

Institut Louis Favoreu
Groupe d'Études et de Recherches
sur la Justice Constitutionnelle
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)
Aix-en-Provence

**Annuaire
International
de Justice
Constitutionnelle**

XXXIII

**2017
(extraits)**

ECONOMICA
49, rue Héricart
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES
D'AIX-MARSEILLE**
3, Avenue R. Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2018

I^{re} UNIVERSITÉ D'ÉTÉ
DE L'INSTITUT LOUIS FAVOREU
LE JUGE CONSTITUTIONNEL
FACE AUX TRANSFORMATIONS DE LA DÉMOCRATIE

MASTERCLASS

Aix-en-Provence – du 4 au 7 septembre 2017

**Couler le pavillon, pour sauver le navire ?
Le juge constitutionnel face à la légitimation de l'interdiction
des partis politiques. Étude comparée de l'Allemagne et de l'Espagne**

*Augustin BERTHOUT, Doctorant contractuel à la Faculté de Droit et de Science
politique de Montpellier, CERCOP*

**Du scandale de Nkandla à la démission du président Zuma :
le juge constitutionnel sud-africain face à la corruption du chef d'État**

*Manon BONNET, Doctorante contractuelle, Aix-Marseille Univ, Université de Toulon,
Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

**La garantie de l'ordre constitutionnel et démocratique suédois
L'inaction juridique face au dynamisme politique**

*Laurent LÉOTHIER, Doctorant contractuelle, Aix-Marseille Univ, Université
de Toulon, Univ. Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

**Le juge constitutionnel face à l'exigence de moralisation de la vie politique :
le pouvoir de destitution des élus pour corruption dans les démocraties
émergentes**

*Eugénie MÉRIEAU, Docteur en droit, Alexander von Humboldt Chair of Comparative
Constitutionalism at the University of Göttingen*

La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain

*Mouhamadou NDIAYE, Doctorant en droit public, Université de Bordeaux,
membre du CERCCLÉ*

**Le métalangage pragmatiste appliqué au droit du contentieux de l'Union
européenne. Pour une justice constitutionnelle hors de l'État**

*Pierre-Emmanuel PIGNARRE, Doctorant, Université Paris II Panthéon-Assas,
Research Fellow à l'Institut Max Planck de droit européen et international*

Le métalangage pragmatiste appliqué au droit du contentieux de l'Union européenne. Pour une justice constitutionnelle hors de l'État

Pierre-Emmanuel PIGNARRE*

« *Der Richter war in Europa niemals lediglich,
la bouche de qui prononce les paroles de la loi* »
BVerfG, 75, 223, 243, pt. 60.

« *If an alien were to land on earth (let us assume the impossible {...}) were to be interested on the relationship between European law and national law, his perception of reality would vary considerably depending on whether he would land on the European Court of Justice or some national constitutional courts. One thing would not change however: he or she (in case aliens have gender differences) would not question the source of ultimate authority. If one reads exclusively the European Court's of Justice narrative of the relationship between European law and national law one is presented with the absolute supremacy of European law* »

Luis Miguel POIARES MADURO¹

Introduction

L'exigence d'un discours juridique renouvelé sur l'Union européenne.

L'idée de cette communication est née de la constatation que pourrait faire tout observateur du droit de l'Union européenne, celle de la désuétude du discours juridique sur le droit produit par celle-ci. Nous nous proposons de traiter du discours juridique et plus précisément du discours constitutionnel, par une analyse de la science du droit selon la dichotomie fondamentale propre au mouvement positiviste². Le constat postule que les propositions formulées par la doctrine, ou plus généralement par « *la communauté des juristes*³ » ont échoué à décrire leur objet d'étude qu'est l'Union européenne. Tout en exprimant une idée similaire, le professeur Guillaume Tusseau invitait son lecteur au renouvellement du discours

* Doctorant, Université Paris II Panthéon-Assas, *Research Fellow* à l'Institut Max Planck de droit européen et international.

1 Luis Miguel POIARES MADURO, « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in *Sovereignty in transition. Essays in european law*, Neil Walker (eds.), Oxford, Portland, Hart publishing, 2003, p. 502-503.

2 V. M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1994, spéc. p. 31-32.

3 Selon l'expression du doyen Jestaz, lequel parle de « *commune reconnaissance* » qui serait le socle de la légitimité du pouvoir normatif de la jurisprudence. Cette commune reconnaissance devrait émaner de la *communauté des juristes* constituée par les professeurs, les avocats ou plus généralement les gens de doctrine, à l'inverse d'une reconnaissance d'origine populaire comme c'est le cas pour la loi. V. P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 28.

juridique sur l'Union européenne⁴. Nous nous proposons de répondre à cette apostrophe par une ébauche de réflexion méthodologique⁵.

La désuétude du discours juridique sur l'Union européenne déjà pressentie en doctrine connut une application concrète lors du rejet du traité établissant une Constitution pour l'Europe prouvant l'inadéquation pratique des propositions scientifiques exposées jusqu'alors. L'Union européenne et par là son droit ont ceci de particulier qu'ils n'appartiennent à aucune catégorie juridique, et c'est justement cette particularité qui force une recherche renouvelée de la pertinence scientifique du discours qui y est attaché⁶. On n'a beaucoup essayé de rapprocher le droit de l'Union européenne du droit constitutionnel, en se fondant – parfois à juste titre – sur la vocation similaire de ces deux disciplines juridiques, celle de primer sur les autres, de régner sur les ordres juridiques qu'elles régissent⁷. C'est donc par une visée essentiellement finaliste que se justifiait une telle assimilation. Mais les mêmes reconnaissaient dès après la différence fondamentale entre les deux disciplines, notamment quant à leur conception de l'État. Pour le droit constitutionnel l'État serait la pierre angulaire de son étude alors que pour le droit de l'Union, l'État « s'avère un ennemi redoutable, un véritable repoussoir dont il faut minorer l'influence. [...] »

4 G. TUSSEAU, « Theoretical Deflation: The EU Order of Competences and Power-conferring Norms Theory », in *The Question of Competence in the European Union*, L. Azoulay (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 61-62. (Traduction opérée par nos soins): « Utiliser le vernaculaire du fédéralisme pourrait être considéré comme une attitude compensatoire devant la perturbation des habitudes de pensée et leur caractère inapproprié devant le phénomène courant (se produisant à l'instant), mais de manière plus générale. [...] Pour mieux comprendre les tensions que font naître une telle situation dans les mentalités juridiques, le réalisme de Jerome Franck suggère de considérer le recours au paradigme fédéral comme un moyen pour la doctrine juridique et les praticiens de s'exonérer de l'angoisse d'être difficilement capable d'affronter ce changement. Utiliser l'état d'esprit fédéral, serait une voie minimale pour arriver à saisir une réalité qui met théoriquement et pratiquement dans l'inconfort. Comme simple extension de ce qui préexiste déjà, familier et sécurisant, les concepts du discours fédéral renvoient à la conception psychanalytique d'Anne Peters qu'elle appelle le constitutionnalisme compensatoire. [...] À cet égard, au lieu d'user de cette opportunité pour renouveler le cadre intellectuel de la doctrine juridique, utiliser le prisme fédéraliste, tend à dire que le phénomène européen ne serait qu'un avatar d'une analyse légale rationnelle. Nous attendons toujours une étude pleinement convaincante capable de rendre compte du phénomène européen, ce que Pedro Cruz Villalon appelle "Le constitutionnalisme sans précédent du droit de l'Union européenne" » (gras ajouté par nous).

5 Le cadre de notre contribution nous restreint à ne proposer que les bases de notre méthodologie et prétendre résoudre une telle problématique par la brièveté de ces développements serait exagérément ambitieux. On se référera à la formule de Madame le professeur Anne Levađe qui, invitée à se prononcer sur les incidences de la construction européenne sur les compétences étatiques, à l'occasion du colloque de l'Association des étudiants de droit public de l'Université Rennes I en 2014, avouait la difficulté d'une telle entreprise face à la brièveté devant présider à toute intervention scientifique. « Disons-le d'emblée, prétendre s'interroger, en quelques pages et au titre des "mutations du constitutionnalisme", sur "la construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes", peut sembler exagérément ambitieux », in A. LEVAĐE, « La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes », *RFDC*, n° 102, 2015, p. 287.

6 O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, Puf, 2^e éd., 2009, p. 1. Dans l'avant-propos de son ouvrage, le professeur Olivier Beaud précise que la construction européenne a motivé l'engagement de sa réflexion sur le thème de la Fédération. « Le projet d'écrire un livre sur la Fédération est apparu en réaction à l'actualité politique. La signature en 1992 du traité de Maastricht et la transformation corrélatrice de la Communauté économique européenne en une "Union européenne" semblaient indiquer un approfondissement politique de l'Europe institutionnelle que les juristes ont tant de mal à qualifier. L'hypothèse, qui a alors guidé mes recherches, était de savoir si l'on pouvait mieux comprendre cette Union européenne en partant d'un cadre d'analyse fédéral » (gras ajouté par nous).

7 Cl. BLUMANN, « Rapport introductif », in *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, H. Gaudin (dir.), Actes du colloque de la CEDECE, La Rochelle 6-7 mai 1999, Paris, Economica, 2001, p. 15. Le professeur Claude Blumann exprime cela par le fait que « les deux disciplines ont l'une et l'autre vocation à s'imposer et même à dominer ».

L'État apparaît comme un gêneur, un intrus⁸ ». Le renouvellement du discours juridique sur l'Union européenne devient alors une exigence lorsque l'inadéquation de celui-ci contribue à l'appauvrissement du discours politique de l'Union européenne⁹.

Qualifié par certains de « pont aux ânes [...] susceptible d'alimenter des controverses infinies¹⁰ », l'enjeu de la qualification juridique de l'Union européenne n'en reste pas moins décisif pour une meilleure lisibilité de l'action de celle-ci. Le renouvellement du discours juridique est l'instrument au service de cette fin. Les États membres eux-mêmes font face à cette incapacité de qualifier juridiquement la réalité européenne, soit en renonçant à l'exprimer en lui trouvant un acronyme révélateur de ce qu'ils considèrent comme une dérive fédéraliste¹¹, soit en la qualifiant par des termes inédits, dont la définition paraît pour le moins obscure¹².

Une première intuition – appuyée par une volonté – naissait alors : Comment réconcilier les irréconciliables ? Comment décrire un objet indéfini, qui se caractérise¹³ et se revendique¹⁴ comme tel ? En somme, comment tenter de nommer l'innommable ?

Notre proposition méthodologique s'appuie sur le recours à la théorie générale du droit afin d'esquisser un renouvellement du discours juridique sur l'Union européenne. Elle circonscrit volontairement son champ d'étude à la Cour de justice de l'Union européenne et propose une approche plus contentieuse que

8 Cl. BLUMANN, « Rapport introductif », *ibid.*, p. 14.

9 On se référera par analogie à l'ouvrage du professeur Mary Ann GLENDON, *Rights Talk. The impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1993, 218 p. L'auteur décrit un discours politique « saturé » par la notion de droits qui aboutit à une logique revendicative et individualiste et dévoie l'objectif initial du droit, celui de la concorde et de la compréhension mutuelle. Elle estime ainsi que le discours juridique aux États-Unis est une « caricature » de la culture américaine, devenu le langage « *of no compromise* ».

10 J.-P. JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *Recueil de l'Académie de droit européen de Florence*, 1991, vol. I, p. 257.

11 On pense ici à ce que les Britanniques désignent sous la locution « *F word* » marquant leur volonté de ne pas associer Union européenne et fédéralisme.

12 BVerfG, 2 BvE 2/08, dite « Décision Lisbonne », pt. 229. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe qualifie l'Union européenne de « Staatenverbund » soit littéralement « Association d'États », ce qui ne correspond à aucune catégorie prévue par le droit constitutionnel interne. Dans sa version originale : « Art. 23 Abs. 1 GG unterstreicht ebenso wie Art. 24 Abs. 1 GG, dass die Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union mitwirkt, auf die Hoheitsrechte übertragen werden. » Ce que nous traduisons librement par : « L'article 23, paragraphe 1, tout comme l'article 24, paragraphe 1, de la Loi fondamentale souligne que la République fédérale allemande concourt au développement d'une association d'État, conçue comme étant l'Union européenne, à laquelle des droits souverains sont transposés » (gras ajouté par nous).

13 E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, t. 294, 2002, p. 60. L'auteur explique que l'Union européenne est qualifiée d'organisation internationale *sui generis*, ce qui décrit à tout le moins, mais ne résout en rien le problème. « On parle simplement d'ordre juridique communautaire, sans préciser s'il se rattache à l'ordre interne ou à l'ordre international, et l'on conclut sans résoudre le problème qu'il s'agit d'un ordre juridique *sui generis*. »

14 Pour une revendication expresse de la spécificité de l'Union européenne par rapport aux autres organisations internationales, v. CJUE, Ass. plén., 18 déc. 2014, Avis 2/13, spéc. pt. 158. V. encore O. DUBOS, « L'Union européenne : Sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, spéc. p. 29. L'auteur caractérise la spécificité de l'Union européenne à l'aune de la pièce *Visiteurs du soir* de Sacha Guitry. « Dans les Visiteurs du soir, Sacha Guitry disait d'Arletty : "Elle a l'air d'une bonne, mais une de ces bonnes dont on dit qu'elles n'ont pas l'air d'être des bonnes" ; l'Union européenne a l'air d'être une organisation internationale, mais une de ces organisations internationales dont on dit qu'elles n'ont pas l'air d'être des organisations internationales. » L'auteur poursuit l'analogie à l'aune de la fable de Jean de la Fontaine, *La chauve-souris et les deux belettes* : « Qui fait l'oiseau ? C'est le plumage. Je suis souris. Vivent les rats. »

structurelle¹⁵. Il est nécessaire d'éclairer notre réflexion à la lumière de la pensée du doyen Vedel au sujet de la « querelle » constitutionnelle européenne :

« La querelle juridique sur la constitutionnalité et la licéité des transferts de souveraineté de la République française à des organisations dites “supranationales” prend figure de guerre de trente ans. Née avec les débats sur la Communauté charbon-acier, elle a jeté ses plus hauts feux avec le projet de Communauté européenne de défense ; derechef elle a grondé lors de la préparation et de la réalisation du Marché commun et de l'Euratom ; et, comme elle couvait toujours, la voici ranimée et nourrie par l'élection du Parlement européen au suffrage universel¹⁶. »

À cette liste, nous pourrions ajouter le traité établissant une Constitution pour l'Europe, ou encore le traité de Lisbonne... La controverse n'est pas nouvelle, et la guerre de trente ans annoncée par le doyen Vedel pourrait bien prendre les allures de guerre de cent ans. Mais les intentions pacificatrices – puisque juridiques – qui nous animent forment un vœu tout autre, celui de la concorde par le discours¹⁷.

Le recours à la méthode pragmatiste. Le recours à la méthode pragmatiste est avant tout un engagement qui prétend s'affranchir de la neutralité axiologique en s'inscrivant « dans la philosophie de l'action, qui ne limite pas la mission du chercheur à l'observation d'une situation ou d'un problème mais s'oriente fondamentalement vers la perspective dynamique d'une solution¹⁸ ». Elle invite à mettre en exergue la richesse de l'expérience que les concepts ne permettent pas de capter¹⁹. Il faudra pour mener une telle ambition, nous affranchir de l'approche classique du contentieux constitutionnel parfois empreinte d'idéologie pour insister « sur la relativité et la pertinence contextuelle des choix conceptuels opérés, dans le cadre d'une enquête continue et révisable²⁰ ». Une telle méthode est choisie à dessein comme permettant de saisir la diversité de la justice constitutionnelle là où le raisonnement traditionnel en fonction de modèles relègue celle-ci au rang d'incongruité²¹. L'approche pragmatiste intègre le contentieux du droit de l'Union européenne au sein d'une étude renouvelée du contentieux constitutionnel comparé

15 Si l'ensemble des débats autour de la nature juridique de l'Union européenne sont particulièrement stimulants, ils ne seront pas abordés dans cette communication. Dans un souci de clarté du propos, nous prenons le parti de ne traiter que de la Cour de justice de l'Union européenne non sans garder à l'esprit que la qualité constitutionnelle de celle-ci que nous souhaitons révéler pourrait engendrer des conséquences sur la nature même de l'Union européenne.

16 G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1981, p. 23.

17 En cela notre étude s'inscrit dans « l'esprit » du droit de l'Union européenne, fruit d'un compromis constant entre les intérêts supranationaux et les intérêts internes. Le professeur Anne Levaedé considérait à propos du Préambule du traité établissant une Constitution pour l'Europe, que celui-ci révélait déjà « les avatars du compromis ». V. A. LEVAEDÉ, « Préambule », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie I et IV. « Architecture constitutionnelle »*, L. BURGUORGUE-LARSEN, A. LEVAEDÉ, F. PICOD (dir.), Bruxelles, Bruylant, t. 1., 2007, p. 28.

18 B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », in *Les défis du droit global*, C. Bricteux, B. Frydman (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 16

19 G. GARRETA, M. GIREL, « Préface », in *William James. Essais d'empirisme radical*, Paris, Flammarion, 2005, p. 8.

20 G. TUSSEAU, « Sur le métalangage comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus. Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013, p. 91.

21 Selon la formule du professeur Benoît Frydman, une telle méthode renvoie à une approche par problèmes « permettant de saisir le pouls du droit vivant ». Il s'agit de construire le raisonnement « à l'inverse du syllogisme judiciaire, non de la règle aux faits, mais des circonstances d'une situation problématique ou conflictuelle vers les modalités de sa solution en droit », in B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », *op. cit.*, p. 12.

au moyen de critères novateurs issus d'un métalangage pragmatiste qui se substitue à la présentation classique tout en l'intégrant. Il est l'instrument de la mise en exergue de la nature constitutionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne.

La mise en exergue de la nature constitutionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne – Parler de la Cour de justice de l'Union européenne en tant que juridiction constitutionnelle, qui plus est selon un postulat affirmatif, peut selon certains choquer²², provoquer²³ ou encore emporter le « *dégoût*²⁴ » de certains dirigeants politiques. L'adhésion se fait plus rare en France²⁵, bien que tel ne soit pas le cas dans les pays anglo-saxons²⁶, en Allemagne²⁷, ou dans d'autres États

-
- 22 Au titre des « *contra* », il convient de citer le doyen Favoreu, éminent opposant à une telle entreprise. V. L. FAVOREU, « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 35-45. Sur l'impossible transposition des concepts du droit constitutionnel au droit de l'Union, v. encore, L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel », in *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 2001, p. 379-390. L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel (suite) », in *Constitution et construction européenne*, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), Paris, Dalloz, 2006, p. 85-91.
- 23 Il est intéressant à ce titre de noter que le professeur Hélène Gaudin justifie l'emploi de la forme interrogative comme le moyen d'une approche plus consensuelle, qui préserve les sensibilités de chacun, afin de « *parer à d'éventuelles critiques* », H. GAUDIN, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE-LAE*, 2000, p. 210. Mais est-ce là la vocation d'un travail scientifique ? Ou ne serait-ce pas plutôt l'inverse, celui de susciter le débat ? Le professeur Vlad Constantinesco exprimait une idée similaire dans l'introduction de sa thèse de doctorat : « *Les controverses juridiques ne sont pas toujours le signe d'une agitation stérile ou le reflet de dissensions inutiles. Certes bien peu échappent à la longue à ce destin et la science du droit, depuis ses origines les plus lointaines, ne pourrait-elle pas être décrite comme un cimetière de controverses, un entassement d'argumentations, une sédimentation de théories ? Et, plus particulièrement, les discussions relatives à la détermination de la nature juridique d'une institution ne semblent-elles pas occuper une place de choix dans le musée des controverses ?* ». V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Paris, LGDJ, 1973, p. 1.
- 24 On renvoie à la formule de la Baronne Margareth Hilda Thatcher laquelle observait que « *some things at the Court are very much to our distate* ». Cité dans A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd. 2006, p. 3. Dans le même mouvement, l'ancien président fédéral allemand Roman Herzog avait estimé, dans un billet publié sur le blog *Euobserver* à la suite de l'arrêt *Mangold*, que la Cour « *avait gaspillé une grande partie de la confiance dont elle jouissait auparavant* », <https://euobserver.com/opinion/26714> ; V. encore la déclaration d'Andreas Khol alors président du Parlement autrichien lors de la rencontre interparlementaire sur l'avenir de l'Europe en 2006 : « *The Court should act according to the legislation and not act too quickly* ». Cité dans F. PICOD, « La Cour de justice et les perspectives ouvertes par la Constitution européenne », *RAE-LAE*, n° 2, 2006, p. 233.
- 25 V. à ce titre la thèse pionnière du Professeur Jorg Gerkrath sur le sujet : J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p. Par ailleurs, l'ouvrage de Philippe Manin dans son édition de 2004 était audacieusement intitulé *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, avant de revenir à une dénomination plus sobre dans l'édition de l'année suivante. V. P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, Nouvelle éd., 2004, 555 p., puis v. P. MANIN, *L'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux*, Paris, Pedone, Nouvelle éd., 2005, 575 p. V. aussi A. BERRAMDANE, J. ROSSETTO, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2013, 509 p. Le chapitre III de la dernière partie traite de « *La constitutionnalisation de la Cour de justice de l'Union européenne* ». V. encore Cl. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 6^e éd., 2016, 922 p. Dans sa nouvelle réédition, la première partie de l'ouvrage traite du « *cadre constitutionnel de l'Union européenne* ».
- 26 On citera notamment l'ouvrage du Professeur Stephen Weatherill qui consacre tout un chapitre intitulé « *Constitutional Court* » à la Cour de justice. V. S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, spec. p. 184-223. V. encore A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, op. cit. V. aussi, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL,

membres²⁸. La question reçoit aussi un traitement plus favorable lorsqu'elle est traitée par d'anciens membres de la Cour de justice²⁹. C'est dire l'enjeu de cette qualification juridique, au cœur d'un débat qui paraît bien sensible aux yeux de tous. Dès lors, formuler le problème sous la forme interrogative permettrait d'apaiser ces tensions en se réfugiant derrière « l'incertitude de la recherche³⁰ » car la qualité de juridiction constitutionnelle ne serait pas « intrinsèque³¹ » à la Cour de justice de l'Union européenne. Or, sur ce point, nous exprimons une première divergence puisque nous portons l'ambition de révéler la qualité de juridiction constitutionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne, autrement dit de faire apparaître ce que nous considérons être sa nature véritable. S'agissant de révéler une qualité, celle-ci ne peut être qu'intrinsèque, contenue en germes, refoulée ou cachée pour des raisons et des motifs qu'il nous convient de mettre en lumière. Nous proposons à cette fin une analogie de notre entreprise de révélation avec le développement emprunté à la photographie argentique³².

Le développement argentique comporte trois étapes successives que sont l'exposition de l'émulsion à la lumière³³, le développement par l'action de l'agent révélateur³⁴ et la fixation de l'image révélée par l'effet de l'agent fixateur³⁵.

Constitutional Law of the European Union, England & Wales, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 2005, 969 p. V. enfin, A. ARNULL, « A Constitutional Court for Europe? », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. VI., 2003-2004, p. 1-34.

- 27 Dans la doctrine allemande, la question fit l'objet d'un colloque organisé par le Professeur Jürgen Schwarze en juin 1983 à Hambourg. V. J. SCHWARZE (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Hamburg vom 2.-4. Juni 1983, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1983, 210 p. Le thème du droit constitutionnel européen a été traité de manière approfondie notamment sous l'impulsion des professeurs Peter Häberle et Ingolf Pernice. V. notamment P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 7^e Auflage, 2011, 791 p. I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 93 p. On citera enfin la thèse d'habilitation soutenue par Matthias Wendel sous la direction du Professeur Ingolf Pernice. V. M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 764 p.
- 28 L'ancien avocat général portugais près la Cour de justice, M. Luis Miguel Pórigues Maduro dans son ouvrage *A constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*, consacre le chapitre 2 de sa première partie à la Cour de justice en tant que facteur constitutionnalisant du droit de l'Union. V. L. M. POÍARES MADURO, *A constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Estoril, Principia, publicações universitárias e científicas, 2006, spéc. p. 57 et s.
- 29 Sans être exhaustif, on se référera notamment à P. PESCATORE, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle », in *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, P. PESCATORE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 61-96. R. IGLESIAS, « Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht », *Zeitschrift für Europarecht*, 1992, p. 225-245. F. JACOB, « Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court? », in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, D. CURTIN, D. O'KEEFE (eds.), Dublin, Butterworths, 1992, p. 25. Lord Gordon SLYNN OF HADLEY, « What is a European Community Law Judge? », *Cambridge Law Journal*, vol. 52, n° 2, 1993, spéc. p. 234-244.
- 30 H. GAUDIN, « La Cour de justice, juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 209.
- 31 H. GAUDIN, *ibid.*, p. 209.
- 32 L'idée de cette analogie originale m'a été inspirée par les différents échanges que j'ai pu avoir avec le professeur Guillaume Tusseau. Qu'il soit ici vivement remercié pour ses conseils et sa disponibilité tout au long de la préparation de cette communication. L'audace de cette analogie est aussi le résultat de la lecture du passionnant roman de Douglas Kennedy, *L'homme qui voulait vivre sa vie*, Paris, Belfond, 1998, 353 p.
- 33 L'exposition de l'émulsion à la lumière constitue la première étape où l'image latente se forme sans toutefois en contenir les détails précis que la phase de développement par les agents révélateurs et fixateurs permettra de révéler.
- 34 L'agent révélateur est un agent chimique aussi appelé développeur qui réduit les halogénures d'argent en argent métallique et qui assombrit le négatif aux endroits où il a été exposé à la lumière. La plupart des agents révélateurs utilisent une combinaison de différents produits chimiques que sont l'acide ascorbique, l'hydroquinone, le métol et la phenidone. Le bain

Appliquée à notre objet d'étude cette entreprise de révélation consisterait d'abord à mettre en lumière la diversité de la justice constitutionnelle, puis de saisir cette diversité au moyen du métalangage pragmatiste, pour enfin fixer la nature constitutionnelle révélée de la Cour de justice de l'Union européenne à l'aide de critères novateurs. Pour poursuivre l'analogie, la Cour de justice de l'Union européenne constituerait la pellicule, la lumière, la diversité de la justice constitutionnelle, l'agent révélateur le métalangage pragmatiste, et l'agent fixateur le discours juridique renouvelé. La nature constitutionnelle de la juridiction de l'Union européenne serait le négatif de celle-ci qui une fois révélé peut être exposé à la lumière.

Il conviendra, dans un premier temps, d'exposer la diversité de la justice constitutionnelle en forme de lumière expérimentale comme un préalable nécessaire à notre démonstration (I) ; d'étudier, dans un deuxième temps, le métalangage pragmatiste comme une méthodologie permettant de saisir cette diversité, tel un agent révélateur saisissant l'image sur la pellicule (II) ; enfin, de fixer, dans un troisième temps, cette nature constitutionnelle révélée au moyen de critères novateurs comme un agent fixateur du négatif obtenu (III).

I.- Un préalable nécessaire : la diversité de la justice constitutionnelle comme *lumière expérimentale*

Exposer la diversité de la justice constitutionnelle permet dans un premier temps de constituer l'image latente de la Cour de justice de l'Union européenne à savoir sa nature constitutionnelle³⁶. Dans cette perspective, réfuter par le biais d'une analyse comparatiste, l'existence d'une justice constitutionnelle à l'échelle de l'Union européenne « ne pourrait s'opérer qu'à l'aune d'un concept général et universel de la notion de justice constitutionnelle³⁷ ». Or il ne semble pas exister de consensus véritable autour de cette notion dont les contours sont en perpétuels mouvements, et dont la « définition pourrait bien s'avérer essentiellement relative au système juridique dans lequel on l'emploie³⁸ ». Opposer à la Cour de justice de l'Union européenne certains de ses manques au regard d'un modèle préétabli dont l'uniformité apparaît bien plus supposée que démontrée, relèverait d'une volonté de conserver une notion caractéristique du droit constitutionnel à la seule sphère étatique. Se trouve ainsi caractérisée la première étape de notre entreprise de révélation, celle de la démonstration de l'inopérance de la présentation classique de la justice constitutionnelle (A), partant, celle de son immobilisme face aux formes nouvelles de contentieux constitutionnels dont nous souhaitons démontrer que la Cour de justice de l'Union européenne constitue un exemple d'analyse (B).

révélateur est le premier bain utilisé permettant de révéler tous les grains d'argent de la pellicule exposés à la lumière.

35 L'agent fixateur permet de figer l'image révélée afin d'assurer sa conservation dans le temps. Cette étape finale est décisive puisqu'elle permet au négatif obtenu d'être insensible à la lumière.

36 Dans un premier temps, le développement de la photographie argentique voit se former une image latente constituée par l'exposition du film à la lumière. Cette image latente sera ensuite révélée par le développement.

37 Par analogie avec la définition proposée par le professeur Denis de Bechillon dans sa thèse de doctorat concernant le Conseil constitutionnel. V. D. DE BECHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Thèse, Paris, Economica, 1996, p. 170.

38 D. DE BECHILLON, *ibid.*, p. 170.

A.- L'inopérance de la théorie des modèles constitutionnels

Il y a, derrière le questionnement de la pertinence du modèle scientifique proposé, la volonté de démontrer son inadéquation avec la réalité juridictionnelle actuelle, accentuant le caractère dogmatique de celui-ci. L'acceptation tacite de ce modèle par la doctrine constitutionnaliste, sans poser la question de son utilité, est questionnée par certains qui lui reprochent de se servir « *n'importe comment d'une notion molle*³⁹ ». L'étude du contentieux constitutionnel comparé à l'aune de cette théorie doit être mise en doute par une analyse empirique afin de renverser cette présentation parfois dogmatique. Le postulat intellectuel initial serait celui de la réalité et de la diversité de la justice constitutionnelle face à l'uniformité et l'idéologie que sous-tend la théorie des modèles. Guidé par le souci prégnant de l'honnêteté intellectuelle propre à tout travail scientifique⁴⁰, il nous semble que présenter la justice constitutionnelle dans le monde au travers de la dichotomie traditionnellement admise serait quoiqu'intellectuellement confortable, en tous les cas réducteur, si ce n'est scientifiquement trompeur. Il faudrait donc affiner la réflexion en prenant en compte toutes les particularités de chacun, pour proposer une classification scientifiquement valable⁴¹.

Le champ d'application territorial initialement limité de la présentation des modèles de justice constitutionnelle apparaît comme le premier obstacle à son caractère prétendument uniforme. Ainsi « la géographie est quelque peu malmenée par la dénomination des deux modèles⁴² », démontrant que le choix d'un modèle déterminé relève plus d'une tradition juridique nationale privilégiée que d'une attache continentale⁴³. Les deux systèmes de contrôle de la constitutionnalité ne sont pas exclusifs et peuvent être associés, créant une nouvelle catégorie que d'aucuns qualifient de « *systèmes mixtes*⁴⁴ ». Dans de tels systèmes de justice constitutionnelle

39 O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 11. « *J'ai essayé de dire ailleurs, qu'un concept est comme une sorte de mise au point photographique et que celle qui est ainsi proposée à travers ce critère désormais banal de la cour constitutionnelle présente des défauts assez considérables quant à la netteté, au cadrage et à la profondeur de champ. Surtout, la doctrine dominante s'emparaît du concept sans s'être préalablement interrogé sur ce à quoi il pouvait ou devait lui servir. On se sert donc n'importe comment d'une notion molle* » (gras ajouté par nous).

40 G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Recherche Di Diritto Comparato, Bononia University Press, 2009, p. 17. L'auteur estime que le « *souci de la précision doit conduire à individualiser et subdiviser des classes aussi fines et nombreuses que possibles* », tout en gardant à l'esprit l'avantage de la présentation catégorielle : « *Mais un travail de simplification s'avère dans le même temps indispensable afin d'obtenir une construction heuristique qui, au-delà de la simple juxtaposition des éléments découverts, en améliore l'intelligibilité* ».

41 C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *Écrits et théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Université Panthéon-Assas, 2002, p. 294. Charles Eisenmann estimait que l'« *on ne peut jamais définir une espèce d'un genre isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces, en les ignorant ; il faut considérer le genre tout entier, toutes les espèces, sinon même leur subdivisions ultérieures* ».

42 G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 25. L'auteur prend ainsi pour exemple certains États européens ayant adopté un modèle dit américain de justice constitutionnelle (Grèce, Danemark, Suède, Irlande, Finlande, Norvège) et les États sud-américains orientés vers le modèle dit européen de justice constitutionnelle (Uruguay, Panama, Paraguay, Venezuela).

43 F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 37^e éd., 2016-2017, p. 79. Les auteurs précisent que si le choix d'un type de justice constitutionnelle est le choix du constituant, celui-ci s'explique « *par les circonstances historiques dans lesquelles le contrôle a été introduit* ».

44 Le professeur André Roux qualifie notamment les systèmes portugais, grec ou encore sud-africain de « *systèmes mixtes* ». V. A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisations

le modèle américain s'europeanise, et réciproquement. Influences mutuelles que la théorie des modèles ne saurait saisir puisque fondée sur une distinction exclusive. Le mécanisme préjudiciel de contrôle de la constitutionnalité semble ainsi difficilement trouver sa place au sein de la distinction traditionnelle, qu'il soit considéré devant la Cour constitutionnelle allemande ou devant le Conseil constitutionnel français, celui-ci investit le juge de renvoi d'un contrôle de nature constitutionnelle. Il faut alors comprendre que la décision de la pertinence du renvoi est propre à l'office du juge ordinaire et que cette « opération intellectuelle⁴⁵ » constitue l'ébauche d'un contrôle de constitutionnalité puisque brisant la notion de *Verwerfungsmonopol*. Il ne faut pas déduire du contrôle exclusif exercé par une cour constitutionnelle une exclusivité qui se décline à tous les moments d'une procédure faisant intervenir plusieurs acteurs juridictionnels. C'est de cette complexité, notamment de la procédure préjudicielle de contrôle de la constitutionnalité, dont la présentation traditionnelle peine à rendre compte. L'exemple des procédures préjudicielles de contrôle de constitutionnalité est d'autant plus significatif qu'il combine contrôle incident de type américain et contrôle concentré de type européen. Il est remarquable de constater qu'une telle procédure existait dès le lendemain de la seconde guerre mondiale en Allemagne et en Italie⁴⁶. La mixité préexistait déjà à la théorie des modèles et celle-ci aurait dû en tenir compte⁴⁷.

Il y a ensuite, au travers des critiques formulées à l'encontre de cette théorie, l'idée que celle-ci serait tombée en désuétude, notamment face à l'émergence d'une justice constitutionnelle moderne, ayant su s'affranchir de la catégorisation traditionnelle du contentieux de la constitutionnalité⁴⁸. Le caractère dépassé de cette présentation du contentieux constitutionnel est alors mis en exergue, estimant qu'elle « semble bien arriver au bout de ses capacités explicatives et descriptives⁴⁹ ». Une telle position veut montrer le caractère épuisé de ce mode de raisonnement, binaire et parfois presque caricatural. Selon la définition de la classification retenue par le professeur Michel Troper, celle-ci doit « permettre avant tout de réaliser une économie intellectuelle ou de suggérer une explication⁵⁰ ». *De prima facie*, la présentation traditionnelle pourrait s'avérer satisfaisante car offrant une présentation logique et simplifiée de l'étude du contentieux constitutionnel comparé à l'aune d'une explication théorique qui se matérialiserait par la notion de « quatrième

juridictionnelles », in *Traité international de droit constitutionnel*, M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), Paris, Dalloz, spéc. p. 135-139.

45 G. TUSSEAU, *ibid.*, p. 33.

46 F. FERNANDEZ SEGADO, « La faillite de la bipolarité "modèle américain-modèle européen" en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie », in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1088-1089.

47 On pourrait néanmoins voir dans ces contradictions empiriques à la théorie des modèles une difficulté surmontable comme le propre des constructions scientifiques contemporaines pour lesquelles l'éventuelle « contradiction d'un fait expérimental ne suffit plus à invalider une théorie ». V. X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in *Les notions juridiques*, G. TUSSEAU (dir.), Paris, Economica, 2009, p. 37-38.

48 M. CAPPELLETTI, « Le contrôle juridictionnel des lois en droit comparé », in *Le pouvoir des juges*, Paris, Aix-Marseille, Economica, PUAM, 1990, p. 213. L'auteur constatait que la dichotomie traditionnelle tombait en désuétude et prévoyait la convergence prochaine de l'opposition des deux modèles en un seul et même modèle. Il est important de signaler que l'auteur formule ce vœu dès 1970.

49 C. ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, n° 26, 2014, p. 156.

50 M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 256.

pouvoir⁵¹ ». Toutefois, un tel bénéfice – celui de l'économie intellectuelle – « est possible à condition que tous les objets qui ont été rangés dans une même classe parce qu'ils possèdent un même caractère apparent [...], possèdent également un autre caractère, moins apparent et qu'il importe de connaître⁵² ». Il faut pour qu'une classification soit effective sur le plan scientifique, que celle-ci aille au-delà des simples similitudes apparentes et prenne en compte l'objet d'étude dans toute sa complexité. La logique doit se doubler d'une pertinence intellectuelle et dans notre cas d'étude, juridique. La valeur scientifique d'une classification est à ce prix.

Faut-il alors considérer la théorie des modèles de justice constitutionnelle comme dénuée de toute valeur scientifique puisque fondée sur des critères uniquement apparents, non corroborés par d'éventuelles modifications de la norme qui les institue ou par la jurisprudence développée par les acteurs de cette même justice⁵³ ?

Retenir une telle position serait une analyse trop sommaire d'une présentation de la justice constitutionnelle qui, à l'époque où une telle théorie fut développée, n'était pas aussi diverse et étoffée qu'elle l'est aujourd'hui. Il serait plus nuancé de qualifier cette présentation comme scientifiquement valable pour une période et dans un contexte donné, présentation qui mérite néanmoins d'être réactualisée.

B.- *L'immobilisme de la théorie des modèles constitutionnels*

Prenons comme « *un point de départ nécessaire*⁵⁴ » la distinction que propose le doyen Favoreu entre les cours constitutionnelles et les juridictions constitutionnelles. Les premières connaîtraient du contentieux de la constitutionnalité de manière exclusive à l'occasion d'une instance première et définitive, lorsque les secondes partageraient une telle compétence avec les juridictions ordinaires⁵⁵. À l'aune du contentieux du droit de l'Union européenne, une telle classification n'est plus opérante puisqu'une même juridiction – la Cour de justice de l'Union européenne, qu'elle soit comprise comme une unité ou un ensemble pluri-constitué – répond tantôt aux exigences du premier modèle et tantôt aux exigences du second. Celle-ci

51 L. FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution, Mélanges dédiés à Jean-François Aubert*, Bâle, Hlebing & Lichtenbahn, 1996, p. 15-27. Selon cette théorie, les cours constitutionnelles forment un « *quatrième pouvoir* », en dehors de l'édifice juridictionnel, elles aiguillent et sont chargées de veiller à la cohérence de l'ensemble juridictionnel. Les cours constitutionnelles, puisque placées en dehors de tout édifice juridictionnel, n'appartiennent pas au pouvoir judiciaire, mais bien plus, forment un quatrième pouvoir. En cela elles se différencient des juridictions constitutionnelles lesquelles exercent les fonctions de juge constitutionnel « *à temps partiel* ».

52 M. TROPER, *ibid.*, p. 256. L'auteur prend pour exemple une classification des constitutions écrites selon qu'elles comportent un nombre d'articles pairs ou impairs. Si une telle classification apparaît totalement logique, elle n'a en réalité pas de valeur scientifique puisque ne révélant aucune autre disparité entre les constitutions que la différence du nombre d'articles qu'elles contiennent.

53 A. CELOTTO, « La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos », in *Revista iberoamericana del Derecho procesal constitucional. Proceso & Constitucion*, n° 1, 2004, p. 10, cité dans G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 15. (Traduction opérée par l'auteur.) « *Il ne semble pas très éloigné de la vérité d'affirmer que le comportement aléatoire de telles variables et la possibilité d'agrèger des compétences supplémentaires aux cours constitutionnelles rendent possible qu'au fond, chaque État ait aujourd'hui son propre modèle de justice constitutionnelle* » (gras ajouté par nous).

54 G. TUSSEAU, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques d'un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *op. cit.*

55 L. FAVOREU, « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 38.

connaît des recours en manquement étatiques ainsi que des actions directes en contrôle de la légalité à l'initiative des institutions de l'Union en premier et dernier ressort⁵⁶, mais agit aussi en tant que cour suprême de son ordre juridique lorsqu'elle connaît sur pourvoi de la régularité des arrêts du Tribunal dans le cadre d'une action en contestation de la légalité européenne à l'initiative d'un requérant particulier. Au-delà de ces problèmes de classification, la Cour de justice ne pouvait prétendre exercer la justice constitutionnelle puisqu'elle ne contrôlait pas un parlement législateur⁵⁷. Le Parlement européen étant devenu, en vertu du traité de Lisbonne, législateur de droit commun de l'Union européenne, cette remarque autrefois pertinente, semble aujourd'hui ne plus prévaloir. Mais quand bien même le Parlement serait investi d'un pouvoir législatif, cela ne suffirait pas, car « la Cour de justice n'a pas, en l'état actuel, une légitimité suffisante pour s'opposer à la volonté d'un Parlement élu, investi du pouvoir législatif⁵⁸ ». La critique devait alors se déplacer sur le terrain de la légitimité qui, sans être vraiment définie, faisait néanmoins défaut. Celle-ci semblait être formulée afin de (dé)légitimer la Cour de justice de l'Union européenne en tant que juridiction constitutionnelle. Une déconstruction stipulative en somme.

Mais ce raisonnement semble, en réalité, animé par un dessein bien plus grand, au sens de sa généralité, celui de l'inapplicabilité de concepts propres au droit constitutionnel, à une entité supranationale⁵⁹. Cet « *eurosepticisme du droit constitutionnel*⁶⁰ » apparaît comme le prolongement intellectuel de la logique qui préside à la théorie des modèles. Le droit constitutionnel est conçu de manière restreinte comme limité au seul cadre national et inopérant en dehors de celui-ci, à l'image des modèles de justice constitutionnelle qui ne peuvent admettre la complexité d'une forme de contentieux car limités par une dichotomie traditionnelle difficilement surmontable. S'affranchir de cette pensée pourrait alors, pour certains,

56 On notera une exception selon laquelle les recours introduits par les États membres contre les décisions de la Commission (sous réserve de l'article 51, b) du statut de la Cour de justice de l'Union européenne) ou certaines décisions du Conseil doivent d'abord être portés devant le Tribunal. V. J. RIDEAU, « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », Fasc. 330, *JCL Europe*, II. Juridictions compétentes.

57 L. FAVOREU, « Vers une justice constitutionnelle communautaire », in *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle* J.-V. LOUIS, D. WAELBROECK (dir.), Bruxelles, Éd. De l'université de Bruxelles, p. 242-243. Rappelons que, dès 1979, le Parlement européen était élu au suffrage universel direct et participait, bien qu'avec un rôle uniquement consultatif, à la procédure d'adoption des actes de la Communauté.

58 L. FAVOREU, *ibid.*, p. 242.

59 V. L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 379-390. L'auteur y développe l'idée que le droit constitutionnel européen est un droit constitutionnel « *Canada dry* », celui-ci « *ressemble à du droit constitutionnel, en a l'aspect et la couleur, mais ce n'est pas du droit constitutionnel* » (p. 383). L'expression aurait été exprimée pour la première fois par l'auteur en 1994, à l'occasion de la soutenance de thèse du professeur Hélène Gaudin, sur *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*. V. encore L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel (suite) », *op. cit.*, p. 85-91. L'auteur compare cette fois-ci les européanistes à des missionnaires, sorte de démagogues cherchant à convaincre le plus grand nombre : « *La démarche expansionniste de la doctrine communautariste investissant le champ constitutionnel fait irrésistiblement penser à celle des missionnaires baptisant généreusement, sans y regarder de trop près, tous ceux susceptibles de grossir les rangs des croyants et de faire nombre* » (p. 89-90).

60 L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel (suite) », *ibid.*, p. 85. L'auteur commence son rapport de synthèse par cette phrase des plus éloquentes quant à son intention : « *Depuis une quinzaine d'années on peut observer un phénomène assez rare dans le monde scientifique : les spécialistes d'une discipline (le droit communautaire) expliquent à leurs homologues d'une autre discipline (le droit constitutionnel) comment doivent être compris les principales notions et concepts majeurs de celle-ci* » (p. 85).

signifier s'ouvrir au transconstitutionnalisme⁶¹ et, plus particulièrement, à l'émergence d'un droit constitutionnel européen qui, bien que peu étudié en France, est déjà une discipline à part entière dans certains autres États membres de l'Union européenne⁶². Tel n'est cependant pas notre choix. Nous prenons le parti d'une approche pragmatiste en démontrant que le concept de juridiction constitutionnelle se révèle de l'analyse de la juridiction de l'Union européenne. Nous considérons qu'il faudrait prendre le droit de l'Union pour ce qu'il est et non pour ce que l'on voudrait qu'il soit, obligation méthodologique induite par la logique positiviste de notre démarche. Partisans d'un droit constitutionnel européen comme opposants à celui-ci font une erreur qui vicie la pertinence scientifique de leur démarche : ils induisent des présupposés idéologiques dans leur démonstration. Celle-ci se révèle stipulative car guidée par la volonté de convaincre du bien-fondé d'un droit constitutionnel européen ou à l'inverse du caractère « *basardeux* »⁶³ de celui-ci. Le recours au métalangage pragmatiste nous permet d'éviter de tels écueils.

II.- Un instrument adéquat : le métalangage pragmatiste comme *agent révélateur*

Faire apparaître la diversité de la justice constitutionnelle est une première réponse empirique à la construction idéologique que représente la présentation classique du contentieux constitutionnel. Mettre en lumière cette diversité, c'est aussi découvrir des formes de contentieux originales qui ne sauraient être enfermées dans un « modèle » et qui nécessitent des critères nouveaux pour en saisir la portée. Nous utiliserons ainsi le métalangage pragmatiste comme un outil au service d'une présentation renouvelée du contentieux constitutionnel (A), renouvellement qui nous permettra d'admettre comme partie intégrante de celui-ci le droit du contentieux de l'Union européenne (B).

61 V. M. NEVES (trad. anglaise de Kevin Mundy), *Transconstitutionalism*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013, spéc. p. 76-80. L'auteur explique que la notion de transconstitutionnalisme repose sur la constatation initiale que l'ensemble des ordres juridiques reposent sur un « *code binaire* » entre légalité et illégalité. Une telle notion recouvre alors les interactions entre les ordres juridiques à un niveau réflexif (« *reflexive level* ») ainsi qu'à un niveau normatif (l'influence des ordres juridiques étrangers forçant une « *normative openness* »). Il faut alors comprendre que le niveau « *reflexif* » est le phénomène d'influence implicite des ordres juridiques entre eux, comme par exemple lorsqu'une cour constitutionnelle s'inspire d'une jurisprudence d'une autre cour constitutionnelle nationale ; et que le niveau normatif recouvre les influences plus explicites qui se traduisent par l'incorporation de normes étrangères dans l'ordre juridique national. La notion de transconstitutionnalisme est aussi bien positive (dialogue juridictionnel entre les juridictions) que négative (conflits entre ces juridictions), les deux mouvements contribuant au développement de ce constitutionnalisme transnational.

62 C'est notamment le cas en Allemagne, sous l'impulsion du constitutionnaliste Peter Häberle. V. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, op. cit. V. aussi P. HÄBERLE, « Gemeineuropäische Verfassungsrecht », in *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, P. HÄBERLE (Hrsg.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 1994, p. 33-74. Ce droit constitutionnel est à distinguer du droit constitutionnel européen commun, qui consiste à établir une transversalité entre les droits constitutionnels nationaux, en fonction de leurs ressemblances. V. P.-C. MÜLLER-GRAF, E. REIDEL (Hrsg.), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1998, 307 p. V. plus récemment, A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN, P. M. HUBER (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band I. Grundlagen und Grundzüge staalichen Verfassungsrechts*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2007, 856 p.

63 G. DRAGO, « Le contrôle juridictionnel », *RAE-LEA*, 2001-2002, p. 731.

A.- L'explicitation du métalangage pragmatiste

Le métalangage pragmatiste auquel nous nous rattachons se présente comme une approche dynamique qui insiste « sur une conception non téléologique et porte la contestation et la non-immuabilité comme leitmotiv, là où elle est ailleurs considérée comme une pratique déviante⁶⁴ ». Il s'agit, en d'autres mots, de la certitude de l'incertitude. Nous entendons le métalangage comme un discours sur le langage du droit produit par une réflexion active qui discute la teneur du droit et ses mérites. Le métalangage est donc le discours des juristes⁶⁵. S'inscrivant dans « *la philosophie de l'action*⁶⁶ », notre « discours sur le discours » tente de s'affranchir des concepts en organisant l'étude de la justice constitutionnelle sans pour autant « en inférer ensuite un "modèle" de justice constitutionnelle, auquel il serait recommandable, sur un plan politique, que les exemples concrets se conforment⁶⁷ ». Repenser l'étude du contentieux constitutionnel consiste en somme à déconstruire les modèles de justice constitutionnelle préétablis par une démonstration empirique, pour ensuite dégager, à l'aune de la théorie générale du droit, un nouveau langage se substituant à l'ancien tout en l'intégrant. L'approche comparatiste se trouve au début et à la fin de la présentation nouvelle. Au début d'abord, puisqu'elle permet d'affiner les classifications, mettant en exergue les aspérités d'un modèle qui se voulait uniforme. À la fin ensuite, en ce qu'elle permet de légitimer le métalangage dégagé. Entre-temps, enfin, se trouve le recours à la théorie générale du droit qui permet de repenser la justice constitutionnelle en lui fournissant les outils pour s'élever au-dessus des droits positifs nationaux. L'utilité révélée de ce nouveau programme ne doit pas être entendue comme la soumission supposée de l'ensemble des acteurs juridiques à celui-ci, mais plutôt comme la révélation de la complexité qui guida le choix du constituant⁶⁸. L'approche pragmatiste permet la prise en considération de facteurs exogènes, appréhendant le droit comme une pratique sociale influencée par le contexte économique et politique dans lequel elle évolue. Elle invite à ne jamais considérer comme définitivement acquis l'outil d'analyse juridique proposé et

64 J. SHAW, « Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism », *European Law Journal*, n° 1, vol. 9, 2001, p. 48. Traduction opérée par nos soins. Dans sa version originale : « *The invocation of postnationalism suggests not abandonment of the anchoring of the national constitutions, which are hardly likely to be swept away in a Europhilic tide of enthusiasm for building a United States of Europe, but rather there inforcement of a constitutional politics which is specially non-teleological and accepts contestation and non fixity as a way of life, not a deviant practice.* »

65 A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), Paris, Economica, 2008, p. 52. L'auteur distingue le langage du droit du langage des juristes. Le premier se présente comme un discours dans lequel sont énoncées des règles correspondant « à une variété de langage normatif ». Le langage des juristes pour sa part est un métalangage qui « a pour objet la description raisonnée et systématique du droit en vigueur et de l'activité proprement doctrinale ».

66 B. FRYDMAN, « Les défis du droit global », *op. cit.*, p. 16.

67 G. TUSSEAU, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 83. Par la locution « *mettre de l'ordre dans une étude* » il y a lieu d'entendre : affiner l'analyse de la justice constitutionnelle moderne, trop souvent réduite à une classification binaire voire ternaire. C'est alors tout l'objet du premier chapitre de l'ouvrage, lequel par une analyse fournie et détaillée de la justice constitutionnelle dans le monde affine les classifications et ce faisant, met de l'ordre dans cette étude.

68 G. TUSSEAU, « Sur le métalangage comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *op. cit.*, p. 110. « *La pratique du droit comparé offre précisément, outre un champ d'application pour cette vision renouvelée, ouvertement instrumentale et relativiste de la théorie du droit, une manière de stimuler sa créativité, en développant son caractère auto-critique et réflexif. En retenant que chaque discours est dépendant de la "perspective" du locuteur, que celui-ci choisit tout autant qu'il se trouve constitué par elle, le pragmatisme fonde un pluralisme méthodologique.* »

permet de saisir de manière empirique les vérités scientifiques là où la dogmatique les relèguerait au rang d'incongruités. Seront à ce titre considérées comme des vérités scientifiques les propositions qui révéleront leur utilité dans l'appréhension de l'étude de la justice constitutionnelle⁶⁹. Nous nous saisissons du métalangage pragmatiste pour proposer un discours qui puisse retranscrire le plus fidèlement possible la diversité et l'originalité du droit du contentieux de l'Union européenne.

B.- Le dynamisme du métalangage pragmatiste

Puisque la justice constitutionnelle est diverse et ne saurait être valablement analysée selon la dichotomie traditionnelle, il n'est plus opérant d'opposer à la Cour de justice de l'Union européenne ses lacunes constitutionnelles puisque cette notion n'est pas elle-même strictement définie. Le métalangage pragmatiste nous apparaît comme l'instrument du dynamisme et donc de la révélation de formes nouvelles de contentieux constitutionnel. La Cour de justice de l'Union européenne a ceci de particulier qu'elle exerce les fonctions d'une juridiction constitutionnelle tout en se situant en dehors de la sphère étatique. Pour poursuivre un peu plus l'originalité, la juridiction de l'Union européenne assure la suprématie de la norme suprême de son ordre juridique, sans que celle-ci puisse être formellement qualifiée de constitution. Celle-ci a tous les agréments d'une juridiction constitutionnelle sans en avoir le nom⁷⁰. Une première approche consisterait à lui dénier une telle qualité en raison de lacunes formelles. Ne serait ainsi constitutionnel que ce qui est dûment considéré par la norme juridique comme tel⁷¹. Tout auteur qui se risquerait à apposer un discours constitutionnel sur une entité supranationale serait dans une démarche qui relèverait d'un *wishful thinking*⁷². Une deuxième approche, plus dynamique cette fois-ci, consisterait à lui octroyer une telle qualité selon une approche matérielle. Puisque la Cour de justice contrôle l'activité d'un Parlement législateur, opère le

69 En cela la méthode pragmatiste rejoint la méthode utilitariste proposée par Jeremy Bentham. V. G. TUSSEAU, *Jeremy Bentham. La guerre des mots*, op. cit., p. 23. On ne pourra juger de l'utilité d'une mesure législative – son utilité étant de faire le bonheur du plus grand nombre – qu'à l'aune de l'application de celle-ci, des conséquences qu'elle emportera sur la vie des individus, dans la sphère publique, tout comme dans la sphère privée.

70 L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel », op. cit., p. 383. Nous reprenons ici le raisonnement inverse du doyen Favoreu lequel estimait, à propos du droit constitutionnel européen, qu'il était un droit constitutionnel « *Canada dry* », car celui-ci « *ressemble à du droit constitutionnel, en a l'aspect et la couleur, mais ce n'est pas du droit constitutionnel* ». L'expression aurait été exprimée pour la première fois par l'auteur en 1994, à l'occasion de la soutenance de thèse du professeur Hélène Gaudin, sur *Le Parlement européen devant la Cour de justice des Communautés européennes*. V. encore L. FAVOREU, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel (suite) », op. cit., p. 85-91.

71 On relèvera sans attendre qu'une telle approche strictement formelle aurait conduit à la consécration de la nature constitutionnelle de la Cour de justice dans l'hypothèse où le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait été adopté. Sur ce point, nous faisons nôtre la formule du professeur Weiler qui, face à la volonté des constituants européens de doter l'Union d'une constitution formelle, estimait à rebours que le succès du constitutionnalisme européen reposait sur ses assises empiriques et pragmatiques. « *Europe has charted its own brand of constitutional federalism. It works. Why fix it?* ». J. H. WEILER, « In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg* », in *European Constitutionalism beyond the State*, J. H. WEILER, M. WIND (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 23.

72 R. WAHL, « In Defence of "Constitution" », in *The Twilight of constitutionalism?*, P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 242. « *"Constitution" is also to be defended against the many who want to to exploit the noble aura of the terme without first achieving the necessary prerequisites. But so much of what is meant by "international constitution", "international constitutionalism", and "constitutionalisation" is mere anticipation, distant hope, contourless "emergence", and the invocation of evolution.* »

contrôle de la répartition horizontale et verticale des compétences ainsi que le respect des droits fondamentaux, celle-ci serait une juridiction constitutionnelle. Le cadre dans lequel elle agit ne deviendrait qu'un élément supplémentaire de son originalité. C'est l'originalité-spécificité du juge de l'Union qui fonde son insularité par rapport aux juridictions internationales et qui permet de l'intégrer au sein de l'étude du contentieux constitutionnel comparé comme une forme nouvelle de justice constitutionnelle hors de l'État. Ce droit venu d'ailleurs, engendré par une République de nulle part⁷³, trouve dans son originalité et sa spécificité le commencement de son caractère constitutionnel.

Appréhender le droit du contentieux de l'Union européenne sous cette dénomination permet une adéquation de notre objet d'étude avec le discours proposé pour décrire celui-ci. Parler d'une justice constitutionnelle hors de l'État à propos de la Cour de justice de l'Union européenne permet de révéler l'activité véritable de celle-ci, celle d'une juridiction exerçant des fonctions constitutionnelles dans un cadre supranational. Cette approche s'impose ensuite car les structures conceptuelles de base se révèlent inappropriées à la forme originale de ce droit supranational⁷⁴. Ce discours novateur nécessite une vision ouverte du contentieux constitutionnel afin de s'affranchir de l'approche classique du « tout ou rien⁷⁵ ». En cela notre approche pragmatiste rejoint le discours constitutionnel globalisant, puisque nous nous autoriserons à qualifier de « constitutionnels » les fonctions et éléments qui répondent à cette acception sans pour autant qu'il soit nécessaire que l'activité constitutionnelle nouvellement qualifiée s'inscrive dans la sphère étatique⁷⁶. Nous mettrons en exergue les éléments constitutionnels lorsqu'ils se présenteront à nous, indépendamment du cadre dans lequel ils se manifestent. Le constat se veut objectif et il nous semble que si l'adjectif épithète « constitutionnel » pouvait auparavant être limité à la sphère étatique selon une conception classique, tel n'est plus le cas aujourd'hui⁷⁷. Ce « constitutionnalisme triomphant⁷⁸ » devient le moyen de décrire une activité juridictionnelle singulière dans ses fonctions mais aussi dans sa

73 Une des critiques les plus incisives formulées à l'encontre du droit de l'Union fut celle du doyen Carbonnier dans son ouvrage, *Droit et passion du droit sous la V^e République*. Ce dernier, dans un chapitre premier consacré à la production du droit, présente un III. intitulé, « Ces droits venus d'ailleurs ». L'auteur propose une critique acerbe du droit de l'Union et de ses institutions, qualifiées de « République de nulle part ». L'auteur considère enfin que l'inflation normative au sein de l'Union européenne révèle « une passion du droit, affolée par les aiguillons de lobbies bourdonnants ». V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, spéc. p. 44-52.

74 M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Triumphalism and Nostalgia », in *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 202. « If it plausible to talk of constitutionalism beyond the state, it can only be because some of these basic conceptual structures and the legal and political world that is imagined through them turn out to have been inappropriate and misguided. »

75 N. WALKER, « Taking Constitutionalism Beyond the State », *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 523. « [...] whether we are simply stuck with the unimaginability of post-state constitutionalism under a pure, all-or-nothing conception, or whether we may still contemplate its moderate incidence under a more-or-less conception. »

76 J. SHAW, « Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism », op. cit., p. 48.

77 Selon l'expression du professeur Mark Tuschnet, « No one knows precisely what globalization is but nearly everyone thinks that it has some effects on domestic constitutional orders. » V. M. TUSCHNET, *The New Constitutional Order*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2003, 265 p., spéc. p. 142. Cité dans A. PETERS, « The Globalization of State Constitutions », in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, J. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 251.

78 M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Triumphalism and Nostalgia », *ibid.*, p. 201-203. L'auteur oppose les tenants d'un constitutionnalisme global qu'il définit comme les « constitutional triumphalists » et les auteurs réfractaires à ce mouvement, qu'il désigne sous la locution « constitutionally concerned ».

situation. La Cour de justice de l'Union européenne peut donc valablement exercer une forme atypique de justice constitutionnelle en dehors de l'État mais dans un ordre juridique autonomisé, en assurant la suprématie de la norme suprême que représentent les traités sans qu'il soit besoin de les assimiler à une constitution.

Cette nature constitutionnelle atypique révélée, il y a lieu de la saisir au moyen d'un discours juridique renouvelé et de critères novateurs au service de la pertinence scientifique du discours juridique proposé.

III.- Des critères novateurs : le discours juridique renouvelé sur la Cour de justice de l'Union européenne comme *agent fixateur*

Pour reprendre notre analogie entre le développement de la photographie argentique et notre entreprise de révélation, revenons à l'action de l'agent fixateur dans le développement photographique. Ce dernier a en effet pour objectif de fixer l'image révélée afin que celle-ci soit insensible à la lumière. Nous voudrions, par les critères proposés, ancrer la nature constitutionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne afin que celle-ci puisse être incorporée au sein d'une étude comparée du contentieux constitutionnel. À cette fin, nous dégagerons deux critères fondant selon nous la nature constitutionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁹, celui de l'exclusivité de sa juridiction dans un premier temps (A), puis celui du contrôle du droit des États membres dans un second temps (B).

A.- *Le critère de l'exclusivité de juridiction*

La compétence de la Cour de justice peut être assimilée à celle d'une juridiction constitutionnelle fédérale lorsque celle-ci se fait l'arbitre des différends entre ses États membres que ce soit dans le cadre d'une compétence obligatoire prévue à l'article 344 TFUE (1) ou bien en vertu de la clause compromissoire de l'article 273 TFUE (2).

1.- *La compétence fédérale obligatoire*

Selon la dénomination de l'article 344 TFUE, « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci⁸⁰. » La lecture de cet article pourrait surprendre le lecteur qui voudrait saisir toute la dimension internationale du contentieux de l'Union, tant il fait écho à certaines clauses propres au contentieux constitutionnel fédéral. On sait, en effet, qu'il relève de la compétence d'*original jurisdiction* de la Cour suprême des États-Unis de régler

79 Ces deux critères sont choisis à dessein comme caractérisant une forme de justice constitutionnelle fédérale en dehors du cadre étatique.

80 Le traité de Lisbonne a légèrement changé la rédaction de cet article, anciennement prévu à l'article 292 CE, puisque désormais la référence se fait aux « traités » entendus au pluriel, alors qu'auparavant, l'article renvoyait au seul traité sur la Communauté européenne. Désormais, le champ d'application de l'article 344 TFUE couvre aussi bien le TUE que le TFUE. On notera de surcroît qu'en vertu de l'article 106 bis du traité Euratom, l'article 344 TFUE s'applique aussi aux dispositions de ce traité. « L'article 7, les articles 13 à 19, l'article 48, paragraphes 2 à 5, et les articles 49 et 50, du traité sur l'Union européenne, l'article 15, les articles 223 à 236, les articles 237 à 244, l'article 245, les articles 246 à 270, les articles 272, 273 et 274, les articles 277 à 281, les articles 285 à 304, les articles 310 à 320, les articles 322 à 325 et les articles 336, 342 et 344, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que le protocole sur les dispositions transitoires, s'appliquent au présent traité. »

exclusivement les éventuels litiges pouvant émerger entre États parties à l'Union⁸¹. De manière asymétrique, on sait aussi qu'une des spécificités du contentieux international consiste à voir la compétence de ses juridictions soumises à une déclaration d'acceptation préalable⁸², de sorte que la clause de l'article 344 TFUE apparaît comme un des vecteurs principaux de constitutionnalisation de la Cour de justice de l'Union européenne. L'idée selon laquelle les États membres ne peuvent soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à une autre juridiction que la Cour de justice de l'Union européenne semble intimement liée à l'idée selon laquelle les États parties au pacte fédératif ne sauraient développer une forme de justice privée⁸³. En d'autres termes, l'article 344 TFUE concrétise de manière contentieuse le monopole d'interprétation confié à la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de l'article 19, paragraphe 1, TUE⁸⁴. Le juge de l'Union européenne est l'arbitre exclusif des litiges interétatiques relatifs au droit de l'Union et les desiderata des États membres n'ont à cet égard aucun effet. Ce « monopole juridictionnel⁸⁵ » de la Cour connut une première et unique application contentieuse dans un arrêt *Commission c./ Irlande*, rendu en grande chambre le 30 mai 2006. En l'espèce, la Commission avait introduit à l'été 2003 un recours en manquement visant à faire condamner l'Irlande pour avoir soumis un différend l'opposant au Royaume-Uni à la compétence du Tribunal arbitral du droit de la mer plutôt qu'à la juridiction de la Cour de justice, violant ainsi l'ancien article 292 CE (aujourd'hui 344 TFUE). La Commission soulevait, de surcroît, un autre grief, celui de la violation du devoir de coopération loyale prévu à l'ancien article 10 CE (aujourd'hui 13, paragraphe 2, TUE). La Cour commença par caractériser les domaines de compétence européens de l'accord, afin de déterminer si les dispositions de la Convention contestées devant le Tribunal arbitral du droit de la mer relevaient bien de la compétence de l'Union. Celle-ci aboutit à la conclusion que bien que se

81 En vertu de l'article III, Section 2 de la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique, « *The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States, —between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.* »

82 En vertu de l'article 36, paragraphe 2, du statut de la Cour internationale de justice, « *Les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour.* »

83 Dans l'arrêt *Rhode Island v Massachusetts*, la Cour suprême américaine précisait ainsi que puisque les États fédérés avaient renoncé à leur immunité juridictionnelle en souscrivant au pacte fédératif, ils ne pouvaient se soumettre à une juridiction autre que la leur. « *Les États ont renoncé à leur exemption du pouvoir judiciaire, qu'ils possèdent de droit en tant que souverains, en raison de leur propre transfert de l'exercice de ce pouvoir sur eux-mêmes (...). Par ce transfert, cette Cour a acquis la compétence juridictionnelle sur les parties en présence en vertu de leur propre consentement et de leur autorité déléguée* », *Rhode Island v. Massachusetts*, Peters, 720, in J. B. SCOTT, p. 719, cité dans O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », in *La notion de justice constitutionnelle*, C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN (dir.), Paris, Dalloz, 2005, p. 61.

84 On rappellera qu'en vertu de cet article, la Cour de justice de l'Union européenne, « *assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ».

85 Selon l'expression de l'avocat général Maduro dans ses conclusions sur l'arrêt CJCE, Grde. ch., 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, pt. 9. Celui-ci explique par ailleurs qu'un tel monopole vise à « *préserver l'autonomie de l'ordre juridique communautaire* » et « *tend à garantir que les États membres ne contractent pas d'obligations légales au titre du droit international public susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations en vertu du droit communautaire* ».

situant dans le cadre d'un accord mixte, le fait que les dispositions de l'accord aient été très largement réglementées au niveau européen était de nature à caractériser sa compétence⁸⁶. Toutefois, cela n'était pas de nature à décourager les ardeurs du gouvernement irlandais qui n'hésitait pas à faire preuve de toutes les audaces en demandant à la Cour, si elle venait à caractériser les dispositions de la Convention invoquée comme faisant partie du droit de l'Union, qu'un tel constat s'imposât aussi concernant les dispositions de la Convention relatives au règlement des différends, de sorte que Tribunal arbitral du droit de la mer n'aurait été en l'espèce qu'une juridiction européenne déguisée⁸⁷ ! La Cour rejeta ce moyen surréaliste pour aboutir à la violation de l'article 292 CE. De la même manière, la Cour conclut à la violation de l'article 10 CE relatif à l'obligation de coopération loyale, estimant que le fait que le gouvernement irlandais n'ait pas informé les services de la Commission de son intention d'engager une procédure devant le Tribunal arbitral du droit de la mer était de nature à rompre ce devoir de coopération⁸⁸.

L'arrêt *Commission c. Irlande* concrétise le monopole juridictionnel exprimé par l'article 344 TFUE et institue la Cour de justice de l'Union européenne en tant qu'interprète exclusif du droit de l'Union dès lors que celui-ci est contesté. La Cour de justice s'impose en tant qu'arbitre absolu des conflits interétatiques au sein de l'Union européenne et donne à l'obligation abstraite de l'article 344 TFUE un caractère concret. Une fois que les dispositions litigieuses de ladite Convention eurent été considérées par la Cour comme faisant partie intégrante du droit de l'Union, sa compétence s'en trouva par voie de conséquence automatiquement constituée⁸⁹. Cette forme de justice fait directement écho à la justice constitutionnelle fédérale par laquelle la juridiction constitutionnelle maintient l'unité de la Fédération en arbitrant les litiges entre États parties à l'Union. Pour reprendre les termes du *Justice Baldwin* dans l'affaire *Rhode Island v. Massachusetts*, les États fédérés sont « souverains à l'intérieur de leurs frontières respectives, sauf pour la portion de pouvoir qu'ils ont conférée à la Fédération, et ils sont étrangers l'un à l'autre pour tout, sauf pour l'objet fédéral⁹⁰ ». Aussi, la Cour de justice a-t-elle très tôt pris en considération cette fonction qui lui était échue en affirmant qu'« en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour

86 La Cour relève à ce titre que les directives 85/337, 90/313 et 92/3/Euratom du Conseil, du 3 février 1992, relative à la surveillance et au contrôle des transferts de déchets radioactifs entre États membres ainsi qu'à l'entrée et à la sortie de la Communauté (JO L 35, p. 24) viennent concrétiser l'article 206 de la Convention. De surcroît, la Cour prend le gouvernement irlandais à revers en relevant que celui-ci a même invoqué les dispositions européennes dans sa demande introductive d'instance devant le Tribunal arbitral, de sorte que celui-ci ne saurait arguer du fait qu'il ne s'agisse pas d'une compétence européenne (pts 111 et 112).

87 CJCE, Grde. ch., 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, pt. 130.

88 CJCE, Grde. ch., 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, pt. 182. La Cour considéra que « l'obligation des États membres, prévue à l'article 292 CE, de recourir au système juridictionnel communautaire et de respecter la compétence exclusive de la Cour qui en constitue un trait fondamental doit être comprise comme une manifestation spécifique de leur devoir plus général de loyauté qui découle de l'article 10 CE » (pt. 169).

89 Sur ce point particulièrement, l'avocat général Poiras Maduro relève très justement que le monopole juridictionnel de la Cour ne saurait être soumis à un nombre caractérisé de dispositions relevant du droit de l'Union. Dès lors que le droit de l'Union est en cause, même à la marge, la compétence de la Cour sera caractérisée. « Il n'existe en définitive aucun seuil d'application des règles établissant le monopole juridictionnel de la Cour. Dès lors que le droit communautaire est concerné, les États membres sont tenus de régler leurs différends au sein de la Communauté » (pt. 14).

90 *Rhode Island v. Massachusetts*, Peters, 720, in J. B. SCOTT, p. 718, cité dans O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral », *op. cit.*, p. 62.

les États membres de se faire justice eux-mêmes⁹¹ ». Les États membres sont donc soumis à la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, de sorte qu'ils ne sauraient soumettre leurs contestations relatives au droit de l'Union à une autre juridiction ou même les régler unilatéralement⁹². La clause de l'article 344 TFUE avait donc déjà été en substance dégagee par la Cour de justice qui a, dès le commencement de la construction européenne, affirmé le principe de son monopole juridictionnel et, par voie de conséquence, constitutionnalisé son office. L'affirmation de ce monopole juridictionnel était aussi, et enfin, le moyen d'assurer la paix politique dans l'Union en centralisant le contentieux par la voix d'un juge unique⁹³.

2.- La compétence fédérale optionnelle

La compétence fédérale optionnelle se caractérise, dans le cadre du contentieux du droit de l'Union européenne, par la possibilité pour un État membre de soumettre à la juridiction de la Cour de justice tout différend qui l'opposerait à un autre État membre et qui présenterait un lien de connexité avec les traités. Prévus à l'article 273 TFUE, cette clause compromissaire semble, de *prima facie*, avoir les attraits du contentieux international, notamment en ce que la compétence de la Cour de justice ici caractérisée dépend du bon vouloir des États membres. Toutefois, l'insertion d'une telle clause se révèle éminemment constitutionnalisante pour l'office du juge de l'Union, en ce qu'il agit en tant qu'organe de l'Union plutôt qu'en tribunal arbitral⁹⁴. De la même manière que, dans le cadre de l'article 344 TFUE, la Cour de justice exige un lien de connexité avec le droit de l'Union pour pouvoir caractériser sa compétence et règle un litige impliquant deux États membres. Selon certains, la clause de l'article 344 TFUE rendrait la clause compromissaire de l'article 273 TFUE obligatoire et non plus optionnelle. Il s'agirait de proposer le raisonnement selon lequel, puisque l'article 344 TFUE caractériserait la juridiction obligatoire de la Cour de justice lorsqu'est en jeu le droit de l'Union, les États membres susceptibles de connaître un différend avec un autre État membre présentant un lien avec le droit de l'Union devraient conclure avec celui-ci un accord prévoyant la compétence de la Cour en application de l'article 273 TFUE⁹⁵. La compétence de la Cour dans le cadre de l'article 273 TFUE apparaît

91 CJCE, 13 nov. 1964, *Commission c. Grand Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, aff. jtes 90 et 91/63, *Rec. spéc.* p. 1232

92 CJCE, 29 sept. 1979, *Commission c. République française*, aff. 232/78, *Rec.* p. 2729, pt. 9. « *En aucun cas, un État membre ne saurait s'autoriser à prendre, unilatéralement, des mesures correctives ou des mesures de défense, destinées à obvier à une méconnaissance éventuelle, par un autre État membre, des règles du traité.* »

93 Hans Kelsen décelait sous cette acception de fortes similitudes le contentieux international et la justice constitutionnelle fédérale, estimant que « *comme celle-ci a pour but de rendre la guerre inutile pour les peuples, celle-là s'affirme – en dernière analyse – comme une garantie de paix politique dans l'État.* ». V. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, p. 253.

94 J. SCHWARZE, « Artikel 273 AUEV », in *EU-Kommentar*, J. SCHWARZE (Hrsg.), Baden-Baden, Nomos Verlag, 3 Aufl., 2012, p. 2266. L'auteur précise tout d'abord que la clause compromissaire de l'article 273 TFUE doit être lue à l'aune des articles 259 et 344 TFUE, puisque celle-ci concerne le règlement des différends entre États membres, mais aussi et surtout puisque dans le cadre de cet article, la Cour agit « *als Unionsorgan und nicht als privates Schiedsgericht.* »

95 K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, *op. cit.*, p. 699. Selon les auteurs, « *Art. 273 TFEU is not an optional provision. Once a dispute arises relating to « the interpretation or application of the Treaties, wch Member States have no other way of bringing before the Court of Justice, Art. 344 TFEU obliges them to conclude a special agreement within the meaning of Art. 273 TFEU, which confers jurisdiction on the Court of Justice to resolve the dispute.* »

dès lors plutôt comme complémentaire de son action en vertu de la clause de l'article 344 TFUE.

Les applications contentieuses de l'article 273 TFUE demeurent néanmoins rares et jusqu'à un arrêt en date du 12 septembre 2017, rendu par la grande chambre de la Cour de justice, celui-ci n'avait jamais été appliqué par le juge de l'Union⁹⁶. Dans le cadre d'un litige opposant la République d'Autriche à la République fédérale d'Allemagne concernant une convention fiscale bilatérale⁹⁷, la Cour de justice eut à arbitrer un différend entre États membres en vertu de la clause compromissoire de l'article 273 TFUE. Cet arrêt inédit donna l'opportunité à la Cour de justice de définir le régime de recevabilité des recours introduits en vertu de cet article. Suivant la dénomination de l'article 273 TFUE, elle dégagera trois conditions de recevabilité dont il semble qu'elles doivent être considérées comme étant cumulatives. Tout d'abord, la Cour dégagera la condition de l'exigence d'un différend entre États membres de l'Union européenne ce qui en l'espèce ne laissait guère de doute⁹⁸. La Cour se pencha ensuite sur l'exigence de connexité du différend soumis à son appréciation dont elle considéra qu'elle était remplie « lorsque le différend soumis à la Cour présente un lien objectivement identifiable avec l'objet des traités⁹⁹ ». Enfin, la Cour examina si la soumission du différend à sa juridiction résultait bien d'un compromis entre les deux États membres, ce qui en l'espèce était caractérisé par l'article 25, paragraphe 5, de la Convention austro-allemande lequel renvoyait expressément à l'article 273 TFUE¹⁰⁰. De cet arrêt inédit émane un régime de la recevabilité des recours introduits dans le cadre de l'article 273 TFUE. La Cour de justice propose un raisonnement ternaire qui suit la lettre de l'article tout en explicitant son contenu à l'aune notamment de son nécessaire effet utile. Ces trois

96 CJUE, Grde. ch., 12 sept. 2017, *République d'Autriche c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-648/15.

97 Il s'agissait de la Convention préventive sur la double imposition en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune du 24 août 2000. Plus précisément, en l'espèce, se posait la question de l'imposition des intérêts de valeur mobilières émises par une société ayant son siège sur le territoire allemand, et détenue par une société ayant son siège en Autriche.

98 CJUE, Grde. ch., 12 sept. 2017, *République d'Autriche c. République fédérale d'Allemagne*, *op. cit.*, pts 19 à 21. En l'espèce, la *Bank Austria AG* (ayant son siège en Autriche) avait acquis des titres auprès de la *Landesbank NRW* (ayant son siège en Allemagne). Étant entendu que les titres sont des revenus qui au sens de la Convention austro-allemande constituent des intérêts, les deux États, Autriche et Allemagne, divergeaient néanmoins sur le droit d'imposition de ces titres. L'Autriche estimait pour sa part que les titres étaient des revenus qui ne constituaient pas des bénéfices et que donc elle pouvait percevoir l'impôt dessus, lorsque l'Allemagne estimait que les titres constituaient des revenus au sens de la Convention et donc imposables en Allemagne. La société *Bank Austria AG*, ayant de la sorte subi une double imposition, en Autriche et en Allemagne, engagea une procédure de conciliation auprès des autorités fiscales autrichiennes. Celle-ci s'étant soldée par un échec à la fin de l'année 2011, elle demanda à la République autrichienne de porter l'affaire devant la Cour en application de l'article 25, paragraphe 5, de la Convention, relatif à la clause 273 TFUE.

99 CJUE, *ibid.*, pt. 25. La Cour reprend en substance la position exprimée par l'avocat général Mengozzi qui préconisait pour sa part une acception souple au vu des différentes versions linguistiques mais aussi du nécessaire effet utile à conférer à cette disposition. V. pt. 43 des conclusions : « Cette dernière précision me conduit, d'autre part, à évoquer le second risque auxquels peuvent être exposés les États membres, à savoir celui de conférer une compétence à la Cour en vertu de l'article 273 TFUE qui ne satisferait pas au lien de connexité requis avec l'objet des traités. Certes, le critère de "connexité" ne doit pas être interprété de manière trop stricte. En effet, d'une part, de nombreuses versions linguistiques de l'article 273 TFUE se réfèrent simplement aux concepts de « lien » ou de « relation » avec l'objet des traités, ce qui révèle l'idée d'un rapport qui pourrait être plus distendu, moins étroit, avec cet objet que ne le suscite le terme de "connexité". D'autre part, le droit de l'Union étant par nature évolutif, l'appréciation portée sur le lien qu'entretient un différend avec l'objet des traités doit, selon moi, être suffisamment généreuse pour donner un effet utile à l'article 273 TFUE. »

100 CJUE, *ibid.*, pts 27 à 29.

conditions révèlent néanmoins une certaine retenue de la Cour de justice qui encadre rigoureusement sa compétence. L'examen de la troisième condition relative au compromis entre États membres, quant à la compétence de la Cour, rapproche ce contentieux de celui de l'arbitrage, notamment lorsque la Cour exige pour que sa compétence soit caractérisée, qu'« un accord sur le renvoi soit acté entre les parties¹⁰¹ ». En ce sens, la compétence de la Cour dans le cadre de l'article 273 TFUE doit être distinguée de celle des articles 259 et 344 TFUE puisqu'elle puise son fondement dans l'acceptation préalable des États membres, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du recours en manquement interétatique. Enfin, la compétence de la Cour dans le cadre de l'article 273 TFUE ne saurait lui conférer des pouvoirs d'injonctions car celle-ci « ne dispose pas des éléments propres à lui permettre de prendre position à cet égard, notamment en ce qui concerne toute interférence possible avec les procédures éventuellement en cours devant les juridictions de l'un ou l'autre État¹⁰² ». Il revient aux deux États membres de tirer les conséquences de l'arrêt « en coopérant loyalement à cette fin¹⁰³ ». La formule paraît pour le moins plutôt vague. Là encore, alors que les parties l'y invitaient expressément¹⁰⁴, la Cour de justice se refuse à transfigurer le contentieux de l'article 273 TFUE en un contentieux constitutionnel fédéral, et garde, quant aux effets de son jugement, une position propre au contentieux international. Si sa position d'arbitre constitutionnel fédéral est caractérisée lorsqu'elle tranche un litige opposant deux États membres, la Cour de justice demeure dans une position propre au contentieux international lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences, dans les ordres juridiques nationaux, de la sentence supranationale. La compétence constitutionnelle fédérale de la Cour de justice en vertu de l'article 273 TFUE demeure optionnelle, puisque soumise à l'accord des États membres.

À l'aune de l'étude de la compétence de la Cour de Luxembourg appréhendée dans le cadre des articles 344 et 273 TFUE, la Cour de justice révèle certaines similitudes avec la Cour suprême américaine. Notre démonstration se veut néanmoins nuancée et il convient de préciser que c'est uniquement dans un certain type de contentieux que la Cour de justice revêt les aspects d'une cour suprême. Cette conclusion partielle concourant à suivre l'opinion du professeur Pierre Pescatore selon laquelle lorsqu'il est question de la Cour de justice en tant que juridiction constitutionnelle, « il est manifeste que nous ne considérons qu'un aspect de la compétence totale de la Cour¹⁰⁵ ».

B.- Le critère du contrôle du droit des États membres

Affirmer que la Cour de justice de l'Union européenne puisse peut-être contrôler le droit des États membres peut (et doit) de prime abord interroger tout juriste européen aguerri, puisque l'on sait qu'il est une des particularités du contrôle du

101 CJUE, *ibid.*, pt. 29.

102 CJUE, *ibid.*, pt. 57. La Cour suit en cela les conclusions de l'avocat général Mengozzi, lequel estimait que « la Cour est incompétente pour enjoindre à l'un ou l'autre des États membres parties à la convention germano-autrichienne d'adopter un comportement déterminé. Ces États membres devront, conformément à l'esprit de leur compromis et au principe de bonne foi, tirer toutes les conséquences de l'arrêt à intervenir et adopter les mesures que comporte l'exécution de celui-ci » (pt. 61).

103 CJUE, *ibid.*, pt. 58.

104 L'Autriche et l'Allemagne demandaient à la Cour de justice d'ordonner de procéder au remboursement des impôts perçus à tort. V. pt. 56.

105 P. PESCATORE, « La Cour en tant que juridiction fédérale et constitutionnelle. Rapport général », *Kölner Schriften zum Europarecht*, 1965, *op. cit.*, p. 520.

juge de l'Union de ne s'intéresser qu'à la seule norme européenne¹⁰⁶. Toutefois, nous souhaiterions démontrer que la Cour peut opérer un tel contrôle, notamment dans le contentieux de l'urgence du recours en manquement. Il s'agira d'observer l'étendue des prérogatives procédurales dont elle dispose dans le cadre des mesures provisoires qu'elle peut adopter (1), avant d'étudier, à l'aune d'un exemple jurisprudentiel récent, comment la Cour de justice a su attribuer à ces prérogatives une dimension constitutionnelle (2).

1.- Le contentieux de l'urgence du recours en manquement, terrain d'essai d'une compétence constitutionnelle fédérale

Recours de pleine juridiction, le recours en manquement étatique accorde des possibilités supplémentaires en faveur du défendeur¹⁰⁷ mais aussi et surtout des pouvoirs étendus à la Cour de justice en lui permettant une appréciation plus étendue que dans le cadre du contentieux de la légalité européenne¹⁰⁸. L'étendue de ce pouvoir juridictionnel ne saurait cependant se limiter au litige au principal et la Cour a admis dès 1977 que des mesures provisoires puissent être adoptées dans le cadre de la phase contentieuse de la procédure en manquement étatique¹⁰⁹. La demande de mesures provisoires peut être effectuée tout au long de la procédure contentieuse, même si la pratique montre que ces mesures sont demandées le plus souvent en même temps que la requête introductive d'instance¹¹⁰. Ce contentieux de l'urgence, s'il connaît une application inédite, suivra la procédure de droit commun avec un fondement normatif à l'article 279 TFUE et un régime juridique aux articles 160 et suivant du règlement de procédure de la Cour¹¹¹. Le président de la

106 On se référera à l'arrêt *Humblet* dans lequel la Cour de justice avait posé le principe de son incompétence pour l'annulation d'un acte national contraire au droit de l'Union. V. CJCE, 16 déc. 1960, *J.-E. Humblet c. État belge*, aff. 6/60, *Rec. spéc.* p. 1145. « [...] le droit communautaire n'accorde pas aux institutions de la Communauté le droit d'annuler des actes législatifs ou administratifs d'un État membre. »

107 À la différence du contentieux de la légalité européenne, dans le cadre des recours de pleine juridiction, le défendeur peut invoquer tous moyens. Selon la Cour, un recours de pleine juridiction permet « l'invocation de tous moyens tirés non seulement de la légalité, mais encore de toutes causes justificatives du défaut d'exécution » (CJCE, 15 juill. 1960, *République italienne c. Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.* p. 691-692).

108 Selon l'avocat général Karl Roemer, dans le recours de pleine juridiction que constitue le recours en manquement, « la Cour a tous pouvoirs d'appréciation » (Conclusions présentées le 20 juin 1960 sur l'affaire CJCE, 15 juill. 1960, *République italienne c. Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.* p. 709).

109 CJCE, Ord., 21 mai 1977, *Commission c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. 31/77 R, *Rec.* p. 921, pts 20 à 24. La Cour, à la demande de la Commission, accorde l'octroi de mesures provisoires visant à obliger le Royaume-Uni de retirer l'aide d'État litigieuse. La Cour estime qu'une telle mesure se justifie par son caractère non irréversible, le Royaume-Uni conservant la possibilité d'accorder rétroactivement une telle aide si la Cour faisait droit à ses demandes dans le litige au principal.

110 CJCE, Ord., 10 déc. 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-573/08 R. On relèvera néanmoins que, dans cette affaire, la Commission a pu valablement laisser s'écouler un délai d'une année entre la saisine contentieuse de la Cour et la demande de mesures provisoires (recours contentieux introduit le 22 déc. 2008 et demande de mesures provisoires introduite le 20 nov. 2009).

111 Le règlement de procédure de la Cour de justice prévoit que le président de la Cour fixe un « bref délai » dans lequel le défendeur peut présenter des observations écrites ou orales (art. 160, paragraphe 5, du règlement de procédure de la Cour de justice) en pratique ce délai est fixé à un mois. Après le dépôt des observations écrites, le président de la Cour rend son ordonnance. Toutefois, l'audition de l'État membre défendeur n'est pas obligatoire puisqu'en vertu du paragraphe 7 de ce même article, le président de la Cour peut faire droit à une demande de référé avant même que l'autre partie n'ait présenté ses observations (procédure *inaudita altera parte*).

Cour est donc normalement compétent pour prendre ces mesures mais peut aussi déférer la demande à la Cour qui statue alors sans délai, l'avocat général entendu¹¹². La demande de mesures provisoires est formulée par une requête séparée de la requête principale et ne sera donc en rien liée par la recevabilité du recours au principal¹¹³. Lorsqu'il apparaît que la requête au principal n'a que peu de chances d'aboutir, le juge du référé pourra s'appuyer sur cette perspective défavorable pour appuyer sa décision de rejet de la demande de mesures provisoires¹¹⁴.

Au titre des conditions de fond, le régime juridique suit là aussi les règles de droit commun et la Cour exige la réunion des deux conditions fixées par son règlement de procédure, à savoir « les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire¹¹⁵ ». À ces deux conditions cumulatives¹¹⁶, la jurisprudence a ajouté l'exigence de mise en balance des intérêts de l'Union – entendu comme l'échelon supranational mais aussi celui des autres États membres potentiellement affectés par le manquement – avec ceux de l'État membre défendeur. Concernant la condition des moyens de fait et de droit (*fumus boni juris*) justifiant l'adoption de la mesure, il est de jurisprudence constante que la Cour admette au stade du contentieux de l'urgence que celle-ci soit constituée dès lors que les moyens sont suffisamment pertinents et sérieux¹¹⁷. Pour établir l'urgence de la situation, la Cour de justice exige que la mesure soit rendue nécessaire par le fait que sans elle il y aurait un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant¹¹⁸. La notion de préjudice

112 Article 160, paragraphes 1 et 3 du règlement de procédure de la Cour de justice.

113 En vertu de l'article 162, paragraphe 4, du règlement de procédure de la Cour de justice, « L'ordonnance n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant sur le principal. » Dans un litige concernant l'accès des ressortissants des États membres aux universités belges, le président accorda l'octroi de mesures provisoires estimant que l'année académique étant déjà entamée, l'urgence se trouvait constituée (CJCE, Ord. du Président de la Cour, 25 oct. 1985, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. 293/85 R, Rec. p. 3521, pts. 23 et 24). Néanmoins, dans l'affaire au principal, la Cour déclara le recours irrecevable pour l'irrégularité de la procédure précontentieuse (CJCE, 2 févr. 1988, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. 293/85, Rec. p. 305, pt. 20).

114 CJCE, Ord. du Président de la Cour, 16 oct. 1986, *Groupe des droites européennes et Parti « Front National » c. Parlement*, aff. 221/86 R, Rec. p. 2969, pt. 40. « Il convient, en outre, de souligner que l'octroi du sursis à l'exécution de ladite décision aurait eu pour effet de priver tous les groupes politiques du Parlement européen, y compris celui des droites européennes, de toute distribution de fonds à des fins de campagne électorale. Le groupe des droites européennes aurait donc dû, également dans cette hypothèse, emprunter des fonds pour financer sa campagne d'information pour les élections européennes en Espagne et au Portugal. De toute façon, il faut relever que, si les moyens soulevés par le groupe des droites européennes dans le recours au principal étaient déclarés fondés, il en résulterait qu'aucun fonds ne serait distribué aux groupes politiques, y compris au groupe des droites européennes. Dans ces circonstances, il apparaît difficile de concevoir le préjudice que ce groupe politique pourrait subir si le sursis à l'exécution qu'il demande lui était refusé ». V. encore CJCE, Ord. du Président de la Cour, 24 sept. 1996, *Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission*, aff. C-239/96 R, Rec. p. I-4475, pt. 73.

115 Article 160, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour de justice.

116 CJCE, Ord. du Président de la Cour, 24 avril 2008, *Commission c. République de Malte*, aff. C-76/08 R, pt. 22. Il s'agit de conditions cumulatives et le défaut de l'une d'entre elles aboutit au rejet de la demande.

117 CJCE, Ord., 29 juin 1994, *Commission c. République hellénique*, aff. C-120/94 R, Rec. p. I-3037, pt. 70. « Au stade du référé, il suffit de constater que les arguments avancés par la Commission apparaissent, à première vue, suffisamment pertinents et sérieux pour constituer un *fumus boni juris* de nature à justifier l'octroi de la mesure provisoire sollicitée. »

118 La solution est de jurisprudence constante, v. notamment CJCE, Ord. du Président de la Cour, 22 mai 1992, *Commission c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-40/92 R, Rec. p. I-3389, pt. 19.

grave et irréparable est donc « consubstantielle¹¹⁹ » à la condition d'urgence. Se situant au stade du référé, la seule probabilité suffira à établir le caractère urgent de la situation¹²⁰. Enfin, concernant le critère jurisprudentiel de la balance des intérêts celui-ci est apprécié *in fine* par la Cour¹²¹ et pourra renverser les deux premiers critères préalablement établis s'il venait à établir que l'intérêt européen ou national se trouvait lésé par la mesure provisoire envisagée¹²². Le raisonnement de la Cour consiste à mettre en balance « le préjudice que subiraient les premiers en l'absence de mesures provisoires au regard du préjudice subi par le second en présence de ces mesures¹²³ ». De telles mesures, si elles sont octroyées, en vertu de leur caractère provisoire peuvent être modifiées à tout moment à la demande des parties¹²⁴. Elles prendront fin, en l'absence de mention explicite, avec le prononcé de l'arrêt au principal¹²⁵.

L'étude procédurale du contentieux de l'urgence dans le cadre du recours en manquement montre qu'au-delà du jugement de l'affaire au principal, la Cour de justice peut déjà remplir une mission constitutionnelle. Ce critère de la mise en balance des intérêts, lorsqu'il est appliqué au recours en manquement étatique, prend une dimension éminemment constitutionnelle et caractérise le rôle d'arbitre dont nous soutenons qu'il est dévolu à la Cour de justice. Cette prise en compte des intérêts contradictoires au moyen d'une mise en balance de ceux-ci impose à la Cour l'examen de la situation nationale qui implique forcément l'appréciation de celle-ci. Dès lors, investie du pouvoir d'émettre des obligations de faire, mais surtout de ne pas faire, aux États membres, la Cour s'immisce dans les ordres juridiques nationaux

119 T. MATERNE, *La procédure en manquement étatique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 278. « En d'autres termes, il y aura urgence si, dans l'hypothèse où la Commission a gain de cause dans l'affaire au principal, l'arrêt en manquement que rendra la Cour sera dépourvu d'effet utile, puisque le dommage grave et irréparable sera survenu. Le préjudice grave et irréparable est donc consubstantiel à la notion d'urgence. »

120 L'urgence d'une situation peut ainsi amener la Cour à imposer à un État membre de suspendre l'application de sa loi nationale même si celle-ci ne cause qu'un simple préjudice d'ordre pécuniaire car une telle compensation pécuniaire comme celle en cause en l'espèce « n'est pas susceptible de rétablir la personne lésée dans la situation antérieure à la survenance du préjudice ». Le fait qu'une telle législation nationale ait des effets limités dans le temps ne saurait affecter le constat de la Cour. CJCE, Ord., 28 juin 1990, *Commission c. République fédérale Allemagne*, aff. C-195/90 R, Rec. I-3351, pt. 38.

121 Néanmoins les trois critères sont en relation étroite et la Cour a pu affirmer que « Le préjudice grave et irréparable, critère de l'urgence, constitue par ailleurs le premier terme de la comparaison effectuée dans le cadre de l'appréciation de la balance des intérêts », avant de procéder à une appréciation globale au regard des deux critères. CJCE, Ord. du Président de la Cour, 22 avril 1994, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, Rec. p. I-1395, pts 27 et 28.

122 CJCE, Ord. du Président de la Cour, 13 mars 1987, *Commission c. Irlande*, aff. 45/87 R, Rec. p. 783, pt. 33. Les mesures provisoires étant très majoritairement demandées par la Commission, le critère de la balance des intérêts lorsqu'il sera admis jouera en faveur des intérêts nationaux. Il semble que la Cour donne à ce critère le caractère d'une clause d'ordre public qui, lorsqu'elle serait établie, caractériserait l'intérêt national plutôt que l'intérêt européen. « En l'espèce, l'objectif du marché public en cause, à savoir assurer pour 1990 au plus tard l'approvisionnement en eau des habitants de la région de Dundalk, et l'aggravation des risques existants qui résulteraient pour la santé et la sécurité de ceux-ci en cas de retard dans la passation du marché public litigieux, mène à la constatation que, dans le cas d'espèce, la balance des intérêts en cause penche en faveur de la partie défenderesse. Il convient de souligner que cette appréciation pourrait être tout autre pour des marchés publics de travaux poursuivant d'autres objectifs et dont un retard dans la passation n'entraînerait pas de tels risques pour la santé et la sécurité d'une population. »

123 T. MATERNE, *op. cit.*, p. 281.

124 Article 163, du règlement de procédure de la Cour de justice. « À la demande d'une partie, l'ordonnance peut à tout moment être modifiée ou rapportée par suite d'un changement de circonstances. »

125 Article 162, paragraphe 3, du règlement de procédure de la Cour de justice. « L'ordonnance peut fixer une date à partir de laquelle la mesure cesse d'être applicable. Dans le cas contraire, la mesure cesse ses effets dès le prononcé de l'arrêt qui met fin à l'instance. »

et s'arroge le pouvoir d'écarter des actes édictés par ceux-ci sur le fondement de l'effectivité du droit de l'Union.

En qualifiant le contentieux de l'urgence du recours en manquement étatique de « terrain d'essai » d'une compétence constitutionnelle fédérale dévolue à la Cour de justice, nous souhaiterions démontrer que le pouvoir coercitif que celle-ci détient dans le cadre de cette procédure peut, sous certains aspects, s'analyser en un pouvoir de sanction directe du droit national. Dans l'éventail des mesures provisoires que peut prendre la Cour, celle du sursis à exécution de l'acte attaqué apparaît comme celle revêtant l'intensité la plus grande¹²⁶ et dont les effets s'apparentent à une sanction du droit interne. S'il ne s'agit pas d'une sanction générale et absolue du droit national, la demande de suspendre l'application d'une législation nationale s'analyse en une sanction temporaire de ce droit, ce qui est déjà en soi l'expression d'une prérogative conséquente. Ce pouvoir imparti au juge de l'Union ne doit pas être minimisé notamment au regard de la durée des procédures en manquement, lesquelles donnent à ce pouvoir de sanction temporaire un caractère parfois permanent.

2.- L'affaire Commission c. République de Pologne : la caractérisation d'une compétence constitutionnelle fédérale

Dans le cadre d'une procédure en manquement opposant la Commission à la République de Pologne, la Cour de justice prit une position pour le moins audacieuse quant aux mesures propres au contentieux de l'urgence. Pour la première fois de son histoire, elle admit le principe de l'application de sanctions financières au moyen de mesures provisoires, livrant une interprétation extensive de l'article 279 TFUE au nom de l'application effective du droit de l'Union¹²⁷. Il s'agissait, en l'espèce, d'un recours en manquement initié à l'été 2017 par la Commission afin de faire constater la violation par la République de Pologne de la directive 92/43/CEE du Conseil relative à la conservation des habitats naturels¹²⁸. À la suite d'une première ordonnance du vice-président de la Cour en date du 27 juillet 2017, la République de Pologne avait été contrainte de cesser les opérations de gestion forestières sur la zone protégée par la directive de crainte de causer à celui-ci un risque grave et irréparable. Le 13 septembre 2017, la Commission complétait sa demande de mesures provisoires en demandant à la Cour qu'elle condamne la République de Pologne au paiement d'une astreinte dans l'hypothèse où celle-ci ne se conformerait pas aux exigences de cessation des opérations de gestion forestière. Après avoir fait droit à la demande des autorités polonaises de statuer selon la formation de grande chambre¹²⁹, la Cour de justice statua le 20 novembre 2017 sur

126 On notera que la demande de mesures provisoires dans le cadre du recours en manquement est ouverte aux deux parties, demandeur comme défendeur alors que tel n'est pas le cas dans le cadre du recours en annulation qui ouvre l'éventuelle demande de mesures provisoires au seul demandeur.

127 CJUE, Grde. ch., Ord., 20 nov. 2017, *Commission c. République de Pologne*, aff. C-441/17 R, pt. 100.

128 En l'espèce, la Commission reprochait à la Pologne une violation de l'article 6, paragraphe 3, de la directive par l'approbation d'un plan de gestion forestière dans le district Białowieża (Pologne), lequel porterait atteinte à l'intégrité du site Natura 2000 Puszcza Białowiesk (défini comme un habitat protégé au sens de la directive).

129 En vertu de l'article 60, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice, celle-ci peut statuer en grande chambre à la demande d'un État membre ou d'une institution de l'Union. Rappelons néanmoins qu'en l'espèce la demande des autorités polonaises était tardive (le 28 septembre 2017) soit après la fermeture de la phase orale de la procédure. On sait qu'en pareille hypothèse la Cour a déjà refusé de statuer en grande chambre alors que le Conseil le lui demandait

la demande de la Commission. Au terme d'une ordonnance anormalement longue quoique très solidement motivée, la Cour fit droit à la demande de la Commission et condamna la Pologne au paiement d'une astreinte d'au moins 100 000 euros par jour de retard à partir du jour de la notification de son ordonnance si celle-ci ne s'exécutait pas.

L'ordonnance de la Cour se présente tout d'abord de manière tout à fait classique avec un examen rigoureux du *fumus bonis juris*¹³⁰ ainsi que de la condition d'urgence¹³¹ pour ensuite opérer la mise en balance des intérêts contradictoires, mission dont nous avons considéré plus tôt qu'elle caractérisait un office constitutionnel, notamment lorsque cette pondération voit s'opposer des intérêts nationaux et supranationaux. En l'espèce, il s'agissait d'opérer un arbitrage entre la préservation du patrimoine commun de l'Union empêchant la destruction d'arbres centenaires et d'espèces animales, ainsi que la préservation de la dégradation de cet habitat naturel causée par la présence du bostryche typographe¹³². La Cour se référa à l'avis de la Communauté scientifique pour arbitrer le conflit en faveur de la préservation du site *Natura 2000* et estima « qu'en l'absence d'informations circonstanciées¹³³ » sur les éventuelles nuisances du bostryche typographe, il était nécessaire d'ordonner la cessation des opérations forestières. Le recours aux analyses scientifiques opère comme un bouclier pour la Cour qui peut faire reposer sa décision sur un postulat extérieur à son appréciation souveraine afin d'appuyer l'autorité de son arrêt. La balance des intérêts fut tranchée au regard des analyses scientifiques, interprétées à l'aune du principe de précaution dont on sait qu'il gouverne la politique environnementale de l'Union¹³⁴. L'ordonnance prend ensuite une tournure inédite lorsque la Cour se penche sur la demande de sanction pécuniaire de la Commission. Cette dernière sollicitait une interprétation extensive de l'article 279 TFUE qui contraindrait la Pologne au paiement d'une astreinte si celle-ci ne respectait pas les injonctions formulées par la Cour. La Pologne, pour sa part, invoquait une lecture littérale de l'article 279 TFUE, estimant que seule une interprétation téléologique de celui-ci pouvait habiliter la Cour à imposer des

-
- au motif que la demande était « présentée à un stade très avancé de la procédure, en l'occurrence après la clôture de la procédure orale et, donc, au stade du délibéré, (et) risque d'entraîner un retard considérable dans le déroulement de la procédure et, partant, des effets manifestement contraires à l'impératif d'une bonne administration de la justice ». CJCE, 7 sept. 2006, *Royaume d'Espagne c. Conseil*, aff. C-310/04, pt. 23.
- 130 CJUE, Grde. ch., Ord., 20 nov. 2017, *Commission c. République de Pologne*, aff. C-441/17 R, *op. cit.*, spéc. pts 33 et 34. La Cour estime cette condition remplie dès lors qu'il apparaît que les autorités polonaises n'ont pas tenu compte de l'avis de la communauté scientifique qui expliquait que les opérations de gestion forestière porteraient atteinte au site Natura 2000. Puisque le principe de précaution est un des fondements de la politique environnementale de l'Union et que les mesures prévues par les autorités polonaises risqueraient de porter atteinte à l'intégrité de l'habitat protégé, la Cour considère que le recours n'est pas dépourvu de fondement sérieux.
- 131 CJUE, *ibid.*, pts 55 à 59. L'exploitation forestière consistait en l'espèce en la destruction d'arbres qui aurait pour conséquence « la métamorphose irréversible d'une forêt naturelle en forêt exploitée », de sorte que, selon la Cour, de telles opérations seraient susceptibles de constituer un préjudice grave et irréparable pour les intérêts de l'Union et le patrimoine commun.
- 132 Le gouvernement polonais arguait pour sa défense que la destruction de certains arbres de la zone protégée avait uniquement pour but de lutter contre le risque de dégradation de celle-ci par le bostryche typographe (ce que contestait la communauté scientifique). Quand bien même un tel risque serait caractérisé il existerait d'autres moyens pour lutter contre cette bactérie que l'abattage massif de certains arbres.
- 133 CJUE, *ibid.*, pt. 79.
- 134 En vertu de l'article 191, paragraphe 2, TFUE, « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »

sanctions financières dans le cadre du contentieux de l'urgence, semblable à celles prévues à l'article 260 TFUE. C'est peu dire que la défenderesse fut visionnaire. La Cour jugea, en effet, que « l'article 279 TFUE confère audit juge une large marge d'appréciation dans l'exercice de laquelle celui est habilité, au regard des circonstances de chaque espèce, à préciser l'objet et la portée des mesures provisoires demandées¹³⁵ ». Au titre de cette marge d'appréciation figure donc la possibilité pour le juge d'imposer une astreinte au cas où la partie concernée ne respecterait pas les injonctions de la Cour. La Pologne, poursuivant une lecture stricte des traités, estimait en outre que l'imposition de telles sanctions nécessitait l'introduction d'un nouveau recours en manquement par la Commission. La Cour lui répondit qu'une telle interprétation des voies de recours conduirait à réduire considérablement l'effectivité de la procédure, de sorte que l'application effective du droit de l'Union devait rendre possible l'imposition d'une astreinte au moyen de mesures provisoires. Il est, néanmoins, un ultime argument développé par la défenderesse et qui mérite une attention particulière tant il paraît être frappé du sceau du bon sens juridique. La Pologne estimait que l'imposition d'une sanction financière dans le cadre du contentieux de l'urgence aurait un caractère irréversible, de sorte qu'une telle sanction préjugerait de la décision au fond et sortirait du champ d'application de l'article 279 TFUE. Force est de constater que, sur cet argument fort pertinent, la Cour ne prend pas le soin de s'étendre mais répond de manière laconique que « l'imposition d'une astreinte [...] ne préjuge en rien le sens de la future décision au fond¹³⁶ ». Cette réponse ne saurait contenter, eu égard aux implications de la position retenue par la Cour. Il paraît, en effet, difficilement contestable que l'imposition d'une sanction financière ait un caractère irréversible, de sorte que l'objectif de la mesure provisoire serait ici détourné de son objectif initial. On se souvient, en effet, que le caractère réversible des mesures provisoires demandées avait fondé la compétence initiale de la Cour dans son arrêt *Commission c./ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*¹³⁷. Il semble désormais que tel ne soit plus le cas lorsqu'est en cause l'application effective du droit de l'Union. Une nouvelle fois, le recours en manquement est le terrain privilégié de l'interprétation téléologique de la Cour de justice qui fait fi de la lettre des traités au service de l'application effective de ceux-ci. La Pologne fut ainsi contrainte à l'exécution des injonctions contenues dans l'ordonnance au risque de devoir s'acquitter d'une astreinte de 100 000 euros par jour de retard dans l'application de celle-ci et ce à compter de sa notification. Il faut comprendre que si la violation venait à perdurer, l'astreinte imposée aurait un caractère rétroactif puisqu'étant calculée à partir du 20 novembre 2017. Si la dissuasion des comportements étatiques contraires au droit de l'Union a un coût certain, la certitude de ce prix et les modalités de recouvrement de celui-ci demeurent réservées à l'appréciation souveraine de la Cour.

Remarques conclusives. La méthode d'analyse de la Cour de justice de l'Union européenne que nous proposons permet la mise en exergue de sa nature constitutionnelle au regard de deux critères que nous considérons comme décisifs en ce qu'ils caractérisent une forme de justice constitutionnelle fédérale en dehors du

135 CJUE, Grde. ch., Ord., 20 nov. 2017, *Commission c. République de Pologne*, aff. C-441/17 R, *op. cit.* pt. 97.

136 CJUE, *ibid.*, pt. 105.

137 CJCE, Ord., 21 mai 1977, *Commission c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. 31/77, spéc. pt. 23 « que, par ailleurs, la mesure provisoire sollicitée n'aura pas nécessairement des conséquences irréversibles, le Royaume-Uni ayant, si la décision de la Commission était annulée, la faculté d'octroyer rétroactivement l'aide litigieuse ».

cadre étatique. Mais au-delà du résultat de notre recherche, nous souhaiterions convaincre le lecteur du bien-fondé de notre démarche, considérant, avec le professeur Olivier Beaud, que « dans un travail scientifique, la conclusion importe moins que la démonstration y menant¹³⁸ ».

138 O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994, p. 14.