

Assurer le caractère commun du droit de l'Union: de l'uniformité d'application à
l'homogénéisation ?

Une main tendue au bout d'un bras de fer

« Je me les sers moi-même, avec assez de verve,
Mais je ne permets pas qu'un autre me les serve »¹.

Didier Blanc
Professeur de droit public
IRDEIC- Centre d'excellence Jean Monnet
Université Toulouse I Capitole

La primauté cette mal-aimée ! Mal aimée par les juridictions nationales – destinataires autant que dépositaires ordinaires du principe² - qui y voient l'expression d'une prétention posant le principe de la supériorité de « droits venus d'ailleurs »³ sur l'ordre juridique interne ancré dans une Constitution, volonté suprême d'un peuple, d'une nation, gouvernés dans un cadre démocratique⁴. Mal aimée pour cette même raison par les institutions politiques chargées d'élaborer un droit demeurant sous la tutelle européenne et peinant à s'en affranchir. Mal aimée de celle l'ayant porté sur les fonts baptismaux, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), célébrant avec éclat le cinquantenaire de l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963 mais faisant preuve d'une infinie discrétion au sujet de son binôme jurisprudentiel, l'arrêt Costa c/ ENEL du 15 juillet 1964, affirmant cette primauté. Les racines en sont lointaines, la formulation originelle du principe de primauté par la CJCE ressort avec moins de tranchant et d'autorité que celle contenue quelques temps plutôt dans Van Gend en Loos⁵. Principe au demeurant qu'elle nomme seulement, 5 ans

¹ E. Rostand, *Cyrano de Bergerac*, extrait de l'acte I, scène 4.

² CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

³ Selon la célèbre expression de J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 47-48

⁴ Cette position traverse en particulier la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand ainsi que l'illustrent ses récurrentes réticences à l'égard de la construction européenne. Sa décision du 5 mai 2020 (BVerfG, arrêt du Second Senat, 2 BvR 859/15) et la réaction de la CJUE qu'elle a suscitée (Communiqué de presse, n° 58/20, 8 mai 2020) en sont le témoignage récent. V. D. Simon, « Nouvelle guerre des juges : « bras d'honneur » ou bras de fer ? », *Europe*, 2020, n°6, pp. 1-2.

⁵ Selon le dispositif de l'arrêt Van Gend en Loos : « L'article 12 du traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder », tandis que celui de l'arrêt Costa avance : « L'article 37 (2) constitue en toutes ses dispositions une règle communautaire susceptible d'engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les

après⁶, se gardant en quelque sorte d'agiter le chiffon rouge de la prévalence de son droit sur celui des Etats membres. De nos jours, la Cour de justice appréhende de façon pour le point mal habile, pour le dire d'un euphémisme, ce principe de primauté⁷. Mal aimée de la doctrine⁸, consacrant de rares manifestations à la commémoration de l'arrêt Costa⁹ et mobilisant davantage ses ressources à l'étude de la jurisprudence née de Van Gend en Loos. Si l'on doit renoncer ici – à supposer que la chose soit possible - à recenser les thèses, ouvrages, articles et commentaires traitant du principe de l'effet direct ou plus largement de l'invocabilité, la disproportion est manifeste avec ceux portant sur la primauté¹⁰. Pourtant, non seulement les deux principes sont tenus comme pareillement « existentiels »¹¹, mais surtout la primauté a apporté une densité supplémentaire à la jurisprudence Van Gend en Loos en donnant corps à une invocabilité aux multiples facettes¹². Mieux encore, et la précision est essentielle, alors que ce dernier ne vaut que pour un nombre limité de sources du droit de l'Union, la primauté caractérise l'ensemble de ces sources. Trouve ici un commencement d'explication l'attrait scientifique pour l'invocabilité du droit de l'Union : l'analyse d'une jurisprudence sophistiquée et parfois ondoyante suscite un intérêt supérieur.

Toutefois, l'affirmation par la Cour de justice de la primauté du droit de l'Union connaît un net regain en raison de son objet : les droits fondamentaux. La collision entre les deux remonte à la charnière des années 1970¹³ et dès ce moment-là, les termes de leurs rapports sont clairement posés au terme d'un triple raisonnement. Tout d'abord, la primauté du droit de l'Union, alors communautaire, ne saurait céder devant aucune norme nationale, y compris constitutionnelle, siège habituel des droits fondamentaux. C'est ce qu'exprime l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* : « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »¹⁴. La Cour de justice en tire ensuite comme conséquence que « l'invocation d'atteintes portées, soit

juridictions internes doivent sauvegarder. Dans le cadre de la question posée, ces dispositions ont pour objet d'interdire toute mesure nouvelle contraire aux principes de l'article 37 (1) ».

⁶ CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm.*, aff.14/68, ECLI: ECLI:EU:C:1969:4.

⁷ V. D. Simon et A. Rigaux, « L'arrêt Poplawski 2 : accroc limité ou ébranlement général dans la mise en œuvre de la primauté par le juge national », *Europe*, 2019, n°10, pp. 5-12.

⁸ Eprouvant des difficultés même à l'identifier : v. D. Blanc, « L'arrêt *Costa* appréhendé par la doctrine contemporaine », *RDUE*, 2017, n°1, pp. 121-137.

⁹ La *Rev. UE* (2015, n°592 et 593) et la *RDUE* (2017/1 et 2) ont fait une place au cinquantenaire de Costa.

¹⁰ Pour s'en convaincre il suffit de relever que sur *Curia.fr* près de 100 références de doctrine ont trait à Van Gend en Loos alors qu'elles ne dépassent pas la trentaine concernant Costa.

¹¹ P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, 1973, 2^{ème} éd., p. 257.

¹² V. M. Blanquet, Effet direct, *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

¹³ V. H. Gaudin, « L'évolution de l'intégration par les droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in J. Andriantsimbazovina (dir.), *Intégration et droits de l'Homme*, Mare & Martin, 2018, pp. 137-160.

¹⁴ CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, pt. 3.

aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ». Enfin, dans la mesure où « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect », « il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue »¹⁵. En d'autres termes, c'est précisément parce que la primauté du droit de l'Union ne souffre d'aucune réserve qu'il lui revient d'assurer la protection des droits fondamentaux au détour des principes généraux du droit dont la découverte appartient à la Cour de justice, qui attachée au respect de l'une, s'engage à défendre les autres. Tel est, sinon le prix de l'uniformité d'application du droit communautaire, à tout le moins le gage donné aux droits nationaux.

Diversement appréciée par les juridictions nationales et singulièrement constitutionnelles¹⁶, cette jurisprudence connaît une vigueur nouvelle dès lors d'une part que l'Union européenne forge à partir du traité d'Amsterdam ses propres instruments de défense des droits fondamentaux et d'autre part qu'elle ouvre à l'intégration normative des domaines échappant pour l'essentiel jusqu'alors à son emprise. Lorsque le processus visant à uniformiser ou à harmoniser le droit des États membres s'exerçait en matière économique, les frictions avec les droits fondamentaux constitutionnellement garantis demeuraient limitées. Dès lors qu'au tournant des années 2000 l'intégration européenne se déploie sur le terrain du droit pénal, droit de souveraineté par excellence et mobilisant par son objet les droits fondamentaux, l'affirmation par la Cour de justice de la primauté est confrontée à un environnement inédit. Autrement dit, la diffusion du droit de l'Union vers des normes constitutionnellement matérielles ravive son rapport avec la Constitution prise dans un sens formel.

Justement soucieuse de ces rapports avec les systèmes de protection précédents – ses aînés –, l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union (CDF) s'est accompagnée d'une stipulation en vertu de laquelle : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

¹⁵ *Idem*, pt. 4.

¹⁶ Pour l'Allemagne et la jurisprudence dite « Solange » (so lange, pour aussi longtemps que) : S. Kaufmann, « Le Bundesverfassungsgericht et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », RTDE, 2017, n°1, pp. 59-73. Concernant la situation italienne : N. Perlo, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : “un barrage contre le Pacifique” » ? », *RFDC*, 2013, n°3, pp. 717-734.

fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres ». Sans que le point soit douteux, cet article 53 CDF, « faux-jumeau de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'Homme » dont il est inspiré¹⁷, pose un « principe de faveur »¹⁸. Est en revanche plus douteuse dans un premier temps sa fonction. Est-elle ou non une règle de conflit ? La question a divisé la doctrine¹⁹ et avec le confort qu'offre le temps jurisprudentiel il est aisé de voir en elle, comme l'a soutenu Sébastien Platon « une règle de concours entre droits fondamentaux constitutionnels et européens »²⁰. En conséquence, l'art. 53 CDF n'est pas entre les mains de la Cour de justice l'instrument d'une uniformité en matière de protection des droits fondamentaux, mais plutôt l'agent d'une recherche d'unité respectueuse de la diversité (I). De sorte que la voie à une homogénéité constitutionnelle est ouverte²¹, qui permet en sens inverse dans un jeu de miroir de concilier la diversité dans l'unité (II).

I. L'Unité dans la diversité

Bien avant que la Charte des droits fondamentaux ne soit en vigueur, l'institution du mandat d'arrêt européen (MAE) a fait l'effet d'un véritable coin inséré dans les constitutions nationales en opérant sa confrontation avec les droits fondamentaux. Sans renouveler les termes du débat, l'art 53 CDF est lu par la Cour de justice au prisme du triptyque unité-primauté-effectivité (A) en vertu duquel le droit de l'Union prévaut dans des conditions laissant place à une ouverture constitutionnelle (B).

A- L'article 53 CDF au prisme du triptyque unité-primauté-effectivité

La Cour de justice saisit l'occasion de donner son interprétation de l'art. 53 CDF au terme d'une affaire posant la question des rapports entre le droit national assurant une protection constitutionnelle plus étendue et les règles harmonisées d'application du MAE. Après avoir fait l'objet d'une condamnation par le juge italien, M. Melloni a pris la fuite en Espagne et a ensuite été condamné par défaut à une peine de dix ans de prison pour faillite frauduleuse. Visé par un MAE,

¹⁷ G. Rosoux, « Variations autour de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux et de la jurisprudence *Melloni* », in *L'Europe au présent ! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, 2018, p. 620.

¹⁸ Sur cette notion : S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, 2008, p. 254 et s. (spéc. p. 269.).

¹⁹ Une partie de la doctrine a pu y voir une règle de conflit en s'appuyant en particulier sur l'analyse faite à l'endroit de l'art. 53 par un interprète aussi autorisé que G. Braibant considérant que « l'on fera prévaloir sur la Charte une disposition plus protectrice contenue dans une constitution nationale ». *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Seuil, coll. Points, 2001, p. 269. En ce sens : L. Azoulay, « Commentaire de l'art. II-113 », in L. Burgogue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II - La Charte des droits fondamentaux*, spéc. p. 695.

²⁰ S. Platon, *idem*, p. 271.

²¹ Sur cette notion : G. Delledonne, « Homogénéité constitutionnelle et protection des droits fondamentaux et de l'État de droit dans l'ordre juridique européen », *Politique européenne*, 2016, n°3, pp. 86-109.

M. Melloni est arrêté par la police espagnole. Après avoir saisi sans succès la justice pénale espagnole afin de s'opposer à sa décision de remise aux autorités italiennes, M. Melloni a formé un recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel dirigé contre l'ordonnance d'extradition. Sa requête est fondée sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel en vertu de laquelle « constitue une violation "indirecte" des exigences du droit à un procès équitable, en portant atteinte au contenu essentiel d'un procès équitable d'une manière qui nuit à la dignité humaine, la décision des juridictions espagnoles d'accepter l'extradition vers des États qui, en cas de délit très grave, 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 »²². Se trouve ainsi posée au terme d'un renvoi préjudiciel la question du niveau de protection des standards nationaux et européens en matière de droits fondamentaux et par conséquent l'office de l'art. 53 CDF. Le juge constitutionnel espagnol considère que sa jurisprudence permet la contestation de toute condamnation par défaut par la personne visée par un MAE, tandis que le droit de l'Union en fixant le régime des décisions rendues à l'issue d'un procès auquel l'intéressé n'a pas comparu en personne, autorise une remise de la personne condamnée par défaut à la suite de précisions apportées en 2009 à la décision-cadre fondatrice²³. La Cour de justice n'élide pas cette différence de protection en constatant que ce dispositif « ne méconnaît ni le droit à un recours effectif et à un procès équitable ni les droits de la défense garantis respectivement par les articles 47 et 48, paragraphe 2, de la Charte »²⁴.

Dès lors, l'interprétation qu'elle donne de l'article 53 CDF, précisément inséré pour faire face à cette situation, est particulièrement éclairante. Commençant par rejeter la lecture qu'en fait le juge national, à savoir autorisant « un Etat membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la Charte et à l'opposer, le cas échéant, à l'application de dispositions du droit de l'Union », elle ancre son raisonnement sur le « principe de primauté du droit de l'Union »²⁵. Rappelant à la fois qu'il s'agit d'une « caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union » et sa jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour de justice n'entend pas ouvrir une brèche au nom de l'art. 53 CDF. Il permet seulement au juge national « d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, 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

²² CHUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, EU:C:2013:107, pt. 20.

²³ Article 4 bis de la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, JO L 81, 27 mars 2009, p. 2.

²⁴ *Melloni*, pt. 53.

²⁵ *Idem*, pts 56 et 58.

du droit de l'Union »²⁶. Ce triptyque se retrouve au cœur de son avis 2/13 jugeant incompatible l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales²⁷. En d'autres termes et sur ce fondement, l'art. 53 CDF n'admet que la seule faveur pour le droit national de s'appliquer en lieu et place du droit de l'Union dès lors qu'il n'en remet pas en cause la substance et les caractères. De plus, cette faculté n'est offerte au juge national que « lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre »²⁸. En revanche et « fort logiquement »²⁹, lorsque de telles mesures ne sont pas utiles, le droit de l'Union est exclusivement sollicité de sorte qu'une concurrence des droits est hors de propos. Il s'ensuit que la notion de « mise en œuvre » du droit de l'Union trace le cadre dans lequel une diversité favorable aux standards nationaux de protection des droits fondamentaux est admise.

B) L'ouverture constitutionnelle dans la mise en œuvre du droit de l'Union

A peine exprimée, cette jurisprudence reçoit une illustration dans l'arrêt *Fransson* rendu le même jour et dans une formation identique (grande chambre). Non content d'éclairer la notion de « mesures nationales de mise en œuvre », tout en laissant subsister de résiduelles zones d'ombre, la Cour de justice fait référence dans ces motifs à l'interprétation qu'elle vient de donner de l'art. 53 CDF. Elle juge ainsi que « lorsqu'une juridiction d'un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, met en œuvre ce droit au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, 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 (voir, pour ce dernier aspect, arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, point 60 »³⁰. La solive du raisonnement de la Cour de justice tient dans cette alternance entre un régime intégralement (*Melloni*) ou pas (*Fransson*) fixé par le droit de l'Union.

²⁶ *Idem*, pt. 60.

²⁷ Avis 2/13 de la CJUE, du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. Il convient à ce sujet de rappeler que la Cour de justice relève qu'aucune disposition dans l'accord n'assure la coordination entre l'article 53 CDF tel qu'elle l'a interprété et l'article 53 de la CEDH autorisant les États à fixer des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par la CEDH. Ce qui revient à sanctuariser la jurisprudence *Melloni* dans la perspective de l'adhésion. V. pts 188 à 190 de l'avis.

²⁸ *Melloni*, pt. 60.

²⁹ S. Platon, « La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », *RDLF* 2013, chron. n°11 (www.revuedlf.com).

³⁰ CJUE, 26 février 2013, *Fransson*, aff. C-617/10, ECLI: ECLI:EU:C:2013:105, pt. 29.

L'évocation du principe de primauté ne s'accompagne pas dans *Fransson* de l'objectif la traversant, qui est l'application uniforme du droit de l'Union. Et ce à l'inverse de l'arrêt *Melloni* pour lequel son raisonnement est ordonné autour de l'idée d'un standard pertinent de protection des droits fondamentaux justement défini par le droit de l'Union, en l'occurrence la décision-cadre instaurant le MAE ; sans quoi l'intervention du législateur de l'Union demeurerait vaine. Dès lors son uniformité ne saurait être remise en cause sans « porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter »³¹. Cette affirmation revient à considérer que le droit de l'Union posant un standard, d'équivalents nationaux peuvent disposer d'un espace d'application en vertu de « la faveur » autorisée par l'art. 53 CDF, hypothèse avancée dans l'arrêt *Fransson*, mais en aucun cas il ne peut être écarté à leur bénéfice. Si l'uniformité n'est pas absolue, la diversité n'est admise qu'à la réserve d'une non contrariété.

Si l'unité revendiquée peut être entamée par l'application de standards nationaux, sans doute faut-il préciser que c'est sans préjudice des deux autres volets du triptyque jurisprudentiel : primauté et effectivité. Or, cette première « s'apparente à une tautologie dès lors que, par hypothèse, le régime dérogatoire national trouverait son habilitation dans le droit de l'Union lui-même, à savoir l'article 53 de la Charte » tandis que la seconde s'avère « plus dangereuse »³². Cet ensemble de critiques et d'observations porté par la doctrine familière des études européennes ne ternit ni le fondement ni l'objectif de cette jurisprudence³³. En ressort victorieuse la thèse selon laquelle l'art. 53 CDF pose moins une règle de conflit de normes qu'une règle appuyant la primauté du droit de l'Union³⁴ ; la Cour de justice assure aisément la liaison³⁵. Au vrai, si l'art. 53 CDF représentait une règle de conflit, il suffirait à la Cour de justice de l'évoquer pour régler la question du rapport entre normes, or elle préfère se fonder sur le triptyque unité, primauté et effectivité. Toutefois, sous des allures de pétition de principe la Cour de justice s'en remet à l'application *in concreto* par le juge national des

³¹ *Melloni*, pt. 63.

³² A. Bailleux, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin (C.J.U.E., Stefano Melloni et Åkerberg Fransson, 26 février 2013) » https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A140455/datastream/PDF_01/view (p. 13).

³³ A l'exception de certaines analyses comme celles des professeurs R. Medhi observant que « la Cour fait un usage inadéquat du principe de primauté », « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté, 29 mars 2013 », (<http://www.gdr-elsj.eu/>) ou R. Tinière voyant dans l'arrêt le reflet d'une « conception intégriste de la primauté », *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2019, 2ème éd., p. 182.

³⁴ En ce sens K. Lenaerts : « one should not read Article 53 of the Charter as a rule of conflict, but as a rule which strengthens the primacy of EU law ». « The EU Charter of Fundamental Rights scope of application and methods of interpretation », in V. KronenBerGer et al. (éd.), *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, 2013, p. 135.

³⁵ CJUE, 24 juin 2019, *Popławski*, ECLI:EU:C:2019:530, pt 54 : « Ce principe [de primauté] impose dès lors à toutes les instances des États membres de donner leur plein effet aux différentes normes de l'Union, le droit des États membres ne pouvant affecter l'effet reconnu à ces différentes normes sur le territoire desdits États (voir, en ce sens, arrêts du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, point 59, et du 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of An Garda Síochána*, C-378/17, EU:C:2018:979, point 39) ».

droits allégués et ouvre la voie à une homogénéisation substantielle des droits fondamentaux. Au point qu'il est permis d'avancer avec le professeur Hélène Gaudin que « le niveau de protection est la nouvelle frontière des droits fondamentaux tant l'homogénéité substantielle de ceux-ci a fait des progrès considérables »³⁶. Ces progrès suivent un mouvement circulaire, de l'unité vers la diversité.

II. La diversité dans l'unité

Les difficultés de réception de la primauté par les juridictions nationales au tournant des années 1970-1980 sont particulièrement apparues en Allemagne et en Italie, pays de traditions dualistes, et si elles sont désormais aplanies concernant les rapports entre le droit de l'Union et la législation nationale, elles se sont déplacées sur le terrain de la protection des droits fondamentaux arrimée à l'identité constitutionnelle des Etats membres. Plutôt que de renouveler une opposition frontale et soucieuse du niveau de protection affiché la Cour de justice réalise dans certains cas une neutralisation de la solution dégagée par l'arrêt *Melloni* (B), œuvrant au processus de constitutionnalisation du droit de l'Union. Non seulement *Melloni* ne barre pas l'horizon des rapports entre systèmes de protection des droits fondamentaux, mais surtout la Cour de justice laisse place à une réserve tirée de défaillances systémiques s'agissant du respect des droits fondamentaux (A).

A) La réserve de l'exception des défaillances systémiques dans le respect des droits fondamentaux

Depuis son apparition, le MAE a enrichi la thématique des rapports entre droit de l'Union et droit interne en la plaçant sous la double ombrelle des droits fondamentaux et du droit pénal. C'est précisément en la matière que la Cour de justice desserre quelque peu l'étreinte du principe de primauté. A la suite de la demande de remise adressée aux autorités allemandes au sujet de deux ressortissants hongrois et roumain reconnus coupables de plusieurs délits, le juge allemand émet des doutes quant aux conditions d'incarcération dans les Etats d'émission du MAE. Ils sont nourris par le constat par la Cour EDH au terme d'arrêts pilotes de conditions de situations pénitentiaires attentatoires aux droits fondamentaux. Un renvoi préjudiciel articulé autour de deux questions est alors introduit : l'autorité exécutant le MAE peut-elle s'en affranchir en raison d'atteinte aux droits fondamentaux ; l'autorité émettant le MAE doit-elle en garantir le respect sur le fondement du droit de l'Union ou de son droit interne ? Bien que citant à plusieurs reprises l'arrêt *Melloni*, la Cour de justice ne reprend pas son triptyque, mais préfère centrer son raisonnement sur le respect des droits

³⁶ « Quelle stratégie contentieuse de protection des droits fondamentaux devant le juge national en période de crise : réflexe constitutionnel et réflexe européen ? », *Revue générale du droit on line*, 2020, numéro 52207 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52207).

de la personne fondé sur « l'interdiction des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, prévue à l'article 4 de la Charte » qui « revêt un caractère absolu en tant qu'elle est étroitement liée au respect de la dignité humaine visée à l'article 1^{er} de la Charte »³⁷. A ce titre, elle admet un report, voire la fin de la procédure de remise à l'initiative de l'autorité d'exécution, en l'occurrence le juge allemand, et par conséquent une mise à l'écart de l'application du droit de l'Union ; l'exécution d'un MAE ne pouvant « conduire à un traitement inhumain ou dégradant »³⁸.

Toutefois, la Cour de justice rend au fond un arbitrage favorable à la dignité humaine dans ses frictions avec le principe de primauté en l'entourant de conditions particulièrement restrictives. En premier lieu, l'autorité d'exécution doit « se fonder sur des éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés sur les conditions de détention qui prévalent dans l'État membre d'émission et démontrant la réalité de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention ». Elle peut à cet égard s'appuyer sur des décisions de juridictions internationales ou nationales ainsi que sur les travaux conduits par des organisations internationales (Conseil de l'Europe, ONU). En deuxième lieu, et la tâche s'annonce nettement plus ardue, cette autorité « est tenue de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, il existe des motifs sérieux et avérés de croire que, à la suite de sa remise à l'État membre d'émission, cette personne courra un risque réel d'être soumise dans cet État membre à un traitement inhumain ou dégradant », au sens de l'article 4 de la Charte. En troisième lieu, « ladite autorité doit, en application de l'article 15, paragraphe 2, de la décision-cadre, demander à l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission la fourniture en urgence de toute information complémentaire nécessaire en ce qui concerne les conditions dans lesquelles il est envisagé de détenir la personne concernée dans cet État membre ». Cette dernière précision peut faciliter l'appréciation de la réalité des risques pesant sur l'individu objet de la MAE, mais au final, celle-ci comporte une large part d'incertitude en dépit de la confiance mutuelle qui régit en principe les relations entre les autorités étatiques. Comment demander à une juridiction nationale d'apprécier les conditions de détention de justiciables qu'elles condamnent régulièrement à les éprouver ? Comment exiger de l'autorité judiciaire d'exécution qu'elle mène des investigations aussi poussées, actualisées et individualisées³⁹ au risque à la faveur d'un MAE dont elle serait émettrice d'être objet d'une même suspicion ? En dépit de ces interrogations, le juge national s'est saisi de cette ouverture dans l'application uniforme du droit de l'Union⁴⁰.

³⁷ CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes C-404/15 et C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, pt. 85.

³⁸ *Idem*, pt. 88.

³⁹ Pour une illustration de l'exigence d'individualisation : CJUE, 25 juillet 2018, LM, aff. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 et CJUE, 25 juillet 2018, ML, aff. C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589. D. Simon, « Droits fondamentaux dans l'Etat d'émission », *Europe*, 2018, n°10, comm. 360, pp. 25-26.

⁴⁰ CJUE, 15 octobre 2019, *Dorobantu*, 15 octobre 2019, ECLI:EU:C:2019:857.

Derrière ce qui s'apparente à un banal exercice de mise en balance entre normes de droit primaire au bénéfice de la Charte, et singulièrement du principe « absolu » de dignité humaine qu'elle renferme, se dessine les contours d'une fenêtre permettant aux autorités nationales d'échapper à l'exécution mécanique du MAE ; fenêtre étroite au demeurant dans le monument érigé au nom de la primauté⁴¹.

B) La neutralisation de la jurisprudence Melloni

Dans ces conclusions prononcées à l'occasion de l'affaire Melloni, l'avocat général Y. Bot lance un trait qui, s'il est absent des motifs de l'arrêt, atteint sa cible par la référence à l'endroit des Etats membres du respect par l'Union de « leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » conformément à l'article 4 § 2 TUE inséré par le traité de Lisbonne⁴². L'avocat général indique, tout en l'écartant en l'espèce, qu'un « État membre qui considérerait qu'une disposition de droit dérivé porte atteinte à son identité nationale pourrait ainsi la contester en se fondant sur l'article 4, paragraphe 2, TUE »⁴³. Cette brèche confirme que l'article 53 CDF n'est pas dans ce cas opérant, puisqu'il n'est pas une règle de conflit de nature à désactiver le principe de primauté. C'est précisément parce que la primauté est une règle de conflit que l'art. 53 CDF n'a pas à l'être ! S'agissant de l'identité nationale, elle est de nature à assurer la prévalence du droit national, mais son activation demeure floue au regard du caractère substantiel des droits fondamentaux, là où des aspects structurels sont mis en avant. Quoi qu'il en soit, la Cour constitutionnelle allemande s'est engouffrée dans cette brèche fin 2015⁴⁴, suivie du juge constitutionnel italien. De sorte que sont créées les conditions favorables à un véritable dialogue des juges et non à un monologue luxembourgeois dont l'accueil favorable par les juridictions nationales est censé tenir lieu de réponse.

C'est à cette aune que doit être lu l'arrêt rendu en grande chambre du 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*⁴⁵ s'inscrivant lui-même dans le prolongement de l'arrêt *Taricco* rendu deux ans auparavant à

⁴¹ Sur l'usage exceptionnel qu'en fait la Cour de justice : F. Gazin et C. Haguenu-Moizard, « La Cour de justice de l'Union et le voleur de bicyclette, une occasion manquée d'étendre la jurisprudence Aranyosi (À propos de l'arrêt CJUE, gr. ch., 23 janv. 2018, aff. C-367/16, Dawid Piotrowski) », *RTDE*, 2019, n°2, pp. 351-362.

⁴² Le respect de l'identité nationale a été auparavant mobilisé par l'arrêt de la CJUE Sayn-Wittgenstein, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806, spéc. pt. 92. Il ouvre la voie à un sillon jurisprudentiel nouveau.

⁴³ Conclusions présentées le 2 octobre 2012, ECLI:EU:C:2012:600, pt. 139.

⁴⁴ V. C. Haguenu-Moizard, « Identité constitutionnelle et mandat d'arrêt européen : l'exploitation de la jurisprudence Melloni par la Cour constitutionnelle allemande », *Europe*, 2016, n° 3, pp. 1-6.

⁴⁵ CJUE, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

destination du juge italien⁴⁶. Dans cette affaire, la Cour de justice avait décidé en substance que le droit pénal national portait atteinte au droit de l'Union (art. 325 TFUE) en empêchant que soient infligées des sanctions dans un nombre considérable de cas de fraude grave portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Par conséquent, le juge compétent était dans l'obligation de laisser au besoin inappliquées les dispositions nationales guidées par le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. La Cour constitutionnelle italienne à la faveur d'un renvoi préjudiciel soutient « que l'article 4, paragraphe 2, TUE permet au juge national de se dégager de l'obligation fixée par la Cour dans l'arrêt *Taricco e.a.* dans la mesure où cette obligation viole un principe suprême de son ordre constitutionnel et, par conséquent, est susceptible d'affecter l'identité nationale, et notamment constitutionnelle, de la République italienne »¹. Cette présentation frontale des rapports entre ordres juridiques débouche malgré tout sur une question préjudicielle : le juge national est-il tenu par la solution posée par l'arrêt *Taricco* « même si une telle inapplication est contraire aux principes suprêmes de l'ordre constitutionnel de l'État membre ou aux droits inaliénables de la personne reconnus par la Constitution de l'État membre ? »⁴⁷. A cette question qui confronte la théorie jurisprudentielle des « contre-limites »⁴⁸ à la solution posée par *Taricco* et au fond au principe de primauté du droit de l'Union, la Cour de justice répond implicitement que si « le juge national était ainsi amené à considérer que l'obligation de laisser inappliquées les dispositions du code pénal en cause se heurte au principe de légalité des délits et des peines, il ne serait pas tenu de se conformer à cette obligation, et ce même si le respect de celle-ci permettrait de remédier à une situation nationale incompatible avec le droit de l'Union (voir, par analogie, arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, points 58 et 59) »⁴⁹.

Réserve faite d'une analogie qui n'a rien d'évident, la Cour de justice réitère les termes employés par l'arrêt *Fransson*, à savoir qu'il « est loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, 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 ou l'effectivité du droit de l'Union »⁵⁰ et procède parallèlement à un exercice « d'homogénéisation constitutionnelle » hors du cadre réflexif de l'art. 53 CDF. Elle tient tout d'abord à « rappeler l'importance, tant dans l'ordre juridique de l'Union que dans les ordres juridiques nationaux, que revêt le principe de légalité des délits et des peines », ensuite sa

⁴⁶ CJUE, 8 sept. 2015, aff. C-105/14, EU:C:2015:555.

⁴⁷ Aff. précitée C-42/17, pt. 20

⁴⁸ Théorie inaugurée en 1973 par la Cour constitutionnelle italienne afin précisément d'apporter des limites aux limitations apportées à la souveraineté par la construction communautaire. V. M. R. Donnarumma « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010, n°4, pp. 719-750.

⁴⁹ *M.A.S. et M.B.*, pt. 61.

⁵⁰ *Idem*, pt. 47.

consécration par l'art. 49 CDF, dont le sens et la portée est identique au droit garanti par la CEDH, enfin il fait partie « des traditions constitutionnelles communes aux États membres ».

Bien qu'il soit permis de regretter le difficile usage que peut faire le juge national de cette solution⁵¹, elle éclaire la doctrine quant à la réception du « pluralisme constitutionnel » dont elle pourrait marquer « le point de départ »⁵², et tracer une « troisième voie entre le monisme et le dualisme »⁵³. A moins qu'il ne s'agisse pudiquement d'une « solution flexible par rapport au principe de primauté »⁵⁴, pourtant principe existentiel raide par essence. Quoi qu'il en soit, la Cour de justice se refuse à la fois à aller sur le terrain de la réserve de l'identité constitutionnelle – laissant à penser qu'elle ne « concerne pas tellement les droits fondamentaux ; mais plutôt l'identité structurelle des États membres »⁵⁵ - et exclut toute référence à l'art. 53 CDF, alors qu'il était évoqué par le juge du renvoi tandis que l'avocat général orientait l'espèce vers la jurisprudence *Melloni*⁵⁶. Bien que le cadre des deux affaires ne soit pas identique tant au regard du degré d'harmonisation du MAE et du principe de légalité des délits et des peines que du caractère de dispositions tantôt matérielles, tantôt procédurales, la Cour de justice en renonçant à faire usage de la rigueur interprétative de l'arrêt *Melloni* renonce à entretenir une situation conflictuelle. Simultanément, la solution dégagée lui permet d'éviter la rigidité du triptyque primauté-unité-effectivité. Cette neutralisation de la jurisprudence *Melloni* est le signe d'une double démarche : en brandir l'existence aux fins de l'uniformité d'application du droit de l'Union, en suspendre l'application en vue d'une homogénéisation de la protection des droits fondamentaux.

⁵¹ En ce sens D. Simon, « Primauté du droit de l'Union versus principe de légalité des délits et des peines dans le contexte du régime de la prescription en matière pénale : un nouveau cercle de craie caucasien ? », *Europe*, 2018, n° 2, comm. 48, pp. 36-38.

⁵² E. Dubout, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTDE*, 2018, n°3, p. 569.

⁵³ V. N. Perlo, « Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'union européenne », *Rev. UE*, 2018, n°622, p. 776.

⁵⁴ L. S. Rossi, « Droits fondamentaux, primauté et autonomie : la mise en balance entre les principes "constitutionnels" de l'Union européenne », *RTDE*, 2019, n°1, p. 80.

⁵⁵ *Idem*, p. 76.

⁵⁶ Qu'il condense ainsi : « en vertu du principe de primauté du droit de l'Union, le fait, pour un État membre, d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne peut affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État ». Conclusions présentées le 18 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:564, pt. 157.