

Ingolf Pernice*

Coopération jurisprudentielle et la constitution composée de l'Union européenne

SOMMAIRE: I. Introduction. – II. Refonder le projet européen. – III. La constitution composée de l'Union européenne. – IV. L'approche constitutionnelle dans le dialogue des juges de l'Union. – V. Conclusion.

I. Cet essai est dédié à un collègue très admiré, professeur en droit constitutionnel, avocat général, puis juge à la Cour de Justice de l'Union européenne et depuis peu son vice-président, fameux auteur d'un grand nombre de publications importantes sur le droit communautaire et le droit de l'Union européenne, comme nous pouvons dire aujourd'hui: Antonio Tizzano, qui peut se féliciter d'être un des grands piliers intellectuels et dynamiques de cet ordre juridique. Cet essai n'a aucune ambition d'être complet, ni de découvrir tous les acquis et la créativité juridiques que Antonio Tizzano peut appeler les siens. Le but est plutôt d'inviter un des grands juges européens et ses collègues à un dialogue sur le processus constitutionnel de l'Union européenne et le rôle qu'y joue la Cour de justice.

Le droit de l'Union européenne est un ordre juridique qui a vécu une série de crises, au point que l'on peut dire qu'il se développe face aux, et au rythme des crises qui risquent de mettre en question sa légitimité, son unité, jusqu'à l'idée même de l'intégration européenne. Toutefois, au cours des crises les plus récentes, la crise financière, le défi du *Brexit* et la crise des réfugiés, crises qui sont loin d'être maîtrisées, on s'aperçoit que bien des citoyens ont perdu confiance dans ce projet commun de paix, de liberté et de prospérité, comme nous l'était promise l'Union Européenne. Plus que jamais, les euro-sceptiques, les populistes, les nationalistes jusqu'aux nouveaux nazis, ont gagné du terrain (y compris des sièges au Parlement européen) et semblent mettre en cause les acquis qui nous assurent, depuis la plus longue période de l'histoire connue, de pouvoir vivre en paix comme sur une île des bienheureux.

Quant à la Cour de Justice et sa défense du principe de la communauté (ou depuis peu: l'Union) de droit, elle ne reste pas épargnée de critiques pour avoir quitté le chemin de la vertu à raison de priorités politiques, comme récemment dans l'affaire *Pringle* par l'interprétation ouverte donnée à l'art. 125 TFUE¹. Plus

* Prof. Dr. jur., Dr. h.c., Humboldt-Universität zu Berlin, co-directeur du Alexander von Humboldt Institut pour l'Internet et la Société (www.hiig.de).

¹ CJUE 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*. Pour des critiques voir seulement: M.C. KERBER, *Apologetik ohne Grenzen. Das Pringle-Urteil des EuGH (Rechtssache C-370/12) als ausbrechender*

violente encore était la critique de la Cour constitutionnelle fédérale (ci-après: CCF) quand elle mettait en cause la conformité de l'action de la Banque centrale européenne, visant à sauvegarder le fonctionnement des marchés financiers avec l'ordre des compétences de l'Union². Même la réponse très sage de la Cour dans l'affaire *OMT*³, bien qu'elle permettait le rejet des plaintes constitutionnelles par la Cour de Karlsruhe⁴, n'a pas trouvé une réception entièrement favorable⁵. La foi dans le «gouvernement du droit» semble se perdre, également vis-à-vis la politique de quelques États membres en matière des réfugiés, pour ne pas parler des développements constitutionnels inquiétants en Hongrie et en Pologne.

À ce moment de crise il convient, semble-t-il, de rappeler à nouveau ce qui était, et ce qui mérite de rester dans sa substance le projet européen, pour examiner, ensuite, dans quelle mesure la Cour de justice de l'Union européenne, dans son dialogue avec les juridictions nationales, continue à contribuer à la cohésion juridique – ou plutôt constitutionnelle – de l'Union européenne. Les réflexions suivantes déparent d'un développement politique récent que l'on pourrait comprendre comme réaction aux défis de désintégration symbolisé par le processus du *Brexit* et qui rappelle le rôle central de l'individu au projet européen (*infra* II.), pour en tirer des leçons par le rappel du caractère constitutionnel des fondements juridiques de l'Union européenne (*infra* III.), comme la Cour de justice le confirme de façon plus ou moins explicite depuis le fameux jugement dans l'affaire *Van Gend & Loos* (*infra* IV.).

II. Depuis quelques mois seulement, soutenu par des initiatives de la société civile, comme «*pulse of Europe*»⁶, la chorale de crise semble céder la place à un nouveau dynamisme d'intégration. Le nouveau mouvement qui a gagné sa place dans la politique française ainsi que dans les titres des journaux dans toute l'Europe

Rechtsakt, Kritische Justiz, 46/2013, p. 198, accessible sur le site Nomos eLibrary: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0023-4834-2013-2-198/apologetik-ohne-grenzen-das-pringle-urteil-des-eugh-rechtssache-c-370-12-als-ausbrechender-rechtsakt-jahrgang-46-2013-heft-2> (visité le 14 octobre 2017). Voir aussi R. PALMSTORFER, *Indirekter Bailout erlaubt, direkter Bailout verboten – Anmerkung zum Urteil des EuGH v 27 novembre 2012, Rs. C-370/12 (Pringle)*, *Europarecht*, 48/2013, p. 215.

² Renvoi préjudiciel de la Cour Constitutionnelle Fédérale (ci-après: CCF) du 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, *OMT*, points 55 à 83 (manque de mandat), et points 84 à 94 (violation de l'art. 123 TFUE). Pour une critique, voir M. WENDEL, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy*, *EuConst*, 10/2014, p. 263. Pour le débat, voir les contributions au *German Law Journal* N° 2, 15/2014: *Special Issue – The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*.

³ CJUE 16 juin 2015, C-62/14, *OMT*.

⁴ CCF 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13, *OMT*, qui concède, au point 149, que la Cour de justice ait «un droit à une tolérance d'erreur» («Anspruch auf Fehlertoleranz»). Pour les «objections graves» que la CCF maintient au regard de la concrétisation juridique du droit par la Cour de justice voir *ibid.*, points 181 à 189, avec la conclusion qu'un excès de pouvoir, dans l'interprétation donnée aux dispositions y relatives par la Cour de justice, n'est pas manifeste («nicht offensichtlich») et peut donc être toléré (*ibid.*, points 190 à 196).

⁵ Pour la critique, voir *manager magazin* du 16 juin 2015: '*Kriegserklärung' an das Bundesverfassungsgericht*, disponible sur <http://www.manager-magazin.de/politik/europa/ifo-chef-uebt-scharfe-kritik-an-anleihenkauf-urteil-des-eugh-a-1039087.html> (visité le 14 octobre 2017).

⁶ Voir les sites en 11 langues: p.ex., <https://pulseofeurope.eu/fr/>, <https://pulseofeurope.eu/de/> et <https://pulseofeurope.eu/>.

s'appelle «En Marche». Son initiateur, Emmanuel Macron, est devenu le porte-parole d'un nouvel esprit européen qui se détache du discours de crise pour proposer de «refonder le projet européen, par et avec le peuple»⁷. À ce propos, Emmanuel Macron avait rappelé déjà avant d'être élu Président de la République française dans son discours du 10 janvier 2017 au *forum constitutionis europae* à Berlin⁸ une affirmation de Jean Monnet qui avait proclamé:

«Nous ne coalisons pas des états, nous unissons des hommes»⁹

Et il s'y est référé encore dans son grand discours de la Sorbonne au mois de septembre 2017¹⁰. C'est dans la convergence économique, il explique, soutenu par un «fonds de solidarité qui bénéficiera aux pays les moins riches pour aider à converger», que Macron voit l'expression de «la solidarité qui unit: l'Europe juste, protectrice et ambitieuse». Et, contre ceux qui blâment Bruxelles d'être une bureaucratie impuissante, il rappelle «que Bruxelles, c'est nous, toujours, à chaque instant»¹¹.

«Nous», ce n'est pas les gouvernements, dans ce contexte, mais bien les particuliers, les citoyennes et citoyens de l'Union européenne. Ainsi, des milliers d'Européens se sont rassemblés ce printemps 2017, dimanche par dimanche dans plus d'une centaine de villes européens pour manifester leur soutien à l'Union européenne qui est, en effet, un des plus grands acquis de la civilisation moderne, une garantie de la paix, de la liberté et de prospérité. En reconnaissant la force de cette prise de conscience, le discours de la Sorbonne reflète un esprit nouveau et témoigne du rôle central que jouent les citoyennes et citoyens dans la construction démocratique de l'Union européenne. Cette approche s'écarte clairement des conceptions «étatistes» fondées sur le paradigme de la souveraineté nationale auquel les britanniques semblent souhaiter retourner¹² et que l'on trouvait de plus en plus dans les discours politiques des dernières années ainsi que dans la jurisprudence constante de certaines cours constitutionnelles. Si, pour eux, les «maîtres des traités» sont les États membres¹³, Emmanuel Macron sollicite, au contraire, la participation directe des citoyens au processus de «refondation d'une Europe souveraine, unie et

⁷ Voir «Initiative pour l'Europe» – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique le 26 Septembre 2017, tenu à la Sorbonne, site Internet: <http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/> (visité le 30 septembre 2017).

⁸ EMMANUEL MACRON, *The Franco-German relation and the future of the European Union*, discours tenu auprès de l'Université Humboldt de Berlin le 10 janvier 2017 (FCE 1/2017), disponible sur <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/FCE/2017/rede-macron> (visité le 11 octobre 2017) et discours du 26 Septembre 2017 à la Sorbonne (note 7).

⁹ J. MONNET, *Mémoires*, Paris, 1976, Motto à la «Première Partie. Échec à la force», cité au discours de Berlin (note 8) sous le titre: «Unite people».

¹⁰ E. MACRON, Initiative pour l'Europe, *op. cit.*

¹¹ *Ibid.*

¹² L'issue du processus suivant le referendum qui avait été porté largement par des mensonges systématiques, reste toujours ouvert, voir I. PERNICE, *Brexit – Exercise of Democracy or a Challenge to Democracy*, *WHI-paper* 03/2017, disponible sur <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2017/whi-paper-03-2017.pdf> (visité le 14 octobre 2017).

¹³ Voir notamment la CCF 8 avril 1987 – 2 BvR 687/85 «Kloppenburg», par. 58, disponible sur <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv075223.html>; ces termes sont répétés régulièrement et pour la jurisprudence constante, voir CCF 21 Juin 2016 – 2 BvR 2728/13 «OMT», par. 140, avec les autres références.

démocratique», et pour ce but il «souhaite que nous passions par des conventions démocratiques» comme «partie intégrante» de ce processus¹⁴.

Cette souveraineté européenne, dit-il, doit être complète et comprendrait cinq piliers d'intérêt commun au regard des défis auxquels nous pouvons mieux faire face au niveau européen qu'au niveau national¹⁵. La nouvelle approche adoptée par le Président de la République Française semble d'autant plus courageuse que l'idée de la souveraineté a son origine en France et se réfère au peuple, dont la souveraineté doit être «une et indivisible»¹⁶. Ce n'est, sans doute, pas à cette idée de souveraineté que se réfère Macron. Comme le remarque Franz Mayer à juste titre, Macron semble plutôt réduire le concept de souveraineté à son essentiel: l'autodétermination¹⁷. En droit international, cette notion se réfère aux peuples, mais à la lumière du principe de la démocratie et des droits fondamentaux dont le fondement est la dignité humaine, elle s'attache en premier lieu à la personne humaine¹⁸.

La constitution, ainsi que le processus démocratique qu'elle organise, se présentent ainsi comme une forme d'autodétermination des gens qui confèrent, dans les conditions précisées par les dispositions de la constitution, des pouvoirs aux institutions établies afin de réaliser des objectifs d'intérêt commun. Peut-on concevoir, par analogie, les traités européens *mutatis mutandis* comme une constitution complémentaire, expression et forme de l'auto-organisation des citoyens des États membres au niveau européen pour réaliser des objectifs que les États seuls ne sont pas à même de réaliser?

Pour ce faire, il suffit de prendre au sérieux la personne humaine et ses droits fondamentaux et de concevoir la construction européenne dans cette perspective comme une expression de la souveraineté des individus qui en confient l'exercice, d'une part à leur État membre et, de l'autre part, ensemble avec les citoyennes et citoyens des autres États membres, et dans la forme de traités internationaux, à l'Union européenne et ses institutions¹⁹.

III. C'est dans cette perspective que s'explique la construction européenne comme ordre constitutionnel émanant, ultérieurement, du concours de volonté des indivi-

¹⁴ E. MACRON, *Initiative pour l'Europe*, *op. cit.*

¹⁵ Voir les précisions données au discours de Berlin (note 8): «This sovereignty must be complete. It must encompass all the common interests and challenges that we can better address together, at the European level. It must rely on a true democratic revival. And it must not be exhausted with the accessory, the petty norms, the clueless reports and the dubious conclusions of lengthy summits», où il explique les cinq piliers sur lesquels cette souveraineté est basée.

¹⁶ Voir l'art. 25 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Constitution du 24 juin 1793.

¹⁷ F. C. MAYER, *Der europäische Sisyphos: ein Kommentar zur Europa-Rede Emmanuel Macrons in der Sorbonne*, *Verfassungsblog* du 27 Septembre 2017, disponible sur: <http://verfassungsblog.de/der-europaeische-sisyphos-ein-kommentar-zur-europa-rede-emmanuel-macrons-in-der-sorbonne/> (visité le 1^{er} octobre 2017).

¹⁸ À ce propos, voir avec d'autres références I. PERNICE, *E-Democracy, the Global Citizen, and Multilevel Constitutionalism*, dans C. PRINS, C. CUIJPERS, P.L. LINDSETH, M. ROSINA (éds.), *Digital Democracy in a Globalised World* (Edward Elgar), Cheltenham, 2017, p. 27, 36. M. BEHROUZI, *Democracy as the Political Empowerment of the Citizen. Direct-Deliberative e-Democracy*, Oxford, 2005, p. xi, 11 à 17, développe cette lecture du principe de la souveraineté sur la base des œuvres de Rousseau.

¹⁹ I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, Bericht (2001) 60 VVDStRL, p. 148, 162, 163, 166, 174 et 175.

du, citoyens de leurs États membres qui, par les traités de l'Union ratifiés suivant leurs dispositions constitutionnelles respectives, se définissent comme citoyennes et citoyens de l'Union européenne (art. 9 TUE et 20 TFUE). Cette identité composée reflète, en effet, le caractère composé de l'ordre constitutionnel comme constitution à deux niveaux: les traités sont l'expression des fondements constitutionnels de l'Union européenne fondée sur, et complémentaire aux constitutions nationales qu'elle associe et qu'elle lie ensemble dans un seul système constitutionnel²⁰.

Dans sa grande œuvre «*Manuale di diritto dell'Unione europea*» qu'il a publié en 2014 avec Roberto Adam, Antonio Tizzano explique l'autonomie de l'ordre juridique européen par la comparaison à «*un'entità statale*», par ce qu'elle est dotée «*di una propria e compiuta struttura giuridico-istituzionale, di una propria 'costituzione', un peculiare insieme di valori [...]*»²¹. En ce qui concerne la relation avec le droit national, il se réfère à la formule d'une «*europizzazione*» de quelques branches du droit interne et finit par la belle formule: que les disciplines concernées «*sono oggetto di una sorta di condominio del diritto europeo e del diritto interno*». L'identité du droit de l'Union ne s'explique non seulement par l'étude «*del complessivo sistema costituzionale e normativo dell'Unione, ma anche i profili europei delle singole discipline nazionali o meglio il complesso di principi e regole che in esse si calano e che devono guidarne l'interpretazione e l'applicazione*»²².

L'autonomie n'implique donc pas l'isolément. La formule du «*condominio*» semble très bien illustrer l'interpénétration des ordres juridiques qui est la clef de l'intégration juridique de l'Union européenne. Elle s'applique à l'intégration du droit de l'Union aux ordres juridiques internes. Peut-elle s'appliquer également au rôle, au niveau européen, du droit constitutionnel des États membres sur lequel est fondé l'Union? C'est ce qu'implique la théorie des «*controlimiti*» établie par la Cour constitutionnelle italienne et que Antonio Tizzano décrit comme une caractéristique essentielle de la relation constitutionnelle entre les deux ordres juridiques²³. En effet, sans une certaine «*perméabilité*» des deux niveaux juridiques²⁴, aussi autonomes qu'ils soient, l'Union ne pourrait pas fonctionner. Elle est basée sur les ordres constitutionnels nationaux dont s'inspire son ordre constitutionnel. Et elle fonctionne grâce aux systèmes démocratiques internes et leur bon fonctionnement, conformément au principe de l'État de droit, sans lesquels il n'y a ni de décision ou législation légitime au niveau européen, ni de transposition des directives ni d'exécution effective du droit européen, ni de protection juridique des droits des individus garantis au niveau européen, à l'intérieur des États membres²⁵. Les deux niveaux d'ordres juridiques,

²⁰ Voir à cet égard, I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, 2004, p. 26; id. F. C. MAYER, *De la constitution composée de l'Europe*, *in* *Rev. trim. droit eur.*, 36/2000, p. 623 à 647 (WHI-paper 1/01).

²¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Turin, 2014, p. 10 et 11.

²² *Ibid.*, p. 11.

²³ A. TIZZANO, *Der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) und der Gerichtshof der Europäischen Union*, *in* *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 37/2010, p. 1, 4 et 5.

²⁴ Voir M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

²⁵ Voir à cet égard CJUE 27 février 2018, C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, point 30 et suivants, ensemble avec la question préjudicielle de la High Court irlandaise du 12 Mars 2018 - [2018] IEHC 119 – Celmer, point 41 et suivants (<http://www.courts.ie/Judgments.nsf/f768d83be24938e1180256ef30048ca51/578dd3a9a33247a38025824f0057e747?OpenDocument>).

national et européen, en effet, sont interdépendants, réciproquement complémentaires et, tout en reconnaissant leur autonomie relative²⁶, ils constituent un ensemble normatif qui doit produire, malgré son caractère composé et pluraliste, en fin de compte une seule réponse juridique dans chaque cas de figure²⁷.

Contrairement à la relation entre les ordres juridiques, par exemple, de deux États indépendants comme la Chine et l'Australie, le droit de l'Union et le droit national respectivement s'appliquent aux mêmes personnes à la fois. Dès lors, il faut une règle de conflit, et la Cour de justice l'a établi: la primauté du droit de l'Union. Et, pour ce qui concerne la répartition des compétences et leur exercice, l'architecture constitutionnelle de l'Union européenne est caractérisée par les principes des compétences attribuées, de la subsidiarité et de la proportionnalité. Il s'en suit que cette architecture constitutionnelle comprend les deux, l'Union et les États membres, leurs constitutions forment un ensemble composé de deux niveaux constitutionnels étroitement liés l'un à l'autre.

Ce n'est pas la place pour expliquer ici, en profondeur, la théorie de la constitution composée («*Verfassungsverbund*») ²⁸ qui prend, pour sa base, la perspective de l'individu. Dans nos démocraties occidentales, il n'y a pas d'autre source de légitimité politique à part de l'individu, citoyen de la communauté politique à quelque niveau que ce soit. Ce qui intéresse dans le présent hommage au Vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est la question de savoir dans quelle mesure et comment la conception constitutionnelle marque la jurisprudence et, notamment, le dialogue des juges au niveau européen et des États membres.

Ce dialogue des juges européens et nationaux non seulement semble être caractérisé, comme l'exige d'une manière générale l'art. 6, par. 3, TUE, par un esprit de coopération, à tel point que le Président actuel de la CCF, Andreas Voßkuhle, caractérise l'ensemble des cours constitutionnelles, y compris la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, comme un

²⁶ «*Embedded autonomy*», voir pour les détails: I. PERNICE, *Autonomy of the European Legal Order – Fifty Years after Van Gend & Loos*, dans A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (éds.), *50^{ème} Anniversaire de l'arrêt 50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013, Actes du Colloque Luxembourg, 13 mai 2013 – conference proceedings Luxembourg, 13 May 2013*, Luxembourg, 2014, p. 55 à 80. Dans le même sens déjà id., *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, Berlin 2006, p. 53 à 56.

²⁷ F. C. MAYER, M. WENDEL, *Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism. Querelle Allemande or Querelle d'Allemand?*, dans M. AVBELJ, J. KOMÁREK (éds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 127, 132 à 140.

²⁸ Voir les références *supra*, note 20. Cette approche théorique a été critiquée du point de vue de la théorie de droit, notamment, par M. JESTAEDT, 'Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation', dans R. KRAUSE et al. (éds.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für W. Blomeyer*, Berlin, 2004, p. 638, et également dans: C. CALLIESS (éd.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen 2007, p. 93 à 127, et R. BARENTS, *The Fallacy of European Multilevel Constitutionalism*, dans M. AVBELJ, J. KOMÁREK, (éds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 153. Pour la défense de cette approche voir respectivement: I. PERNICE, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, dans C. CALLIESS (éd.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen, 2007, p. 61; et Id., *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, *EuConst*, 11/2015, p. 541.

composite de juridictions constitutionnelles («*Verfassungsgerichtsverbund*») ²⁹. Ce qui est plus important, en outre, c'est que ce dialogue est loin d'être isolé et réservé aux juges et leurs institutions. En effet, c'est un dialogue public et ouvert aux réactions et critiques non seulement des cadres professionnels et académiques, mais également des médias et des citoyens en général. C'est d'ailleurs cette ouverture au public et donc le caractère profondément délibératif, d'où le judiciaire de l'Union, le tiers pouvoir, tire une grande partie de sa légitimité ³⁰.

IV. C'est depuis son arrêt dans l'affaire *Van Gend & Loos*, que la Cour de justice affirme le caractère nouveau de l'ordre juridique européen ³¹, dont elle souligne, depuis l'affaire *Costa c. ENEL* l'autonomie et la primauté ³². Dans l'affaire *Kadi I* elle insiste sur cette autonomie également vis-à-vis du droit international et, notamment, les actes du Conseil de sécurité de L'ONU ³³. Ceci aurait impliqué une nature constitutionnelle des traités, mais il fallait attendre l'affaire *Les Verts* où la Cour de justice a commencé à caractériser expressément le traité CEE comme «la charte constitutionnelle de base» de la Communauté européenne ³⁴. Ceci est devenu la jurisprudence constante, soit pour souligner comment se distinguent les traités européens des traités internationaux ³⁵, soit pour affirmer leur caractère obligatoire et incontournable pour les institutions ainsi que pour les États membres ³⁶. La Cour a rappelé, dans son avis 1/91 concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, «l'envergure constitutionnelle» d'une «telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles auraient été également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres» afin de conclure que l'adhésion dépasserait «par sa nature» les limites de l'art. 235 CEE sur lequel elle devait être fondée ³⁷. Enfin, dans l'avis 2/13 concernant le traité d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, c'est «le cadre constitutionnel» qu'elle décrit dans douze paragraphes et dont elle réclame le respect lors de l'interprétation et l'application des «droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte» ³⁸.

²⁹ A. VOSSKUHLÉ, *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *EuConst*, 6/2010, p. 175.

³⁰ Voir déjà I. PERNICE, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, *Europarecht*, 1996, p. 27, et *id.*, *CJEU Jurisprudence and the Audience: Making Law in a Public Discourse – Ten Years after cjeu Case C-144/04 Mangold*, dans J. CZUKZAI, F. NAERT (éds.), *The EU as a global actor – bridging legal theory and practice at the turn of the 21st century – Liber Amicorum Ricardo Gosalbo-Bono*, Leiden, 2017, p. 113, 115 à 119.

³¹ CJUE 5 février 1962, 26/62, *Van Gend en Loos*, p. 23.

³² CJUE 15 juillet 1964, 6/64, *Costa c. ENEL*, p. 1159 et 1160.

³³ CJUE 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi I*, point 282.

³⁴ CJUE 23 avril 1986, C-294/83, *Les Verts*, point 23.

³⁵ CJUE 14 décembre 1991, avis 1/91 (*Espace économique européen*), points 20 et 21: «le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit».

³⁶ CJUE 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi I*, point 281.

³⁷ CJUE 28 mars 1996, avis 2/94 (*CEDH I*), points 34 et 35 (le texte cité a été repris de CJUE 18 décembre 2004, avis 2/13, (*CEDH II*), point 38).

³⁸ CJUE 18 décembre 2004, avis 2/13 (*CEDH II*), point 177.

Ce cadre constitutionnel inclut, notamment, «la structure constitutionnelle de l'Union, qui se reflète dans le principe d'attribution des compétences visé aux art. 4, al. 1, et 5, al. 1 et 2, TUE, ainsi que dans le cadre institutionnel défini aux art. 13 TUE à 19 TUE». Il s'y ajoute les principes de l'autonomie, de la primauté et l'effet direct du droit de l'Union, tels que déjà reconnus dans la jurisprudence de la Cour, principes qu'elle énonce comme «caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union». Les droits fondamentaux figurent, selon la Cour, «au cœur de cette construction juridique»; mais la Cour fait également référence à «la poursuite des objectifs de l'Union» comme éléments du cadre constitutionnel, ainsi qu'au principe de la coopération loyale, énoncé à l'art. 4, al. 3, TUE, suivant lequel «il incombe aux États membres [...] d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union». Une attention particulière est enfin donnée ensuite au système juridictionnel de l'Union, dont «la clef de voute [...] est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'art. 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union [...] permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités»³⁹.

Il est difficile de nier une ressemblance de ce «cadre constitutionnel» aux caractéristiques connus de constitutions d'états; mais ce qui est plus important, c'est qu'en expliquant ce cadre constitutionnel la Cour se réfère à multiples reprises aux statuts, aux obligations et au rôle des États membres et de leurs institutions qui en font partie intégrante. Or, si la Cour ne parle pas de «constitution composée», ni de «*Verfassungsverbund*», une liaison étroite entre les constitutions nationales et le cadre constitutionnel de l'Union semble être reconnue, toutefois, dans les deux points 167 et 168:

«Ces caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'art. 1, deuxième alinéa, TUE, dans un «processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe».

Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'art. 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre».

Par cette reconnaissance du principe de la confiance mutuelle comme faisant partie du «cadre constitutionnel» de l'Union, la Cour non seulement établit le fondement constitutionnel commun de l'Union et des États membres qui les unifie, mais elle fait, en outre, allusion aux liens horizontaux entre États membres. Les deux aspects sont propres à l'idée du «*Verfassungsverbund*»⁴⁰, dans lequel les citoyens des États

³⁹ *Ibid.*, points 165 à 176.

⁴⁰ Voir à cet égard: I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014*, *Cah. droit eur.*, 2015, p. 47, 51 à 55.

membres se créent – par la citoyenneté de l'Union – un statut constitutionnel commun qui doit être la base d'une solidarité supranationale⁴¹. Le principe de la confiance mutuelle, déjà reconnu dans les affaires *Melloni* et *N.S.*⁴², est bien la base de la reconnaissance mutuelle dans plusieurs domaines du droit de l'Union et, notamment, dans l'espace de liberté, de sécurité et de droit. Il est également constitutif pour le fonctionnement du marché intérieur. S'il limite, d'une part, chaque État membre d'invoquer le respect de ses droits fondamentaux propres contre une obligation qui découle du droit de l'Union, il n'en reste pas moins, d'autre part, qu'il présuppose le respect fidèle, dans chaque État membre, des valeurs et des droits fondamentaux communs tels qu'ils sont reconnus par la Charte européenne des droits fondamentaux. Ceci justifie et exige, d'ailleurs, que les citoyens de chaque État membre s'intéressent – et doivent s'intéresser – aux développements constitutionnels et politiques des autres États membres faisant partie du projet commun qui est l'Union européenne⁴³.

Bien que l'on cherche en vain le terme «*Verfassungsverbund*» dans les arrêts de la Cour de Justice, l'avocat général Pedro Cruz-Villalón s'y réfère expressément dans ses conclusions à l'affaire *Åkerberg Fransson*⁴⁴. Il s'agissait d'un cas de grande importance pour la délimitation entre l'application des droits fondamentaux de la Charte et celle des droits fondamentaux nationaux à une mesure prise par une autorité nationale. L'art. 51 de la Charte, lu à la lumière des explications qui, aux termes de l'art. 6, al. 1, troisième sous-par. 3, TUE, doivent guider l'interprétation de la Charte, n'est pas clair à cet effet, bien que son libellé semble viser les actes qui mettent en œuvre le droit de l'Union uniquement. Ainsi, l'avocat général établit une relation de règle et d'exception dans l'interaction des deux ordres juridiques:

«À mon avis, si l'on analyse bien la structure constitutionnelle de base du groupe formé par l'Union et les États, qui a été qualifiée de «*Verfassungsverbund*» européen, le contrôle des actes des pouvoirs publics des États membres dotés d'une marge d'appréciation relève, par principe, de la compétence des États eux-mêmes dans le cadre de leur ordre constitutionnel et des obligations internationales qu'ils ont contractées.

Toutefois, ce principe est assorti d'une exception qui a acquis une portée indéniable, dans les cas où les pouvoirs publics nationaux appliquent le droit européen tel qu'il figure actuellement dans la charte. La perception du rapport dialectique entre les deux scénarios en termes de principe et d'exception est, à l'heure actuelle, toujours justifiée à nos yeux»⁴⁵.

Tout en reconnaissant que la portée et le contenu du droit de l'Union soit «variable dans le temps», il exclut, néanmoins, que cette relation soit renversée:

«[...] le principe en tant que tel renferme, structurellement, une exception, pour

⁴¹ I. PERNICE, *Solidarität in Europa. Eine Ortsbestimmung im Verhältnis zwischen Bürger, Staat und Europäischer Union*, dans C. CALLIESS (éd.), *Europäische Solidarität und nationale Identität – Überlegungen im Kontext der Krise im Euroraum*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 25.

⁴² CJUE, 26 février 2013, C-399/11, *Melloni*, point 63; CJUE, 21 décembre 2011, C-411/10 et 493/10, *N.S.*, point 79.

⁴³ I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue. Remarques à propos d'un avis surprenant de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014*, *Cah. droit eur.* 2015, p. 55.

⁴⁴ Voir concl. AG CRUZ-VILLALÓN, 12 juin 2012, C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, points 35 et 38.

⁴⁵ *Ibid.*, points 35 et 36.

autant que le terme «*Verfassungsverbund*» ait un sens pour décrire constitutionnellement l'Union. À mon avis, le fait de concevoir cette exception en ce sens qu'elle est susceptible de se transformer en principe ne répond pas à l'idée fondamentale que je viens d'exposer».

En l'occurrence, la mesure en cause n'était pas qualifiée comme constituant une «mise en œuvre» du droit de l'Union, et la Cour n'était pas considérée compétente pour s'y prononcer⁴⁶. Si la Cour de justice n'a pas suivi les conclusions de son avocat général à cet égard, ce n'est pour s'opposer à cette distinction entre principe et exception, mais elle a donné au critère de la mise en œuvre une interprétation plus large, inspirée par les explications relatives à l'art. 51 de la Charte: les droits fondamentaux garantis par la Charte doivent «être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union»⁴⁷. Sur cette base la Cour a qualifié une réglementation nationale qui prévoit une sanction fiscale pour le cas de fraude susceptible de mettre en cause la perception de l'intégralité de la TVA prévue par une directive européenne comme constituant une «mise en œuvre» du droit de l'Union⁴⁸. La Cour ajoute – en passant – que les droits fondamentaux des États membres peuvent, pourtant, s'appliquer en parallèle:

«Dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union [...] pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union»⁴⁹.

Cette concession visant à exprimer le respect vis-à-vis des juges nationaux dans leur rôle de protection des droits fondamentaux au niveau national, pourtant, n'a pas pu éviter une critique assez grave de la part de la CCF, qui n'a pas tardé de constater que:

«Dans l'esprit d'une bonne coopération cette décision (sc. *Åkerberg Fransson*) ne doit pas être lue dans un sens qui résulterait évidemment d'un acte *ultra vires* ou mettrait en cause la protection effective des droits fondamentaux des États membres au point d'affecter l'identité de l'ordre constitutionnel établi par la loi fondamentale»⁵⁰.

Il est difficile de nier que ce dialogue vise un sujet entièrement constitutionnel, non seulement à l'égard du sujet des droits fondamentaux, mais également en ce qui concerne la répartition des compétences dans un ensemble dont un élément ne peut pas être interprété sans considérer l'autre. Malgré cet avertissement clair vers la Cour de justice, depuis peu, la CCF semble assumer une attitude plus souple et coopérative; au-delà, elle n'évite plus le terme constitution dans la description de l'Union européenne et la relation entre son droit (primaire) et le droit national. Dans un effort de justification son pouvoir de contrôle pour protéger l'identité constitutionnelle vis-à-vis un mandat d'arrêt européen⁵¹, mais également dans l'arrêt final

⁴⁶ *Ibid.*, point 64.

⁴⁷ CJUE, 26 février 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, point 21.

⁴⁸ *Ibid.*, points 25 et 28.

⁴⁹ *Ibid.*, point 29, avec référence à l'arrêt *Melloni* (CJUE, 26 février 2013, C-399/11, *Melloni*), point 60.

⁵⁰ CCF 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, *Antiterrordatei*, point 91 (ma traduction).

⁵¹ CCF 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Mandat d'arrêt*, point 44 (ma traduction de la version

de l'affaire *OMT*, la CCF confirme par des mots identiques que le contrôle de l'identité qu'elle assume avoir la compétence n'est pas contraire au principe de la coopération loyale prévue à l'art. 4, al. 3, TUE, mais qu'elle correspond à la construction institutionnelle de l'Union, décrite comme suit:

«L'Union européenne est une association d'états souverains (*Staatenverbund*), de constitutions (*Verfassungsverbund*) [note du traducteur: parfois appelé *multilevel constitutionalism*], des administrations (*Verwaltungsverbund*) and des cours (*Rechtssprechungsverbund*) [note du traducteur: parfois appelé *multilevel cooperation of courts*]⁵².

Si la CCF utilise le terme «constitution» relatif aux traités européens, elle rappelle sa jurisprudence ancienne, depuis 1967, où elle avait déjà constaté que ces traités «constituent, en quelque sorte, la constitution de cette communauté»⁵³. Quatorze années plus tard, elle avait précisé, en plus, que le transfert de compétences prévu dans l'art. 24, al. 1, de la Loi fondamentale, sur lequel était basé l'établissement de la Communauté européenne, constituerait une entrave dans, et une modification de l'ordre constitutionnel des compétences, et donc une modification de la constitution au sens matériel⁵⁴. Un tel effet ne peut pas exister entre deux constitutions isolées; il présuppose bien un lien matériel qui les lie ensemble. Si le nouvel art. 23, al. 1, de la Loi fondamentale, introduit avant la ratification du traité de Maastricht, en a tiré les conséquences par la référence, pour toute modification des traités européens qui modifierait (implicitement) la Loi fondamentale, aux dispositions de l'art. 79, al. 2 et 3, de la Loi fondamentale qui fixe la procédure et les conditions des modifications de la constitution, il semble loisible de conclure que le lien entre les deux niveaux constitutionnels, décrit par le terme d'«association de constitutions» a trouvé une reconnaissance en droit positif.

Reste la question de savoir comment le recours au concept de «*Verbund*» (association) contribuerait à fonder ce que la CCF cherche à justifier. Un élément de réponse se trouve dans les réflexions que le Président de la CCF a développées en 2010 dans son article sur la coopération à multiples niveaux des cours constitutionnelles européennes:

«Le concept du *Verbund* aide à décrire l'opération d'un système complexe à multiples niveaux sans déterminer les techniques exactes de l'interaction. Le terme *Verbund* permet de renoncer à des concepts d'espace ou d'hérarchie hyper-simplistes tels que la «supériorité» ou de la «subordination». Par contre, il ouvre la possibilité d'une description différenciée basée sur des aspects systématiques différents tels

anglaise), arrêt dans une affaire similaire à celle qui faisait l'objet de l'arrêt *Melloni*, à laquelle la CCF fait même référence.

⁵² *Ibid.*, par. 140.

⁵³ CCF 18 octobre 1967 – 1 BvR 248/63 et 216/67, point 13, accessible sur le site: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022293.html> (visité le 2 octobre 2017), et, plus prudent, par contre, CCF 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, *Lissabon*, point 231, où elle constate: «La "Constitution de l'Europe", droit conventionnel international ou droit primaire, reste un ordre fondamental dérivé» (ma traduction de la version anglaise officielle, à consulter sur: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html (visité le 15 octobre 2017).

⁵⁴ CCF 23 juin 1981, 2 BvR 1107, 1124/77 et 195/79, *Eurocontrol*, point 105 (BVerfGE 58, 1, 35).

qu'unité, différence et diversité, homogénéité et pluralité, délimitation, interaction et participation. L'idée de *Verbund* inclus également l'autonomie, la considération et la capacité d'agir en commun»⁵⁵.

L'abandon de toute allure hiérarchisée et de supériorité d'un des deux ordres juridiques et de la subordination de l'autre, combiné avec le respect réciproque tel que suggérée, signale un changement fondamental d'attitude dont certaines traces commencent à se trouver dans la jurisprudence récente de la CCF. Il suffit de lire à ce propos les explications très détaillées des termes de la relation de coopération entre les juridictions constitutionnelles aux deux niveaux, ainsi que le résultat de l'arrêt final *OMT*⁵⁶, qui est marqué par le principe de convivialité avec le droit européen («*Europarechtsfreundlichkeit*») et paraît relativement conciliable comparé aux termes provoquants du renvoi préjudiciel⁵⁷.

Abandonner la conception hiérarchique dans la relation entre le droit européen et le droit national était déjà ce que Tizzano avait suggéré en 2010 comme solution pratique, et il avait évoqué le principe de la coopération⁵⁸. La coopération devait avoir pour objectif commun d'assurer une protection effective des droits des citoyennes et citoyens européens à plusieurs niveaux. C'est une obligation commune des juges qui, au lieu de se livrer à des attitudes compétitives quant à leurs compétences respectives, devaient se plier au besoin d'une rationalité et cohérence du système pluraliste de protection juridique dans l'esprit de la coopération loyale⁵⁹. C'est leur tâche commune, au service des particuliers, une coopération fondée sur les valeurs communes qui se manifeste par le dialogue formel de la procédure préjudicielle⁶⁰, mais également par un dialogue informel entre cours et juges, les académiques, la doctrine⁶¹ – et le grand public. Tizzano sollicite à cet égard les perspectives positives du pluralisme des juridictions qui est à la source d'une juridiction constitutionnelle européenne et basée sur la confiance mutuelle des instances qui y participent, pour évoquer les forces qui peuvent apporter la solution à des situations qui, à l'époque, pouvaient être qualifiées de dangereuses pour le processus de l'intégration européenne⁶².

⁵⁵ A. VOSSKUHLÉ, *Multilevel cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *EuConst*, 6/2010, p. 183 et 184 (ma traduction de l'anglais).

⁵⁶ CCF 16 juin 2015, C-62/14, *OMT*, points 115 à 173.

⁵⁷ CCF 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, *OMT*. Pour la critique, voir Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy*, *EuConst*, 10/2014, et I. PERNICE, *Guest Editorial: A Difficult Partnership between Courts: The First Preliminary Reference by the German Federal Constitutional Court to the CJEU*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 21/2014, p. 3.

⁵⁸ A. TIZZANO, *Verfassungsgerichtshof*, dans R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Turin, 2014, p. 6.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 7

⁶⁰ *Ibid.*, p. 7 à 9.

⁶¹ Pour ce qui concerne le rôle de la doctrine («*Rechtslehre*») pour des revirements de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, *ibid.*, p. 10.

⁶² Dans ce sens: *ibid.*, p. 10. Un exemple d'un tel esprit de coopération semble être le dialogue entre la CJUE et la Corte costituzionale italienne dans CJEU 8 septembre 2015, C-105/14, *Taricco*) et CJEU, 5 décembre 2017, C-42/17, *M.A.S.*, où la Cour précise l'obligation des États membres en vertu de l'art. 325 TFEU à la lumière des droits des accusés découlant du principe de légalité des délits et des peines tel que garantis par l'art. 49 de la Charte des droits fondamentaux et comme il fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

V. Vue de la perspective du citoyen qui est la source de la légitimité de tout ordre constitutionnel, cette obligation de coopération qui implique le respect et la confiance mutuelle sans attitudes hiérarchiques entre les acteurs semble être une expression normative de la structure même de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne qui se compose d'éléments nationaux et supranationaux. Ce que l'on peut appeler «*Verfassungsverbund*» est donc l'ensemble, dans un sens matériel, des deux niveaux constitutionnels, partiels et complémentaires, que se sont créés les citoyennes et citoyens des États membres en constituant, au-delà de leurs régions et États respectifs, l'Union européenne et, par là, un statut commun de citoyenneté de l'Union. Tel doit avoir été l'image qui a guidé Koen Lenaerts, dans un discours à Berlin en 2014 sur la relation entre la Cour de justice et les cours constitutionnelles des États membres, lors de la recherche d'une répartition appropriée des responsabilités qu'il propose au lieu d'une classification au sens d'une sur – ou subordination – recherche qui devait prendre en considération la protection de l'identité constitutionnelle des États membres, d'une part, et des exigences de l'Union européenne en tant que «*Verfassungsverbund*», d'autre part⁶³. Non seulement a-t-il évoqué les recours préjudiciels de la Cour suprême irlandaise dans l'affaire *Pringle* et celle de la CCF dans l'affaire *OMT* comme preuve de confiance et pour démontrer comment les juridictions nationales participent dans le développement du droit de l'Union⁶⁴. Mais il explique également le «pluralisme constitutionnel», à l'exemple des affaires *Omega* et *Sayn-Wittgenstein*, où la Cour de justice avait donné priorité aux exigences fondamentales de la constitution nationale, tandis que dans l'affaire *Lantová* la Cour constitutionnelle tchèque aurait méconnu une valeur fondamentale du droit de l'Union⁶⁵.

Il en résulte que la coopération juridictionnelle et le dialogue que permet la procédure préjudicielle s'avèrent comme les instruments formels primordiaux qui, en reconnaissant la nécessité du respect de la primauté du droit de l'Union et, en même temps, le respect des identités constitutionnelles des 28 États membres et la diversité des valeurs qu'elle représentent; et assurent que les juridictions nationales et européens seront à la hauteur de leurs responsabilités partagées dans l'accomplissement de leur tâche commune vis-à-vis les citoyennes et citoyens de l'Union, d'assurer le respect du droit dans chaque cas d'espèce. Si c'est par l'Union européenne et sa constitution composée que «nous unissons les hommes», les juges peuvent bien contribuer ainsi, par leurs moyens, à la réalisation de ce projet de paix en Europe.

⁶³ K. LENAERTS, *Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten*, *Europarecht*, 50/2015, p. 1, voir également *ibid.*, 25 et 26, avec référence à A. VOSSKUHL.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 7. Voir également pour des questions d'interprétation du droit de l'Union dans l'affaire *Bressol* (CJUE 23 avril 2010, C-73/08, *Bressol*), *ibid.*, p. 10, exemple pour la confiance mutuelle des deux cours.

⁶⁵ LENAERTS, *op. cit.*, p. 20 et 21.