

L'ENCADREMENT DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

par Olivier PEIFFERT*

« De même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des États membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique communautaire »
Concl. M. POIARES MADURO sous CJCE, 16 déc. 2008, Michaniki, aff. C-213/07, pt. 33

1- Le droit de l'Union ne saurait ignorer les règles constitutionnelles des États membres qui la composent : c'est bien ce qui ressort de l'interprétation des traités européens, notamment des dispositions de l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (TUE), et, plus largement, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »)¹.

2- Compléter cette proposition dans le sens d'un regard croisé sur une thématique commune² — les rapports entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel des États membres³ — est l'objet de la présente contribution. Logiquement, cette ambition invite à inverser la relation entre les objets considérés : en d'autres termes, les règles constitutionnelles des États membres doivent-elles, réciproquement, prendre en compte le droit de l'Union ? En nous efforçant de démontrer que, du point de vue du droit de l'Union,

* Doctorant contractuel chargé d'enseignement, IRENEE, Nancy-Université.

¹ V., notamment, J.-D. MOUTON, *Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, in *Mélanges en l'honneur de P. MANIN*, 2010, Pedone, pp. 145 à 154 ; K. LENAERTS, *Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne*, in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST (Éds.), *Traduction et droits européens: enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur M. VAN DE KERCHOVE*, 2009, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, pp. 623 à 646 ; H. DUMONT, *La traduction, ciment du « Pacte constitutionnel européen »*, *Revue Belge de Droit Constitutionnel* 2010 n° 1, pp. 15 à 54 ; D. RITLÉNG, *Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale*, in J.-D. MOUTON et J.-C. BARBATO (ss. dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*, 2010, Bruylant, coll. *Droit de l'Union européenne*, pp. 22 à 47.

² V. G. MARTI, *Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Contribution au VIII^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011.

³ À ce sujet, v., notamment, A. LEVADE, *Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable ?* et G. CANIVET, *Constitutions nationales et ordre juridique communautaire. Contre-éloge de la tragédie, tous deux* in *Mélanges en l'honneur de P. MANIN*, *op. cit.*, respectivement pp. 109 à 128 et pp. 611 à 624 ; J.-P. JACQUÉ, *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, RFDC 2007 n° 69, pp. 3 à 37, spéc. pp. 8 à 20.

les règles constitutionnelles des États membres sont *encadrées*, nous nous proposons de répondre à cette question par l'affirmative et par un nouvel éclairage.

3- Traditionnellement, la doctrine⁴ utilise la notion d'« encadrement » afin de désigner un ensemble de règles qui s'imposent aux États membres lorsqu'ils procèdent à l'exécution du droit de l'Union. En ce sens, si cette exécution s'effectue, selon la Cour, « *dans le respect des formes et procédures du droit national* »⁵, c'est-à-dire dans le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres⁶, il n'en reste pas moins que « *la compétence nationale exprimée par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale doit être encadrée afin de se concilier avec les exigences d'application uniforme et effective du droit [de l'Union]* »⁷. En particulier, le juge national, dans son office 'communautaire', est soumis à un ensemble d'obligations garantissant l'exécution juridictionnelle effective du droit issu des traités⁸.

4- Par ailleurs, la notion d'« encadrement » est également utilisée par une partie de la doctrine⁹ lorsqu'il s'agit de relativiser, sinon de remettre en cause, l'idée largement partagée selon laquelle le droit de l'Union n'a aucune incidence, en termes d'intensité normative, dans le champ des compétences retenues par les États membres. Il convient en ce sens de souligner que, selon une jurisprudence constante de la Cour, « *quand bien même [certaines matières] relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans*

⁴ V., notamment, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd. 2001, PUF, n^{os} 105 et 327 à 341 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} éd. 2010, Litec, n^{os} 667 à 690 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} éd. 2006, Sirey, pp. 333 à 334 et 337 à 338 ; V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, *Compétences communautaires*, Rép. communautaire 2002, n^o 183.

⁵ CJCE, 11 fév. 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor/Hauptzollamt Hamburg St Annen*, aff. 39/70, Rec. p. 49, pt. 4.

⁶ « *Lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* » : CJCE, 15 déc. 1971, *International Fruit Company e.a.*, aff. jtes 51 à 54-71, Rec. p. 1107, pt. 4 ; v., également, CJCE, 12 juin 1990, *Allemagne / Commission*, aff. 8/88, Rec. p. I-2321, pt. 13 ; 16 janv. 2003, *Commission/Italie*, aff. C-388/01, Rec. p. I-721, pt. 27 ; pour la sanction des règles : « *pour autant que les dispositions en cause [du droit de l'Union] confèrent aux justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder, ces dernières sont tenues d'assurer la protection desdits droits, étant entendu qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente* » : CJCE, 9 déc. 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, Rec. p. 661, v. p. 675 ; v., également, CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, Rec. p. I-2271, pt. 39.

⁷ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n^o 105.

⁸ Sur cette question, v., en plus des références évoquées *supra*, en note 4, K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, 2^{ème} éd. 2005, Sweet & Maxwell, v. n^{os} 5-051, 14-046 à 14-050 et 17-006 à 17-014 ; L. POTVIN-SOLIS, *Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire*, in J.-D. MOUTON et J.-C. BARBATO (ss. dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*, *op. cit.*, pp. 113 à 156.

⁹ K. LENAERTS, *L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres*, in *Mélanges en l'honneur de J.-P. JACQUÉ*, Dalloz, 2010, pp. 421 à 442 ; v., également, V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, 2003, L'Harmattan, n^{os} 343 à 368 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, qui utilise l'expression de 'compétences encadrées', n^o 91 ; J.-D. MOUTON, *Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann*, RGDIP 2010/2, pp. 257 à 280, spé. pp. 264 à 270, selon qui l'encadrement procède, dans l'arrêt en cause, d'un 'droit de regard' que s'octroie la Cour. On retrouve, en substance, cette idée d'encadrement dans d'autres écrits — v., notamment, G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 54 et 55 — et, en germe, chez P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration - Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, 1972, Rééd. 2005, coll. *Droit de l'Union européenne, grands écrits*, Bruylant, pp. 32 et 33.

l'exercice desdites compétences, respecter le droit de l'Union »¹⁰. Et une doctrine des plus autorisées a pu en déduire que « *l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire des compétences retenues par les États membres, est encadré par les exigences de l'Union, en ce sens que, dans les matières qui relèvent de la compétence des États membres, ces derniers sont tenus d'exercer ces compétences dans le respect du traité par lequel ils se sont liés : pacta sunt servanda* »¹¹. Serait ainsi à l'œuvre, peut-être depuis l'origine¹², un *encadrement*, sanctionné par la Cour en toutes matières — la sécurité sociale¹³, la fiscalité directe¹⁴, le nom¹⁵, la nationalité¹⁶ ou encore le droit de vote¹⁷ —, en vertu duquel la primauté du droit de l'Union vaut également dans le champ des compétences retenues par les États qui en sont membres, et cela dans le respect de leur souveraineté.

5- Alors que ces considérations trouvent leur origine dans la primauté du droit de l'Union¹⁸, il est possible, à notre sens, de combiner ces deux acceptions doctrinales¹⁹. Envisager ainsi, de manière globale, cette notion d'*encadrement* permet de discerner un ensemble de règles assurant l'effet utile du droit de l'Union²⁰, par une obligation générale de ne pas porter atteinte aux normes découlant du transfert de compétences, en résolvant les conflits de normes à son profit — primauté du droit de l'Union oblige — et en assurant sa sanction, dans le respect, toutefois, des diversités nationales. Ainsi en irait-il de l'essence de l'Union européenne (UE) : les États membres ne sont-ils pas 'Uni[s] dans la diversité' ?

¹⁰ v. *infra*, notes 13 à 17.

¹¹ K. LENAERTS, L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences de États membres, *op.cit.*, v. n° 8.

¹² V., en ce sens, CJCE, 23 fév. 1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité, aff. 30/59, Rec. p. 3 ; au pt. 46, la Cour admet « *des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales là où elles sont nécessaires pour que, du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité gravement compromise* ».

¹³ V., notamment, CJCE, 28 avril 1998, Decker, aff. C-120/95, Rec. p. I-1831, pt. 23, et, dernièrement, 16 juill. 2009, von Chamier-Glisczinski, aff. C-208/07, Rec. p. I-6095, pt. 63.

¹⁴ V., notamment, CJCE, 14 fév. 1995, Schumacker, aff. C-279/93, Rec. p. I-225, pt. 21, et, dernièrement, CJUE, 20 janv. 2011, Commission/Grèce, aff. C-155/09, non encore publié au Recueil, pt. 39 ; v. K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, L'encadrement communautaire de la fiscalité directe, CDE 2007 n° 33, pp. 19 à 110.

¹⁵ V., notamment, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, aff. C-148/02, Rec. p. I-11613, pt. 25 ; 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, aff. C-353/06, Rec. p. I-7639, pt. 16, et, dernièrement, CJUE, 22 déc. 2010, Sayn-Wittgenstein, aff. C-208/09, non encore publié au Recueil, pt. 38 ; 12 mai 2011, Runevič-Vardyn, aff. C-391/09, non encore publié au Recueil, pt. 63.

¹⁶ V., notamment, CJCE, 7 juill. 1992, Micheletti e.a., aff. C-369/90, Rec. p. I-4239, pt. 10 ; 11 nov. 1999, Mesbah, aff. C-179/98, Rec. p. I-7955, pt. 29 ; CJCE, 19 oct. 2004, Zhu et Chen, aff. C-200/02, Rec. p. I-9925, pt. 37, et, dernièrement, CJUE, 2 mars 2010, Rottmann, aff. C-135/08, non encore publié au Recueil, pt. 45.

¹⁷ V., en particulier, CJCE, 12 sept. 2006, Espagne/Royaume-Uni, aff. C-145/04, Rec. p. I-7917, pt. 78.

¹⁸ Principe qui, au surplus, n'aurait plus besoin du vecteur de l'effet direct pour déployer tous ses effets : v., en ce sens, M. DOUGAN, When Worlds Collide ! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy, CMLR 2007, n° 44, pp. 931 à 963 ; K. LENAERTS et T. CORTHAUT, Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of EU Law, in S. PRECHAL et B. VAN ROERMUND (Éds.), The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts, 2008, Oxford University Press, pp. 495 à 515, spéc. pp. 507 à 514.

¹⁹ V., en ce sens, E. NEFRAMI, L'État membre au service de l'Union européenne, ADE vol. II, 2004, pp. 52 à 77, selon qui l'encadrement s'applique à l'exécution normative, administrative et juridictionnelle du droit de l'Union par l'État membre et dépasse le champ des compétences retenues pour s'étendre aux champs de compétences partiellement ou totalement transférées à l'Union.

²⁰ Doctrine en vertu de laquelle « *tout traité doit être appliqué de telle manière que son plein effet pratique se trouve assuré, compte tenu de son objet et de son but* » : P. PESCATORE, Monisme, dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne, in Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Berlin, 2003, pp. 329 à 342, v. p. 330.

6- Jusqu'à présent, cette notion a surtout été mobilisée pour décrire la pénétration du droit de l'Union dans des corpus de règles nationales identifiés matériellement ou pour désigner les règles procédurales auxquelles est soumis le juge national ordinaire. Aussi est-il tentant, aux fins de notre propos, de nous efforcer d'appliquer l'*encadrement* aux rapports entre le droit de l'Union et les règles constitutionnelles. Car l'État membre, lorsqu'il exerce certaines compétences, propres ou retenues, par le recours à l'adoption de règles constitutionnelles, ou lorsqu'il définit les règles relatives à la justice constitutionnelle, ce qui relève indubitablement de sa compétence, est susceptible de porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union.

7- L'application de la notion d'encadrement en la matière requiert, à titre liminaire, de préciser quelle portée juridique nous retenons des concepts fondamentaux mobilisés au stade de la problématisation, à savoir la « primauté », la « souveraineté » et les « règles constitutionnelles ». Puisqu'il serait fort présomptueux de prétendre, dans cette contribution, trancher les controverses sur la définition de ces notions, nous nous contenterons de les employer dans des conditions compatibles avec le point de vue adopté. À cet égard, le concept d'encadrement est fondé sur une analyse des rapports entre les ordres juridiques qui nous paraît acceptable dès lors qu'elle procède de propositions valables du point de vue de l'ordre juridique de l'Union. En bref, nous présentons ici une lecture *située* de ces rapports, en fonction de laquelle les notions fondamentales précédemment évoquées sont restituées.

8- Cette lecture est nécessaire à l'application de l'encadrement en ce qu'elle permet, tout d'abord, de considérer la primauté du droit de l'Union comme une règle absolue de résolution des conflits de normes à son profit et assortie d'une garantie juridictionnelle effective²¹. Certes, la portée de ce principe dans les ordres juridiques nationaux peut être relativisée par la 'résistance' du juge national²², lequel, trouvant le fondement de sa compétence dans le droit interne, considère généralement que la constitution est la norme suprême de son ordre juridique, ce qui conduit au constat du pluralisme des rapports entre les ordres juridiques²³. Toutefois, outre qu'il est parfois soutenu que le droit positif reflète l'effectivité de la primauté²⁴, celle-ci représente, du point de vue qui est le nôtre, une règle qui trouve sa source

²¹ D. SIMON, Le système juridique communautaire, *op. cit.*, n^{os} 331 et s.

²² V., à ce sujet, M. KUMM et V. F. COMELLA, The Future of Constitutional Conflict in the European Union : Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty, in WEILER and EISGRUBER (Éds.), *Altneuland : The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04 ; Y. LAURANS, La résistance des Cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne : entre dialogue horizontal et monologues parallèles, *Civitas Europa* juin 2008 n^o 20, pp. 239 à 261 ; K. LENAERTS, Dialogues juridictionnels et traductions constitutionnelles dans l'Union européenne, *op. cit.*, spéc. n^{os} 6 à 26 ; A. LEVADE, Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable ?, *op. cit.*, pp. 114 à 116 ; J.-P. JACQUÉ, Droit constitutionnel national, *Droit communautaire...*, *op. cit.*, pp. 11 à 15. V., également, O. PFERSMANN, La primauté : double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée, *Cah. Cons. const.* 2005 n^o 18, pp. 138 à 140. Notons, toutefois, que la résistance à la primauté du droit de l'Union ne se retrouve pas dans l'ensemble des États membres : v., pour le cas des Pays-Bas, B. DE WITTE, Do Not Mention the Word : Sovereignty in Two Europhile Countries : Belgium and the Netherlands, in N. WALKER (Éd.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 351 à 366, v. pp. 361 à 364.

²³ V., en ce sens, H. GAUDIN, La primauté, la fin d'un mythe ? Autour de la jurisprudence de la Cour de justice, in *Mélanges en l'honneur de P. MANIN*, *op. cit.*, pp. 639 à 656 ; D. RITLÉNG, De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union, *RTD eur.* 2009 n^o 4, pp. 677 à 696. ; M. POIARES MADURO, Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action, in N. WALKER (Éd.), *Sovereignty in Transition*, *op. cit.*, pp. 501 à 537 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, v. notamment pp. 99 et 100 ; M. DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *D.* 2006, p. 951. D'aucuns vont même jusqu'à nier, à défaut de base textuelle, le principe de primauté : voir, notamment, P. HARTLEY, *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 6^{ème} éd. 2007, v. pp. 239 à 240 et 260 à 262.

²⁴ S. PINON, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, *RTD eur.* 2008 n^o2, pp. 263 à 287.

dans l'ordre juridique autonome de l'Union. Elle est inhérente au caractère supranational du « droit de l'intégration », selon l'expression de Pescatore, et garantit que la base juridique même de l'Union ne soit pas remise en cause²⁵. Au surplus, nonobstant les résistances opposées à la primauté dans les droits nationaux, celle-ci produit, ainsi que l'on s'attachera à le démontrer, des effets juridiques multiformes dans les ordres juridiques États membres.

9- Cette précision amène naturellement, ensuite, à la question de la souveraineté. En toute logique, la primauté du droit de l'Union s'accorde-t-elle avec cet élément distinctif de l'État ? Pour répondre par l'affirmative, il faut préciser que, parmi les diverses acceptions de ce concept — que le droit de l'Union, au demeurant, a contribué à bouleverser²⁶ —, est ici visée la souveraineté dans sa dimension extérieure, c'est-à-dire internationale. Or, cette dimension n'est pas nécessairement hermétique aux limitations, du moins lorsqu'elles sont librement consenties par l'État²⁷, ce qui correspond à une certaine conception du principe *pacta sunt*

²⁵ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, *op. cit.*, p. 85 ; *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 1975, rééd. 2006, coll. *Droit de l'Union européenne*, grands écrits, Bruylant, v. pp. 227 à 230 ; *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, *RTD eur.* 1981, pp. 617 à 651, v. pp. 623 à 638 et spéc. 633 et 634 ; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, *op. cit.*, n^{os} 1-013 à 1-020 ; K. LENAERTS, *La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 815, v. n^{os} 5 à 6 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n^{os} 985 et s. ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n^{os} 323 à 325 ; A. LEVADE, *Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable ?*, *op. cit.*, spéc. pp. 111 à 114.

²⁶ La construction européenne a inspiré de nombreuses analyses de l'évolution de la souveraineté qui se caractérisent avant tout par leur très grande diversité, celle-ci pouvant s'expliquer notamment par la polysémie du concept et la pluralité de ses usages. V., à ce sujet, notamment, M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, 2001, coll. *Léviathan*, PUF, pp. 280 à 298 et 316 à 322 ; *La souveraineté comme principe d'imputation*, in D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (ss. dir.) *Les évolutions de la souveraineté*, 2006, coll. *Grands colloques*, Montchrestien, pp. 69 à 80, spéc. pp. 78 à 80, selon qui il faut considérer que les effets juridiques du droit de l'Union dans l'ordre interne peuvent être expliqués par l'exercice de la souveraineté au niveau du pouvoir constituant ; F. LUCHAIRE, *La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Les évolutions de la souveraineté*, *op. cit.*, pp. 119 à 125, selon qui il serait possible de substituer l'identité constitutionnelle à la souveraineté nationale ; J. CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, in *Les évolutions de la souveraineté*, *op. cit.*, pp. 203 à 219, selon qui le droit de l'Union participe à la remise en cause du lien consubstantiel entre la souveraineté de l'État et le droit ; V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd. 2009, PUF, v. n^{os} 18 à 22 et 332 à 333, selon qui l'intégration européenne, bien qu'elle laisse subsister la souveraineté de l'État membre de l'Union, conduit toutefois à la transformation des conditions d'exercice de la souveraineté ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, spéc. n^{os} 112 et 370 et s., selon qui la construction européenne conduit à envisager une souveraineté partagée, ou tout bonnement un dépassement du concept de souveraineté qui apparaît daté, étant entendu que, en tout état de cause, l'État membre de l'Union a limité la compétence de sa propre compétence ; G. DE BURCA, *Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice*, in *Sovereignty in Transition*, *op. cit.*, pp. 449 à 460, selon qui la doctrine de la primauté élaborée par la Cour correspond à une revendication de souveraineté qui ne s'accompagne pas, toutefois, d'une perte de souveraineté des États membres ; P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, *op. cit.*, spéc. pp. 34 à 39, selon qui la construction européenne conduit à un transfert de souveraineté aux institutions supranationales ; I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, *ELRev.* 2002, pp. 511 à 529, selon qui les souverains réels restent les peuples des États membres qui ont aménagé un cadre constitutionnel commun composé de plusieurs niveaux. Il semblerait, au surplus, que la référence à la souveraineté ne soit pas incontournable : v. B. DE WITTE, *Do Not Mention the Word : Sovereignty...*, *op. cit.*, pp. 364 à 366, selon qui les juristes néerlandais tendraient à ignorer ou à rejeter le concept de souveraineté, lorsque la pratique constitutionnelle belge l'aurait relégué au rang de relique.

²⁷ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*, n^o 19 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, 2008, coll. *Université droit*, Ellipses, *op. cit.*, n^o 187.

*servanda*²⁸ dont découle le concept d'encadrement. En d'autres termes, la primauté ne remet pas en cause la souveraineté, elle en procède.

10-Enfin, la notion de « règles constitutionnelles » a été préférée à l'expression « constitution(s) ». Dès lors que la catégorie même de « constitution » n'est pas exempte de débats — loin s'en faut²⁹ —, la présente étude privilégie un critère d'identification des règles constitutionnelles pertinent lorsqu'il s'agit d'évoquer les rapports entre ordres juridiques. Sont ici visées les règles *formellement* constitutionnelles, indépendamment de leur contenu, c'est-à-dire les règles qui ont une valeur supérieure à toutes celles de toutes les autres dans l'ordre juridique des États membres et qui fondent leur validité. Aux fins de notre démonstration, ces règles suprêmes doivent être appréhendées largement, c'est-à-dire, également, indépendamment de leur rapport hiérarchique avec le droit de l'Union³⁰.

11-C'est à l'aune de ces considérations que nous soutenons que, quand bien même l'exercice de compétences retenues peut se traduire par l'adoption de règles constitutionnelles, et que la sanction de la règle constitutionnelle relève de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans l'exercice de ces compétences, respecter le droit de l'Union. À notre sens, il y a bel et bien un *encadrement* des règles constitutionnelles par le droit de l'Union qui se vérifie aussi bien d'un point de vue matériel — l'encadrement du contenu des règles constitutionnelles — (I) que processuel — l'encadrement de la sanction des règles constitutionnelles — (II).

²⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945, trad. B. LAROCHE et V. FAURE, coll. La pensée juridique, LGDJ, pp. 428 à 430 ; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI 1926 vol. 14, v. §41 à 43 et §48 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, n^{os} 203 et 204 ; P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, *op. cit.*, pp. 34 à 39 ; *Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques*, *Revue de droit suisse*, vol. 111, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1992, pp. 41 à 72, spéc. 49 à 53 ; *Fédéralisme et intégration*, in E. MCWINNEY et P. PESCATORE (Éds.), *Fédéralisme et cours suprêmes et l'intégration des systèmes juridiques*, UGA, Heule, 1973, pp. 5 à 16, v. p. 8 ; *La Cour ne dit pas autre chose dans ses arrêts fondateurs* : CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3, v. p. 23 ; CJCE, 15 juill. 1964, Costa/E.N.E.L., aff. 6-64, Rec. p. 1141, v. p. 1159.

²⁹ À ce sujet, v. Y. LAURANS, *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, Thèse, Nancy, 2009.

³⁰ V., sur cette question, F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 31^{ème} éd., 2009, LGDJ, n^o 14, et H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP 1928, pp. 197 à 257, v. pp. 204 à 212.

L'ENCADREMENT DU CONTENU DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES

12-« *Il ne saurait être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union* ». C'est de ce *dictum*, aussi explicite qu'itératif³¹, que procède l'encadrement matériel des règles constitutionnelles. Selon la Cour, la primauté s'entend donc pour toutes les normes du droit de l'Union, à l'encontre de toutes les normes de droit national avec lesquelles il pourrait entrer en conflit. Ne doit-on pas dès lors y inclure les règles constitutionnelles ? À la lumière du droit positif, il est possible de le soutenir, et ce d'un double point de vue.

13-D'une part, au titre d'une obligation négative : le contenu des règles constitutionnelles ne saurait porter atteinte à l'uniformité et à l'effectivité du droit de l'Union. Cette proposition ressort de la jurisprudence de la Cour, laquelle n'hésite pas à sanctionner la primauté du droit de l'Union sur des dispositions constitutionnelles nationales (A). D'autre part, l'encadrement produit des effets positifs dans les ordres juridiques nationaux du fait de l'élargissement des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Cette proposition ressort de la jurisprudence de certaines cours constitutionnelles (B).

LE CONTRÔLE DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES NATIONALES PAR LE JUGE DE L'UNION

14-La jurisprudence récente de la Cour s'inscrit dans la lignée des arrêts fondateurs : la sanction de la primauté du droit de l'Union s'impose de façon constante aux règles constitutionnelles. En cas de conflit avec les règles de l'Union — tout particulièrement en ce qui concerne le statut du citoyen européen, les libertés de circulation et le principe de non-discrimination —, elles n'échappent pas, du simple fait de leur rang, au contrôle de la Cour, mais doivent au contraire se plier aux exigences de l'intégration. Certes, les règles constitutionnelles sont parfois opposées par les États membres dans le but de justifier des dérogations au droit primaire et au droit dérivé, et tout particulièrement des restrictions aux libertés de circulation. Néanmoins, ces règles sont alors soumises au contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire, en dernière analyse, au contrôle du juge de l'Union. Le schéma

³¹ V., dernièrement, CJUE, 8 sept. 2010, Winner Wetten, aff. C-409/06, non encore publié au Recueil, pt. 61, et, antérieurement, CJCE, 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. p. 1125 : « *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. Dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit 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* ». Voir, également, CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. p. 629, pt. 17 ; 13 déc. 1979, Hauer, aff. 44/79, Rec. p. 3727, pt. 14. Sur cette jurisprudence fondatrice, v. P. PESCATORE, Aspects judiciaires de l'acquis communautaire, *op. cit.*, pp. 633 à 635. V. également CJCE 10 juin 2004, Commission/Italie, aff. C-87/02, Rec. p. I-5975, pt. 38, et 26 oct. 2006, Commission/Autriche, aff. C-102/06, Rec. p. I-111, pt. 9.

est classique : la Cour, après avoir identifié l'objectif poursuivi et apprécié sa légitimité, s'assure que les dispositions nationales en cause sont nécessaires et proportionnées pour y parvenir³². En cela, il apparaît que le rang constitutionnel des règles nationales en cause est neutralisé en droit de l'Union. Cela pourrait valoir aussi bien pour les règles constitutionnelles en général que pour celles qui exprimeraient, en particulier, l'identité constitutionnelle des États membres.

15-En premier lieu, s'agissant des affaires dans lesquelles la Cour, alors qu'elle avait à connaître de règles constitutionnelles, n'a pas fait explicitement mention de l'identité constitutionnelle³³, il apparaît que la primauté bénéficie tant aux règles des traités qu'aux actes de droit dérivé³⁴. Ainsi, dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts *Kreil*³⁵ et *Michaniki*³⁶, les juges nationaux de renvoi avaient soulevé, par voie préjudicielle, la question de savoir si l'interprétation d'actes de droit dérivé, respectivement la directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi³⁷ et la directive sur les marchés publics de travaux³⁸, mais aussi, plus largement, des dispositions pertinentes du droit de l'Union, s'opposaient à certaines dispositions constitutionnelles nationales en cause.

16-Dans ces deux arrêts, la Cour n'a pas considéré que les dispositions nationales, en raison de leur rang, puissent écarter l'application du droit de l'Union. Partant, elles doivent être soumises à son contrôle. Pour justifier des dérogations aux règles issues des traités, elles doivent répondre aux conditions strictes des exceptions au principe d'égalité de traitement ou du contrôle de proportionnalité³⁹. À ce titre, et bien que les États membres disposent d'une

³² Voir, sur ce point, N. DE SADELEER, Le principe de proportionnalité, cheval de Troie du marché intérieur ?, RAE du 1^{er} déc. 1999, pp. 379 à 388.

³³ Sont ici considérés comme relevant de cette catégorie les arrêts de la Cour *stricto sensu*, excluant en ce sens les hypothèses dans lesquelles les conclusions des avocats-général et la doctrine ont fait référence à l'identité constitutionnelle ; sur cette question, pour les arrêts du 14 oct. 2004, Omega, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609 et du 16 déc. 2008, Michaniki, aff. C-213/07, Rec. p. I-9999, v. J.-D. MOUTON, Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne, *op. cit.*, spéc. pp. 147 à 148 ; D. RITLÉNG, Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale, *op. cit.*, pp. 22 et s. ; A. LEVADE, Identité constitutionnelle et exigence existentielle..., *op. cit.*, pp. 123 à 127.

³⁴ Ce qui est une solution largement acquise : « *Si une norme constitutionnelle d'un État entre en conflit avec le droit communautaire, celui-ci doit prévaloir, dès lors que celle-là ne constitue pas une composante de l'identité constitutionnelle nationale* » ; D. RITLÉNG, Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale, *op. cit.*, p. 43.

³⁵ CJCE, 10 janv. 2000, Kreil, aff. C-285/98, Rec. p. I-69.

³⁶ CJCE, 16 déc. 2008, Michaniki, *préc.*

³⁷ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 fév. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE L 39 du 14 fév. 1976, p. 40.

³⁸ Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOUE L 199 du 9 août 1993, p. 54, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 oct. 1997, JOUE L 328 du 28 nov. 1997, p. 1.

³⁹ Dans l'arrêt du 10 janv. 2000, Kreil, *préc.*, la Cour, après avoir considéré que l'organisation de la sécurité nationale relevait de la directive sur l'égalité de traitement (pts. 16 à 19) a dit pour droit que l'exclusion de certaines activités du champ de cet acte doit être d'interprétation stricte ; les dérogations à l'égalité de traitement ne peuvent se fonder que sur des motifs appropriés et nécessaires pour atteindre le but poursuivi, tel que, en l'espèce, la sécurité publique et la protection de la femme (pts. 20 à 24). L'arrêt du 16 déc. 2008, Michaniki, *préc.*, est fondé sur un raisonnement similaire. La Cour, après avoir considéré que la liste de l'article 24 de la directive sur les marchés publics de travaux, énumérant les causes susceptibles de justifier l'exclusion d'un entrepreneur de la participation à un tel marché public, était exhaustive, a reconnu — de façon quelque peu contradictoire, on l'admettra — qu'elle pouvait cependant être complétée par d'autres mesures d'exclusion (pt. 49), les États membres disposant d'une marge d'appréciation en la matière (pts. 55 à 57). Toutefois, de telles mesures nationales doivent être nécessaires et appropriées à l'objectif d'égalité de traitement des

marge d'appréciation dans les matières en cause, la Cour a dit pour droit que le droit de l'Union s'oppose à des règles constitutionnelles nationales, telles que l'article 12 a) de la Loi fondamentale allemande, en ce qu'elle exclut totalement les femmes de tout emploi militaire comportant l'utilisation d'armes⁴⁰, ou encore le paragraphe 9 de l'article 14 de la Constitution grecque, en ce qu'il instaure une présomption irréfragable d'incompatibilité entre la qualité de membre actionnaire ou dirigeant d'une entreprise exerçant une activité dans le secteur des médias d'information et celle de membre actionnaire ou dirigeant d'une entreprise candidatant à un marché public de travaux⁴¹. À aucun moment, le juge de l'Union ne fait référence à un éventuel traitement particulier des règles nationales eu égard à leur rang constitutionnel.

17-De même, dans l'arrêt *Omega*⁴², la Cour semble emprunter un raisonnement proche : les dispositions constitutionnelles nationales visant à protéger la dignité humaine doivent respecter les exigences des traités. Certes, sur le fond, la décision nationale d'interdiction de jeux simulant des actes d'homicide, concrétisant la règle constitutionnelle allemande, n'est pas, selon la Cour, contraire au droit de l'Union, quand bien même elle restreint la libre prestation de services⁴³. Toutefois, pour aboutir à cette conclusion, la Cour s'assure que les normes nationales sont justifiées, c'est-à-dire qu'elles sont appropriées et nécessaires au regard de l'objectif poursuivi. En clair, le rang constitutionnel des règles nationales en cause ne les fait pas échapper au contrôle de conformité avec le droit de l'Union⁴⁴.

18-S'agissant, en second lieu, des affaires faisant expressément référence à l'identité constitutionnelle des États membres⁴⁵, cette dernière ne saurait faire obstacle au contrôle, par la Cour, des règles constitutionnelles nationales en cause — ce qui ressortait, au demeurant, d'un arrêt *Commission/Luxembourg* de 1996⁴⁶. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu récemment à l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*⁴⁷, le juge national de renvoi avait demandé à la Cour si le statut de citoyen de l'Union, désormais ancré à l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), s'opposait notamment à une règle nationale telle que la loi abolissant les titres de noblesse, à laquelle l'article 149, paragraphe 1, de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne confère une valeur constitutionnelle. À cet égard, la Cour a, certes, fait référence, *expressis verbis*, à l'identité constitutionnelle, et ce, à notre connaissance, pour la première fois. Cette mention, opérée notamment par le truchement de l'article 4, paragraphe 2, TUE⁴⁸, ne va pas sans étayer certaines propositions doctrinales⁴⁹. Il

soumissionnaires et de transparence poursuivi, mais aussi, en l'espèce, à celui de pluralisme et d'indépendance des médias (pts. 58 à 61).

⁴⁰ CJCE, 10 janv. 2000, Kreil, *préc.*, pts. 27 à 32.

⁴¹ CJCE, 16 déc. 2008, Michaniki, *préc.*, pts. 62 à 69.

⁴² CJCE, 14 oct. 2004, Omega, *préc.*

⁴³ *Ibid.*, pt. 41 et dispositif.

⁴⁴ V. É. CARPANO, comm. n° 79, in M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, 2010, PUF, selon qui l'arrêt *Omega* confirmerait même la prééminence du système européen des droits fondamentaux.

⁴⁵ V., sur ce point, la doctrine évoquée *supra*, note 1.

⁴⁶ CJCE, 2 juill. 1996, Commission/Luxembourg, aff. C-473/93, Rec. p. I-3207 ; dans cet arrêt, la Cour a jugé que les dispositions de la constitution luxembourgeoise réservant aux seuls nationaux les emplois dans l'administration publique était contraire aux règles du traité sur le libre circulation des travailleurs, tout particulièrement à la réserve de l'article 45, paragraphe 4, TFUE, nonobstant les arguments de cet État membres sur le cas particulier des enseignants des écoles primaires. En effet, la protection de la langue nationale, qui constitue certes un objectif d'intérêt légitime de protection de l'identité nationale, aurait pu être atteint par des mesures moins restrictives.

⁴⁷ CJUE, 22 déc. 2010, Sayn-Wittgenstein, aff. C-208/09, non encore publié au Recueil.

⁴⁸ *Ibid.*, pts. 83 et 92.

n'en demeure pas moins que le raisonnement de la Cour gagne incontestablement à être analysé à la lumière de l'arrêt *Omega*.

19-Selon la Cour, alors que la règle sur le nom patronymique en cause est qualifiée de restriction aux libertés consacrées par l'article 21 TFUE⁵⁰, « [l]a justification invoquée par le gouvernement autrichien par référence à la situation constitutionnelle autrichienne est à interpréter comme une invocation de l'ordre public »⁵¹. Or, cet objectif de protection de l'ordre public — consacré à l'article 52, paragraphe 1, TFUE en matière de libre circulation des services — a précisément fondé la solution du juge de l'Union dans l'arrêt *Omega*⁵². Si celui-ci laisse une marge de manœuvre importante à l'État membre en cause⁵³, c'est parce que, de jurisprudence constante, ce dernier est le mieux placé pour définir les dérogations fondées sur l'ordre public, dont l'appréciation peut varier d'un État à l'autre⁵⁴. Cette référence à la marge d'appréciation des États membres en matière de détermination de l'ordre public étant reprise dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*⁵⁵, le juge de l'Union va, nonobstant, passer le droit national au crible du contrôle de proportionnalité. À cette occasion, il ne manque pas de remarquer que les règles nationales en cause concrétisent l'égalité de traitement⁵⁶ qui, à l'instar de la dignité humaine dans l'arrêt *Omega*⁵⁷, est consacrée dans l'ordre juridique de l'Union. Si, au final, la règle constitutionnelle autrichienne sur le nom patronymique n'est pas contraire aux traités, c'est bien parce qu'elle est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. S'agissant de ce dernier, il semble difficile de savoir s'il s'agit bien, en l'espèce, de la protection de l'identité constitutionnelle, de l'ordre public ou même encore de l'égalité de traitement, tant les références à ces motifs, au demeurant également légitimes, sont entremêlées⁵⁸.

20-De même, dans la très récente affaire *Runevič-Vardyn*⁵⁹, la Cour avait à connaître de la compatibilité avec les traités des règles lituaniennes de graphie de la langue officielle nationale, qui, selon la Cour constitutionnelle lituanienne, garantissent le statut constitutionnel de cette même langue⁶⁰. S'agissant des demandes des requérants au principal visant à ce que leur nom de famille commun, figurant dans leur certificat de mariage délivré par les autorités lituaniennes, soit transcrit sous une forme respectant les règles de graphie polonaises, la Cour a, dans un premier temps, considéré qu'il appartenait au juge national d'apprécier si, sur la base de ses indications, la différence de nom telle qu'elle ressortait dudit certificat constituait une restriction aux droits reconnus aux citoyens européens⁶¹. Dans un second temps, la Cour

⁴⁹ J.-D. MOUTON, Présentation d'une proposition doctrinale, in J.-D. MOUTON et J.-C. BARBATO (ss. dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? op. cit.* pp. 1 à 17.

⁵⁰ CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *préc.*, pt. 71.

⁵¹ *Ibid.*, pt. 84.

⁵² CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, *préc.*, pts. 28 à 30.

⁵³ *Ibid.*, pts. 31 à 32 et 37 à 38.

⁵⁴ CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337, pts. 18 et 19 ; 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, aff. 115/81, Rec. p. 1605, pt. 8 ; 14 mars 2000, *Église de scientologie*, aff. C-54/99, Rec. p. I-1335, pt. 17.

⁵⁵ CJUE, 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *préc.*, pts. 86 et 87.

⁵⁶ *Ibid.*, pts. 88 et 89.

⁵⁷ Sur ces questions, v. concl. STIX-HACKL sous CJCE, 14 oct. 2004, *Omega*, *préc.*, pts. 41 à 113.

⁵⁸ *Ibid.*, pts. 90 à 95 ; obs. D. SIMON, *Europe* 2011 n° 2, comm. n° 40, v. p. 13.

⁵⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, aff. C-391/09, non encore publié au Recueil ; obs. D. SIMON, *Europe* 2011 n° 7, comm. n° 238.

⁶⁰ *Ibid.*, pt. 27 ; v., également, Concl. JÄÄSKINEN sur ce même arrêt, note 52 ; c'est cette considération qui nous conduit à classer cet arrêt parmi ceux ayant trait à l'identité constitutionnelle, bien qu'il s'agisse également, dans cette affaire, de l'identité culturelle des États membres. Sur ces deux dimensions de l'identité nationale, v. J.-D. MOUTON, *Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 152 à 154.

⁶¹ *Ibid.*, pts. 77 et 78.

s'est penchée sur les justifications éventuelles de cette restriction : les règles de graphie avaient pour objet de protéger la langue nationale de l'État, objectif légitime au regard de l'article 4, paragraphe 2, TUE, et pouvaient ainsi justifier une restriction au droit de l'Union⁶². C'est alors au juge de renvoi de rechercher si de tels objectifs ne pouvaient être atteints par des mesures moins restrictives. Toutefois, la Cour a fourni à ce juge des directives précises, en insistant sur le fait que le nom du mari avait été retranscrit suivant les règles de graphie polonaises, cet élément étant susceptible d'avérer le caractère disproportionné des mesures en cause⁶³.

21-Au terme de cette première analyse, si la Cour paraît se diriger vers une prise en compte de l'identité constitutionnelle nationale, il n'en reste pas moins que le contrôle juridictionnel des règles constitutionnelles à l'aune du droit de l'Union est une constante de sa jurisprudence, la Cour ne s'interdisant pas de juger que celles-ci sont disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi et, partant, interdites par le droit de l'Union. Aussi, le rang constitutionnel des règles nationales est-il, au double sens du terme, neutralisé par la Cour de justice : ce rang ne saurait porter atteinte à la primauté du droit de l'Union ; il ne saurait non plus justifier un traitement particulier. Ce n'est que dans l'intensité du contrôle de proportionnalité que la Cour prendra en compte, le cas échéant, une règle qui exprime l'identité constitutionnelle d'un État membre considéré. En ce cas, cette prise en compte relève moins de la valeur de la règle considérée que de son contenu. Il en va bien sûr différemment, car le point de vue est tout autre, des effets de l'encadrement, par le droit de l'Union, des règles constitutionnelles nationales, si l'on s'attache aux jurisprudences constitutionnelles nationales.

– B –

LA PENETRATION DU DROIT DE L'UNION DANS LES NORMES DE RÉFÉRENCE DU CONTRÔLE NATIONAL DE CONSTITUTIONNALITÉ

22-La problématique de la place du droit de l'Union dans les ordres internes est bien connue : certains juges nationaux, tout particulièrement les juges constitutionnels, lesquels trouvent le fondement de leur compétence dans le droit national, opposent, nonobstant la jurisprudence de la Cour, une certaine résistance à la primauté du droit de l'Union⁶⁴. Par ailleurs, des réformes constitutionnelles ont parfois été nécessaires pour adapter l'ordre juridique national à l'évolution des traités. Dans le cadre de la présente contribution, il ne s'agit pas de reprendre ces questions⁶⁵, mais plutôt de mettre en lumière une évolution de la justice constitutionnelle : la pénétration du droit de l'Union dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

23-Étant précisé que la jurisprudence des juges constitutionnels nationaux ne sera abordée à ce stade qu'en ce qu'elle renseigne sur la pénétration du droit de l'Union — la sanction des

⁶² *Ibid.*, pts. 84 à 87.

⁶³ *Ibid.*, pts. 88 à 93.

⁶⁴ Cette résistance, lorsqu'elle existe, est parfois dite 'modérée', car la primauté est admise pour la majeure partie des normes nationales et n'est écartée qu'en présence de certaines normes, lesquelles varient selon l'État considéré ; v., sur cette question, Y. LAURANS, La résistance des Cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne..., *op. cit.*, p. 242 ; v., également, la doctrine évoquée *supra*, note 22.

⁶⁵ Nous nous contenterons, dans la présente contribution, de renvoyer aux clauses d'intégration mentionnées *infra*, notes 73 à 75 et n° 29.

règles constitutionnelles faisant l'objet de développements ultérieurs⁶⁶ —, il convient, d'emblée, de souligner que lesdits juges nationaux, lorsqu'ils interprètent la constitution, disposent d'une marge d'appréciation dans la détermination même des règles qui servent de base à leur contrôle⁶⁷. Il y a là, en puissance, un relais très efficace de la primauté du droit de l'Union sur les règles nationales.

24-Car le contrôle de constitutionnalité, on en conviendra, a pour objet d'imposer aux normes qui sont subordonnées à la constitution le respect des règles qu'elle contient et qui sont relatives aux procédures de leur élaboration et à leur contenu⁶⁸. Si l'on ne saurait soutenir que le droit de l'Union définit les règles relatives à la procédure d'élaboration des actes de droit interne, ne serait-ce qu'en vertu du principe d'autonomie institutionnelle, il n'en reste pas moins qu'il affecte à l'évidence leur contenu. Partant, à la condition que les juges nationaux compétents pour connaître de ce contrôle admettent que le droit de l'Union en est une norme de référence, celui-ci serait un élément qui conditionne, *matériellement*, la constitutionnalité des normes internes. Cette évolution⁶⁹ consolide l'encadrement de l'exécution normative du droit de l'Union par les États membres⁷⁰. Elle est susceptible de sanctionner, au surplus, la primauté du droit de l'Union par un acte jouissant de l'autorité absolue de la chose jugée — caractéristique largement commune aux cours constitutionnelles européennes⁷¹ — alors que les solutions dégagées par les décisions des juges ordinaires n'ont, en principe, qu'une autorité relative⁷².

25-*De lege lata*, la pénétration du droit de l'Union dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité se vérifie dans plusieurs ordres juridiques nationaux dont les règles constitutionnelles partagent la reconnaissance d'une clause dite « d'ouverture ». Cette pénétration est une tendance qui peut-être observée, dans la mesure de la présente étude, pour ce qui est des États autrichien⁷³, italien⁷⁴ et belge⁷⁵. En vertu de ladite clause, la question de la

⁶⁶ V. *infra*, n^{os} 32 et s.

⁶⁷ Ce constat nous semble valable, indépendamment des conclusions que l'on peut en tirer ; v., en ce sens, M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, pp. 85 à 97, ainsi que H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, pp. 207 à 208.

⁶⁸ À notre sens, la distinction entre constitutionnalité formelle et matérielle n'a qu'une utilité limitée, la question se résumant, en dernière analyse, à un problème de validité ; H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, *op. cit.*, pp. 198 à 212 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, n^{os} 158 à 159.

⁶⁹ Évolution parfois qualifiée d'« internisation » ou d'« internalisation » du droit de l'Union ; v. A. LEVADE, *Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé*, RDP 2004 n^o 4, pp. 889 à 911, v. pp. 910 et 911 ; E. DUBOUT, *Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire*, RTD eur. 2007 n^o 3, pp. 428 à 443, v. pp. 440 à 443.

⁷⁰ Sur l'encadrement de l'exécution normative, v. not. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n^o 106 ; E. NEFRAMI, *L'État membre au service de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 54 à 56.

⁷¹ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 12^{ème} éd. 2009, Dalloz, coll. Précis, n^{os} 291 et 292 ; notons toutefois, puisqu'il en sera question dans la présente étude, l'effet *inter partes* des arrêts de la Cour constitutionnelle belge lorsqu'elle est saisie par la voie préjudicielle ; v. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, t. 1. Fondements et institutions, 2010, Larcier, n^o 185.

⁷² Sur les implications de cette distinction, avec une position évolutive, v. H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, *op. cit.*, pp. 217 à 218 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, pp. 210 et 316.

⁷³ L'adhésion de l'Autriche à l'UE s'est réalisée par le truchement d'un acte constitutionnel spécial, le Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union (EU-Beitritts-BVG), suivant une procédure complexe. Découle implicitement de l'acceptation de l'acquis communautaire par le EU-Beitritts-BVG l'acceptation de la primauté du droit de l'Union, reconnue par la Cour constitutionnelle autrichienne, sur toutes les règles internes, y compris constitutionnelles, à l'exception, toutefois, des principes fondamentaux de la fédération, tels que l'État de droit ou l'organisation fédérale de l'État ; v. S. PEYROU-PISTOULET, *Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien*, RFDC 2001 n^o 46, pp. 237 à 264 ; A. POSCH, *Community law and Austrian constitutional law*, Vienna Journal of International Constitutional Law 2008 n^o 4,

conformité au droit de l'Union est, en dernière analyse, une question de conformité à la constitution.

26-Certes, l'Autriche, ne saurait être un exemple tout à fait concluant de la pénétration du droit de l'Union dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. En effet, malgré la clause d'ouverture, la Cour constitutionnelle autrichienne considère qu'il ne lui appartient pas de connaître de la compatibilité des règles nationales au regard du droit de l'Union. Cependant, la Cour constitutionnelle autrichienne rappelle que, en cas de contrariété, les règles nationales doivent être écartées, au besoin par le juge 'ordinaire'⁷⁶. De plus, dans le cadre du contrôle *a posteriori* des actes administratifs qui lui est dévolu⁷⁷, elle a elle-même écarté des dispositions nationales du fait du manquement des autorités nationales au droit de l'Union, notamment aux règles de notification des aides d'État prévues par l'article 108, paragraphe 3, TFUE⁷⁸.

vol. 2, pp. 272 à 283, v. pp. 277 à 279 ; P. CEDE, Report on Austria and Germany, in G. MARTINICO et O. POLLICINO (Éds.), *The National Judicial Treatment of ECHR and EU laws*, 2010, Europa Law Publishing, pp. 57 à 80, v. pp. 60 à 62.

⁷⁴ La Cour constitutionnelle italienne trouvait originellement le fondement de la primauté du droit de l'Union dans l'article 11 de la constitution ; depuis une réforme constitutionnelle de 2001, le nouvel article 117, paragraphe 1, lui fournit une nouvelle base juridique. Toutefois, la primauté, là encore, n'est pas absolue dans l'ordre interne : le droit de l'Union est une norme '*interposta*', qui bénéficie certes d'un régime propre parmi les règles de droit international *lato sensu*, mais doit néanmoins céder face aux règles composant le noyau dur de la constitution ; on aura reconnu la thèse des contre-limites ; v. F. LAFFAILLE, Il y a toujours un première fois. À propos de l'application de l'article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne, RTD eur. 2009 n° 3, pp. 459 à 472, v. pp. 464 à 472 ; Convention européenne des droits de l'homme et Constitution italienne : la place du droit conventionnel au sein de la hiérarchie normative, RDP 2009 n° 4, pp. 1138 à 1154 ; G. MARTINICO et O. POLLICINO, Report on Italy, in G. MARTINICO et O. POLLICINO (Éds.), *The National Judicial Treatment of ECHR and EU laws*, *op. cit.*, pp. 271 à 299, v. pp. 271 à 276 ; M. ROSARIA DONNARUMMA, Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles, RFDC 2010 n° 84, v. pp. 719 à 750, v. pp. 727 à 734.

⁷⁵ En droit belge, la clause d'ouverture découle des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui, toutefois, n'est pas spécifique au droit de l'Union. La doctrine reste partagée sur les conséquences qu'il convient d'en déduire : la primauté dudit droit vaut-elle pour les règles constitutionnelles ? Elle pourrait résulter d'une combinaison de facteurs tenant à la fois à la quasi impossibilité pour la Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage) de contrôler la conformité du droit primaire à la constitution, et à la jurisprudence des juges ordinaires. V., également, C. Cass. de Belgique, 4 avril 2008, J.T., 2008, souligné par nous : « *L'obligation du juge belge de faire prévaloir la norme communautaire sur la norme nationale et d'écarter celle-ci lorsqu'elle est contraire au droit communautaire découle du principe de primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales* » ; v. P. POPELIER, Report on Belgium, in G. MARTINICO et O. POLLICINO (Éds.), *The National Judicial Treatment of ECHR and EU laws*, *op. cit.*, pp. 83 à 99, v. pp. 83 à 89 et 94 à 95 ; B. DE WITTE, Do Not Mention the Word : Sovereignty..., *op. cit.*, pp. 353 à 358 ; H. DUMONT, La traduction, ciment du « Pacte constitutionnel européen », *op. cit.*, pp. 32 et 33 ; Y. LEJEUNE, Droit constitutionnel belge, *op. cit.*, n°s 183 à 188 ; R. ERGEC, La Cour constitutionnelle belge et le droit européen, in *Mélanges en hommage à G. VANDERSANDEN*, Bruylant, 2009, pp. 167 à 182, v. pp. 173 à 176.

⁷⁶ A. POSCH, *op. cit.*, pp. 279 à 283 ; P. CEDE, *op. cit.*, p. 66 ; S. PEYROU-PISTOULET, *op. cit.*, pp. 253 à 264, v. les décisions mentionnées p. 255.

⁷⁷ Sur les compétences de la Cour constitutionnelle autrichienne, v. A. GAMPER et F. PALERMO, The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review, *Journal of Comparative Law* 2008, vol. III issue 2, pp. 64 à 79, spéc. 68 à 73.

⁷⁸ CCA, 13 déc. 2001, VfSlg. 15.450, commenté par U. JEDLICZKA, The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice, *Vienna Journal of International Constitutional Law* 2008 n° 4, vol. 2, pp. 272 à 283 ; De même, en matière de contentieux électoral, elle a annulé une élection pour violation de la décision n° 1/80, du 19 sept. 1980, relative au développement de l'association, adoptée par le conseil d'association institué par l'accord d'association entre la Turquie et la Communauté économique européenne, conclu, approuvé et confirmé au nom de cette dernière par la décision 64/732/CEE du Conseil, du 23 déc. 1963, JOCE 1964, 217, p. 3685 ; v. CCA, 3 déc. 2003, VfSlg. 17.075, commenté in *ibid.*

27-la Cour constitutionnelle italienne, quant à elle, a étendu les normes de référence du contrôle de constitutionnalité à la norme ‘*interposta*’ que constitue le droit de l’Union. En effet, lorsqu’elle est saisie par la voie principale, elle contrôle, sur la base des articles 11 et 117, paragraphe 1, de la constitution italienne, la conformité des lois étatiques et régionales au droit de l’Union⁷⁹.

28-De même, le droit de l’Union est indubitablement devenu une norme de référence du contrôle de constitutionnalité en Belgique. La méthode de la Cour constitutionnelle (anciennement Cour d’arbitrage) pour parvenir à ce résultat s’explique par les limites de ses compétences : elle n’exerce en effet qu’un contrôle partiel de constitutionnalité, portant notamment sur la sanction des règles constitutionnelles relatives aux droits et libertés fondamentaux. Partant, elle s’est fondée sur une méthode combinatoire, en considérant que les articles 10 et 11 de la constitution belge afférents à l’égalité et la non-discrimination pouvaient être applicables à tous les droits et libertés, en ce compris les droits et libertés découlant des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie. Il est donc possible d’exciper devant la Cour constitutionnelle belge de la violation du droit de l’Union, aussi bien primaire que dérivé, en le combinant avec les dispositions constitutionnelles nationales relatives à l’égalité⁸⁰.

29-Qu’en est-il, enfin, du droit français ? L’identification de la clause d’ouverture, si l’on s’en tient à la position du Conseil constitutionnel, — qui, rappelons-le, ne fait pas l’unanimité⁸¹ — procède de l’insertion d’un titre XV à la constitution de 1958 : selon le Conseil constitutionnel, le « *principe de primauté du droit de l’Union [...] résulte [...] de l’article 88-1 de la Constitution* »⁸² ; toutefois, il ne saurait porter atteinte à un principe « *inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »⁸³.

30-Quant à l’entrée d’un corpus conventionnel dans le bloc de constitutionnalité, la distinction, établie dans la décision *IVG* de 1975⁸⁴, des contrôles de conventionalité et de constitutionnalité semblait y faire obstacle. Il n’en reste pas moins que l’on assiste, dans

⁷⁹ Cette question est développée *infra*, n^{os} 51 à 54 ; v. F. LAFFAILLE, Convention européenne des droits de l’homme et Constitution italienne, *op. cit.* ; Il y a toujours un première fois. À propos de l’application de l’article 234 TCE par la Cour constitutionnelle italienne, *op. cit.* ; G. MARTINICO et O. POLLICINO, Report on Italy, *op. cit.* ; G. DELLA CANANEA, The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice : From Separation to Interaction ?, *European Public Law* vol 14 issue 4, pp. 527 à 529 ; K. ROUDIER, L’évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré, *Civitas Europa* 2008 n^o 21, pp. 145 à 172.

⁸⁰ v. R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 168 à 175 ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, n^{os} 175 à 178 et les décisions citées.

⁸¹ Le Conseil d’État trouvant, quant à lui, la clause d’ouverture dans les dispositions de l’article 55 C, bien qu’il reconnaisse également l’obligation de transposition conforme des directives découlant de l’article 88-1 C ; CE, ass., 8 fév. 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine e. a., n^o 287110 ; ass., 30 oct. 2009, Mme Perreux, n^o 298348.

⁸² Cons. const., 19 nov. 2004, n^o 2004-505 DC, Traité établissant une constitution pour l’Europe.

⁸³ Depuis la décision Cons. const., 27 juill. 2006, n^o 2006-540 DC, Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information ; parmi la littérature abondante consacrée à cette question, v. X. MAGNON, Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité du droit communautaire, *Europe* 2004 n^o 3, pp. 6 à 12 ; E. DUBOUT, de la primauté « imposée » à la primauté « consentie », *Contribution aux Actes du VI^{ème} Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Montpellier, 9-11 juin 2005, v. pp. 11 à 16 ; S. PINON, l’Effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, *op. cit.*, pp. 266 à 270 ; C. CHARPY, Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d’État, *RFDC* 2009 n^o 79, pp. 621 à 647.

⁸⁴ Cons. const., 15 janv. 1975, n^o 74-54 DC, Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse.

certaines décisions, à un contrôle des lois au regard du droit de l'Union. Toutefois, en l'état du droit, ce contrôle demeure doublement limité au respect par le législateur des directives qu'il transpose et aux cas de saisine par voie d'action du Conseil⁸⁵, les principes ayant été posés dans la décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, qui déduisait de l'article 88-1 C que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »⁸⁶. Les dispositions d'une loi qui seraient manifestement incompatibles avec la directive qu'elle a pour objet de transposer pouvant être considérées comme contraires à cette exigence⁸⁷, le Conseil en a tiré toutes les conséquences en censurant, dans sa décision *Loi relative au secteur de l'énergie*, les dispositions méconnaissant manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par la directive en cause⁸⁸. Mais encore, antérieurement, le Conseil est allé jusqu'à contrôler la conformité d'une loi organique à la directive qu'elle avait pour objet de transposer⁸⁹. Qu'on y voit une intégration du bloc de conventionalité au bloc de constitutionnalité⁹⁰, ou encore un contrôle de conventionalité déguisé en contrôle de constitutionnalité⁹¹, n'y a-t-il pas là, dans des hypothèses certes limitées, un contrôle procédant de la primauté du droit de l'Union sur les règles *infra*-constitutionnelles ?

31-De la sorte, la primauté, sanctionnée par la Cour, est relayée, sous l'effet des clauses d'ouverture, dans les différents ordres juridiques internes ; le contenu des règles constitutionnelles, limité aux fins de garantir le respect du droit de l'Union, garantit également son effet utile, en fonction des diversités nationales, par la technique du contrôle de constitutionnalité. Mais les effets de l'encadrement ne s'arrêtent pas là. Ils s'étendent également aux règles processuelles ayant pour objet la sanction des règles constitutionnelles.

⁸⁵ Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que l'article 88-1 C ne saurait être interprété comme induisant le contrôle des lois par rapport au droit primaire, et que la limitation de la procédure de l'article 61-1 C aux questions afférentes « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* » excluait la sanction de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité ; Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, pts. 10 à 20.

⁸⁶ Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, pt. 7.

⁸⁷ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, pts. 16 à 20.

⁸⁸ Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, pts. 7 à 9.

⁸⁹ Cons. const., 20 mai 1998, n° 98-400 DC, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 déc. 1994, spéc. pt. 4 ; ce contrôle était annoncé dans la décision du 2 sept. 1992, n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne, spéc. pt. 28* : v. E. PICARD, *Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 du 2 sept. 1992, Traité sur l'Union européenne, RFDA 1993 n° 1*, pp. 47 à 54.*

⁹⁰ G. ALBERTON, *De l'indispensable intégration du bloc de conventionalité au bloc de constitutionnalité ?*, RFDA 2005 n° 2, pp. 249 à 268.

⁹¹ M. VERPEAUX, *épilogue – provisoire ? – d'une loi mouvementée*, D. 2007. 1762 ; v. B. MATHIEU, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français*, RFDC 2007 n° 72, pp. 675 à 693, v. pp. 681 à 685 ; A. LEVADE, *Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires*, RFDA 2007 n° 3, pp. 564 à 577, spéc. pp. 567 et 570 à 571 ; C. CHARPY, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, RFDC 2009 n° 80, pp. 795 à 815.

– II –

L'ENCADREMENT DE LA SANCTION DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES

32-Dans le système juridictionnel de l'Union, la sanction du droit de l'Union par les juges nationaux dans leurs ordres juridiques respectifs est une condition de la primauté et, partant, de l'effet utile du droit de l'Union. C'est toujours dans la même optique que la Cour, de jurisprudence constante, définit l'office 'communautaire' du juge national. Car, si l'exécution juridictionnelle décentralisée du droit de l'Union doit respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, les exigences de l'intégration ne sauraient souffrir d'obstacles excessifs : les règles processuelles nationales sont, ainsi, réaffirmons-le, encadrées par le droit l'Union⁹². C'est l'objet de la présente contribution que de démontrer comment cet encadrement s'applique également aux règles assurant la sanction des normes constitutionnelles.

33-À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les règles procédurales relatives au contrôle de constitutionnalité ne sauraient faire obstacle à l'effet utile du droit de l'Union, pas plus, au demeurant, que la sanction même des règles constitutionnelles (A). En tout état de cause, l'office 'communautaire' du juge constitutionnel, au titre de l'élaboration d'un système juridictionnel redimensionné et, plus largement, d'une systémique évolutive des voies de recours garantissant l'uniformité et l'effectivité du droit de l'Union, ne saurait être envisagé indépendamment de la situation dans laquelle ce juge, lui-même, pose des questions préjudicielles à la Cour (B).

– A –

LE DROIT DE L'UNION ET LES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES NATIONALES DE NATURE
PROCESSUELLE

34-La jurisprudence récente de la Cour, faisant preuve d'une constance certaine⁹³, s'est particulièrement attachée au développement d'une obligation générale : les mécanismes permettant la sanction de la constitution ne sauraient faire obstacle à l'application immédiate, effective et uniforme du droit de l'Union⁹⁴. Partant, quand bien même la création de ces

⁹² CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *préc.*, pt. 21 ; récemment, v., tout particulièrement, CJUE, avis 1/09 du 8 mars 2011, non encore publié au recueil, pts. 64 à 70 ; sur l'encadrement procédural, v. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n^{os} 326 et s. ; E. NEFRAMI, *L'État membre au service de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. pp. 58 à 60 ; L. POTVIN-SOLIS, *Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire*, *op. cit.*, pp. 113 à 156.

⁹³ B. BERTRAND, *La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ?*, RFDA 2011 n^o2, pp. 367 à 376.

⁹⁴ Déjà, dans l'arrêt *Simmenthal*, la Cour, remettant en cause les règles procédurales internes relatives au contrôle de constitutionnalité des lois, a jugé que, en vertu des exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union, « *Le juge national, chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* » : CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, *préc.*, pts. 23 et 24 ; dans le même sens, v. 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, Rec. p. I-3277 ; pts. 44 à 46 ; 3 mai 2005, *Berlusconi e. a.*, aff. jtes C-387/02, C-

mécanismes ne relève pas des compétences de l'Union, le principe de protection juridictionnelle effective et le droit à une protection au provisoire des droits nés des traités doivent être, en toutes hypothèses, respectés⁹⁵. À ce titre, le juge national doit, tout d'abord, interpréter les règles nationales conformément au droit de l'Union ; mais encore, il doit, le cas échéant, écarter toute règle procédurale nationale pouvant avoir pour effet de priver les justiciables de la protection immédiate et effective des droits qu'ils tirent des traités, même au provisoire, dans l'attente d'une décision définitive⁹⁶. Ces exigences trouvent à s'appliquer dans une double perspective : tant les règles de procédure que les effets des décisions des cours constitutionnelles elles-mêmes sont encadrées par le droit de l'Union.

35-En premier lieu, les règles de procédure ayant pour objet la sanction de la constitution nationale ne sauraient contrevenir aux principes d'équivalence et d'effectivité⁹⁷. Ces principes trouvent en effet des hypothèses d'application lorsque les règles de réparation des dommages causés par l'État pour violation du droit de l'Union sont moins favorables aux requérants que celles permettant la réparation des dommages causés par l'État pour violation de la constitution⁹⁸.

36-Par ailleurs, les règles procédurales nationales ne peuvent faire obstacle à la protection juridictionnelle effective des droits nés des traités. Ainsi, la Cour a jugé que les règles de rang constitutionnel répartissant les compétences entre une cour constitutionnelle et un juge ordinaire doivent être interprétées conformément aux exigences du droit de l'Union, notamment des actes de droit dérivé. De surcroît, si les dispositions procédurales en cause ne permettent pas de satisfaire, par une interprétation conforme, au droit à un recours effectif prévu par une directive, le juge national doit alors écarter la règle de rang constitutionnel faisant obstacle aux exigences du droit dérivé⁹⁹.

37-L'ensemble de ces considérations a connu une application, particulièrement remarquée, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Melki*¹⁰⁰. Dans cette affaire, étaient en

391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, pt. 72 ; 19 nov. 2009, Filipiak, aff. C-314/08, Rec. p. I-11049, pt. 18 ; CJUE, 19 janv. 2010, Kükükdeveci, aff. C-555/07, non encore publié au recueil, pts. 52 à 53.

⁹⁵ CJCE, 13 mars 2007, Unibet, *préc.*, pts. 37 à 38 et 67 à 73.

⁹⁶ CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89, Rec. p. I-2433, pts. 20 à 21 ; CJUE, 8 sept. 2010, Winner Wetten, *préc.*, pt. 56 ; sur ces questions, v. D. SIMON, Le système juridique communautaire, *op. cit.*, n^{os} 332 à 334 ; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, Constitutional Law of the European Union, *op. cit.*, n^{os} 17-003 à 17-011.

⁹⁷ CJCE, 6 déc. 1976, Rewe, aff. 33/76, Rec. p. 1989, pt. 5 et Comet, aff. 45/76, Rec. p. 2043, pts. 13 à 16 ; 13 mars 2007, Unibet, *préc.*, pts. 37 à 44 ; F. SCHMIED, L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt *Unibet*, JTDE 2007 n^o 135, pp. 166 à 170.

⁹⁸ « Le droit de l'Union s'oppose à l'application d'une règle d'un État membre en vertu de laquelle une action en responsabilité de l'État fondée sur une violation de ce droit par une loi nationale constatée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu au titre de l'article 226 CE [actuel article 258 TFUE] ne peut prospérer que si le demandeur a préalablement épuisé toutes les voies de recours internes tendant à contester la validité de l'acte administratif dommageable adopté sur le fondement de cette loi, alors même qu'une telle règle n'est pas applicable à une action en responsabilité de l'État fondée sur la violation de la Constitution par cette même loi constatée par la juridiction compétente » : CJUE, 26 janv. 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, aff. C-118/08, non encore publié au recueil, dispositif.

⁹⁹ CJCE, 22 mai 2003, Connect Austria, aff. C-462/99, Rec. p. I-5197, pts. 35 à 42.

¹⁰⁰ CJUE, 22 juin 2010, Melki, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, non encore publié au recueil ; parmi la littérature abondante sur cette affaire, v. D. SIMON, Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ?, RCDIP 2011 n^o 1, p. 1 ; D. SIMON et A. RIGAUX, Europe 2010 n^o 5, étude 5 ; n^o 6, repère 6 ; n^o 7, repère 7 ; n^o 8-9, repère 8 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite et D. SARMIENTO, L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française, tous deux à la RTD eur. 2010 n^o 3, pp. 577 à 598 ; A. PLIAKOS, Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la

cause les dispositions de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution de 1958 instaurant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹⁰¹. La Cour, saisie par la Cour de cassation — sur la base, rappelons-le, d'une interprétation plutôt singulière du droit français¹⁰² —, a posé les conditions selon lesquelles le droit de l'Union ne s'oppose pas à des règles procédurales qui, telles que celles en cause dans cette affaire, organisent un contrôle *a posteriori*, à titre incident, de la constitutionnalité des lois nationales, ces conditions tenant, principalement, à la possibilité, pour le juge de renvoi, de poser une question préjudicielle et à la protection au provisoire des droits tirés des traités.

38-En ce qui concerne, d'une part, la possibilité pour le juge de renvoi de poser une question préjudicielle, les premiers enseignements peuvent être tirés des motifs de l'arrêt relatifs à l'interprétation des dispositions de la loi organique telle qu'elle était proposée par le juge de renvoi. Suivant cette conception absolue du caractère prioritaire de la QPC, qui empêcherait totalement le juge national de poser une question préjudicielle à la Cour, les règles nationales seraient contraires aux dispositions de l'article 267 TFUE et aux obligations découlant de l'office 'communautaire' du juge¹⁰³. Cependant, la Cour n'exclut pas l'interprétation de la loi organique conforme au droit de l'Union¹⁰⁴ qui lui est suggérée par le Conseil constitutionnel¹⁰⁵. Celle-ci implique que le juge de renvoi doit rester libre de s'adresser à la Cour dans les formes de l'article 267 TFUE, et ce à tout moment de la procédure, c'est-à-dire, également, après la réponse du juge constitutionnel¹⁰⁶.

39-Par ailleurs, le juge de l'Union, certes au détour d'un *obiter dictum*, précise le cas particulier des questions préjudicielles en appréciation de légalité des actes de droit dérivé. Ainsi, dans l'hypothèse où serait en cause la conformité, tant à la constitution qu'aux traités, d'une loi transposant une directive précise et inconditionnelle, la compétence exclusive de la Cour en matière d'appréciation de la validité des actes du droit de l'Union, notamment au regard des droits fondamentaux reconnus à l'article 6 TUE, doit être préservée. Partant, le juge suprême de l'ordre juridictionnel interne, faisant office de 'filtre', doit d'abord interroger le juge de l'Union sur la validité de la directive avant de transmettre la question incidente de constitutionnalité, à moins que le juge saisi du litige au principal ne se soit déjà acquitté de cette obligation¹⁰⁷. C'est, au demeurant, ce qui se pratique systématiquement, *mutatis mutandis*, en Italie lorsque la Cour constitutionnelle est saisie à titre incident¹⁰⁸. Dans ce cas

réaffirmation du principe de primauté, CDE 2010 n° 3/4, pp. 487 à 514 ; F.-X. MILLET, Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC, RDP 2010 n° 6, pp. 1730 à 1750.

¹⁰¹ Loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009, JORF du 11 déc. 2009.

¹⁰² La Cour de cassation s'est contentée de transmettre les moyens soulevés par les parties au principal, qui soutenaient notamment que le Conseil constitutionnel pourrait exercer un contrôle complet de la conformité des lois à l'ensemble du droit de l'Union, en contradiction avec la jurisprudence rappelée *supra*, n° 30 ; v. la doctrine évoquée *supra*, note 100.

¹⁰³ CJUE, 22 juin 2010, Melki, *préc.*, pts. 46 à 47 ; on rappellera que, au-delà des obligations ici présentées, la faculté de poser une question préjudicielle se mue en obligation dans deux cas de figure : premièrement, pour les juridictions statuant en dernier ressort, lorsqu'il s'agit d'une question en interprétation, à l'exception d'un 'acte clair' au sens de la Cour (CJCE, 6 oct. 1982, CILFIT, aff. 283/81, Rec. p. 3415, v. pt. unique du dispositif) ; deuxièmement, pour toutes les juridictions, lorsqu'est en cause la validité d'un acte de droit dérivé (CJCE, 27 oct. 1987, Foto Frost, aff. 314/85, Rec. p. 4199, pts. 12 à 20).

¹⁰⁴ CJUE, 22 juin 2010, Melki, *préc.*, pts. 49 à 51.

¹⁰⁵ Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *préc.*, pts. 13 et 15.

¹⁰⁶ CJUE, 22 juin 2010, Melki, *préc.*, pt. 52 ; par analogie, v. 16 déc. 2008, Cartesio, aff. C-210/06, Rec. p. I-9641, pt. 95.

¹⁰⁷ CJUE, 22 juin 2010, Melki, *préc.*, pts. 54 à 56 ; sur tous ces éléments, v. la doctrine évoquée *supra*, note 100.

¹⁰⁸ Lorsqu'est soulevée, par voie incidente, la question de la conformité d'un loi tant à la constitution qu'au droit de l'Union, il appartient au juge national devant lequel la question incidente est soulevée de saisir, dans un premier temps, la Cour d'une question préjudicielle, puis, en fonction de sa réponse, de transmettre, dans un

extrême, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité ne semble-t-il pas s'arrêter là où commence l'exigence *préalable* du contrôle de légalité du droit de l'Union? En tout état de cause, si le Conseil constitutionnel paraît s'être rangé à la position de la Cour, ce n'est pas sans rappeler certaines réserves, ce qui laisse penser que, par-delà les apparences du dialogue juridictionnel apaisé, les solutions restent, en théorie, potentiellement conflictuelles dans le cas des lois de transposition des directives précises et inconditionnelles. En effet, alors que le juge français a confirmé qu'il reste attaché à la jurisprudence *IVG*, mais aussi à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives lorsqu'il est saisi par la voie de l'article 61-1 C¹⁰⁹, il a, nonobstant, réservé sa compétence lorsqu'est en cause l'identité constitutionnelle dans le cadre d'une QPC dirigée à l'encontre d'une loi de transposition¹¹⁰.

40-D'autre part, en ce qui concerne la protection au provisoire des droits tirés des traités, il convient de remarquer que, hors le cas de contrôle indirect des directives évoqué ci-dessus, la Cour semble s'accommoder de l'hypothèse dans laquelle le juge de renvoi ne pourrait pas « *laisser immédiatement inappliquée la loi nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union* »¹¹¹, mais qu'il doit attendre le traitement de la question incidente de constitutionnalité¹¹² — faut-il comprendre qu'il ne puisse poser une question préjudicielle? Mais alors, durant ce laps de temps, le juge de renvoi doit pouvoir prendre toutes les mesures provisoires nécessaires pour protéger les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union¹¹³. Selon le Conseil constitutionnel, l'interprétation de la loi organique en cause conformément au droit de l'Union est également possible sur ce point¹¹⁴.

41-La relative souplesse de la Cour qui indique, au titre de l'encadrement, plusieurs combinaisons de voies de recours également conformes au droit de l'Union, peut s'expliquer par la protection de l'autonomie procédurale des États membres et donc de la compétence nationale de principe en la matière. L'effet *erga omnes* des arrêts préjudiciels amène nécessairement à définir des conditions générales qui peuvent s'appliquer aux règles procédurales, nécessairement diverses, de vingt-sept États membres. Le système belge de sanction de la constitution est tout particulièrement concerné : la réforme constitutionnelle de 2009 a en effet institué, pour le juge ordinaire, une obligation spécifique de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle lorsqu'est en cause la conformité d'actes nationaux au regard de droits fondamentaux garantis de manière analogue par la constitution et par les conventions auxquelles la Belgique est partie. Or, ce renvoi doit être prioritaire¹¹⁵. La Cour, saisie à titre préjudiciel de ce mécanisme, a rappelé le dispositif de l'arrêt *Melki*, ce qui relève d'un *obiter dictum* si l'on tient compte du rejet, pour irrecevabilité, de la question préjudicielle du juge belge¹¹⁶.

second temps, la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, la différence principale avec le système français étant l'absence d'un 'filtre' par les juges suprêmes ; v. K. ROUDIER, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire..., *op. cit.*, spéc. pp. 168 à 170 ; F. LAFFAILLE, Il y a toujours un première fois..., *op. cit.*, pp. 462 et 463. V., également, *infra*, n^{os} 51 à 54.

¹⁰⁹ Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *préc.*, pts. 18 à 21.

¹¹⁰ Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC, *préc.*, pts. 3 et 4.

¹¹¹ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, *préc.*, pt. 53.

¹¹² Ce qui est également avéré par le dispositif de cet arrêt qui n'exclut pas qu'une question préjudicielle soit posée à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ; *ibid.*, pt. 2) deuxième tiret du dispositif.

¹¹³ 13 mars 2007, *Unibet*, *préc.*, pts. 67 à 73 ; v. F. SCHMIED, L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt *Unibet*, *op. cit.*, p. 168.

¹¹⁴ Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *préc.*, pt. 14.

¹¹⁵ Y. LEJEUNE, Droit constitutionnel belge, *op. cit.*, n^{os} 183 à 185.

¹¹⁶ CJUE, ordonnance du 1^{er} mars 2011, Chartry, aff. C-457/09, non encore publié au recueil, spéc. pts. 19 à 20

42-En deuxième lieu, ce sont les effets des décisions des juges constitutionnels qui sont encadrés par le droit de l'Union. Cette évolution peut être replacée dans le contexte d'une jurisprudence touchant, dans le sens de l'autonomisation du juge ordinaire, à la *res judicata*¹¹⁷.

43-Tout d'abord, c'est l'autorité de la chose jugée elle-même qui peut être relativisée. Si la Cour a toujours marqué son attachement à la sécurité juridique et à l'importance que revêt en ce sens la *res judicata*¹¹⁸, il n'en reste pas moins que, dans deux arrêts, elle a considéré que les règles nationales consacrant l'autorité de la chose jugée doivent être écartées par le juge national si elles font obstacle à l'effectivité du droit de l'Union¹¹⁹. Certes, cette solution résulte indubitablement de la spécificité du contexte de ces affaires, à savoir une violation manifeste du droit de l'Union¹²⁰. Il n'en demeure pas moins que cette évolution a des implications non négligeables¹²¹. Par ailleurs, la Cour a dit pour droit qu'un juge n'est pas lié par des interprétations portées en droit par une juridiction supérieure si elle estime que ces interprétations ne sont pas conformes au droit de l'Union¹²².

44-Si l'autorité des décisions des cours constitutionnelles n'a pas encore été, pour le moins à notre connaissance, directement écornée par le juge de l'Union, celui-ci a cependant eu l'occasion de se prononcer sur la modulation de leurs effets dans le temps. En effet, la Cour a jugé que « *la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles* »¹²³. Si elle semble ne pas avoir exclu que l'éviction de la loi contraire au droit de l'Union puisse être différée dans le temps, ce n'est toutefois qu'en raison de « *considérations impérieuses de sécurité juridique* »¹²⁴. Ainsi, la jurisprudence du juge de l'Union renforce la distinction entre contrôle de constitutionnalité et contrôle du respect du droit de l'Union, ainsi que les pouvoirs du juge national dans le cadre de ce dernier.

45-N'est-ce pas à la lumière de cet ensemble de considérations qu'il faudrait rappeler les solutions processuelles développées par les juridictions françaises lorsqu'elles sont saisies du contrôle des actes de transposition de directives précises et inconditionnelles? Car force est de constater que, malgré la formulation de réserves formelles à la primauté du droit de l'Union — qu'elles tiennent à l'identité constitutionnelle, ou à une disposition ou un principe constitutionnel qui ne trouve pas d'équivalent en droit de l'Union —, qui, au demeurant, n'ont

¹¹⁷ B. BERTRAND, La jurisprudence *Simmenthal* dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ?, *op. cit.*, pp. 373 à 376.

¹¹⁸ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. p. I-3055, pts. 46 et 47 ; 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239, pts. 38 et 39 ; 16 mars 2006, Kapferer, aff. C-234/04, Rec. p. I-2585, pts. 20 à 21 ; v. L. POTVIN-SOLIS, Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire, *op. cit.*, pp. 150 à 152.

¹¹⁹ CJCE, 18 juill. 2007, Lucchini, aff. C-119/05, Rec. p. I-6199, pts. 60 à 63 ; 3 sept. 2009, Fallimento Olimpiclub, aff. C-2/08, Rec. p. I-7501, pts. 29 à 32.

¹²⁰ CJCE, 3 sept. 2009, Fallimento Olimpiclub, *préc.*, pts. 22 à 25 ; dans cet arrêt, ce n'est pas, *per se*, la *res judicata* qui est en cause, mais plutôt l'interprétation de cette règle par les juridictions nationales ; v. D. BERLIN, De l'autorité relative de l'arrêt limitant l'autorité absolue, RAE 2009/2010 n° 3, pp. 577 à 583.

¹²¹ La règle *Res judicata pro veritate habetur* n'est-elle pas susceptible de n'être écartée qu'en application d'une règle supérieure fondant la validité de l'acte juridictionnel ? Sur cette question, v. H. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'État, *op. cit.*, pp. 211 à 212.

¹²² CJUE, 5 oct. 2010, Elchinov, aff. C-173/09, non encore publié au recueil, pt. 32.

¹²³ CJCE, 19 nov. 2009, Filipiak, *préc.*, pt. 85 ; v. dans le même sens CJUE, 8 sept. 2010, Winner Wetten, *préc.*, pt. 60.

¹²⁴ CJUE, 8 sept. 2010, Winner Wetten, *préc.*, pt. 67 ; v. obs. D. SIMON, Europe 2010 n° 12, comm. n° 397.

pas encore été appliquées, tant le Conseil constitutionnel français que le Conseil d'État français s'interdisent de sanctionner l'inconstitutionnalité d'actes internes lorsque cela aurait pour conséquence de connaître indirectement de la constitutionnalité du droit de l'Union. De son côté, le Conseil constitutionnel s'abstient¹²⁵. Du sien, le Conseil d'État 'translate' le contrôle par le biais d'une question préjudicielle¹²⁶. En somme, les juges nationaux respectent la compétence de la Cour et, par là même, leur office 'communautaire', en n'opposant pas d'obstacles d'ordre processuel à l'effet utile du droit de l'Union¹²⁷.

46-Aussi, le juge national est-il compétent pour appliquer le droit de l'Union, en connaissant de la conventionalité des lois dans un cadre autonome de celui du contrôle de constitutionnalité et la Cour veille au respect de l'intégrité de la procédure privilégiée de la coopération dans le système juridictionnel de l'Union, à savoir la procédure préjudicielle qui relie les deux juges. Or, de cet instrument de coopération, font usage certains juges constitutionnels.

– B –

COURS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES ET RENVOI PRÉJUDICIEL AU JUGE DE L'UNION

47-La question préjudicielle représente un instrument privilégié de coopération dans le contexte du système juridictionnel de l'Union. Elle s'inscrit, dans la systémique des voies de recours, comme le canal permettant à la Cour de transmettre l'interprétation uniforme du droit de l'Union au juge national, afin, notamment, qu'il contrôle la conformité avec le droit de l'Union des règles nationales. Elle conduit également le juge national à transmettre à la Cour la question de la légalité d'un acte de l'Union. Ainsi, le juge national et la Cour assurent conjointement la sanction du droit issu des traités, dans le respect des sphères respectives de compétences et des diversités nationales¹²⁸.

48-Désormais, des juges constitutionnels saisissent eux-mêmes la Cour sur la base de l'article 267 TFUE : l'occurrence d'une question préjudicielle tend à devenir un élément processuel du contentieux constitutionnel. À cet égard, l'observation des pratiques juridictionnelles dans quelques États membres permet d'appréhender les causes et les implications de cette évolution.

49-La Cour constitutionnelle autrichienne, tout d'abord, a saisi la Cour, à plusieurs reprises, en vue d'obtenir une interprétation du droit de l'Union lui permettant de trancher les

¹²⁵ Cons. Const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *préc.*, pt. 7 ; 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *préc.*, pt. 18 ; B. MATHIEU, Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national, *op. cit.*, pp. 676 à 681.

¹²⁶ CE ass, 8 fév. 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine e. a., *préc.* ; A. LEVADE, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, *op. cit.* ; J. ROUX, La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution, RDP 2007 n° 4, pp. 1032 à 1071 ; P. CASSIA, Le droit communautaire dans et sous la constitution française, RTD eur. 2007 n° 2, pp. 406 à 415.

¹²⁷ S. PINON, l'Effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution, *op. cit.*, pp. 279 à 287.

¹²⁸ CJCE, 16 janv. 1974, Rheinmühlen, aff. 166/73, Rec. p. 33, pts 2 et 3 ; CJUE, avis 1/09 du 8 mars 2011, *préc.*, pts. 83 à 85 ; à ce sujet, v., notamment, P. PESCATORE, Le droit de l'intégration, *op. cit.*, pp. 89 à 91 ; K. LENAERTS, La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in Mélanges en hommage à G. VANDERSANDEN, Bruylant, 2009, pp. 257 à 282, spéc. n^{os} 25 à 36 et 55 à 64 ; The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union, CMLR 2007 n° 44, pp. 1625 à 1659.

litiges qui lui étaient soumis. Cette pratique reste remarquable, eu égard tant à la diversité des normes du droit de l'Union qui nécessitaient une interprétation qu'à la diversité des voies de recours par lesquelles la Cour constitutionnelle était saisie. Ainsi, a été notamment demandée à la Cour une interprétation des règles de concurrence dans le cadre du contrôle des actes administratifs¹²⁹, d'un accord entre l'Union et un État tiers dans le cadre du contentieux électoral¹³⁰, et d'un acte de droit dérivé dans le cadre de l'interprétation des compétences de la Cour des comptes d'Autriche¹³¹.

50-La Cour constitutionnelle belge, elle aussi, s'est reconnue compétente pour poser des questions préjudicielles à la Cour, bien qu'existe parallèlement un contrôle diffus de conventionalité exercé par les juges ordinaires¹³². Lorsque les dispositions du droit de l'Union sont suffisamment claires, notamment au regard de l'interprétation du juge de l'Union, la Cour constitutionnelle ne s'estime pas liée par l'obligation de poser une question préjudicielle¹³³. Néanmoins, dès lors que se manifeste le besoin d'une telle interprétation, elle n'hésite pas à se saisir du mécanisme de l'article 267 TFUE¹³⁴. De même, la Cour constitutionnelle, dans le respect de la compétence du juge de l'Union, pose des questions en interprétation de la validité des actes de droit dérivé¹³⁵.

51-La Cour constitutionnelle italienne, enfin, saisie de la constitutionnalité d'une loi régionale, a transmis en 2008 à la Cour une question préjudicielle en interprétation des dispositions du traité relatives aux aides d'État et à la libre prestation des services¹³⁶. Or, il s'agit là d'un revirement notable, car la 'Consulta' ne s'estimait pas, jusqu'alors, tenue de recourir l'article 267 TFUE¹³⁷. Le cas italien est celui qui nous retiendra tout particulièrement parce que la Cour constitutionnelle italienne est, à notre connaissance, le dernier juge constitutionnel qui s'est reconnu compétent pour poser des questions à la Cour. Partant, il

¹²⁹ CCA, 13 déc. 2003, VfSlg. 15.450, ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, nov. 2001, Adria-Wien Pipeline, aff. C-143/99, Rec. p. I-8365.

¹³⁰ CCA, 3 déc. 2003, VfSlg. 17.075, ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 8 mai 2003, Wählergruppe Gemeinsam, aff. C-171/01, Rec. p. I-4301.

¹³¹ CCA, 28 nov. 2003, VfSlg. 17.065, ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 20 mai 2003, Österreichischer Rundfunk e.a., aff. jtes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. p. I-4989 ; sur ces décisions, v. U. JEDLICZKA, *The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice*, *op. cit.*

¹³² Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, *op. cit.*, n^{os} 158 à 161 ; sur la question de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité en Belgique, v., notamment, le Rapport du Sénat de Belgique du 12 juin 2008, sur la Proposition de loi spéciale modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par M. DELPÉRÉE.

¹³³ CA, arrêts n^o 151/2003 du 26 nov. 2003, pts. B.23.1 à B.23.3 et n^o 92/2006 du 7 juin 2006, pt. B.24.

¹³⁴ Ainsi, dans une affaire opposant plusieurs entités *infra* étatiques, le juge constitutionnel belge a demandé à la Cour si les dispositions du traité relatives au statut du citoyen européen et à la libre circulation des travailleurs devaient être interprétées comme s'opposant aux dispositions nationales sur un régime de sécurité sociale ; v. CCB, arrêt n^o 11/2009 du 21 janv. 2009, pts. B.4 à B.18, rendu sur renvoi de l'arrêt de la CJCE, 1^{er} avril 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon, aff. C-212/06, Rec. p. I-1683.

¹³⁵ V., par exemple, CCB, arrêt n^o 10/2008 du 23 janv. 2008, rendu sur renvoi de l'arrêt de la CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a., aff. C-305/05, Rec. p. I-5305 ; CCB, arrêt n^o 103/2009 du 18 juin 2009, pts. B.5.1 à B.7, ayant donné lieu à l'arrêt CJUE, 1^{er} mars 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a., aff. C-236/09, non encore publié au recueil ; v. R. ERGEC, *La Cour constitutionnelle belge et le droit européen*, *op. cit.*, pp. 176 à 182.

¹³⁶ CCI, décision n^o 102 et ordonnance n^o 103 de 2008, ayant donné lieu à l'arrêt CJCE, 17 nov. 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, aff. C-169/08, Rec. p. I-10821 ; sur ces décisions de la CCI, v. F. LAFFAILLE, *Il y a toujours une première fois...*, *op. cit.* ; L. S. ROSSI, *Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court*, CMLR 2009 n^o 46, pp. 319 à 331 ; K. ROUDIER, *L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire...*, *op. cit.* ; G. DELLE CANANEA, *The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice...*, *op. cit.*

¹³⁷ *Ibid.*

semble pertinent de rechercher les raisons qui ont conduit ce juge à ce revirement, avant d'en considérer les conditions, puis d'en mesurer les limites.

52-Pour comprendre les raisons du revirement de la Consulta, il faut rappeler que, en Italie, le contrôle de constitutionnalité des lois s'exerce par 'voie incidente' — c'est-à-dire à titre préjudiciel — ou par 'voie principale'—c'est-à-dire sous la forme d'un recours direct. Le premier contrôle constitue un incident de procédure, qui suppose donc que la question de constitutionnalité soit soulevée devant le juge ordinaire, à l'occasion d'un litige. Or, dans l'hypothèse où le juge *a quo* est saisi, pour une même loi, à la fois d'une question de conventionalité et d'une question de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle l'oblige à poser en premier lieu celle-là au juge de l'Union, afin qu'elle puisse, la cas échéant, se prononcer dans un second temps sur celle-ci¹³⁸. Le juge constitutionnel n'a donc pas besoin d'intervenir pour assurer le contrôle de conventionalité : il le délègue au juge *a quo*¹³⁹. Toutefois, lorsque la Cour constitutionnelle est saisie par voie principale de la constitutionnalité d'une loi, elle est le seul juge à intervenir : mécaniquement, elle ne peut se reposer sur un juge ordinaire pour déléguer l'éventuelle question de conventionalité, sauf à refuser d'exercer elle-même ce contrôle¹⁴⁰. Telle n'a pas été l'option retenue : la Consulta connaît de la conformité des lois étatiques et régionales au droit de l'Union, ce qui permet d'en assurer l'application immédiate et effective dans l'ordre juridique national¹⁴¹. Jusqu'à récemment, la Cour constitutionnelle n'avait pas été confrontée à une difficulté particulière d'interprétation du droit de l'Union justifiant un éclairage de la Cour. C'est la complexité de la question qui lui était soumise en 2008 qui l'a conduite à faire usage de la question préjudicielle.

53-En vertu de l'article 267 TFUE, le recours à cette procédure est conditionné par la qualité de juridiction, au sens de cette disposition, de l'autorité nationale qui s'adresse à la Cour, étant entendu que la notion de juridiction est une notion autonome du droit de l'Union. Le juge de l'Union « *tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance* »¹⁴². À ce titre, la Cour constitutionnelle italienne a transmis à la Cour un certain nombre d'éléments qui justifient cette qualité¹⁴³. Or, faisant en cela preuve d'une souplesse certaine, la Cour de justice, de même que l'avocat général, dans l'affaire *Presidente del Consiglio*, se sont

¹³⁸ Rappelons que dans l'ordre juridique italien, le droit de l'Union est une norme *interposta*, dont le respect par les actes législatifs est une obligation constitutionnelle, en vertu des articles 11 et 117 de la constitution ; v. *supra*, note 74.

¹³⁹ K. ROUDIER, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire..., *op. cit.*, spéc. pp. 168 à 170 ; F. LAFFAILLE, Il y a toujours un première fois..., *op. cit.*, pp. 462 et 463.

¹⁴⁰ Sur les compétences de la Cour constitutionnelle italienne, v. A. PIZZORUSSO, Présentation de la Cour constitutionnelle italienne, Cah. Cons. const. 1999 n° 6, p. 26.

¹⁴¹ Ce qui favorise à l'évidence la sécurité juridique, en évitant qu'une loi considérée comme conforme à la constitution ne soit par la suite écartée pour contrariété au droit de l'Union ; F. LAFFAILLE, Il y a toujours une première fois..., *op. cit.*, p. 467 ; L. S. ROSSI, Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court, *op. cit.*, pp. 328 à 330 ; K. ROUDIER, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire..., *op. cit.*, pp. 156 à 159.

¹⁴² Certains critères, tels que l'exigence d'une procédure contradictoire ne sont pas absolus ; CJCE, 17 sept. 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96, Rec. p. I-4961, pts. 23 et 31 ; v. également 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, aff. 61/65, Rec. p. 377, v. pp. 394 à 395 ; 11 juin 1987, Pretore di Salò/X, aff. 14/86, Rec. p. 2545, pt. 7 ; sur cette question, v. C. BLUMANN et L. DUBOIS, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, n°s 958 et 959.

¹⁴³ v. la doctrine citée *supra*, note 136.

contentés de faire mention de ces éléments et de la compétence de la Cour constitutionnelle¹⁴⁴.

54-Cependant, il convient de faire état des limites du recours à la procédure de l'article 267 TFUE par le juge constitutionnel italien. En réalité, celui-ci reste confiné aux cas de saisine dudit juge par voie principale. Lorsqu'est en cause la conventionalité d'une loi dans le cadre d'une action par voie incidente, seul le juge *a quo* peut en connaître. Partant, le système italien du contrôle de la conformité d'une loi au droit de l'Union se caractérise par l'existence d'une 'double voie', découlant d'un particularisme processuel, qui n'a pas manqué de faire l'objet de critiques diverses en doctrine¹⁴⁵. Le dispositif de la Cour dans l'arrêt *Melki* penche toutefois dans le sens du maintien de ce système¹⁴⁶. La situation italienne nous amène finalement à une remarque, certes triviale, mais qui trouve un intérêt certain lorsqu'elle est appliquée à la justice constitutionnelle : pour qu'un juge pose une question préjudicielle à la Cour, encore faut-il qu'il applique le droit de l'Union ; *ex nihilo nihil fit*. Le recours à l'article 267 TFUE par le juge constitutionnel n'est donc que la conséquence de la pénétration du droit de l'Union dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité¹⁴⁷.

55-À titre purement prospectif, il est tentant de se pencher sur le droit français afin d'évoquer l'hypothèse de la saisine du juge de l'Union par le Conseil constitutionnel. À ce sujet, il a pu être soutenu¹⁴⁸ que la référence, dans les motifs de la Cour dans l'arrêt *Melki*, aux délais de saisine pouvait être interprétée comme une invitation à ce que le Conseil constitutionnel pose des questions préjudicielles à la Cour¹⁴⁹. Par ailleurs, d'aucuns avancent qu'une évolution de l'interprétation de l'article 88-1 C, dans le sens d'une extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité à l'ensemble du droit de l'Union, pourrait être envisageable¹⁵⁰. Ces réflexions permettent de nourrir notre analyse prospective, enrichie, au surplus, de comparaisons avec le droit italien. Car il est permis d'opérer un rapprochement entre les deux systèmes, tout particulièrement en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité par voie incidente¹⁵¹.

¹⁴⁴ CJCE, 17 nov. 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, *préc.*, pts. 11 à 13 ; concl. KOKOTT sous cette affaire, pts. 21 à 22 ; au demeurant, la Cour ne s'était pas étendue sur la qualité de juridiction de la Cour constitutionnelle autrichienne lorsqu'elle a posé sa première question préjudicielle ; v. CJCE, nov. 2001, Adria-Wien Pipeline, *préc.*, à propos duquel on ne pourra que souligner le silence du juge de l'Union sur cette question.

¹⁴⁵ K. ROUDIER, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire..., *op. cit.*, pp. 163 à 165 ; F. LAFFAILLE, Il y a toujours un première fois..., *op. cit.*, pp. 467 à 468 ; G. MARTINICO et O. POLLICINO, Report on Italy, *op. cit.*, pp. 276 à 277 ; G. DELLE CANANEA, The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice..., *op. cit.*, pp. 163 à 165.

¹⁴⁶ v. *supra*, n^{os} 38 à 40.

¹⁴⁷ Sur cette dernière question, v. *supra*, n^{os} 22 à 31.

¹⁴⁸ D. SARMIENTO, L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française, *op. cit.*, pp. 595 à 596.

¹⁴⁹ « L'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause » ; CJUE, 22 juin 2010, Melki, *préc.*, pt. 56 ; il est vrai que l'argument de la durée d'examen est celui du Conseil constitutionnel ; v. 30 nov. 2006, n^o 2006-543 DC, *préc.*, pt. 7.

¹⁵⁰ E. PICARD, Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen..., *op. cit.*, pp. 47 à 54 ; E. SAULNIER-CASSIA, Pour une lecture actualisée de l'article 88-1 de la Constitution, AJDA 2010, p. 1505 ; c'est également ainsi qu'a pu être justifiée la position de la Cour de cassation dans l'affaire *Melki* : J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite, *op. cit.*, spéc. pp. 580 à 581.

¹⁵¹ F. LAFFAILLE, *Hic sunt leones*. La question prioritaire de constitutionnalité en France, Politeia 2010 n^o 17, pp. 283 à 343, spéc. pp. 288 et 289.

56-Il convient, tout d'abord, de savoir si le Conseil constitutionnel est une juridiction au sens de l'article 267 TFUE. À cet égard, les dispositions constitutionnelles pertinentes¹⁵², de même que l'analyse laconique par la Cour, dans l'arrêt *Presidente del Consiglio*¹⁵³, de cette qualité pour la Cour constitutionnelle italienne pourraient militer en ce sens. Ensuite et surtout, encore faut-il que le Conseil applique le droit de l'Union. Pour l'instant, sa jurisprudence, qui se limite à la censure des lois manifestement incompatibles avec les directives qu'elles ont pour objet de transposer, tout en laissant aux juges ordinaires le soin de transmettre la question de la validité des actes de droit dérivé à la Cour, le met à l'abri de l'obligation de recourir à l'article 267 TFUE. Ce n'est donc que dans l'hypothèse d'une pénétration plus profonde du droit de l'Union dans les normes de référence de son contrôle qu'il pourrait se saisir de cet instrument de coopération juridictionnelle.

57-La discussion de cette hypothèse ne peut toutefois faire l'économie d'une référence aux modes de saisine du juge constitutionnel. À la lecture de l'arrêt *Melki*¹⁵⁴, il semble que le choix du Conseil d'exclure la question de la conformité d'une loi au droit de l'Union des moyens d'une QPC¹⁵⁵ est judicieux : le juge de renvoi, ou encore le juge suprême dans son office de 'filtre', a la possibilité de saisir la Cour, assurant ainsi l'immédiate application du droit de l'Union, là où le passage par le Conseil aurait pour principal effet de reporter dans le temps la question préjudicielle. De plus, l'objet limité de la QPC et l'alignement des systèmes de protection des droits fondamentaux, confirmé implicitement par le Conseil constitutionnel¹⁵⁶ — et nonobstant la réserve, potentiellement conflictuelle, tenant à l'identité constitutionnelle —, peuvent faire douter de l'intérêt d'un tel contrôle. La double voie, sur le modèle italien, pourrait donc être l'option à suivre.

58-Si, toutefois, le contrôle de la conformité des lois au droit de l'Union devait emprunter la voie de la QPC, dans le respect du dispositif de l'arrêt *Melki*¹⁵⁷, cette option aurait un avantage certain. Elle permettrait de revêtir la décision de non-conformité au droit issu des traités, qui serait alors un constat de non-conformité à l'article 88-1 C, de l'autorité absolue de la chose jugée reconnue aux décisions du conseil en vertu de l'article 62, alinéa 3, C. Immédiateté *versus* effet *erga omnes*, là pourraient résider les enjeux du débat.

59-S'agissant enfin de la saisine par voie d'action, il est incontestable que celle-ci pourrait renforcer la sécurité juridique en assurant la censure, avec autorité absolue de la chose jugée, des lois qui se révéleraient, *a posteriori*, contraires au droit de l'Union et, partant, devraient

¹⁵² Il est évident que l'existence légale et permanente du Conseil, de même que l'autorité de ses décisions, ne sauraient être contestées à la lecture du titre VII de la constitution de 1958. Sa nature juridictionnelle, si elle a pu prêter à discussion, est toutefois admise en doctrine. Le respect du contradictoire ne devrait pas poser problème, pas plus que l'indépendance de ses membres au regard de leur statut — si l'on fait toutefois abstraction des membres de plein droit et des critiques que leur présence suscite ; sur ces éléments, v. notamment F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n^{os} 841 à 870.

¹⁵³ CJCE, 17 nov. 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, *préc.*

¹⁵⁴ CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, *préc.* ; v. *supra*, n^{os} 37 à 40.

¹⁵⁵ V. *supra*, n^{os} 38 et 39 et note 85.

¹⁵⁶ « en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne ; qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne » ; Cons. const., 17 déc. 2010, n^o 2010-79 QPC, *préc.*, pt. 3.

¹⁵⁷ C'est-à-dire, tout particulièrement, dans le respect de la protection au provisoire des droits tirés du droit de l'Union ; v. *supra*, n^o 40.

être écartées par les juges. N'est-ce pas là, au demeurant, le motif ayant conduit la Cour constitutionnelle italienne à ériger le droit de l'Union en norme *interposta*¹⁵⁸?

*

*

*

60-On le perçoit, si l'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union intéresse de nombreux domaines, la justice constitutionnelle est tout particulièrement concernée. Son évolution récente laisse apparaître la définition progressive d'un office 'communautaire' du juge constitutionnel, qui s'accompagne de la définition d'obligations toujours plus importantes pour le juge national lorsqu'il applique le droit de l'Union, et dont le point d'orgue réside dans le recours au mécanisme l'article 267 TFUE.

61-La saisine du juge de l'Union par certaines cours constitutionnelles, certes porteuse de coopération, nous semble devoir être replacée dans le contexte, plus large, d'un contentieux qui vise à renforcer la cohésion du système juridictionnel de l'Union, lequel est chapeauté par la Cour qui dispose du monopole de l'interprétation finale du droit de l'Union¹⁵⁹. Celle-ci en protège également l'intégrité, tout particulièrement en excluant du système des juridictions qui ne relèvent pas, au moins indirectement, d'un État membre qui serait susceptible d'un arrêt pour manquement au droit de l'UE¹⁶⁰. Il faut donc en mesurer les conséquences.

62-Car certaines décisions de la Cour visent à sanctionner l'État membre du fait du non-respect du droit de l'Union par ses juridictions par l'engagement de sa responsabilité, soit pour réparation des dommages causés par la violation du droit de l'Union¹⁶¹, soit pour manquement aux obligations découlant des traités¹⁶². Ainsi, la violation de la primauté au stade de l'application juridictionnelle décentralisée conduit à la sanction de la responsabilité de l'État qui, cette fois, peut être centralisée dans le cas du manquement¹⁶³. Alors même que le dialogue institutionnalisé par la question préjudicielle s'établit entre le juge constitutionnel et la Cour, et que la réponse de la dernière s'impose au premier¹⁶⁴, il s'agit bien, au final, de savoir qui aura le dernier mot.

¹⁵⁸ F. LAFFAILLE, Il y a toujours une première fois..., *op. cit.*, p. 467 ; L. S. ROSSI, Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court, *op. cit.*, pp. 328 à 330 ; K. ROUDIER, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire..., *op. cit.*, pp. 156 à 159.

¹⁵⁹ V., notamment, E. DUBOUT, Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire, *op. cit.*

¹⁶⁰ CJUE, avis 1/09, du 8 mars 2011, *préc.*, pts. 86 à 88 ; v. D. SIMON, Europe 2011 n° 5, comm. n° 147.

¹⁶¹ CJCE, 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239, pt. 1) du dispositif ; v. également 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, Rec. p. I-5177, pts. 30 à 46.

¹⁶² CJCE, 9 déc. 2003, Commission/Italie, aff. C-129/00, Rec. 2003 p. I-14637, pts. 29 à 41 ; 12 nov. 2009, Commission/Espagne, aff. C-154/08, Rec. p. I-187, Pub. somm., pts. 125 à 126.

¹⁶³ On a d'ailleurs pu soutenir que les moyens permettant de garantir la conformité des normes inférieures aux normes supérieures tenaient aussi bien à l'annulation de la norme inférieure contraire ou à l'engagement de la responsabilité personnelle de l'organe ayant pris part à l'adoption de la norme inférieure ; ce second mécanisme n'est-il pas, *mutatis mutandis*, comparable à la procédure en manquement des articles 258 TFUE et suivants ? : v. H. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'État, *op. cit.*, pp. 210 à 211 et 416 à 418.

¹⁶⁴ CJCE, 24 juin 1969, Milch, Fett und Eierkontor, aff. 29/68, Rec. p. 165, pt. 3 ; 3 fév. 1977, Benedetti, aff. 52/76, Rec. p. 163, pt. 26 ; 14 déc. 2000, Fazenda Pública, aff. C-446/98, Rec. p. I-11435, pt. 49 ; CJUE, 5 oct. 2010, Elchinov, *préc.*, pt. 29.