

Les rapports entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales

par VASSILIOS SKOURIS

SOMMAIRE: Introduction. — II. L'interpénétration sur le plan personnel. — III. Les relations institutionnelles. — IV. En particulier: la procédure préjudicielle: *a)* La capacité des juridictions constitutionnelles à saisir la Cour à titre préjudiciel; *b)* La position de la Cour constitutionnelle italienne; *c)* La fréquence des demandes préjudicielles provenant des juridictions constitutionnelles. — V. Points de friction entre les juridictions constitutionnelles et la Cour de Justice: *a)* Les droits fondamentaux nationaux pris en tant que critère d'évaluation de normes juridiques nationales assurant la transposition du droit communautaire; *b)* La position du Conseil constitutionnel français; *c)* L'examen de la constitutionnalité des lois portant approbation des traités européens; *d)* Lois d'approbation déclarées constitutionnelles sous réserve; *e)* Les compétences de contrôle revendiquées par le Bundesverfassungsgericht; *f)* Interprétation authentique du droit primaire par les juridictions constitutionnelles des États membres?; *g)* Menace de conflit avec les compétences de la Cour de justice européenne. — VI. Perspective.

I. L'augmentation, considérable, du nombre de juridictions constitutionnelles nationales présentes au sein de l'Union européenne à la suite des élargissements de 2004 et 2007 n'a pas précisément simplifié les délicates relations entre ce groupe spécifique de juridictions et la Cour de justice. Au cœur du problème se trouve la question essentielle de déterminer si les caractéristiques et les compétences spécifiques des juridictions constitutionnelles justifient d'apprécier leurs rapports avec la Cour de justice différemment de ceux que celle-ci entretient avec les autres juridictions nationales. Autrement dit: dans quelle mesure les principes et critères développés pour la coopération entre la Cour de justice européenne et les juridictions nationales s'appliquent-ils également aux juridictions constitutionnelles?

II. Les relations entre la Cour et les juridictions constitutionnelles peuvent être personnelles ou institutionnelles. L'interpénétration sur le plan personnel peut résulter de l'envoi à Luxembourg de

juges des juridictions constitutionnelles nationales ou de la nomination de membres de la Cour ayant achevé leur mandat à des postes au sein des juridictions constitutionnelles de leurs pays respectifs. Il ne faut ni sous-estimer ni méconnaître cet aspect personnel, tant il est vrai que les ex juges constitutionnels apportent à notre travail l'expérience notable obtenue dans leurs fonctions antérieures, tandis que les juges ou avocats généraux qui nous quittent pour intégrer des juridictions constitutionnelles peuvent utilement se prévaloir dans leurs nouvelles fonctions des connaissances acquises à Luxembourg. Si mes comptes sont bons, on dénombre au moins dix exemples de cette interpénétration personnelle dans les deux directions.

III. Concernant les relations institutionnelles, il faut tout d'abord rapporter que nous recherchons activement et entretenons le contact avec les juridictions constitutionnelles nationales, que nous participons régulièrement aux manifestations qu'elles organisent sur les plans national, européen ou international, que nous recevons souvent des délégations de diverses juridictions constitutionnelles à Luxembourg et que nous attachons une grande importance à ces rencontres, parce qu'elles nous permettent de discuter librement avec nos collègues et d'aborder en toute franchise des évolutions problématiques. Nous ne manquons certes pas d'occasions de réunions bilatérales ou multilatérales, qui sont utiles à tous pour communiquer des informations, des idées, mais aussi des inquiétudes. Grâce à cet échange d'informations sur les questions qui nous occupent, nous savons tous très exactement ce que nous faisons et connaissons notre jurisprudence respective.

Le deuxième volet des relations institutionnelles avec les juridictions constitutionnelles est de nature formelle, parce qu'il repose sur les traités et parce qu'il place le dialogue avec les juridictions nationales lors de l'interprétation et de l'application du droit communautaire au centre des observations qui vont suivre. Plus précisément, il s'agit de la coopération, désormais bien rôdée, par le truchement de cet instrument unique qu'est le renvoi préjudiciel, où la Cour se prononce, à l'occasion de litiges portés devant les juridictions nationales, sur l'interprétation des traités et du droit dérivé, d'une part, ainsi que sur la validité des actes communautaires adoptés sur le fondement des traités, d'autre part ¹.

¹ Article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

IV. La procédure dite de décision préjudicielle, qui a largement prouvé son intérêt au cours des cinquante années écoulées, reste à tous égards le principal instrument de développement, de mise en oeuvre et d'évolution du droit communautaire. Elle fournit le plus important contingent d'affaires tranchées par la Cour² et il n'est pas osé de dire que cette forme de coopération entre le juge national et la Cour est avantageuse pour les deux parties parce qu'elle repose sur une division claire des tâches. L'interprétation et l'application du droit national, même d'origine communautaire, restent de la compétence exclusive du juge national. La Cour doit interpréter le droit communautaire ou en vérifier la validité, en laissant à la juridiction de renvoi le soin de trancher le litige dont elle est saisie sur la base des indications qu'elle lui a fournies. Le droit national reste donc le domaine réservé des juridictions nationales et la Cour se concentre sur le droit communautaire, pour que celui-ci soit interprété et appliqué de façon uniforme dans tous les États membres. Le concept sur lequel se fonde la procédure de décision préjudicielle est donc relativement simple. Il est néanmoins également caractérisé par la distinction suivante: si les juridictions nationales agissent en première ou en deuxième instance, où elles sont soumises au contrôle de juridictions de rang supérieur, elles *peuvent* s'adresser à la Cour, alors qu'elles *doivent* le faire lorsqu'elles statuent en dernier recours. L'obligation absolue de saisir la Cour n'existe pas lorsque l'interprétation du droit communautaire est certaine, c'est-à-dire lorsqu'une jurisprudence bien établie a déjà tranché la question, ou lorsqu'elle est évidente au point de ne laisser aucune place à un doute raisonnable³.

a) Si nous appliquons le concept décrit ci-dessus aux juridictions constitutionnelles des États membres, force est de constater que, ayant le rang le plus élevé dans leurs pays respectifs, ces juridictions relèvent de la deuxième catégorie, de sorte qu'elles sont tenues de saisir la Cour si les conditions du renvoi préjudiciel sont remplies. Cela ne crée pas de hiérarchie entre la Cour et les juridictions constitutionnelles, pas plus que la procédure préjudicielle n'introduit de rapport de sujétion: il s'agit bien plutôt d'une véritable coopération, dans laquelle les deux parties assument et respectent

² En 2006, la Cour de justice a été saisie de 537 affaires, dont 251 demandes de décision préjudicielle. En 2007, il s'agissait de 580 affaires nouvelles, dont 265 demandes de décision préjudicielle; ces chiffres sont passés en 2008 à respectivement 592 affaires nouvelles, dont 288 préjudicielles.

³ Doctrine dite de « l'acte clair »: arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, *Cilfit e.a.* (aff. 283/81, *Rec.*, p. 3415), points 14 et 16.

leurs compétences respectives. Et il se trouve que cette coopération fonctionne effectivement au niveau des juridictions constitutionnelles, dont certaines utilisent la procédure préjudicielle pour permettre à la Cour de prendre position sur des questions importantes pour le droit communautaire. C'est ainsi que nous avons été saisis de demandes préjudicielles de la part des juridictions constitutionnelles autrichienne, belge, lituanienne ainsi qu'italienne ⁴.

b) Pour donner une image exhaustive des relations entre les juridictions constitutionnelles et la Cour de justice européenne, il faut rapidement évoquer la manière dont la Cour constitutionnelle italienne a récemment, après une longue période d'hésitation, accepté de saisir la Cour à titre préjudiciel. Elle avait en effet longtemps refusé de se considérer comme une juridiction au sens des dispositions du traité relatives à la procédure préjudicielle, estimant que ses compétences constitutionnelles spécifiques ainsi que sa position d'organe constitutionnel, chargé de contrôler la conformité à la constitution en dernière instance, s'opposaient à cette qualification ⁵. Par la décision de renvoi du 15 avril 2008, elle s'est pour la première fois adressée à la Cour de justice ⁶. Elle expose dans cette décision que la faculté de saisir la Cour à titre préjudiciel s'apprécie au regard non pas du droit national, mais du droit communautaire, de sorte que sa qualité d'organe constitutionnel ne s'oppose pas à la présentation d'une demande préjudicielle. Dans le cadre de procédures de contrôle de constitutionnalité qui ne sont pas portées devant une juridiction normale, mais sont directement soumises à la

⁴ Voilà la liste figurant à la note de bas de page n°13 des conclusions du 2 juillet 2009, rendues par l'avocat général Kokott dans l'affaire C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione autonoma della Sardegna*: des demandes préjudicielles formées par le Verfassungsgewichtshof (Autriche) ont donné lieu aux arrêts du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, *Rec.* p. I-8365, ci-après l'arrêt *Adria-Wien Pipeline*); du 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam* (C-171/01, *Rec.*, p. I-4301), et du 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.* (C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Rec.*, p. I-4989). Des demandes émanant de la Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage) (Belgique) ont donné lieu à l'arrêt du 16 juillet 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins* (C-93/97, *Rec.*, p. I-4837); à l'ordonnance du 1^{er} octobre 2004, *Clerens* (C-480/03), ainsi qu'aux arrêts du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a.* (C-305/05, *Rec.*, p. I-5305), et du 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon* (C-212/06, *Rec.*, p. I-1683). Sont encore pendantes devant la Cour les affaires *Bressol e.a.* (C-73/08) et *Base e.a.* (C-389/08). Récemment, la Cour constitutionnelle belge a encore saisi la Cour des affaires C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*, et C-306/09, *I.B./Conseil des ministres*. En dernier lieu, la Cour, saisie par la Konstitucinis teismas (Cour constitutionnelle) (Lituanie), a rendu l'arrêt du 9 octobre 2008, *Sabatauskas e.a.* (C-239/07, *Rec.*, p. I-7523).

⁵ Arrêt n° 536 du 29 décembre 1999, consultable à l'adresse www.cortecostituzionale.it.

⁶ Arrêt de la Cour del 17 novembre 2009, Appaure C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione autonoma della Sardegna*, non encore publié au Recueil.

Cour constitutionnelle, cette dernière serait la seule institution appelée à statuer au niveau de l'État membre. L'intérêt de droit communautaire à une application uniforme du droit communautaire serait fortement compromis si, dans une telle situation, la Cour constitutionnelle ne pouvait saisir la Cour de justice à titre préjudiciel.

c) Nonobstant les exemples que nous avons cités, il faut bien admettre que les juridictions constitutionnelles occupent une position plutôt marginale si l'on compare le nombre de demandes préjudicielles qu'elles déposent au total des procédures préjudicielles traitées par la Cour. Si nous en recherchons les raisons, nous voyons clairement que, à la différence des autres tribunaux, les juridictions constitutionnelles sont plutôt rarement saisies de questions ayant trait au droit communautaire. S'il s'agit de litiges relatifs à la structure et au fonctionnement des organes de l'État, il n'y aura normalement guère de points de rattachement au droit communautaire. Il peut en aller autrement lorsque les droits fondamentaux sont en cause et qu'une juridiction constitutionnelle doit dire si des mesures prises par les institutions étatiques pour transposer ou exécuter du droit communautaire sont compatibles avec les droits fondamentaux ancrés dans la constitution nationale ou avec les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel en cause.

V. L'examen de la réalité, pour déterminer si et dans quelle mesure des problèmes sont apparus dans les rapports entre les juridictions constitutionnelles et la Cour de justice, montre que des tensions peuvent naître dans deux cas de figure, lorsque et parce que les juridictions constitutionnelles sont saisies de litiges dans lesquels le droit communautaire et la constitution nationale peuvent tous deux servir de critère d'appréciation juridique et de validité d'actes juridiques nationaux⁷.

Le premier cas de figure concerne l'examen de la constitutionnalité de dispositions nationales mettant en oeuvre le plus souvent des directives, mais également d'autres textes communautaires; le deuxième cas de figure se présente lorsque des juridictions constitutionnelles doivent examiner la constitutionnalité de lois nationales

⁷ Voir l'ordonnance que la Cour constitutionnelle allemande a rendue dans une procédure de contrôle de constitutionnalité relative à un texte allemand de transposition de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (BVerfG, ordonnance du 13 mars 2007, 1 BvF 1/05, NVwZ, 2007, p. 937).

portant approbation des traités constitutifs, y compris des traités de révision.

a) Lorsqu'une juridiction constitutionnelle doit dire si des normes internes de transposition du droit communautaire sont conformes aux droits fondamentaux de la constitution nationale, une décision négative quant à la constitutionnalité de la norme attaquée peut avoir des effets sur la validité de la directive transposée si — comme c'est souvent le cas — le texte national reprend mot pour mot le texte communautaire ou le paraphrase. La solution est alors d'entamer une procédure préjudicielle, puisque les juridictions nationales peuvent saisir la Cour de la validité du droit communautaire dérivé, et le font d'ailleurs, afin que le juge communautaire examine la directive litigieuse au regard de sa compatibilité avec les droits fondamentaux européens et la déclare invalide le cas échéant⁸. Nul ne peut sérieusement contester que l'illégalité d'un acte juridique européen ne peut être constatée que par la juridiction chargée de contrôler directement (par le truchement du recours en annulation) ou indirectement (par le biais d'une procédure de décision préjudicielle) la régularité des actes juridiques communautaires. C'est cette simple réflexion qui justifie que, sans prétendre à un droit de contrôle exclusif, la Cour revendique cependant un monopole en matière de rejet des mesures des organes communautaires, afin de garantir que ces mesures soient uniformément applicables ou non sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

b) Dans ce contexte, la position du Conseil constitutionnel français mérite d'être évoquée, car cet organe occupant une position particulière dans l'ordre constitutionnel de son pays intervient généralement à titre préventif et peut empêcher, pour inconstitutionnalité, l'entrée en vigueur d'une loi adoptée par l'Assemblée nationale et par le Sénat. Dans de récentes décisions, le Conseil constitutionnel observe que, lorsque le projet de loi dont il est saisi se fonde sur du droit communautaire, il doit être apprécié à l'aune non de la constitution française, mais du droit communautaire à transposer, manifestant ainsi que les lois nationales doivent avant tout être appréciées au regard de leur compatibilité avec le droit

⁸ Arrêt de la Cour du 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* (sur demande de décision préjudicielle de la Cour constitutionnelle belge, *Rec.*, p. I-5305).

communautaire. La constitution n'entrerait en jeu que si ses principes de base étaient atteints ⁹.

Le Conseil constitutionnel justifie l'emploi du texte de droit communautaire à transposer comme critère de référence par le fait que la constitution française prévoit en son article 88-1 la participation de la République française à l'Union européenne et le transfert de certains droits souverains à cette dernière, de sorte qu'une transposition irrégulière constituerait aussi une violation de la constitution. Sur le plan procédural, il faut observer que le Conseil constitutionnel invite les tribunaux à entamer le cas échéant une procédure préjudicielle, tout en se réservant pour lui-même le droit de se prononcer sur la compatibilité de la loi nationale avec le droit communautaire. Il justifie sa position par les délais très courts que l'article 61 de la constitution française lui impose dans le cadre du contrôle préventif de la constitutionnalité des normes ¹⁰.

c) Le deuxième cas de figure, qui pose le plus de difficultés, concerne la constitutionnalité des lois d'approbation d'une révision d'un traité. Une juridiction constitutionnelle ne peut ni ne doit se soustraire à cette tâche lorsque est en cause la constitutionnalité d'une loi nationale. Dans ce cadre, il peut arriver qu'elle conclue à l'inconstitutionnalité de la loi de ratification et, en dernière analyse, de la révision du traité, provoquant ainsi un conflit constitutionnel qu'il faudra arbitrer. Si la ratification doit se faire malgré tout, la seule solution est une modification de la constitution, afin de rétablir la constitutionnalité d'une part et de permettre l'entrée en vigueur de la révision du traité d'autre part. Cette méthode est parfaitement connue et elle est pratiquée pour éliminer les doutes d'ordre constitutionnel et simultanément permettre la ratification. Il n'est pas très vraisemblable, mais pas non plus totalement unimaginable, que la révision souhaitée entre en conflit avec des normes constitutionnelles faisant partie du noyau intangible de l'ordre constitutionnel, qui ne sont pas soumises à la procédure normale de révision de la constitution. Si j'ai bien conscience qu'il ne m'appartient pas de proposer une solution à cette délicate situation, il n'est pas moins

⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, ainsi que décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel 2006*, Paris 2006, p. 88 et s. et 120 et s.

¹⁰ V. SKOURIS, dans: MERTEN/PAPIER (éd.), *Handbuch der Grundrechte und Deutschland und Europa, Band VI/2, Europäische Grundrechte II – Universelle Menschenrechte*, C.F. Müller Heidelberg, 2009, § 171, *Nationale Grundrechte und europäisches Gemeinschaftsrecht*, p. 121 (140 et s.).

certain à mes yeux que cette solution doit être trouvée au niveau de l'État membre, car c'est aux États membres que revient la responsabilité de la ratification. En cas d'échec, c'est tout simplement le traité qui ne peut entrer en vigueur. Que l'on regrette ou non cet enchaînement, il a le mérite de déboucher sur une issue nette sur les plans à la fois politique et juridique. Il n'est en outre pas improbable, comme nous l'avons frôlé avec le traité de Lisbonne, et comme l'illustre bien l'échec du traité constitutionnel.

d) Cependant, le contrôle de constitutionnalité des lois portant approbation de révisions des traités suscite de vrais problèmes lorsque les juridictions constitutionnelles affirment la constitutionnalité, mais avec réticence et en assortissant leur décision de quantité de garanties et de réserves traduisant leur intention d'influencer voire d'empêcher que ne se produisent dans l'Union européenne des évolutions qui leur paraissent indésirables. La méthode est particulièrement problématique parce que la constitutionnalité de la loi d'approbation est appréciée non pas au regard du droit en vigueur, mais dans la perspective de risques réels ou supposés pour des principes constitutionnels généraux. L'objectif premier n'est pas d'éliminer le préjudice, mais de le prévenir. Il n'est certes pas réjouissant que les circonstances me contraignent de prendre position sur cette question, mais l'analyse des rapports entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales serait incomplète sans un commentaire de l'arrêt récemment prononcé par la deuxième chambre du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande) à propos du traité de Lisbonne ¹¹. Ne me demandez pas de commenter tous les passages qui prêtent à discussion, voire à critique: premièrement, ils sont très nombreux et deuxièmement, beaucoup d'entre eux ne relèvent pas de mon propos ¹². Vous comprendrez donc que je préfère me concentrer sur

¹¹ Arrêt de la deuxième chambre du Bundesverfassungsgericht du 30 juin 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09 – Loi portant approbation du traité de Lisbonne.

¹² Des observations critiques peuvent être trouvées chez W. FRENZ, *Unanwendbares Europarecht nach Massgabe des BVerfG?*, *EuZW* 2009, p. 297 et s.; M. NETTESHEIM, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, *NJW* 2009, p. 2867, et T. OPPERMANN, *Den Musterknaben ins Bremserhäuschen! Bundesverfassungsgericht und Lissabon-Vertrag*, *EuZW* 2009, p. 473. Pour une opinion favorable, voir K.F. GÄRDITZ/C. HILLGRUBER, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen*, *JZ* 2009, p. 872 et s. Les articles publiés dans *German Law Journal*, Vol. 10 No. 8/2009, p. 1201-1308, sont pour la plupart négatifs (par exemple C. SCHÖNBERGER, p. 1201 et s., D. HALBERSTRAM/C. MÖLLERS, p. 1241 et s., C. TOMUSCHAT, p. 1259 et s., A. GROSSER, p. 1263 et s., M. NIEDOBITEK, p. 1267 et s., et C. WOHLFAHRT, p. 1277 et s.).

deux aspects qui, du point de vue de la Cour de justice sont particulièrement problématiques.

e) Le Bundesverfassungsgericht revendique d'abord pour lui-même le droit d'examiner si les actes juridiques des organes européens et des institutions européennes respectent le principe de subsidiarité en restant dans les limites des droits souverains concédés en application du principe d'attribution. Ce processus, que le Bundesverfassungsgericht qualifie de contrôle des actes *ultra vires*, et qui inclut sans doute dans son objet la jurisprudence de la Cour de justice ¹³, serait complété, semble-t-il, par ce qu'il est convenu d'appeler un contrôle de l'identité constitutionnelle, pour déterminer si le noyau intangible de l'identité constitutionnelle du Grundgesetz est préservé ¹⁴. En clair, cela signifie que les mesures et décisions prises par les organes de l'Union peuvent être soumises à un double contrôle par le Bundesverfassungsgericht, le premier quant au respect des garanties que le Grundgesetz veut pérennes et le second quant au respect du principe de subsidiarité consacré dans les traités de l'Union.

Bien que le contrôle des actes *ultra vires* ne soit pas annoncé pour la première fois par le Bundesverfassungsgericht ¹⁵, il n'est pas douteux que la préservation de la subsidiarité en tant que condition de validité de tous les actes juridiques de l'Union européenne relève de la compétence de contrôle de la Cour de justice et est soumis à son monopole en matière d'annulation. Le traité de Lisbonne a ainsi instauré une procédure de recours particulière pour que, avec la participation des parlements des États membres, la question de la subsidiarité puisse être soumise à la Cour à un stade aussi précoce que possible ¹⁶. Cependant, même le contrôle de l'identité constitu-

¹³ BVerfGE 89, 155 (209 et s.): le Bundesverfassungsgericht fait une distinction entre l'élaboration jurisprudentielle du droit, qui respecte les limites du traité, et la création de normes juridiques qui n'est pas couverte par les traités en vigueur. Cependant, l'élaboration jurisprudentielle est le fait (notamment) des tribunaux, de sorte qu'il n'est pas exclu que la jurisprudence de la Cour soit soumise au contrôle des actes *ultra vires*.

¹⁴ BVerfG, *supra* note 13 (241 et s.).

¹⁵ BVerfGE 89, 155 (188): « À titre d'exemple, si des institutions européennes ou des organes européens utilisaient ou interprétaient le traité sur l'Union d'une façon qui ne serait plus couverte par le traité faisant l'objet de la loi d'approbation allemande, les actes juridiques découlant de ce traité ne pourraient produire aucun effet contraignant sur le territoire allemand. Les organes de l'État allemand seraient empêchés, pour des raisons de droit constitutionnel, d'appliquer ces actes en Allemagne. C'est pourquoi le Bundesverfassungsgericht examine le point de savoir si des actes juridiques des organes et institutions européens restent dans les limites des droits souverains conférés ou excèdent ces limites... ».

¹⁶ Voir l'article 8 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, du 13 décembre 2007. Sur la même question, V. SKOURIS, *Die Rolle des*

tionnelle — effectué exclusivement par rapport à la constitution nationale — à l'occasion de l'exercice concret par l'Union européenne des compétences qui lui ont été transférées est porteur de conflits potentiels parce que, pour déterminer si la partie non intégrable de l'identité constitutionnelle de l'État membre en cause a été violée, il soumet à l'appréciation de la juridiction constitutionnelle nationale des actes juridiques de l'Union européenne qui relèvent tous du contrôle de légalité exercé par la Cour de justice européenne, seule habilitée à les déclarer nuls ou invalides. Tant le contrôle des actes *ultra vires* que celui de l'identité constitutionnelle signifient en dernière analyse que des mesures des organes de l'Union peuvent être mises en cause dans 27 États membres, dans le cadre de 27 contrôles du respect du principe de subsidiarité suivis de 27 autres contrôles du respect de la partie non intégrable de l'identité de l'État membre en question. Pour décrire les conséquences en peu de mots et par référence à la théorie développée par un célèbre physicien d'origine allemande, nous assistons là à la mise en place d'une théorie de la relativité absolue des actes juridiques du droit dérivé.

f) La deuxième critique porte sur la revendication d'un droit d'interprétation authentique du droit primaire lorsque des droits souverains sont transférés à l'Union européenne dans des domaines particulièrement importants pour la démocratie. Les domaines essentiels d'action démocratique comprennent, selon le Bundesverfassungsgericht, la citoyenneté, l'administration de la justice pénale, le monopole de la force civile et militaire, les décisions fiscales en matière de recettes et de dépenses, y compris le recours à l'emprunt, le régime de la famille et de la formation, les règles relatives à la liberté d'opinion, de presse et d'association et même le traitement des convictions religieuses et philosophiques¹⁷. À supposer qu'un transfert de souveraineté soit possible dans tous ces domaines, les dispositions qui l'aménagent devraient impérativement être d'interprétation stricte. Le Bundesverfassungsgericht confirme cette idée pour les compétences créées ou renforcées par le traité de Lisbonne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et pénale et il souligne que, en raison de l'impact particulier des normes pénales et de procédure pénale sur l'autodétermination

Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, exposé présenté à l'occasion de la conférence « Europa fängt zu Hause an », Europäische Subsidiaritätskonferenz 2006, 18 et 19 avril 2006, St. Pölten.

¹⁷ BVerfG, *supra* note 13 (252 et s.).

démocratique, les compétences correspondantes prévues par les traités sont d'interprétation stricte — en aucun cas extensive — et leur utilisation requiert une justification particulière¹⁸. Pour parer au risque d'inconstitutionnalité, les organes de l'Union européenne seraient tenus d'exercer leurs compétences de manière à ce que les États membres gardent, tant en volume que dans la substance, des champs d'activité d'un poids suffisant, sans lesquels il n'y a juridiquement et pratiquement pas de démocratie vivante¹⁹.

g) L'on peut certes être en désaccord sur ce que sont les domaines particulièrement importants pour la démocratie. L'on peut se demander par exemple en quoi les décisions de base en matière de recettes et de dépenses fiscales, le façonnage sociopolitique des conditions de vie ou les questions d'éducation, de formation et d'organisation des médias sont plus indissolublement liées à l'autodétermination démocratique que d'autres tâches de l'État et si ces domaines ne sont pas au moins autant en contact avec le marché intérieur, touchant ainsi à des principes de base de l'ordre fondamental de l'Union. Si la pertinence en termes de sauvegarde de la démocratie doit placer le transfert de souveraineté effectué par les traités sous le contrôle des juridictions constitutionnelles nationales, qui pourraient statuer sur le contenu de ce transfert, en revendiquant par là le pouvoir d'interprétation authentique du droit primaire pertinent, alors nous aurons affaire à un conflit avec les compétences d'interprétation du droit primaire conférées à la Cour de justice européenne. Les traités constitutifs ne laissent aucune place au doute quant au fait que l'interprétation déterminante du droit primaire et du droit dérivé revient, en vertu d'une division des tâches parfaitement cohérente entre juridictions nationales et juridictions communautaires, à ces dernières puisque l'article 220 CE dispose depuis toujours que les juridictions communautaires « assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Si la Cour de justice n'a pas le monopole de l'interprétation du droit de l'Union qui est directement applicable dans les États membres, elle a cependant le dernier mot en la matière. Si ce dernier mot conclut que le transfert de souveraineté effectué par les traités dépasse ce qu'une juridiction constitutionnelle considère comme autorisé par la constitution nationale, cela ne saurait signifier que la responsabilité

¹⁸ BVerfG, *supra* note 13 (352 et 358).

¹⁹ BVerfG., *supra* note 13 (351).

de l'interprétation authentique du droit primaire se trouverait soudainement transférée à cette juridiction constitutionnelle. Aucune argumentation de théorie constitutionnelle, aussi subtile soit-elle, ne doit conduire à ce que la tâche de garantir le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités constitutifs, confiée à la Cour de justice par l'article 220 CE, tombe soudainement dans le champ des compétences d'une ou plusieurs juridictions constitutionnelles. L'interprétation authentique du droit primaire comme du droit secondaire pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne est et reste la plus importante des fonctions de la Cour.

VI. Les considérations que je viens de développer n'entendaient nullement donner l'impression que nous serions face à une situation dramatique aux conséquences imprévisibles pour l'intégration européenne. En effet, une grande partie de ce qui est, semble-t-il, considéré comme indésirable ou sujet à caution est déjà réalisable sur la base des traités existants, si la volonté politique d'approfondir l'intégration est présente. C'est pourquoi on ne peut s'empêcher de penser que, loin d'être indissolublement liées au sort du traité de Lisbonne, les inquiétudes exprimées par le Bundesverfassungsgericht s'adressent à l'évolution de l'Union européenne en général. Nous nous souvenons encore des avertissements très clairs lancés par le Bundesverfassungsgericht dans son arrêt sur le traité de Maastricht au sujet d'une élaboration jurisprudentielle du droit par la Cour de justice ²⁰ qui irait trop loin et ne serait pas couverte par le principe d'attribution. Cependant, il serait contreproductif et indigne de la réputation du Bundesverfassungsgericht et de la place qu'il occupe de déceler dans mes observations une sorte de règlement de compte. Mon propos est bien plutôt de montrer comment nos rapports avec les juridictions constitutionnelles nationales peuvent engendrer des conflits, afin que chacun soit mis face à ses responsabilités.

En conclusion, force est de dire que les juridictions constitutionnelles n'occupent aucune position particulière en ce qui concerne la coopération prévue par les traités constitutifs entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Sans doute exercent-elles une grande influence dans leurs États respectifs et y assument-elles des missions d'une extrême importance. Mais, pour ce qui est de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union, leurs tâches sont les mêmes que celles d'autres juridictions, à cela près que les dispositions

²⁰ *Supra* note 15.

pertinentes du traité leur imposent de saisir la Cour lorsqu'elles ont des doutes sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes juridiques de celle-ci. La Cour de justice attache la plus grande importance à une coopération sans heurt avec les juridictions nationales dans le cadre de la procédure préjudicielle, dont le caractère unique et le succès sont incontestables.

Nous respectons la compétence exclusive et la responsabilité du juge national en matière d'interprétation et d'application du droit interne et nous en tenons compte; nous nous gardons de nous prononcer sur la validité de dispositions nationales et nous nous bornons délibérément et de façon ciblée à traiter les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union. Il appartient aux seules juridictions nationales de tirer les conséquences des décisions que nous prenons dans le cadre de la procédure préjudicielle; ainsi, la répartition des tâches est clairement soulignée et chaque partie se trouve nantie d'un champ d'activité qui lui est propre. Nul ne peut avoir un intérêt à voir apparaître des conflits de compétences qui, même résolus, laissent toujours des traces et perturbent durablement la nécessaire confiance mutuelle. Nous, les membres de la Cour de justice européenne, avons toujours été et restons fermement décidés à éviter les conflits de compétences avec les juridictions nationales, et *a fortiori* avec les juridictions constitutionnelles. Cependant, nul ne peut être surpris si cette circonspection s'arrête là où les compétences qui nous ont été confiées et que nous exerçons depuis un demi-siècle sont menacées. C'est aux juridictions communautaires qu'il appartient de garantir le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités européens et c'est une responsabilité à laquelle nous n'avons ni le droit ni l'intention de nous soustraire.

SUMMARY

The article focuses on the relationship between the ECJ and national constitutional courts, exploring the various forms of cooperation and exchange existing between them. Some examples of constructive dialogue as well as some actual and potential points of friction are discussed, with a special emphasis on the recent judgement of the Bundesverfassungsgericht concerning the ratification of the Lisbon Treaty. The author takes the view that while the Court always sought and continues to seek to avoid conflicts with national constitutional courts, it should nevertheless keep the last word on the interpretation of EU law and has no intention to relinquish such key responsibility.