (arrêts du 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, *Rec.*, p. I-3277, ou du 22 juin 2010, *Abdéli et Melki*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, *Rec.*, p. I-5667), et ceci peut même les conduire à écarter une décision d'une cour constitutionnelle (C.J.U.E., 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10).

En second lieu, il faut remarquer que la Cour, le plus souvent, ne discute pas et n'évoque même pas la question de la compétence des cours constitutionnelles pour participer à la coopération préjudicielle, ne soulignant jamais non plus en tant qu'évènement le fait que telle cour constitutionnelle lui pose pour la première fois une question après 50 ans d'abstention ou de refus explicite. Tout au plus, quand la procédure voit, par exemple, un gouvernement mettre en doute la possibilité pour sa propre cour constitutionnelle de poser une question préjudicielle, comme ce fut le cas du gouvernement autrichien, elle consent à sortir de son flegme souverain en répondant qu'il ne lui appartient pas « de vérifier si la décision de renvoi a été prise conformément aux règles nationales d'organisation et de procédure judiciaires (55) ».

Cette volonté de banalisation heurte deux démarches pouvant consister pour les cours constitutionnelles à invoquer la spécificité de leur mission (1), ou de leurs contraintes procédurales (2).

1. *Banalisation versus spécificité ontologique de la mission des cours constitutionnelles*

Ce pourrait être la question centrale. Ce fut en tous cas l'argument catégorique ayant conduit la Cour constitutionnelle italienne à se considérer comme non visée par le dispositif de la question préjudicielle pendant 50 ans (56), sa conviction étant qu'elle ne pouvait pas être « incluse parmi les organes judiciaires, ordinaires ou spéciaux tant sont nombreuses et profondes les différences entre le devoir [qui lui est confié], sans précédent dans l'ordonnancement italien, et ceux bien connus et historiquement consolidés qui caractérisent les organes juridictionnels (57) », de sorte que le « juge communautaire ne peut être saisi [...] par la Cour constitutionnelle » car cette dernière « exerce essentiellement une fonction de contrôle de constitutionnalité, de garantie suprême du respect de la Constitution [...] par les

(55) C.J.C.E., 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, aff. C-143/99, *Rec.*, p. I-8365 : premier renvoi préjudiciel de la Cour autrichienne, le gouvernement autrichien ayant soulevé le problème de la répartition des compétences entre cette Cour et une autre instance autrichienne, la Cour ne pouvant connaître, en tant que manquements à la constitution, que des violations qualifiées et donc manifestes (En revanche, si ces violations ne sont pas manifestes, elle doit laisser au *Verwaltungsgerichtshof* le soin d'en exercer le contrôle).

(56) Cf. cependant l'ouverture sans véritable suite de l'arrêt n° 168 de 1991.

(57) Cour const., 1960, n° 13, *Giur. cost.*, 1960, pp. 123 et s.

organes constitutionnels de l'État et des Régions » qui ne lui permet pas d'être assimilée aux autres organes juridictionnels italiens (58).

En 2008, le revirement de la Cour constitutionnelle se fait sans la moindre référence à sa propre jurisprudence passée, qui n'est donc ni nuancée, ni amendée, ni rejetée, la *Consulta* se contentant d'indiquer qu'elle respecte les critères établis par la Cour de justice (59). La stratégie de banalisation conduit ici la Cour de justice à rester très en retrait, quasiment spectatrice, se contentant de relever que « la *Corte costituzionale* fournit des éléments relatifs à la recevabilité de son renvoi préjudiciel en ce qui concerne, d'une part, sa qualité de juridiction au sens de l'article 234 CE et, d'autre part, la pertinence des questions posées au regard de la solution du litige dont elle est saisie. La *Corte costituzionale* fait d'abord valoir que la notion de juridiction, au sens de l'article 234 CE, doit être déduite du droit communautaire et non pas de la qualification en droit interne de l'organe de renvoi et qu'elle satisfait à toutes les conditions pour pouvoir introduire une demande de décision préjudicielle (60) ». Dans ses conclusions sous la même affaire, l'avocat général n'a pas une autre attitude. S'il souligne beaucoup plus nettement que la Cour l'innovation que constitue ce renvoi (« La présente affaire est la première dans laquelle notre Cour est saisie par la *Corte costituzionale* (Italie), d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE »), il semble lui aussi considérer que la recevabilité dépend de l'appréciation de la Cour nationale : « La présente demande de décision préjudicielle marque un tournant dans la jurisprudence de la *Corte costituzionale*. Si cette *Corte* avait jusqu'à présent nié sa qualité de juridiction au sens de l'article 234 CE (voy. *Corte costituzionale*, ordonnance n° 536, des 15-29 décembre 1995), [...] elle prend ainsi désormais place parmi les juridictions constitutionnelles nationales qui entretiennent un lien de coopération active avec notre Cour ». C'est comme si, s'agissant des juridictions constitutionnelles, était décisif un critère inédit : la *volonté*, la *bonne volonté* (ou la « *bénévolence* » selon la jolie expression d'un excellent auteur (61)) de la juridiction nationale de participer au dialogue préjudiciel. Et n'est-ce pas sous cet angle que la plupart des commentateurs ont apprécié le renvoi du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 ?

(58) Cour const., 29 décembre 1995, n° 536, *Foro it.*, 1996, I, p. 783.

(59) *Cf. supra.*

(60) C.J.C.E., 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-169/08, *Rec.*, p. I-10821.

(61) D. DE BECHILLON, « Jouer le jeu », *AJDA*, 29 avril 2013, 2013/15, p. 817.

En réalité, on peut penser que l'*aggiornamento* n'a pas vraiment eu lieu en 2008 et que la position de la Cour italienne continue à reposer sur la conviction de sa spécificité par rapport aux juridictions ordinaires ayant, elles, vocation à poser des questions préjudicielles. On peut le déduire de trois indices.

D'abord, l'absence de toute remise en cause de sa jurisprudence initiale, aucun argument ne venant amender ses déclarations solennelles de spécificité ontologique.

Ensuite, loin de résulter d'une bonne volonté, ou même de la seule volonté de la Cour, il semble plutôt qu'elle se soit sentie obligée d'agir ainsi, et qu'elle l'ait fait sous la pression. En effet, la Cour italienne rappelle qu'outre le fait qu'elle soit juge, elle est surtout juge unique d'instance (dès lors qu'aucun recours n'est admis contre ses décisions en vertu de l'article 137), et donc elle admet non pas la *possibilité* mais l'*obligation* pour elle de poser une question préjudicielle, ce que la Cour de justice, banalisation oblige, ne souligne pas. Ceci doit cependant être relié à la jurisprudence *Köbler* visant expressément parmi les facteurs d'engagement de la responsabilité de l'État « l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE (62) », appuyée en ce sens par la jurisprudence *Traghetti del mediterraneo* (63), qui avait été interprétée en Italie comme un *ultimatum* adressé à la *Consulta* (64).

Enfin, elle semble confirmer la vocation naturelle du mécanisme préjudiciel à s'adresser aux juridictions ordinaires en donnant un caractère subsidiaire à son dialogue avec la Cour de justice. Elle réserve en effet sa propension à poser une question aux hypothèses où, saisie directement, elle est la seule à pouvoir le faire. Quand se combinent, vis-à-vis d'une loi, des griefs de violation du droit de l'Union et de la Constitution, les juridictions ordinaires doivent régler la question européenne au moyen du renvoi préjudiciel à Luxembourg avant la saisine éventuelle de la Cour constitutionnelle. S'ils ne le font pas, la Cour constitutionnelle rejette l'éventuelle saisine (65), et si les deux questions sont soulevés en même temps, la Cour constitutionnelle déclare irrecevable la requête (66). En revanche, depuis 2008, quand

(62) C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239.

(63) C.J.C.E., 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I-5177.

(64) R. CAVANO, « La Corte di Giustizia censura la disciplina italiana della responsabilità dei magistrati, e, con essa, il mancato utilizzo dell'art. 234. Un ultimatum alla Corte costituzionale ? », www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(65) Ord. n° 206 de 1976.

(66) Ord. n° 85 de 2002.

elle est saisie par voie d'action, par exemple à l'encontre d'une loi régionale qui violerait la Constitution parce que contraire au droit de l'Union (article 117-1 de la Constitution italienne), elle seule peut interroger la Cour de justice, d'où son revirement. Ce genre de limitation (quasi unanimement condamnée par la doctrine italienne) n'a aucune chance d'être approuvée par la Cour de justice.

Si l'on accepte, à la différence de la Cour de justice, de se poser la question frontale de cette spécificité ontologique, la question peut devenir celle de la spécificité non des cours constitutionnelles mais des juges de droit commun d'application du droit de l'Union : les cours constitutionnelles peuvent-elles être comptées au nombre de ces « juges de droit commun » à qui est en principe destinée la mécanique préjudicielle. Certaines, il est vrai, intègrent le respect du droit de l'Union dans les paramètres du contrôle de constitutionnalité, de façon générale ou à titre d'exception, comme c'est le cas du Conseil constitutionnel, écartant sa jurisprudence I.V.G. (67) dans les rares cas où la Constitution elle-même intègre un renvoi à des normes de l'Union. Cependant, même si le Conseil constitutionnel n'est que partiellement un « juge d'application du droit de l'Union », il ne peut qu'en connaître dans certaines hypothèses.

Il faut certainement avoir une autre vision de ce qu'est le juge de droit commun du droit de l'Union. L'idée est que les fonctions judiciaires, s'agissant de l'interprétation et de l'application de ce droit sont réparties entre la Cour de justice de l'Union, qui est juge d'attribution, dans les quelques voies de droit organisées par le traité et qui, de façon générale assure « le respect du droit » dans cette interprétation et application des traités. Pour le reste, dans les « domaines couverts par le droit de l'Union », ce sont les juges nationaux qui interviennent. Le renvoi préjudiciel n'est pas indiqué par l'article 19 T.U.E. comme réservé à des juges « d'application » du droit de l'Union mais simplement aux « juridictions nationales ». Si l'on lit l'article 267 T.F.U.E. on voit que les juridictions visées par le mécanisme sont les juridictions d'un Etat membre estimant qu'une décision sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé de l'Union est nécessaire pour rendre leur jugement (68).

(67) Réaffirmée dans la décision du 12 mai 2010, *Jeux de hasard*, n° 2010-605DC, et pour la QPC dans la décision du 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC ; cf. aussi la décision du 3 février 2012, n° 2011-217 QPC.

(68) On a du mal à cet égard à comprendre le président du Conseil constitutionnel soulignant que dans sa décision du 4 avril 2013, le Conseil se serait uniquement référé au début de l'article 267

Même dans le contexte de la jurisprudence I.V.G., ce cas de figure peut se présenter.

Dès lors, même si Olivier Dubos, dans sa thèse sur « les juridictions nationales, juge communautaire », commence par admettre que parmi les juridictions des États membres « seules les juridictions constitutionnelles, en raison de la spécificité de leur mission, ne sont pas véritablement, de ce point de vue, juge communautaire car elles ne sont pas amenées à appliquer le droit communautaire pour trancher un litige » (69), il ajoute qu'il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent connaître de différends qui ont une dimension communautaire, notamment lorsqu'elles doivent juger la constitutionnalité d'une loi prise pour l'application du droit communautaire » (70). L'effet direct du droit de l'Union correspond à cette approche en termes classiques d'application mais on sait que c'est désormais dépassé et que les juges nationaux ont une obligation (générale à la différence de celles découlant de l'effet direct) de « prendre en considération » le droit de l'Union, notamment pour interpréter le droit national en conformité avec celui-ci. D'ailleurs, la Cour dans l'arrêt *Melki et Abdéli*, évoque bien l'interprétation de la loi organique par le Conseil constitutionnel sous cet angle, présentant la décision du Conseil constitutionnel en tant qu'interprétation conforme.

Dès lors, s'agissant de juges nationaux, quelle que soit leur mission principale, ils peuvent être considérés, compte tenu de ce devoir de prise en considération, comme pouvant estimer « qu'une décision sur l'interprétation des traités ou sur la validité et l'interprétation des actes de droit dérivé de l'Union est nécessaire pour rendre leur jugement » (71), ce qui range définitivement les juges constitutionnels dans les juges *a quo* potentiels pouvant coopérer avec la Cour de justice.

définissant la compétence de la Cour de justice sans viser les alinéas suivants (se référant à la possibilité ou l'obligation des juges nationaux de poser une question préjudicielle) qui ne concerneraient que les juges nationaux en tant que « juges communautaires », ce que ne serait pas le Conseil constitutionnel : J.-L. DEBRÉ et D. SIMON, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *Europe*, juillet 2013, n° 7, p. 5.

(69) P. 6.

(70) Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2001.

(71) T.F.U.E., art. 267. À cet égard, le rapport général établi lors du XVI^e congrès de l'association des cours constitutionnelles européennes, en mai 2014, conclut que la plupart de ces cours constitutionnelles utilisent le droit européen soit en tant que norme de contrôle ponctuellement ou plus largement, soit pour délivrer une interprétation conforme du droit national, soit en tant qu'élément d'interprétation du droit national. En revanche, le rapport sur le Conseil constitutionnel n'admet une prise en considération que sur « l'instruction » des affaires.

2. *Banalisation versus spécificité des contraintes procédurales des cours constitutionnelles*

C'est un point souvent déterminant, spécialement pour le Conseil constitutionnel, qui a, en 2006, exclu de pouvoir poser une question préjudicielle en raison du délai de un mois que lui impose la Constitution pour le contrôle *a priori*, et qui a expressément invoqué le délai de trois mois prévu par la loi organique dans le cadre de la QPC pour demander à la Cour de justice le déclenchement de la Procédure préjudicielle d'urgence.

Quelques remarques préalables : La durée moyenne des affaires préjudicielles devant la Cour de justice est de l'ordre de 16 mois. On peut cependant se rapprocher du « temps constitutionnel » grâce à deux procédures, la procédure accélérée, depuis 2000, et la procédure d'urgence, depuis 2008 (72), qui conduisent à des moyennes de l'ordre de 2 à 3 mois. Autrement dit, au-delà de la valeur juridique du délai (fixé par la Constitution ou par une loi organique), on voit que la procédure préjudicielle devient compatible avec un délai de 3 mois, plus difficilement avec un délai d'un mois. Il faut ensuite remarquer que le délai de trois mois n'a pas pu être respecté dans l'affaire *Jérémy F.* malgré la célérité remarquable de la Cour de justice.

Quoi qu'on ait pu penser, il semble que la Cour de justice ne soit pas sensible au respect de tels délais procéduraux, au double sens où elle n'accepte pas que ces délais puissent exonérer de son obligation de renvoi une juridiction nationale, et où elle ne voit pas là forcément une condition convaincante pour mettre en œuvre une procédure d'urgence. Dans l'affaire *Melki et Abdéli*, que l'on peut considérer puisque, s'il ne s'agissait pas d'une question posée par une Cour constitutionnelle, elle abordait le problème des délais dans la procédure de QPC, la Cour de justice a soufflé le chaud et le froid.

Le chaud se trouve dans l'ordonnance (73) du président de la Cour acceptant de faire jouer la procédure accélérée en se référant clairement aux exigences de délai, dans une ambiance non dénuée de... bienveillance cependant : le Président Skouris s'appuie sur trois arguments pour admettre « l'urgence extraordinaire » permettant seule d'engager cette procédure accélérée : la mise en cause de la liberté des personnes concernées, le délai de trois mois dont dispose le juge

(72) Il existe également depuis 2000 une procédure simplifiée.

(73) Ord. du 12 mai 2010, *Aziz Melki*, aff. C-188/10 et *Selim Abdéli*, aff. C-189/10.

a quo, et le caractère essentiel des questions à apprécier. S'agissant des délais, ce problème, pour le Président « justifie, eu égard à l'esprit de coopération qui caractérise les relations entre les juridictions des États membres et la Cour, une réponse urgente de cette dernière aux questions posées par la juridiction de renvoi ». En revanche, la Cour dans son arrêt, tient à éviter toute interprétation laxiste, précisant que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel » (74).

Dans l'affaire *Jérémy F.*, la demande de procédure d'urgence exprimée le 4 avril 2013 par le Conseil constitutionnel reposait sur « le délai de trois mois dans lequel le Conseil constitutionnel est tenu, en application de l'article 23-10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité », sur « l'objet de la question préjudicielle posée relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice », et sur « la privation de liberté dont le requérant fait l'objet dans la procédure à l'origine de la présente question prioritaire de constitutionnalité ».

La Cour accepte la procédure d'urgence mais rappelle les trois supports de la demande et n'en reprend que deux : le domaine en cause est bien l'E.L.S.J., c'est-à-dire le cadre dans lequel peut jouer la procédure d'urgence ; en second lieu, le requérant au principal est actuellement privé de liberté et la solution du litige au principal est susceptible d'avoir une incidence non négligeable sur la durée d'une telle privation.

Autrement dit, même si on a pu estimer que la Cour n'insistait pas particulièrement sur la question des délais, c'est un euphémisme : elle rappelle expressément que c'est un des arguments soulevés par le Conseil constitutionnel et examine tous les autres sans jamais se pencher sur celui-là.

L'explication est sans doute que la logique des procédures accélérée ou d'urgence est que la Cour admet une obligation de moyens (dans certaines circonstances elle doit faire le plus vite possible), mais accepter la contrainte de délais impératifs deviendrait une obligation de résultat (juger elle-même obligatoirement dans un certain délai), ce à quoi elle ne peut souscrire.

(74) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Melki et Abdéli*, aff. C-188/10 et C-189/10, préc., spéc. pt 56.

B. – *Stratégie de fond : la neutralisation des compétences de réserve*

Au-delà des seules réponses de la Cour de justice aux questions des cours constitutionnelles, il faut envisager sa stratégie vis-à-vis des « compétences de réserve » (75) de ces cours constitutionnelles, c'est-à-dire les raisonnements pouvant conduire celles-ci à se réserver la compétence alors qu'est en cause la validité ou l'interprétation d'un acte de droit de l'Union, qu'il y ait eu ou non un renvoi préjudiciel préalable à la Cour de justice.

Les conclusions des avocats généraux, face à des questions préjudicielles de cours constitutionnelles, présentent un tableau marqué par le respect des compétences respectives des Cours nationales et de la Cour de justice, mais surtout par la prise de conscience qu'il s'agit là d'un « débat de grande envergure sur les éventuelles collisions entre les constitutions et le droit de l'Union, débat auquel la Cour doit participer en jouant le rôle qui est le sien afin de situer l'interprétation des valeurs et des principes qui configurent son ordre juridique dans des paramètres comparables à ceux qui président aux structures nationales » (76). Cette présentation vise explicitement à « éviter la répétition des malentendus qui ont obscurci jadis les relations avec les instances nationales peu convaincues de l'aptitude des institutions communautaires à protéger les droits fondamentaux » (77) comme si la question frontale des relations entre le droit de l'Union et les constitutions nationales était à ranger dans la catégorie des simples « malentendus » pouvant être dissipés par la coopération entre juges... Ce discours très consensuel ne doit pas masquer la réalité des stratégies de la Cour de justice dans son dialogue (qu'il soit préjudiciel ou plus indirect) avec les cours constitutionnelles. De la même façon que celles-ci ont pu finalement et à certains égards se couler dans le moule de l'intégration des ordres juridiques moyennant certaines limites ou « contre-limites », la Cour de justice prend en considération les positions des cours constitutionnelles mais leur impose, elle aussi, des contre-limites.

Il semble que la compétence en dernier ressort et sans égard pour celle de la Cour de justice que se réservent potentiellement les cours constitutionnelles puisse reposer sur trois raisonnements, qu'ils soient

(75) TCF, 30 juin 2009, *Lisbonne*, pt 341.

(76) Conclusions sous C.J.C.E., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.*, p. I-3633.

(77) *Ibid.*

clairement distingué ou non (78) : le non-respect de la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux ; l'identification d'un noyau dur intangible, une identité constitutionnelle nationale n'étant ni à la disposition du pouvoir de révision, ni sous l'emprise du législateur supranational ; le constat, enfin, qu'un acte de l'Union (ou qu'une décision de la Cour de justice) a dépassé le champ des compétences que les États lui avaient attribuées.

On peut considérer que la Cour de justice a déterminé ou devra déterminer, et notamment en répondant aux questions préjudicielles des cours constitutionnelles, sa position vis-à-vis de ces trois démarches, qui seront chacune illustrées par un renvoi préjudiciel d'une cour constitutionnelle, espagnole pour la première, belge pour la deuxième et allemande pour la dernière.

1. *Contre-limites à la logique de protection équivalente*

La problématique des relations entre droit de l'Union et constitutions nationales a été largement dessinée par la logique particulière de la protection des droits fondamentaux, l'acceptation de l'emprise du droit de l'Union par les juges constitutionnels reposant sur l'idée générale que l'ordre juridique de l'Union assure une protection des droits fondamentaux équivalente à celle que garantit l'ordre constitutionnel, cette protection pouvant être présumée de manière globale (79), ou constatée droit par droit, individuellement (80), le juge national renonçant alors à exercer son contrôle sous réserve cependant d'un renversement de la présomption ou d'un constat particulier d'absence de protection équivalente.

Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle espagnole dans l'affaire *Melloni* offre le tableau d'une situation particulièrement tendue, contrairement à l'image qui en est souvent donnée, image sereine de la bonne volonté de dialogue se traduisant par cette

(78) Ainsi le raisonnement sur la protection équivalente des droits fondamentaux est parfois mixé avec l'approche en termes d'identité constitutionnelle ou avec la sanction de l'*ultra vires*.

(79) C'est le cas pour le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, *Solange 2* et *3*, arrêts préc. ; *idem* pour le Tribunal constitutionnel polonais, 16 novembre 2011, SK 45/09.

(80) Ainsi avec l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'État français du 8 février 2007 expliquant de façon très claire comment s'opère la translation du contrôle de constitutionnalité (en l'occurrence sur un acte administratif) dès lors que le contrôle s'exerce sur un droit ou un principe à la fois consacré dans la constitution et au niveau du droit de l'Union, dès lors qu'existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué.

première question préjudicielle et par l'alignement ultérieur du juge constitutionnel sur la réponse de la Cour de justice.

Dans cette affaire relative aux droits d'une personne détenue en Espagne mais qui avait été condamnée par défaut en Italie, le standard constitutionnel espagnol garantissait au condamné le droit à un second procès alors que le droit de l'Union, en l'occurrence le dispositif du mandat d'arrêt européen permettait de le priver de ce droit en obligeant les autorités espagnoles à le renvoyer en Italie où il n'aurait pas cette possibilité. On est donc là dans la situation d'un standard constitutionnel de protection indiscutablement supérieur à celui offert par le droit de l'Union, et la Cour a choisi une interprétation *a priori* pragmatique et conciliante mais en réalité très ferme et relevant d'une logique de contre-limites. L'idée est que lorsqu'il s'agit de prendre des mesures nationales de mise en œuvre d'un acte de l'Union, il est permis « aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ». Donc la règle de conflit du standard le plus protecteur est admise, mais c'est là qu'intervient la contre-limite : « [...] pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (81). On peut résumer la position de la Cour ainsi : le niveau de protection assuré par l'Union est « suffisant » (82), notamment par une affirmation peu convaincante d'équivalence avec le niveau de protection assuré par la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme (83), et il est commun. Toute atteinte nationale donc individuelle à cette protection commune est inacceptable puisque cela détruirait l'accord réalisé entre les États membres, portant atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles entre eux, et puisque de toute façon elle serait inutile, la protection étant unanimement considérée comme suffisante.

Il ne s'agit pas ici de discuter du caractère éventuellement très spécifique de cet arrêt, le contexte étant marqué par une décision spécialement prise par les États membres et à l'unanimité pour définir justement les cas dans lesquels il était possible de ne pas donner suite au mandat d'arrêt européen, de sorte que le raisonnement de

(81) Pt 60.

(82) La formule est moins nette dans l'arrêt mais les conclusions sont explicites : « Nous estimons que le standard de protection retenu par le législateur de l'Union est suffisant [...] » (pt 83).

(83) Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme semblent n'admettre la renonciation au droit d'être présent à son procès pénal que dans des cas particuliers et avec réticence.

la primauté du commun sur le particulier s'impose tout particulièrement ici (84) ; en revanche, l'affaire illustre les difficultés du dialogue préjudiciel entre les cours constitutionnelles et la Cour de justice. Le Tribunal constitutionnel espagnol, le 13 février 2014 (85), a formellement, certes, respecté l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice et a rejeté le recours de *Melloni* en modifiant sa conception du cœur substantiel des droits fondamentaux (86) de manière à juger, contrairement à sa jurisprudence antérieure, qu'une telle décision d'extradition d'un condamné dans un autre État pour des délits graves par défaut sans que celui-ci puisse y bénéficier d'un droit de recours ne porte pas atteinte au cœur substantiel du droit à un procès équitable, mais il est impressionnant de voir comment il « répond » à l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice. Le tribunal constitutionnel manifeste une forme de désinvolture vis-à-vis de cet arrêt, rappelant qu'il fait partie des juridictions au sens de l'article 267 T.F.U.E., qu'il a donc posé des questions préjudicielles en interprétation comme en validité à la Cour, que celle-ci lui a répondu et que cette réponse « [lui] sera d'une grande utilité ». La formule est remarquable. De surcroît, il indique sans complexe qu'il lui appartient de « compléter la réponse de la Cour de justice » par sa propre doctrine établie par sa déclaration n° 1/2004 du 13 décembre 2004, c'est-à-dire la version espagnole des contre-limites à l'intégration, soulignant les limites matérielles de la « cession constitutionnelle » réalisée par l'article 93 de la Constitution (87).

Et le Tribunal constitutionnel « souligne » que la primauté du droit de l'Union « juridictionnellement proclamée » (88) concerne un ordre juridique se construisant « sur les valeurs communes des Constitutions des États membres et de leurs traditions constitutionnelles communes », ce qui l'a conduit à préciser, notamment en 2004, que le droit de l'Union lui-même doit garantir ce qui est le présupposé de sa primauté, à savoir le respect des structures constitutionnelles fondamentales nationales parmi lesquelles figurent les droits fondamentaux. Il ajoute que la Constitution exige donc que l'ordre juridique accepté

(84) Le contexte du M.A.E. explique aussi l'exigence de confiance mutuelle. Sur cet arrêt, cf. not. le commentaire d'E. DUBOUT, *CDE*, 2013, n° 2, p. 293.

(85) *Sentencia* 26/2014.

(86) Dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, le contenu des droits fondamentaux est déterminé de manière restrictive quand ils sont envisagés dans le contexte d'accords internationaux liant l'Espagne. Dans un tel cas il n'y aura violation indirecte de ces droits que si les « exigences absolues » en découlant sont atteintes.

(87) Respect de la souveraineté de l'État, des structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et principes fondamentaux consacrés dans la Constitution.

(88) On mesurera la perfidie de cette précision.

comme conséquence de la cession constitutionnelle de l'article 93 « soit compatible avec ses principes et valeurs fondamentales ».

Donc, alors que ses questions préjudicielles ne se plaçaient pas sur le terrain de l'identité constitutionnelle des États membres, la réponse à la réponse du juge constitutionnel espagnol rejoint ce terrain (89). Et il rappelle aussi ce qui découle expressément de sa déclaration de 2004, c'est-à-dire le fait que même si c'est « difficilement concevable », si devait se produire une situation dans laquelle le droit de l'Union serait incompatible avec la Constitution espagnole sans que le contrôle européen de validité par rapport au droit primaire de l'Union puisse porter remède à cette situation, alors le Tribunal constitutionnel n'aurait d'autre solution, en dernier ressort, que d'appliquer les procédures constitutionnelles pertinentes, ce qui est encore une manière d'affirmer qu'il n'est pas irrémédiablement soumis par rapport aux décisions de la Cour de justice.

En somme le juge espagnol suit la réponse de la Cour de justice en affirmant qu'il ne le fait que parce qu'il le veut bien, qu'il aurait pu ne pas le faire et que s'il le fait c'est parce que sa doctrine sur le cas d'espèce a évolué, l'arrêt préjudiciel étant un facteur parmi d'autres d'évolution (90). En effet, il considère qu'il doit réviser sa conception du cœur substantiel du droit à un procès équitable dans le contexte des accords liant l'Espagne et met à égalité la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union ; il s'appuie sur cinq décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, dont une seule comptait parmi les trois qu'avait évoquées la Cour de justice dans l'arrêt préjudiciel, et sur deux arrêts de la Cour de justice dont l'arrêt préjudiciel. Et le Tribunal constitutionnel précise que ce sont là des « critères herméneutiques » lui permettant de délimiter la part essentielle du droit fondamental en cause.

Il répond finalement à l'intransigeance de la Cour de justice en exhibant ostensiblement, comme si elle avait des vertus d'exorcisme, sa déclaration de 2004 sur les limites matérielles à l'intégration. Une opinion dissidente de l'un de ses juges a sévèrement critiqué cette

(89) L'avocat général avait estimé que si le gouvernement espagnol avait soulevé dans ses observations l'argument de l'identité constitutionnelle, la solution de la Cour de justice aurait peut-être été différente.

(90) Le rapport pour la France au XVI^e Congrès des cours constitutionnelles européennes (mai 2014 à Vienne), dans le même esprit, indique qu'« aucune disposition n'impose au Conseil constitutionnel de prendre en compte les décisions des Cours européennes. L'influence des décisions des Cours européennes résulte de leur autorité persuasive et peuvent constituer ainsi une source d'inspiration pour le Conseil constitutionnel ».

décision majoritaire qui, pour lui, revient à rejeter l'autorité de la Cour de justice et remettre même en cause la primauté du droit de l'Union pourtant soulignée par l'arrêt préjudiciel, le « complément » de 2004 pouvant s'interpréter comme l'adhésion au principe d'application du niveau de protection le plus élevé en excluant les « contre-limites » mentionnées par la Cour de justice. Une autre opinion dissidente conclut que le Tribunal constitutionnel n'a pas « assumé son rôle de juge européen ». On est loin d'une situation apaisée et le dialogue préjudiciel tourne ici au duel préjudiciel, chaque protagoniste dégainant ses contre-limites...

2. Domestication de l'identité constitutionnelle nationale : la recherche du juste équilibre

La théorie des contre-limites et spécialement la revendication d'une « identité constitutionnelle » est souvent assimilée à celle de l'invocation d'une zone de « non droit européen », c'est-à-dire une véritable sanctuarisation d'un noyau cardinal de l'ordre constitutionnel national que ne pourrait affecter l'intégration, de la même manière, parfois, que ne peut l'atteindre le pouvoir de révision constitutionnelle (91). Bref, là s'arrête *a priori* tout dialogue et toute relation entre le droit de l'Union et le droit des États membres. Outre les expressions classiques dans la justice constitutionnelle, montrant cette dimension de rupture, d'exclusion (92), on peut juger significatif un arrêt du Conseil d'État italien de 2005 se référant à « un espace juridique étatique en totalité soustrait à l'influence du droit communautaire, un espace dans lequel l'État continue à être totalement souverain, ce qui signifie indépendant, et donc libre de disposer de ses propres sources normatives » (93).

Depuis le traité de Maastricht, les traités ont inscrit dans l'A.D.N. de l'Union européenne en tant qu'Union d'États (qui doivent donc le rester) son obligation de respecter l'identité nationale des États membres. Dès 1996, la Cour de justice a donné à cette formule qui

(91) Clauses d'éternité. Le lien est notamment clairement établi par le tribunal constitutionnel fédéral allemand.

(92) En Italie, citons les références aux « principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel » (arrêts *Frontini* du 27 décembre 1973 ou *Société Fragnò* du 13 avril 1989 de la Cour constitutionnelle italienne) ; en Allemagne, le T.C.F. se réfère à « la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité » dès l'arrêt *Solange 1* du 29 mai 1974, à « l'identité de l'ordre constitutionnel » de la R.F.A. dans l'arrêt *Solange 2* du 22 octobre 1986, enfin à l'« identité constitutionnelle inaliénable » dans la décision *Lisbonne* du 30 juin 2009.

(93) C.E., 2005, n° 4207.

aurait pu ne rester que rhétorique une dimension opératoire en s'inspirant du dispositif d'acceptation mesurée des raisons impérieuses nationales développé dans le droit du marché intérieur et qui autorise un État membre, alors même que le traité ne lui permettrait pas cette dérogation (comme il peut le faire en cas d'atteinte à l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique), à entraver ce que le droit de l'Union a de plus cardinal, les libertés de circulation, au nom de ces impératifs dont il faut comprendre qu'ils relèvent de ses devoirs d'État en tant qu'État (94). La Cour de justice, cependant, s'emploie à contrôler que la poursuite de ces objectifs légitimes n'aille pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire à leur sauvegarde, au moyen d'un test sévère de proportionnalité (95).

Le traité de Lisbonne, par un libellé plus détaillé, montre que cette identité nationale peut avoir une dimension constitutionnelle (96) et la jurisprudence de la Cour, clairement, a déjà intégré dans l'« identité nationale » des éléments relevant de cette dimension comme ce peut être le cas pour la préservation de la langue nationale, de la structure territoriale ou du caractère républicain de l'État (97). C'est notamment dans ce registre que la Cour de justice a répondu à une question préjudicielle de la Cour constitutionnelle belge (98) posant un problème classique s'agissant de ces problèmes d'identité constitutionnelle : l'incidence du droit de l'Union sur le libre choix par l'État membre de sa structure territoriale (la forme de l'État en somme). Pour le gouvernement flamand, dans cette affaire, les contraintes de non-discrimination découlant du droit de l'Union reviendraient « à dénier aux États membres le droit d'opter pour une structure fédérale composée d'entités fédérées autonomes légiférant uniquement dans cette partie du territoire national relevant de leurs compétences ». Il invoquait donc

(94) C.J.C.E., 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.*, p. I-3248.

(95) Ici ce serait la condamnation non pas de l'*ultra vires* mais de l'*ultra modum*, de l'outrage mesure.

(96) T.U.E., art. 4.2.

(97) Pour cette vision gigogne, cf. not. les conclusions de M. Poiras Maduro sous l'arrêt *Michaniki* (C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-213/07, *Rec.*, p. I-9999), ou celles d'Y. Bot dans ses conclusions *Melloni* (C.J.U.E., 26 février 2013, aff. C-399/11). Sur l'ensemble de cette jurisprudence, cf. M. BLANQUET, « Mémété et ipséité constitutionnelle dans l'Union européenne », in *Mélanges Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, p. 53.

(98) C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, aff. C-212/06, *Rec.*, p. I-1683. La problématique a été développée par la Cour de justice dans d'autres contextes que celui du dialogue préjudiciel avec des cours constitutionnelles, cet arrêt marquant un point de jonction actuellement isolé mais qui ne devrait pas le rester, cette problématique, essentielle du point de vue constitutionnel, étant sans doute promise à donner lieu à des questions des cours constitutionnelles.

les « exigences inhérentes à la répartition des pouvoirs au sein de la structure fédérale belge ». La Cour répond, élargissant et explicitant la perspective jusque-là ouverte, qu'« il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour qu'une autorité d'un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet État, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire » (99). Ceci renvoie à l'arrêt *Portugal c/ Commission (Açores)* (100) cité en exemple par l'Avocat général dans l'affaire *UGT-Rioja* (101) en ce qu'il illustrerait parfaitement le « juste équilibre » entre le principe de respect de l'identité nationale interdisant à l'Union de porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État membre, que celui-ci soit centralisé ou fédéral et d'influencer la répartition des compétences au sein d'un État membre, et le principe selon lequel un État membre ne saurait se fonder sur des dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation constitutionnelle, pour justifier l'inobservation des obligations résultant du droit communautaire (102).

Cette recherche d'équilibre est significative de la stratégie de la Cour de justice transformant l'identité constitutionnelle conçue par les cours constitutionnelles en termes de sanctuarisation de droits constitutionnels nationaux échappant à toute emprise européenne en une obligation découlant de la nature même de l'Union et obligeant celle-ci à respecter l'identité nationale des États membres, ce qui conduit la Cour à accepter comme légitimes des mesures nationales éventuellement contraires à certaines dispositions du droit de l'Union (103), mais sous la condition de son propre contrôle. A la stratégie nationale de rupture, de non application du droit de l'Union, la Cour de justice réplique par une stratégie de convergence, d'application particulière et souple du droit de l'Union, le juge ultime restant la Cour de justice et non le juge national.

L'affrontement des stratégies se retrouve sur un autre plan, celui de la formulation même de ces axes jurisprudentiels. Ainsi, le Conseil

(99) Pt 58.

(100) C.J.C.E., 6 septembre 2006, *Portugal c/Commission (Açores)*, aff. C-88/03, *Rec.*, p. I-7115.

(101) C.J.C.E., 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja e.a.*, aff. C-428/06 à C-434/06, *Rec.*, p. I-6747.

(102) Pt 56.

(103) Sans qu'il y ait atteinte à la primauté du droit de l'Union dès lors que c'est celui-ci qui autorise ce type de mesures nationales.

constitutionnel proclame de manière solennelle mais générale le principe de sa compétence de réserve en cas d'atteinte à une *identité constitutionnelle* dont il évite soigneusement de préciser le contenu, alors que la Cour de justice va admettre au cas par cas la légitimité pour les Etats membres d'invoquer la protection de leur *identité nationale*, y compris pour des problèmes indiscutablement constitutionnels mais sans mentionner explicitement l'existence d'un principe général de respect par l'Union de l'*identité constitutionnelle* des Etats membres (104), sans doute pour éviter le risque d'interprétation hâtive en termes de non primauté du droit de l'Union sur les constitutions nationales.

Plus simplement, si les juridictions constitutionnelles, à l'image du Conseil constitutionnel, ne manquent pas de soutenir leur démarche par la référence à l'article 4 T.U.E., ils utilisent le concept d'*identité constitutionnelle* et non d'*identité nationale*, de manière à préserver de toute intrusion de la Cour de justice leur compétence d'interprétation, la Cour, quant à elle, répondant aux observations des parties (dans les affaires non préjudicielles) en termes d'identité constitutionnelle en n'utilisant que la notion d'identité nationale figurant dans le traité.

Ainsi, malgré les liens conceptuels (les différents qualificatifs de l'identité) et procéduriers (avec cette tendance récente au dialogue préjudiciel), se maintiennent pour l'instant deux discours assez obstinément distincts, le discours national de l'identité constitutionnelle et le discours européen de l'identité nationale. Il est vraisemblable que la Cour de justice se montre plus explicite un jour, à l'image de ce que font déjà ses avocats généraux (105), pour inclure l'identité constitutionnelle dans la notion d'identité nationale relevant du droit de l'Union et donc de son contrôle, mais ce sera alors directement opposé à l'objectif poursuivi par les invocations nationales de la notion, ce qui laisse mal augurer de ce que pourrait être la réaction des cours constitutionnelles.

3. *Potentiel explosif de l'ultra vires*

Cette approche spécialement développée par la Cour constitutionnelle allemande (106) consiste à prendre en considération les délégations de compétences admises par l'ordre constitutionnel national

(104) Le Tribunal a utilisé l'expression d'identité constitutionnelle, mais sans que cela doive donner lieu à véritable interprétation, dans un arrêt du 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c/ Commission*, aff. T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999.

(105) *Cf. supra.*

(106) Démarche allemande qui a aussi inspiré d'autres cours constitutionnelles (Danemark, Pologne, République tchèque, etc.).

vis-à-vis de l'ordre juridique de l'Union et les éventuelles limites que pose la Constitution à ces délégations. Le non-respect de telles limites serait à l'origine d'un *ultra vires*, c'est-à-dire un dépassement des compétences de l'Union, le juge constitutionnel national pouvant alors ne pas tenir compte des délégations ou autres habilitations données ou admises par l'ordre constitutionnel.

S'agissant des relations entre l'*ultra vires* et les renvois préjudiciels des cours constitutionnelles, on pourrait d'abord penser à l'*affaire des retraites slovaques*. Il s'agit là du premier véritable conflit ouvert entre une cour constitutionnelle et la Cour de justice puisque la Cour constitutionnelle tchèque, le 31 janvier 2012, n'a pas hésité à ne pas respecter un arrêt préjudiciel de la Cour de justice (107) en le considérant comme un acte *ultra vires* (108). Certes, la question préjudicielle en cause n'avait pas été posée par la Cour constitutionnelle mais par la Cour administrative suprême tchèque. Cependant, pour deux raisons, cette affaire rejoint notre propos. D'abord parce que par sa question préjudicielle, la Cour administrative suprême en appelait à l'arbitrage de la Cour de justice dans un conflit très violent l'opposant à la Cour constitutionnelle, dont elle avait refusé de respecter les décisions pour contrariété avec le droit de l'Union, de sorte que la réponse de la Cour de justice concernait en fait autant la Cour constitutionnelle que la Cour suprême auteur de la question. C'est pourquoi, et c'est la seconde raison, la Cour constitutionnelle a essayé de se greffer sur la question préjudicielle de la Cour administrative suprême. L'interprétation demandée à la Cour consistait à faire constater la contrariété de la position de la Cour constitutionnelle avec le droit de l'Union ; la procédure a ainsi vu le gouvernement tchèque lui-même soutenir dans ses observations devant la Cour de justice que selon lui l'interprétation de la Cour constitutionnelle était contraire au droit de l'Union. L'implication était telle que la Cour constitutionnelle a donc voulu intervenir dans le débat. Elle a estimé que les garanties d'une procédure régulière exigeaient qu'elle puisse présenter des observations dans l'affaire préjudicielle concernée. Elle a donc envoyé un courrier en ce sens à la Cour de justice, que le greffe de celle-ci lui a retourné sans ménagement, répondant que selon la pratique établie de la Cour, les membres de la Cour de justice n'échangent pas de correspondance avec des personnes tierces sur des

(107) C.J.U.E., 22 juin 2011, *Landtová*, aff. C-399/09, *Rec.*, p. I-5573.

(108) C.J.U.E., 31 janvier 2012, aff. Pl.US 5/12.

questions qui sont présentées à la Cour. Ce refus de toute procédure d'*amicus curiae* a aussi renforcé la détermination de la Cour constitutionnelle dans son attitude... inamicale.

On peut considérer que cette affaire est isolée et s'explique essentiellement par un violent conflit entre deux juridictions nationales, la Cour de justice n'étant qu'une victime collatérale. On peut également estimer, au regard de notre sujet, que l'absence de coopération préjudicielle entre les deux Cours explique cette situation.

L'*ultra vires* est donc surtout à envisager au regard du dialogue préjudiciel entre le Tribunal constitutionnel fédéral allemand et la Cour de justice et on peut considérer que la question a revêtu ici deux visages successifs, chacun étant cependant oxymorique.

a) *Menace conciliante*

Inaugurée dans la décision *Maastricht* (109) et reprise dans la décision *Lisbonne* (110), cette démarche peut être considérée comme ayant deux significations toutes deux plutôt hostiles vis-à-vis de la Cour de justice. Epidermiquement, elle correspond à l'exhortation faite à la Cour allemande en 2008 par un de ses anciens présidents : « *Stoppt der Europäischen Gerichtshof!* » (111). Il faut en tirer comme remarque d'ailleurs que l'acte *ultra vires* sera plus particulièrement un acte... de la Cour de justice de l'Union, c'est-à-dire une interprétation d'un acte de l'Union faite par la Cour. Plus fondamentalement, c'est la simple traduction d'une conception absolue de la souveraineté consistant à affirmer le droit d'un État de se prononcer en dernier ressort sur l'étendue des compétences qu'il a entendu attribuer à une organisation internationale ou supranationale (même qualifiée d'association d'États (112)), quitte à faire une interprétation ou une appréciation unilatérale de validité d'un traité ou d'un acte relevant d'un ordre juridique international ou supranational (113). D'emblée on mesure l'hiatus vis-à-vis des positions les plus basiques de la Cour de justice martelant que l'ordre juridique de l'Union est existentiellement

(109) T.C.F., 12 octobre 1993, 2 BvR 2134/92 ; 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89,155.

(110) T.C.F., 30 juin 2009, 2 BvE 2/08 ; 2 BvE 5/08 ; 2 BvR 1010/08 ; 2 BvR 1022/08 ; 2 BvR 1259/08 ; 2 BvR 182/09, BVerfGE 123,26.

(111) R. HERZOG et L. GERKEN, « Arrêtez la Cour de justice ! », *FAZ*, 8 septembre 2008.

(112) Depuis la décision *Maastricht*.

(113) « La Cour constitutionnelle examine si les actes juridiques des institutions et organes européens se tiennent dans les limites des droits de souveraineté concédés à eux ou s'ils s'en écartent » (déc. *Maastricht*, pt 106).

autonome, qu'il se caractérise, à la différence des traités ordinaires, par l'atteinte définitive et extensive à des droits souverains des États membres (114) et par son monopole dans le contrôle du respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités (115), dont elle a même déduit, dans une certaine situation de contrôle de validité par un juge ordinaire, une obligation de lui poser une question préjudicielle alors que le Traité admet le caractère facultatif de celle-ci (116).

Pendant, La Cour de Karlsruhe, déjà dans sa décision *Lisbonne* mais surtout dans la décision *Honeywell* (117), précise et adoucit le protocole d'emploi de l'*ultra vires*, le rendant ainsi praticable, son premier renvoi préjudiciel, récemment jugé dans l'affaire des O.M.T. (118) constituant un premier test. Il découle en effet des décisions *Lisbonne* et *Honeywell* que l'*ultra vires*, d'une part, ne peut correspondre qu'à une violation grave (manifeste, sensible) du champ des compétences ouvert par les États à l'Union (119), que la Cour constitutionnelle admet que la Cour de justice puisse utiliser des méthodes d'interprétation constructives et même normatives (120), et que la mise en œuvre du droit constitutionnel doit être favorable au droit de l'Union européenne (121). Procéduralement, la condamnation d'un acte *ultra vires* au sens de la compétence de la Cour constitutionnelle de se réserver le dernier mot se fait de manière subsidiaire et seconde. La décision *Lisbonne* explique en effet que ce sera uniquement « lorsque la protection des droits ne peut être obtenue au niveau de l'Union », et la décision *Honeywell*, plus explicitement, exclut une telle intervention avant que la Cour de justice ait pu se prononcer préjudiciellement (122).

(114) Jurisprudence « historique » : *Van Gend en Loos*, *Costa*, avis 1/91.

(115) Outre l'article 19 T.U.E., on peut aussi rappeler que dans l'article 344 T.F.U.E., les États membres se sont engagés à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.

(116) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199. Si, comme aime à le rappeler le Tribunal de Karlsruhe, les États membres sont les « Maîtres des traités », la Cour de justice est « Maître de l'interprétation des traités »...

(117) 6 juillet 2010, 2 BvR 2661/06.

(118) Les Opérations Monétaires sur Titres (O.M.T.) correspondent au rachat par la Banque centrale européenne des obligations émises par les États membres de la zone Euro sur les marchés secondaires de la dette souveraine. Arrêt du 16 juin 2015, *Gauweiler*, aff. C-62/14.

(119) Ce qui ouvre la voie à la combinaison entre l'*ultra vires* et la protection de l'identité constitutionnelle, l'*ultra vires* étant grave dès lors qu'il touche à cette identité.

(120) Un « droit à l'erreur » est même concédé à la Cour de justice (déc. *Honeywell*, pt 66).

(121) Décision *Lisbonne*, pt 241. La Cour constitutionnelle a également jugé que « contrôle doit être exercé avec retenue et en respectant les méthodes d'analyses propres au droit de l'Union liées à la particularité des traités afin de ne pas nuire au principe d'intégration supranationale ».

(122) Pt 60.

b) *Dialogue menaçant*

La question préjudicielle dans l'affaire *Gauweiler e.a.* (123) a été saluée en tant que geste de la Cour allemande concrétisant finalement par ce renvoi le protocole respectueux défini dans les décisions *Lisbonne* et *Honeywell*. Pour autant, on se rend compte tout particulièrement avec cet exemple de ce que le mécanisme préjudiciel ne saurait être compris en se contentant d'y voir une évidente autorité du juge *ad quem* s'exerçant sur le juge *a quo* national, ni vu comme un tranquille mécanisme de coopération sereine.

La première question préjudicielle de la Cour allemande est en effet un peu particulière au sens où elle développe abondamment... ce qu'est pour elle la réponse à donner : « la Cour constitutionnelle fédérale considère que la décision de l'O.M.T. est incompatible avec [...] ». Dans l'absolu cependant, la Cour de justice admet, voire encourage ce genre de renvoi. Les « Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles » (124) indiquent que « Si elle s'estime en mesure de le faire, la juridiction de renvoi peut [...] indiquer succinctement son point de vue sur la réponse à apporter aux questions posées à titre préjudiciel. Une telle indication s'avère utile pour la Cour, particulièrement lorsqu'elle est appelée à statuer sur la demande dans le cadre d'une procédure accélérée ou d'une procédure d'urgence ». De manière inversée mais moins irrévérencieuse, on retrouve ici l'*utilité* invoquée par la Cour espagnole dans l'autre sens.

La stratégie de la Cour de justice devait forcément consister à essayer de jouer avec deux marges de manœuvre ouvertes par le Tribunal de Karlsruhe lui-même puisque celui-ci, d'une part et on l'a indiqué, ne censurerait qu'un *ultra vires* particulièrement grave (125), et d'autre part suggérerait lui-même la voie à suivre pour la Cour de justice, l'illégalité de l'opération en cause n'étant constatée selon la Cour allemande que « sous réserve de l'interprétation de la Cour de justice », le renvoi précisant même que s'il y a, selon la Cour constitutionnelle, illégalité, « une autre évaluation pourrait, cependant, être justifiée si la décision de l'O.M.T. pouvait être interprétée en conformité avec le

(123) Aff. C-62/14, préc.

(124) *J.O.U.E.*, C 338 du 6 novembre 2012, p. 1.

(125) « Une violation manifeste des compétences par les autorités de l'Union et une modification structurelle notable dans l'équilibre des compétences entre l'Union et les États membres, au détriment de ces derniers ».

droit primaire ». Et la Cour de Karlsruhe dessine l'interprétation adéquate de la Cour de justice qui la conduirait à renoncer à toute censure : il faudrait considérer que les achats de dettes souveraines par la Banque centrale ne peuvent être que limités dans le temps et en montant et surtout non ciblés (126). Compte tenu de l'importance stratégique de l'engagement de la B.C.E. en matière d'O.M.T. pour la situation des marchés financiers (127), on voyait mal la Cour de justice le censurer en suivant la conception politique allemande qui retirerait toutes ses vertus à cet engagement. En restant dans une démarche la plus technique et classique possible, la Cour de justice a validé l'engagement de la BCE... et renvoyé la Cour allemande à ses responsabilités.

Ceci montre en tous cas que les analyses du mécanisme préjudiciel se faisant en termes de soumission, de contrainte, de subordination manquent particulièrement de nuance et que la Cour constitutionnelle allemande a, par sa question préjudicielle, placé la Cour de justice dans une situation particulièrement difficile.

En conclusion, le croisement de ces stratégies conduit, une fois de plus, à la bénévolence... Le dialogue des juges ou ce que l'on a ainsi appelé consiste à se ménager des terrains de rencontre, chacun des protagonistes l'admettant moyennant des limites à caractère essentiellement rhétorique. Dès lors, le simple raisonnement rationnel conduit au constat que chacun des juges en présence peut, s'il le veut, faire voler en éclats le système. Pour l'instant, et à l'exception de la Cour tchèque dans un contexte très particulier, tous les juges en présence se sont évertués à maintenir la possibilité d'un dialogue.

Autrement dit, et pour reprendre une idée attribuée à la fois à Gramsci (128) et Alain (129) (voire, parfois, à Romain Rolland), il faut admettre en la matière le pessimisme de la raison mais faire confiance à l'optimisme de la volonté...

(126) La distinction fondamentale pour l'Allemagne entre la compétence monétaire (Union européenne) et la compétence économique (essentiellement États membres) est ici : une approche ciblée relève d'une approche économique plus que monétaire.

(127) C'est l'annonce d'un rachat illimité par le président de la BCE qui a ramené en 2011 le calme sur les marchés financiers.

(128) « Je suis pessimiste par l'intelligence mais optimiste par la volonté », Lettre à son frère Carlo écrite en prison, le 19 décembre 1929 (*Cahiers de prison*, Paris, Gallimard, 1978-92).(129) « Le pessimisme est d'humeur ; l'optimisme est de volonté », *Propos sur le bonheur (1928)*, XCHII (Pléiade Pr1 :537).