

IMPACT No. 10, 2018

<https://www.fh-dortmund.de/de/fo/9/publikationen/impact/impact10.fo9.php>

Péter KRUZSLICZ

Université de Szeged

L'équilibre des balances : le contrôle de la constitutionnalité de l'action de l'Union et des États membres

L'image est bien répandue. La Justice telle que la représentation de sa déesse dans l'Antiquité, avec des yeux bandés, porte la balance et l'épée.¹ D'abord, elle doit être aveugle pour éviter les préjugés subjectifs et procéder à son travail en toute objectivité. La balance est l'outil de mesurer, pour que la justice soit faite, les arguments des deux parties doivent être bien pris en considération, ceux qui pèsent plus, dans une mesure objective, remporteront. Car l'épée est l'outil de trancher, le conflit entre les deux parties doivent connaître une solution suite à la prise en considération objective des arguments.

La justice constitutionnelle² a ses particularités. D'abord, elle est à la frontière des domaines politiques et juridiques. Si conformément au développement des théories de constitutionnalité, elle se présente dans une démarche juridique en mesurant, d'une manière objective, des arguments pour ou contre l'action des pouvoirs publics et notamment son résultat, la décision,

Peter Kruzslicz est maître assistant à l'Institut d'études internationales et régionales, à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Szeged.

¹ Les représentations de l'allégorie de la justice sont nombreuses à reprendre l'image de la déesse grecque, Thémis, voir, par exemple, Domenico Beccafumi, Allégorie de la Justice, 1529-1535, Salle du Consistoire, Palais public, Sienne.

² Pour l'introduction de la notion de la constitutionnalité et en parallèle de la justice constitutionnelle, voir, Hans Kelsen, La théorie pure du droit, traduction française par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

revêtant la forme d'un acte juridique, justement en jugeant l'action du pouvoir public, elle reste très proche au domaine de la politique. Puis, elle est abstraite et générale tout autant que les textes constitutionnels qu'elle interprète et applique.³

Pourtant ou bien justement ainsi, la justice constitutionnelle en faisant valoir la constitutionnalité dans ce domaine, pour ainsi dire, politisé, mais par une démarche juridique en interprétant les textes abstraits et généraux qui servent, d'abord, du fondement de la Nation et de l'État, notions issues d'un long développement, et d'ailleurs, évolutives, notamment en Europe, est, la raison pour laquelle elle doit être bien faite, de la légitimité, puisque la constitutionnalité, une fois les cadres du pouvoir constitués, s'intéresse justement aux limites juridique de l'exercice du pouvoir public.

La légitimité, notion plutôt complexe, notamment en droit où la légalité demeure, à juste titre, le véritable et le seul point de repère, et actuellement, en tout cas, l'impression est présente, oubliée, pourtant, telle que la représentation symbolique de la justice la préconise, doit être assurée surtout en matière constitutionnelle justement en raison de son rapport étroit avec le pouvoir public et son exercice et malgré son caractère abstrait et général. Or la légitimité⁴ constitutionnelle est garantie par la représentativité, moyen de l'agrégation et l'articulation des intérêts présents au sein de la société, et par les limites juridiques du pouvoir.

Que le droit limite l'exercice du pouvoir public est donc à la fois une question juridique, l'objet de la constitutionnalité, mais aussi une question, pour ainsi dire, politique, à laquelle la réponse apportée concerne la légitimité, reliant les deux domaines. En rapport avec la chose publique, au tournant du deuxième millénaire, si nous avons cru que ces questions ne feraient plus que l'objet des réponses savantes issue des études en droit constitutionnel et en théorie politique, loin des pages blanches des manuels, elles réapparaissent sur la place publique et font réfléchir tous ceux qui ont le sens de la responsabilité et une conviction quelconque sur l'avenir.⁵

L'une des raisons que nous souhaiterions mettre en exergue dès le début de notre analyse, même si elle se figure plutôt dans son arrière-plan tout en colorant, néanmoins, ainsi l'image que nous pourrions donner, est le relativisme postmoderne qui n'épargne pas le droit,⁶ pourtant, se reposant, par définition, sur l'autorité. Il fait trembler le piédestal de la déesse de

³ Louis Favoreu, La légitimité du juge constitutionnel in *Revue internationale de droit comparé*, 1994, n° 46-2, pp. 557 à 581.

⁴ Jacques T. Godbout, Pas de représentation sans représentativité in *Revue de Mauss*, 2005/2, n° 26, pp. 90 à 104.

⁵ Dominique Rousseau, *Radicaliser la démocratie propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.

⁶ Pauline Maisani, Florence Wiener, Réflexions autour de la conception postmoderne du droit, in *Droit et Société*, 1994, n° 27, pp. 443 à 464.

la justice aussi en se questionnant même sur l'existence de l'objectivité. Si le rapport entre la liberté et l'autorité, établi sur des bases modernes, ont longuement proposé un système de coordonnées bien établi au droit constitutionnel, même les fondements peuvent être reconsidérés.

Puis, si l'autorité, dans sa forme, repose toujours sur l'idée de la représentativité, alors que sur son fonds, elle se justifie, comme nous l'avons dit, par sa limitation par l'instrument du droit, c'est la mise en balance de l'efficacité dans la réalisation des objectifs communs⁷ et le respect des exigences, notamment constitutionnelles, dans la défense des particuliers, qui nous pousse à retravailler, en quelque sorte, les conclusions de nos manuels si bien écrits. La question à savoir si l'intérêt général est toujours bien représenté, et si les limites juridiques, notamment constitutionnelles, restent effectives tout en étant balancé avec ce premier, s'émerge.

Cependant, enfin, même les cadres du pouvoir public semblent de se dissoudre, l'État-Nation, acquis également de la civilisation moderne, n'est sûrement plus le seul lieu où le pouvoir public s'exerce, s'il en reste toujours l'un. Les dérives du nationalisme ; le dépassement par des intérêts notamment économiques, mais peut-être aussi culturels : hormis l'universalisme, faisant l'objet de débat, nous restons convaincus quant à l'existence d'une identité européenne, du cadre étatique pour une coopération internationale, et non forcément interétatique ; enfin l'individualisme fondé sur les libertés et les droits, l'ont considérablement affaibli.

Les conséquences sont bien tangibles. Dans le sens inverse, le développement inouï de la coopération internationale, l'émergence des organisations internationales et surtout des systèmes d'intégration mais aussi l'apparition des acteurs internationaux non publics tels que les organisations non gouvernementales ou les entreprises multinationales,⁸ menant, cependant, des actions très similaires que celles issues de l'exercice du pouvoir public, affaiblissent ou même déqualifient du jeu de l'action les vieux États-Nations. Ceux-ci cherchent, de plus en plus, de se protéger pour continuer à exercer la souveraineté.

Alors, les actions ne se reposent plus sur l'autorité traditionnelle. Il ne s'agit pas seulement de repenser la souveraineté, mais surtout de revoir les moyens de la mise en valeur de ses conséquences. Comment mettre en place l'exercice du pouvoir, conformément à la souveraineté nationale et/ou populaire, dans le sens de l'intérêt général, par l'expression de la volonté générale, ou pour parler plus simplement, comment réaliser la représentation

⁷ Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-Providence*, Paris, Seuil, 1992.

⁸ *L'entreprise multinationale et le droit international*, acte du colloque, l'Université Paris 8 Vincennes – Saint-Debis, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2007.

démocratique des intérêts ? Et surtout comment assurer le respect des règles juridiques qui pourront, en même temps, même lors de la réalisation des objectifs communs, limiter l'exercice du pouvoir ?

Ces questions fondamentales se réapparaissent dans un contexte donc où l'individualisme est galopant mais surtout l'objectivité et pour tout dire, la raison sont remises en cause. Or ainsi non seulement les objectifs qui se cachent derrière mais se réalisent à travers de la mise en application des anciennes notions fondamentales du droit constitutionnel et de la théorie politique modernes, mais aussi la méthode par laquelle elles sont tirées et interprétées à l'issue d'un procédé intellectuel des théories descriptives, sont remis en question. La statue de notre déesse de la justice se perd ainsi dans un nuage.

Pour ce qui est de l'analyse de notre sujet, tout en voulant donc pour en apprécier le degré d'importance, le remettre dans le précédent développement des idées, d'abord, la question sur le rôle et la place du droit dans le monde actuel se pose. Est-il toujours le fondement de la communauté moderne⁹ où justement, conformément aux concepts précédemment mentionnés, il est limite et régulateur de l'action en mettant en avant les rapports entre personnes vivant en société en servant d'outils neutres et objectifs pour la résolution des conflits qui apparaissent, dans un cadre également régi pour le garantir, par le droit.

L'État-Nation met en avant, face aux menaces du contexte décrit ci-dessus, des valeurs qui devront être traduites dans des règles, pour dépasser le cadre constitutionnel traditionnel, en voulant obtenir une efficacité plus importante dans l'accomplissement de ses missions d'intérêt général. Une telle transformation sur le plan pratique même souhaitable, car effectivement prometteuse d'une démocratie, en premier degré, plus forte, du point de vue constitutionnel, met en péril les garanties même de la démocratie viable en proposant un raccourci dans le délibéré mais surtout en menaçant les droits des personnes qui y participent.¹⁰

L'efficacité dans la réalisation de l'objectif commun prévaut. Dans un contexte où la justice a perdu, notamment en raison de l'abus de droit¹¹ détournant leur usage de l'objectif que l'on y a initialement prévu, mais aussi par sa pesanteur et sa lenteur, l'autorité cherchant à se justifier à travers des valeurs et notamment par son opposition à des menaces réelles ou imaginaires, règnera. Les limites constitutionnelles de l'exercice du pouvoir voulant mettre en

⁹ Sur cette question du rapport entre les exigences de la Communauté de droit et l'intégration européenne, voir, Joël Rideau, De la communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens, Paris, L.G.D.J., 2000.

¹⁰ Bertrand Mathieu, Le droit contre la démocratie, Paris, L.G.D.J., 2017.

¹¹ Laurent Eck, L'abus de droit en droit constitutionnel, Paris, L'Harmattan, 2010.

avant et faire valoir l'usage, pour ainsi dire, juste des droits, s'affaibliront. Un certain concept, dans notre opinion, réducteur de la démocratie justifiera la démarche.

La construction européenne, cependant, il est intéressant à voir, dans une même logique de la garantie de l'efficacité dans la réalisation de l'objectif commun, cherche à faire prévaloir le droit, seul moyen de son action et ainsi indispensable pour en obtenir les résultats. Elle en fait même une valeur en soi, qui est une transformation tout autant dangereuse dans notre opinion. Elle se fabrique son propre cadre, dans son système juridique sui generis, en retrouvant ainsi l'autonomie de l'action dont l'absence de la démocratie et de la souveraineté la prive. Elle se constitutionnalise.

Ainsi, d'abord, pour garantir, l'efficacité de son action, elle affirme l'existence de son ordre juridique propre, sur le fondement duquel, tout de suite après, elle établit l'applicabilité directe de ses normes.¹² L'existence de cet ordre juridique de l'Union entrera donc dès le départ en rapport étroit avec les ordres juridiques nationaux qui ni par le monisme ni par le dualisme ne peuvent plus expliquer une telle réalité juridique où des normes d'origine extérieure, fera l'apparition en les mettant devant une dualité à intégrer en leur sein, y compris, du point de vue constitutionnel.

Mais c'est surtout la déclaration du principe de la primauté¹³ qui sera à l'origine, tel qu'un miracle pour les uns ou un péché originaire pour les autres, de tout le paradoxe constitutionnel lié à l'émergence de l'intégration européenne et notamment de son ordre juridique sui generis. Affirmée même en face des normes constitutionnelles nationales,¹⁴ une primauté absolue du droit de l'Union voudrait qu'aucune norme d'origine nationale ne s'oppose à l'application et ainsi à l'effet utile des actes d'origine européenne. Le paradoxe est zénonien : un objet que l'on ne peut pas arrêter, se heurte à un autre que l'on ne peut pas bouger.

Face aux revendications constitutionnelles des ordres juridiques des États membres,¹⁵ pour préserver son autonomie, considérée nécessaire pour l'efficacité de son action, rappelons-le, en absence d'une souveraineté permettant de la mener en toute « liberté », le droit de l'Union

¹² Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire 26-62, *Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend en Loos contre l'autorité fiscale néerlandaise*, du 5 février 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

¹³ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire 6-64, *Flaminio Costa contre Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, du 15 juillet 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁴ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Fruttermittel*, du 17 décembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114.

¹⁵ Arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Allemagne dans l'affaire dite *Solange*, du 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271.

établit donc son propre cadre constitutionnel. Cette charte constitutionnelle de base¹⁶ lui ouvre la voie à faire valoir des exigences à caractère constitutionnel face à son développement tout en le refermant et l'isolant sur un chemin propre où des obstacles constitutionnels nationaux ne peuvent pas faire irruption.

Or, l'action de l'Union européenne se fonde sur des compétences transférées. Puisqu'elle ne se repose pas sur une souveraineté propre, elle a d'autant plus besoin des souverainetés nationales qui sont et sur le plan formel : les traités fondateurs résultant des engagements souverains des États, et sur le plan matériel : les compétences exercées ainsi étant issues de la souveraineté nationale, à son origine. Et parallèlement aux traités fondateurs dont les règles de compétence, de plus en plus complètes, portent et sur la répartition et sur l'exercice de celles-ci, les constitutions nationales corroborent, par des dispositions prévoyant leur transfert, le système.

L'approfondissement de l'intégration européenne, ainsi l'élargissement continu des domaines de compétences et la multiplication des actions menées par l'Union, mais surtout et notamment l'attribution des compétences, pour ainsi dire, plus politiques et effectivement ressenties plus proches à la souveraineté nationale lors de la création justement de l'Union européenne,¹⁷ dont les conséquences, dans notre opinion, n'ont toujours pas été digérées, ont soulevé, à nouveau, les questions relatives à la constitutionnalité de l'intégration européenne, et de l'éventualité des obstacles que le droit constitutionnel peut opposer à l'action de l'Union.

Il est à noter qu'en droit, la structure n'a pas changé, c'est-à-dire c'est l'ordre juridique propre de l'Union bénéficiant d'une primauté absolue qui pose problème en droit constitutionnel, celui-ci étant soucieux d'assurer un encadrement général de tout exercice du pouvoir public indépendant de sa nature à partir du moment où par l'application des normes juridiques, une telle action apparaît, pour ainsi dire, à travers de ses conséquences juridiques, dans l'ordre juridique national. Et pourtant c'est l'approfondissement, c'est-à-dire l'élargissement à la fois quantitatives et surtout qualitatives des compétences qui a fait réapparaître ce problème.

L'idée d'une union de plus en plus étroite, malgré le fait que désormais les traités fondateurs prévoient également la reprise nationale des compétences,¹⁸ même si, dans notre opinion, cette possibilité est plutôt éventuelle, puisque dans la pratique, nécessitant l'accord de tous les

¹⁶ Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 294/83, Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen, du 23 avril 1986, ECLI:EU:C:1986:166.

¹⁷ Le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht, le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

¹⁸ L'article 48, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, issu de la modification apportée par le Traité de Lisbonne, modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité établissant les Communautés européennes, signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

États membres, elle sera difficile à réaliser ; maintient cette vision de l'élargissement continu des domaines de compétence de l'Union. Et si le droit constitutionnel se concentre sur l'encadrement de l'exercice des compétences, finalement, c'est l'enrichissement de l'action de l'Union qui leur serait difficile à appréhender.

Bien que, en tout cas, dans notre opinion, l'on ne peut pas opposer utilement la souveraineté nationale à la construction européenne, ce n'est donc pas l'étendue des compétences, mais leur exercice et surtout la façon dont elles sont exercées qui doivent intéresser le droit constitutionnel national ; nous constatons que finalement, c'est la multiplication de l'action menée par l'Union, bien entendu, dans un cadre qui échapperait au contrôle extérieur, notamment national, lorsqu'il s'agit des questions de constitutionnalité, qui est à l'origine d'une tension croissante entre le droit de l'Union et les ordres constitutionnels nationaux.

Ces questionnements constitutionnels toujours justes, dans notre opinion, lorsque l'on se retrouve devant le paradoxe décrit ci-dessus, sont réapparus donc avec l'indigestion de l'intégration politique, mais se sont accentués par la gestion hésitante, et pour tout dire, inefficace des crises de la dernière décennie par l'Union européenne.¹⁹ Et la crise financière et la crise migratoire ont donné l'occasion de mettre en balance l'action européenne dans un contexte de crise de confiance où, pour nous, le droit constitutionnel, par sa définition, doit également mener sa réflexion et apporter des solutions.

Nous nous retrouvons donc face à cette problématique générale : comment assurer la légalité constitutionnelle, c'est-à-dire la constitutionnalité de l'action européenne, non sans oublier le lien entre cette dernière et la légitimité, dans un contexte où certes, la souveraineté n'est plus, même si en théorie, elle peut et doit persister, le même point de départ que nous avons la tradition de la considérer, lors de l'analyse pratique, mais où nous avons grand besoin d'apporter des réponses utiles aux questionnements afin de retrouver l'équilibre nécessaire à la confiance, c'est-à-dire à la légitimité de toute action politique.

Entre l'envie de résistance et la volonté de réconciliation, dans notre approche juridico-technique, c'est le rôle prépondérant des juges qui appliquent et interprètent les normes à caractère constitutionnel, qui fera l'objet d'analyse pour la protection de la constitutionnalité. Or, et c'est justement l'image à laquelle le titre de notre contribution renvoie, la dualité des balances qui est à contempler pour mener à bien une telle analyse. Comment rétablir un équilibre lorsque ce n'est pas forcément sur une balance mais entre des balances qu'il doit être retrouvé.

¹⁹ Luuk van Middelaar, *Quand l'Europe s'improvise, dix ans de crises politiques*, Paris, Gallimard, 2018.

Si le droit hésite, l'autorité recule, le cadre des États-Nations s'affaiblit, il n'est pas question de renoncer au contrôle de la constitutionnalité, bien au contraire, il est temps de le repenser face à la dualité des juges, européen et national, mais avec une approche favorisant, puisque la constitutionnalité apparaît, par définition, toujours à ce niveau, le droit national. Hormis les questions de compétence relatives à l'action publique, ce sont celles du contrôle d'une telle action qui nous intéressera donc pour une réflexion analytique autour de son objectif afin de ne pas nous perdre entre deux déesses qui seraient en querelle.

A. La résistance constitutionnelle face à l'action de l'Union européenne

La constitutionnalité a été imposée d'abord comme un moyen de résistance face à l'intégration européenne. Les juridictions constitutionnelles nationales ont opposé ainsi des conditions constitutionnelles à l'application des normes du droit communautaire de l'époque.²⁰ Elles étaient angoissées, voir même, embarrassées par la jurisprudence de la Cour de justice, balayant tout obstacle normatif national face à l'effet utile du droit communautaire.²¹ Une telle situation n'a pas pu être acceptée par les juges constitutionnels nationaux dont la tâche est de garantir la cohérence constitutionnelle de l'ensemble du système à deux niveaux, désormais.

Premièrement, il est à remarquer que le conflit est apparu en droit prétorien. Ni les dispositions du droit de l'Union, normes résultant de l'action menée par le nouvel acteur politique européen et surtout celles issues de l'engagement des États membres qui l'ont créé, et sur lesquelles une telle action se repose, ni les dispositions constitutionnelles nationales, normes ouvrant l'ordre juridique national devant les résultats normatifs de la coopération internationale et de l'intégration européenne, mais imposant des limites à toute action publique, ne sont en tant que telles à l'origine du conflit, il résulte de leur interprétation.

La conséquence en est que ni les stipulations du droit primaire ni les dispositions constitutionnelles nationales ne proposent pas des solutions, non plus, à ce conflit. Il revient donc au juge de retrouver le *modus vivendi* en résolvant ou en écartant le conflit que leurs interprétations respectives ont fait émerger. Or, ceux-ci semblaient être en querelle, en ces matières constitutionnelles, l'un n'acceptant pas que l'efficacité de la construction européenne soit menacée par l'imposition des normes constitutionnelles nationales, l'autre refusant que la constitutionnalité soit remise en question par l'application des normes européennes.

Deuxièmement, en témoignant justement le sens, et en même temps, la raison d'un tel conflit, le problème a été soulevé en rapport avec les compétences juridictionnelles. C'est le renvoi

²⁰ Arrêt de la Cour constitutionnelle de l'Allemagne dans l'affaire dite Solange, précité.

²¹ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire 11-70, précité.

préjudiciel, permettant à la Cour de justice d'arrêter une opposition éventuelle entre le droit de l'Union et le droit national, pourtant, mis en place comme un moyen de dialogue entre les juges, qui est remis en question : la Cour constitutionnelle allemande interdit aux juges nationaux de poser de telles questions préjudicielles jusqu'à ce qu'un niveau similaire de protection des droits fondamentaux que la constitution prévoit, ne serait garanti en droit communautaire.

Nous comprenons facilement que c'est en réponse à la jurisprudence de la Cour de justice, écartant, nous le rappelons, même dans leur éventualité, les limites imposées par les dispositions constitutionnelles nationales, que le juge constitutionnel national remet en cause la compétence de la Cour d'imposer, par sa jurisprudence, l'application des normes européennes telles qu'interprétées par elle-même. Mais le juge constitutionnel, faisant preuve de compromis, laisse ouvert la voie à une solution que le juge européen pourrait trouver dans son propre ordre juridique en mettant en œuvre cette protection similaire.

Nous savons que c'est la solution que la Cour de justice a choisi en développant son propre contrôle sur la base des normes non pas constitutionnelles nationales, mais retrouvées, d'abord, sous forme des principes généraux, puis, grâce à une évolution importante en la matière, interprétées, à travers des sources d'inspiration, et, enfin, fondées sur des règles écrites, notamment lorsque, en marquant le point culminant d'une telle évolution, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a eu force juridique et un système de protection des droits fondamentaux complets a été inauguré, par le Traité de Lisbonne.²²

Car, troisièmement, cette première résistance a été fondée sur une question bien précise de la constitutionnalité : le respect des droits fondamentaux. Non seulement, c'est un socle primaire de la constitutionnalité, mais aussi ce sont ces droits, d'abord, qui peuvent être logiquement imposés à l'action publique extérieur à l'État. Lorsque l'applicabilité directe impose l'application des normes européennes aux particuliers, ceux-ci doivent retrouver la protection dont ils bénéficient dans le droit national, notamment grâce à tout le développement initial de celui-ci en temps modernes.

Mais le conflit n'a pas été résolu et la résistance constitutionnelle continue à s'imposer, pour reprendre une autre image de l'Antiquité, telle que l'épée de Damoclès, au-dessus de l'ordre juridique de l'Union. Ce n'est pas forcément en raison du fait que celui-ci refuse toujours d'accepter tout contrôle extérieur de ces normes, la Cour de justice étant seule habilitée, non seulement de les interpréter, d'une manière authentique, mais aussi de les mesurer devant des

²² Article 6 du Traité de Lisbonne, modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité établissant les Communautés européennes, précité.

règles à caractère constitutionnel, mais aussi parce que le droit constitutionnel exige plus que le respect des droits fondamentaux.

Et la raison du conflit, la primauté absolue du droit de l'Union est aussi maintenue. Or, celle-ci étant inacceptable pour les droits constitutionnels nationaux, tel que nous l'avons déjà remarqué, notamment quand les compétences de l'Union et ainsi son action ayant pour résultats, des normes à appliquer sans contrôle constitutionnel, ne font que s'étendre en faisant la conquête des domaines de plus en plus politiques et ainsi ressentis plus proche à la souveraineté nationale. Ce sont donc des questions des compétences et de l'exercice du pouvoir public, à travers de celles-ci, qui réoriente le conflit des compétences de contrôle de constitutionnalité.

Si son envie, ou pour ainsi dire, son engagement dans la résistance, persiste, le juge constitutionnel national est assez démuné devant un tel développement. Les normes du droit dérivé ne pouvant pas être contrôlées, et les juges constitutionnels nationaux ont accepté cet état des choses, sans mettre en péril toute l'intégration européenne, au plan national pour leur respect des règles constitutionnelles, ils doivent chercher d'autres voies pour assurer que les limites constitutionnelles ne perdent pas de leurs forces. Ils se tournent justement vers la question de l'application de ces normes.

Il est constant que la Cour de justice est compétente à travers de son contrôle sur la validité des normes du droit dérivé soit en voie ouverte par un recours en annulation soit par une question préjudicielle portant sur celle-ci, d'imposer des exigences à caractère constitutionnel face à ses normes. Mais ce contrôle s'effectue donc par le juge européen et surtout en droit de l'Union où des limites constitutionnelles nationales, à quelques exceptions,²³ ne peuvent pas être prises en considération. Et la jurisprudence de la Cour démontre une certaine timidité pour arrêter l'invalidité des normes en raison des violations de telles limites.²⁴

Il est également constant que les juges constitutionnels nationaux restent compétents, conformément à leurs propres règles nationales, notamment constitutionnelles, de contrôler la constitutionnalité des normes du droit primaire, soit au moment de la conclusion des traités, mais aussi, ce qui est plus intéressant car après leur entrée en vigueur, ils intègrent, en changeant leur nature juridique, l'ordre juridique de l'Union, a posteriori. Néanmoins, un tel contrôle n'aura non plus pour conséquence d'imposer une limite constitutionnelle face aux

²³ Article 4, notamment paragraphe 2, *ibidem*.

²⁴ Arrêt dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Fondation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes, du 3 septembre 2008, ECLI:EU:C:2008:461.

normes européennes, car pour le contrôle a priori, en cas de non-conformité, c'est l'amendement constitutionnel qui s'impose,²⁵ et pour le contrôle a posteriori, il reste modeste. Pourtant, c'est ce dernier, et surtout un contrôle sur la conformité constitutionnelle de l'application des normes du droit dérivé qui seraient les véritables voies à la résistance constitutionnelle au droit de l'Union. Sans vouloir citer dans le présent article, les différentes affaires devant les juges constitutionnels nationaux où un tel contrôle a été engagé, nous devons admettre qu'à quelques exceptions, il reste, tout en affirmant la compétence du juge constitutionnel national de veiller à ce que les normes européennes ne portent pas atteinte aux exigences de la constitutionnalité, inopérant.

Nous pourrions en conclure que l'envie et l'engagement pour la résistance résultent, certes, une affirmation de la compétence mais reste, dans la plupart des cas, hypothétique de la part des juges constitutionnels nationaux. Pendant que la Cour de justice en les invitant au dialogue, continue à affirmer sa compétence unique pour opposer de telles exigences à caractère constitutionnel, elle le fait dans son système juridique propre et préserve le caractère absolu de la primauté du droit de l'Union. Le dialogue semblerait être celui des sourds, le *modus vivendi* retrouvé plutôt dans la timidité des juges.

Néanmoins, les objectifs, de deux côtés, à la fois donc ceux liés à l'intégration européenne et ceux qui sont à l'origine du contrôle de la constitutionnalité sont à atteindre. Mais comment permettre l'efficacité de l'intégration, conformément aux objectifs de celles-ci, communs et définissant le champ de compétence de l'action européenne tout en s'assurant à ce que l'exercice du pouvoir public reste juridiquement limité et se conduise dans un système où la représentation démocratique des intérêts est garantie, puisqu'il ne faut pas oublier, il s'agit toujours de l'exercice, certes, indirects mais de la souveraineté nationale.

B. La réconciliation constitutionnelle avec l'action de l'Union européenne

Dans notre opinion, plus utile que la résistance constitutionnelle, tout en gardant, nous ne nions pas, cet aspect, car le conflit entre la primauté absolue du droit de l'Union et le respect inconditionnel des limites constitutionnelles nationales persiste, c'est la réconciliation constitutionnelle avec l'action de l'Union européenne qui doit être réfléchie et conduite afin que les objectifs de deux niveaux puissent se réaliser. Nous maintenons l'hypothèse qu'une telle réconciliation constitutionnelle n'est possible que par le rétablissement d'un équilibre entre les compétences juridictionnelles, c'est-à-dire dans la pratique.

²⁵ Décision du Conseil constitutionnel français n° 92-312 DC, du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, Rec. p. 76.

Car il est patent qu'en théorie la primauté de l'un et la suprématie de l'autre ne mène pas au compromis. Or, ni le droit de l'Union, ni le droit constitutionnel national ne peut pas accepter, nous l'avons clairement démontré, qu'une autre norme s'impose à son caractère absolu. Mais tout autant que c'est l'interprétation du droit communautaire de l'époque, qui était à l'origine du conflit, c'est l'interprétation du droit constitutionnel qui peut, dans notre approche, non pas résoudre, mais justement se réconcilier dans ce conflit tout en refusant, certes, la primauté absolue du droit de l'Union.

Qu'un *modus vivendi* se crée même en présence d'une primauté absolue, nous paraît être possible, néanmoins, une telle explication nous dérange, puisque le problème n'a pas été résolu, de nouveaux cas de conflit continueront à émerger et les solutions par le respect mutuel seront trop timide pour faire face aux défis auxquels la constitutionnalité et notamment son contrôle doivent répondre et que nous avons présentés dans l'introduction de notre travail. Il est à voir donc dans une approche toujours pratique mais complexe et complète comment les deux balances peuvent être mises en équilibre.

D'abord, sans forcément nous éloigner de notre approche fondée sur la pratique dans le contrôle des exigences constitutionnelles ou à caractère constitutionnel, et notamment sur les compétences des juges constitutionnels nationaux et européen pour procéder à un tel contrôle, il serait utile de voir quelles sont les exigences constitutionnelles, quels peuvent être les contenus normatifs constitutionnels qui peuvent être opposés au droit de l'Union, dans son application, afin d'établir des limites à l'action, à l'exercice du pouvoir public par l'Union européenne lorsqu'il s'agit d'appliquer son droit.

Nous avons vu que le respect des droits fondamentaux ne soulève, à quelques exceptions, liées notamment à la spécificité du contenu normatif de ces droits dans certains ordres constitutionnels nationaux où, d'ailleurs, souvent d'autres règles du droit de l'Union peuvent permettre de satisfaire dans la pratique les exigences imposées par ceux-ci,²⁶ de véritables questionnements désormais. Il est assuré, certes, sans contrôle extérieur, dans le droit de l'Union et garanti par la Cour de justice grâce à ses compétences lui permettant de mener à bien un tel contrôle. Cela a été reconnu, d'ailleurs, par les cours constitutionnelles, aussi.²⁷

Si des tentatives de résistance constitutionnelle se présentent encore, c'est plutôt dans des domaines où l'exercice du pouvoir public national dans l'application des normes européennes

²⁶ Arrêt dans l'affaire C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellongs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, du 14 octobre 2004, ECLI:EU:C:2004:614.

²⁷ Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire dite « Solange II », du 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339.

est requis.²⁸ Dans ces cas aussi, c'est souvent la proximité d'un tel pouvoir à exercer à la souveraineté nationale, s'agissant des compétences dites régaliennes de l'État, qui crée la difficulté de gérer et digérer l'application des normes européennes. Car, c'est la souveraineté, en tant que telle, qui apparaît ou réapparaît également en tant que limite constitutionnelle à l'intégration européenne.

Or, si la souveraineté nationale, dans son absolu qui en est un élément de définition, demande une réflexion poussée à mener dans le cadre notamment des recherches théoriques, à la fois dans une approche normative et une approche de l'étude du pouvoir, pour la définir et l'interpréter d'une manière qui permet d'appréhender la construction européenne avec toutes ces spécificités liées à son caractère supranational,²⁹ dans notre opinion, en tant que principe constitutionnel même si des contrôles dans ce sens apparaissent dans les jurisprudences constitutionnelles nationales, il ne peut pas être opposé à l'intégration européenne.

Certes, la théorie de l'autolimitation n'explique pas, avec toute l'exactitude, l'émergence d'une réalité politico-juridique telle que l'Union européenne, il n'en reste pas moins que l'action de celle-ci peut être fondée par le transfert des compétences issues de la souveraineté nationale. Et si c'est justement par le biais de ce transfert que des exigences constitutionnelles se véhiculent également au droit de l'Union, celles-ci ne peuvent pas faire obstacle à l'exercice des compétences s'il est conforme au traité.

Ce n'est que soit par le contrôle de l'exercice *ultra vires* des compétences qui, néanmoins, a ses limites, notamment encore une fois lorsque l'étendue des compétences définie par les traités sert de base légale à leur exercice ; soit par un contrôle indirect non pas sur l'exercice des compétences mais sur la façon dont elles sont exercées, nous amenant à des considérations relatives au principe de la représentation que la souveraineté populaire englobe que des limites constitutionnelles peuvent être opposées à l'action de l'Union européenne en rapport donc avec la souveraineté nationale.³⁰

Ce qui permettraient toujours de soulever des questionnements autour de la constitutionnalité de l'action européenne sur la base des constitutions nationales, seraient des principes constitutionnels relatifs justement à l'exercice du pouvoir public, mais issus, non pas directement des dispositions constitutionnelles nationales, mais surtout du développement organique de l'ordre constitutionnel national et des valeurs qui en définit le cadre général. Ces

²⁸ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-42/17, Procédure pénale contre M.A.S. et M.B., du 5 décembre 2017, ECLI:EU:C:936.

²⁹ Charlotte Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2004.

³⁰ Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire dite « Gauweiler » du 14 janvier 2014, BVerfGE 134, 366.

principes seraient toujours, d'ailleurs, d'une valeur supra-constitutionnelle, dont le contenu normatif ne peut être retrouvé que par la jurisprudence constitutionnelle.

Même en présence d'un contrôle juridictionnel bien développé autour de l'interprétation et de l'application des exigences à caractère constitutionnel que la Cour de justice est désormais compétente à mener, un tel contrôle constitutionnel national où, encore une fois, le juge constitutionnel national a tout son rôle à jouer et devrait donc avoir une compétence bien établie même si toujours encerclé par le droit, y compris le droit de l'Union, est un complément nécessaire et utile pour assurer un véritable respect de la constitutionnalité et ainsi le caractère conforme à la constitution des normes de l'Union.

C'est l'idée, encore très controversée, de l'identité constitutionnelle nationale qui peut être la notion-clé non pas d'une nouvelle résistance mais justement d'une réconciliation entre les ordres juridiques européen et constitutionnel national. L'identité qui apparaît en droit, même si dans une certaine approche en matière constitutionnelle, elle fait déjà l'objet d'étude,³¹ par sa consécration dans le Traité de Maastricht,³² est reprise, par la suite, dans les jurisprudences européenne et constitutionnelles nationales, respectives, par la nature même générale de sa notion peut servir à une telle réconciliation.

Sans vouloir, dans ce présent cadre, développer longuement le sens et les objectifs de l'identité, nous considérons qu'elle se veut à la fois exclusive et ouverte, elle est singulière mais peut être multiple et elle est permanente mais aussi évolutive. Elle permet donc d'appréhender une diversité, pour nous, des ordres juridiques, tout en permettant à celui qui la possède, de ne pas se dissoudre et de préserver sa cohérence et constance. L'identité telle qu'un sac de fil composé de l'essentiel de son caractère constitutionnel, préserve l'ordre constitutionnel national et impose des limites à des effets extérieurs lorsque ceux-ci se heurtent à sa matière propre.

Il est vrai que jusqu'à présent, lorsque notamment le dialogue a été initié par les juridictions nationales, sous tension en raison de la primauté absolue du droit de l'Union, la Cour de justice qui d'ailleurs, même, dans le cadre des procédures d'annulation, certes, non pas contre un acte à portée générale, mais contre une décision, a reconnu des limites constitutionnelles nationales à l'action de l'Union européenne sur ce fondement,³³ a plutôt tendances à

³¹ Jürgen Habermas, *Citoyenneté et identité nationale, Réflexions sur l'avenir de l'Europe* in *L'Europe au tournant du siècle, Identité et démocratie*, Paris, Esprit, 1992.

³² L'article F, paragraphe 1, dans le Traité de Maastricht, Traité sur l'Union européenne, précité, l'article 4, paragraphe 2, dans le Traité de Lisbonne, Traité sur l'Union européenne, précité.

³³ Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-344/01, République fédérale d'Allemagne contre Commission des Communautés européennes, du 4 mars 2004, ECLI:EU:C:2004:121.

reconnaître des caractéristiques plus nationales : structures étatiques³⁴ ou questions culturelles³⁵ ou linguistiques³⁶ que vraiment constitutionnelles.

Il est donc exceptionnel que l'identité constitutionnelle en tant qu'une notion regroupant des principes constitutionnels d'un ordre juridique national, fondateurs même d'un tel ordre, soit, par le respect de ces principes, posée comme limite à l'application des normes européennes en droit de l'Union. Néanmoins, dans les quelques exemples non seulement son sens, comme fondement de l'existence politique de l'État membre,³⁷ dans notre opinion par la forme qu'elle donne à l'exercice du pouvoir public, mais également sa portée pour le respect de la forme républicaine de l'État³⁸ ou ces traditions quant aux droits politiques des citoyens³⁹, apparaissent.

De plus, le respect de l'identité constitutionnelle nationale, prévu par le droit européen, conduit par sa défense en droit national à un intérêt légitime notamment pour constituer une exception à l'application des libertés fondamentales, tel qu'il le ressort des affaires précitées, garanties par le droit de l'Union européenne. Si elle a donc un contenu incertain, regroupant dans la jurisprudence européenne, plus des éléments relatifs à l'identité nationale : culture, langue, et aux grands traits de l'existence étatique : structure fédérale, citoyenneté et droits politiques, forme républicaine de l'État, sa portée est importante.

Il n'est pas donc un hasard que les juridictions constitutionnelles nationales y intéressent de plus en plus. Pour elles, le respect de l'identité constitutionnelle est une véritable garantie du respect de la constitutionnalité nationale lorsque les principes constitutionnels essentiels se heurtent aux obligations découlant des traités,⁴⁰ permettant de préserver ces derniers même face à la primauté et l'effet utile du droit de l'Union. Mais le véritable enjeu est encore plus

³⁴ Ibidem et Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, présentées dans les affaires jointes C-428/06, C-429/06, C-430/06, C-431/06, C-432/06, C-433/06 et C-434/06, Unión General de Trabajadores de La Rioja UGT-RIOJA contre Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e.a., le 8 mai 2008, ECLI:EU:C:2008:262.

³⁵ Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, présentée dans l'affaire C-222/07, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA), le 4 septembre 2008, ECLI:EU:C:2008:468.

³⁶ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire 391/09, Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija e.a., du 12 mai 2011, ECLI:EU:C:2011:291.

³⁷ Conclusions de l'avocat général Manuel Poiares Maduro, présentée dans l'affaire C-213/07, Michaniki AE contre Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE), le 8 octobre 2008, ECLI:EU:C:2008:544.

³⁸ Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire C-208/09, Ilonka Seyn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien, du 22 décembre 2010, ECLI:EU:C:2010:806.

³⁹ Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire C-145/04, Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, du 12 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:543.

⁴⁰ Décision du Conseil constitutionnel français n° 540-2006 DC, du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec. p. 88.

important : dans notre opinion, par leur caractère supra-constitutionnel et essentiel, ces principes permettraient de réconcilier la constitutionnalité, dans ses objectifs, avec l'Union.

C'est toute la notion de l'identité, rappelons-la, qui nous ouvre une telle voie à la réconciliation, surtout que son application nécessite une coopération étroite entre les juges européens et constitutionnels nationaux. Si le contenu normatif de l'identité constitutionnels à travers de la définition, cas par cas, des principes qui lui sont inhérents, ne peut être identifié que par le travail prétorien du juge constitutionnel, sa portée dans la limitation du droit de l'Union ne pourrait être confirmée, surtout que dans la pratique, c'est face à des règles européennes abstraites que son respect doit être assuré, que par le juge européen.

L'identité constitutionnelle a également pour l'avantage de relancer un dialogue entre ceux qui tiennent la balance et l'épée, sur un terrain commun où ces échanges pourront être concluants et fructueux, non pas pour établir un modus vivendi, mais pour conditionner sagement et fermement l'exercice du pouvoir public au niveau de l'Union aussi. C'est ainsi que l'action européenne peut retrouver une légitimité dans la constitutionnalité de ses États membres qui pour l'accomplissement des objectifs communs ont transféré des compétences mais dont l'exercice reste respectueux de leurs cadres généraux établis par les principes essentiels.