



HAL
open science

Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire

Loïc Azoulai

► **To cite this version:**

Loïc Azoulai. Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire. Baptiste Bonnet. Traité des rapports entre ordres juridiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, pp.567 - 584, 2016, 9782275040424. hal-03567942

HAL Id: hal-03567942

<https://sciencespo.hal.science/hal-03567942v1>

Submitted on 12 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Repenser la primauté *L'intégration européenne et la montée de la question identitaire*

Loïc AZOULAI

Professeur à l'École de droit de Sciences Po Paris

Édouard DUBOUT

Professeur à l'Université Paris Est Directeur du Master Droit européen

I. LE DILEMME DE LA PRIMAUTÉ DANS LE MONDE TEL QU'IL EST

Dans son cours donné à l'Académie de droit international de La Haye sur « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », Hans Kelsen posait le problème des rapports entre « droit interne (État) et droit international » en termes de « rapports possibles entre deux systèmes de normes »¹. Il affirmait ainsi deux choses. D'une part, il se place du point de vue du possible. Cela signifie qu'une solution satisfaisante à ce problème exige de déplacer l'analyse du concret des solutions pragmatiques au terrain de la connaissance scientifique. La primauté d'un ordre juridique sur un autre, si elle a un sens, relève de la chose pensée. Elle est de l'ordre de la représentation mentale. Ainsi, si la primauté aboutit à « l'unité du droit en tant que système de toutes les règles juridiques en vigueur, tant les règles de droit interne que les règles de droit international », encore convient-il de préciser que « cette unité n'est en somme que l'expression de l'unité de la connaissance juridique »². Autrement dit, la primauté est d'abord « une unité de point de vue »³. D'autre part, il affirme que, de ce point de vue, les rapports entre droit interne et droit international ne peuvent être que des rapports systémiques : « ces rapports sont simplement ceux de deux systèmes de normes ou de règles »⁴. Appliquées au même objet, aux mêmes matières ou à la conduite des mêmes individus, les normes provenant de ces systèmes ne sauraient s'exclure ni même se contredire. En dernière analyse, « ce sont deux éléments d'un seul et même système juridique »⁵. La question des rapports entre deux ordres juridiques distincts ne peut se résoudre qu'en posant l'existence d'un « ordre total », unité supérieure au sein de laquelle l'un se trouvera nécessairement subordonné à l'autre⁶.

Partant de ces prémisses, le dilemme est bien connu. Si l'on veut, comme Kelsen, maintenir l'idée d'une existence stable de l'ordre juridique international et l'objectif de paix mon-

1. H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Rec. cours La Haye*, vol. XIV, 1926, spéc. p. 263.

2. *Ibid.*, spéc. p. 232.

3. *Ibid.*, spéc. p. 297.

4. *Ibid.*, spéc. p. 231.

5. *Ibid.*, spéc. p. 232.

6. *Ibid.*, spéc. p. 239.

diale qui y est attaché, il n'y aura d'autre option que d'établir que cet ordre constitue un « tout » à l'égard duquel chacun des États formant ordre juridique « n'est qu'un élément (...) un ordre partiel »⁷. Autrement dit, « le droit international est nécessairement supérieur au droit interne ; c'est l'ordre juridique interne qui est nécessairement partie intégrante de l'ordre juridique international »⁸. Un rapport de validation s'établit entre celui-ci et celui-là. Selon Kelsen, il en résulte, sur le plan pratique, que les tribunaux nationaux seront conduits à subordonner le droit interne au droit international. Les lois constitutionnelles de chacun des États devront leur donner compétence pour annuler les normes de droit interne contraires à un traité⁹. Toutefois, comme l'implique ce renvoi au droit interne, le rapport de validation étant effectué par le juge national, l'unité de point de vue qui en résulte ne saurait provenir ultimement que des normes qui instituent ce juge, c'est-à-dire de la Constitution nationale. Il n'en irait autrement que si la force juridique de la Constitution nationale trouvait la source de sa validité dans une norme de droit international ; mais, dans ce cas, elle perdrait tout caractère « constitutionnel », étant reléguée au rang d'institution déléguée¹⁰. Cela reviendrait à nier la souveraineté de l'État et de l'autorité de son droit. On comprend que ce résultat est inadmissible dans le monde tel qu'il est. Tel est le dilemme.

Dans un monde qui repose sur une pluralité d'États souverains et sur l'idée du droit public¹¹, le droit international nécessite, pour s'effectuer, un ancrage constitutionnel. De fait, la position selon laquelle la Constitution interne est la norme primordiale, supérieure au droit international, s'est implantée dans le droit positif, y compris dans les droits nationaux particulièrement perméables aux normes internationales. Reconnaître un effet direct et, le cas échéant, un rang supérieur aux normes internationales dans l'ordre interne ne saurait aboutir à remettre en cause le présupposé indépassable de la « suprématie » de la Constitution. Autrement dit, l'accès et l'autorité des normes internationales dans l'ordre interne sont en tout état de cause l'effet d'une représentation propre à cet ordre.

Ainsi posé, le dilemme trouvera en pratique des expressions variées. Trois d'entre elles prévalent en Europe. La plus conforme sans doute au point de vue de l'unité est d'admettre que la primauté interne des normes internationales ou européennes au sein de l'ordre interne est une exigence de nature constitutionnelle en quelque sorte dictée par le droit international lui-même¹². Il en résulte certaines garanties d'application effective du droit international mais, par souci de faire prévaloir l'existence de l'État, cette application est généralement conditionnée au respect des normes constitutionnelles considérées comme « les plus » fondamentales. À l'égard de celles-ci, la suprématie accordée au droit international ne s'applique pas¹³. Dans le contexte de l'intégration européenne, ce dispositif se

7. *Ibid.*, spéc. p. 299.

8. *Ibid.*, spéc. p. 302.

9. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDV*, 1928, spéc. p. 237.

10. V. la contribution de D. ALLAND, « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d'un débat », dans le présent ouvrage.

11. V. M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003.

12. V. la contribution de J. VON BERNSTORFF, « Hans Kelsen and International Law. The Relationship between International Law and Domestic Law », dans le présent ouvrage.

13. C'est le cas par exemple en France, en vertu d'une jurisprudence bien connue. On notera toutefois des variations dans la formulation précise du sens de cette suprématie. Dans l'arrêt *Sarran*, le juge administratif français considère que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » (CE, ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et al., Lebon*, p. 369, nous soulignons). Dans l'arrêt *SNIP*, à propos du droit de l'Union, il précise qu'ayant une valeur identique à celle du traité dont il est issu, le principe de primauté du droit communautaire « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution » (CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres, Lebon*, p. 642, nous soulignons). Dans l'arrêt *Arcelor*, toujours

traduit en outre, en certains cas, par l'instauration d'une procédure de contrôle prioritaire du respect de la norme constitutionnelle par rapport à celui de la norme européenne¹⁴.

Une autre solution technique assez subtile pour accommoder la primauté au monde tel qu'il est consiste à distinguer entre suprématie et primauté. La première qualité sera réservée au droit constitutionnel et la seconde au droit international ou européen¹⁵. De la sorte, la fiction d'un ordre interne gouverné par une hiérarchie normative au sommet duquel se trouve la Constitution est maintenue tandis que l'application effective du droit international est, en gros et de manière générale, assurée. Pour parvenir à ce résultat, le droit international ou européen est réputé relever d'une forme d'analyse distincte de celle du droit interne. On posera qu'une norme internationale incorporée à l'ordre interne ne relève pas du registre « interne » de la validité. Qu'elle « prime » sur une norme interne ne signifie pas qu'elle invalide cette dernière mais simplement que celle-ci est écartée du champ d'application de la norme internationale¹⁶. En d'autres termes, la norme interne, toujours valide, est considérée comme étant dépourvue d'effet dans la zone de conflit avec la norme internationale. À la limite, dans cette zone, son auteur sera réputé avoir agi en dehors de sa compétence. Ainsi se créent deux circuits parallèles d'application du droit au sein même de l'ordre interne. La primauté est donc traitée comme une question technique d'applicabilité des normes. Elle est résolue en dehors des débats politiques qu'engendre inévitablement l'idée d'une supériorité des normes internationales. En outre, dans ce cas, la suprématie de l'ordre interne est formellement maintenue. Car le droit interne est celui qui définit ultimement les limites du champ au sein duquel les normes internationales s'appliqueront avec ordre de priorité. Conséquence pratique : si la norme internationale qui revendique la primauté a été adoptée en dehors du champ que la Constitution et ses organes internes d'interprétation délimitent souverainement, alors ce bénéfice pourra lui être refusé.

Une troisième manière d'accueillir la primauté du droit international ou européen, beaucoup moins accommodante, est de lui donner le sens très relatif d'un accès privilégié à l'ordre interne. Accès qui ne préjugera en rien de la place effective de ce droit dans l'ordre interne¹⁷. On considérera d'ailleurs généralement dans ce cas que cette place est celle d'un droit subordonné aux normes constitutionnelles telles qu'interprétées par les

à propos du droit de l'Union, le Conseil d'État français énonce finalement que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle » (CE, 8 mars 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine, Lebon*, p. 55, nous soulignons).

14. C'est le cas notamment en France, en Belgique, et en Autriche. Cette règle de priorité a été contestée sous l'angle du droit de l'Union, respectivement dans les affaires CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, *A. Melki et S. Abdeli*, EU:C:2010:363 ; CJUE, 1^{er} mars 2011, aff. C-457/09, *C. Chartry*, EU:C:2011:101 ; CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-112/13, *A. c/ B. et al.*, EU:C:2014:2195.

15. Cette distinction a été notamment effectuée par le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa déclaration du 13 décembre 2004, *DTC*, n° 1/2004, *FJ*, n° 4.

16. *Ibid.* : « La suprématie repose sur le caractère hiérarchique supérieur d'une norme et, ce faisant, elle est source de validité pour celles qui lui sont inférieures, ce qui entraîne leur invalidité si elles contreviennent au contenu de la norme supérieure. La primauté en revanche ne repose pas nécessairement sur la hiérarchie, mais sur la distinction entre des domaines différents d'application des normes, en principe valides, et où une ou plusieurs d'entre elles ont la capacité d'en écarter certaines en vertu de leur application préférentielle ou prévalente pour une raison ou pour une autre » (nous soulignons). Traduction et analyse de L. Burgorgue-Larsen, *Cah. Cons. const.*, n° 18, juill. 2005, p. 154. V. égal la décision C. const. (Allemagne), 6 juill. 2010, déc. 2 *BvR* 2661/06, *Honeywell*, spéc. pt 53.

17. Telle est par exemple la position de la Cour constitutionnelle allemande, dans ses décisions *Maastricht*, 12 oct. 1993, *BVerfG*, 2 *BvR* 2134/92 et 2159/92, spéc. pt 55 ; et *Lisbonne*, 30 juin 2009, *BVerfG*, 2 *BvE* 2/08, spéc. pt 339 : « Le principe de la primauté d'application du droit européen demeure aussi après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne un instrument découlant d'un traité de droit international public – donc un instrument dérivé – qui ne produit d'effets juridiques en Allemagne qu'à travers l'ordre d'application du droit du traité donné par la loi d'approbation de ce dernier. »

gardiens de la Constitution. En pratique, cela revient à neutraliser le sens de la primauté. Cependant, cette neutralisation peut se muer en bienveillance pour autant que le juge de la Constitution accepte d'établir une certaine équivalence substantielle entre les normes internes et les normes internationales ou européennes, sur la base de laquelle il devient possible de renoncer en certains cas à l'application prioritaire des normes internes¹⁸. Toutefois, même en ce cas, une certaine suprématie découlera toujours de la capacité du juge interne de définir ultimement les cas et conditions dans lesquels cette équivalence est accordée ou refusée.

Ces différentes versions de la primauté telle que reçue par les juges nationaux nous montrent à quel point, dans un monde réticent à l'accueillir, le sens de cette notion est dépendant du contexte dans lequel elle est conçue et utilisée. Le contexte de l'intégration européenne est sans doute le laboratoire le plus avancé pour en observer la mise en œuvre. C'est dans ce contexte que nous proposons de repenser la primauté.

II. L'INTÉGRATION EUROPÉENNE, L'AUTRE SENS DU POSSIBLE

Le mérite de la conception kelsenienne de la primauté est de nous mettre sur la voie de celle qui prévaut dans le contexte de l'intégration européenne. Kelsen pense cette notion en termes de « possible » et de rapports entre « des parties et un tout ». Or, le droit de l'Union se comprend exactement dans les mêmes termes. Cependant, il donne à ces termes une autre signification et une tout autre portée.

Dans *L'homme sans qualités*, Robert Musil écrit : « Un événement et une vérité possibles ne sont pas égaux à un événement et à une vérité réels moins la valeur "réalité", mais contiennent (...) une volonté de bâtir, une utopie consciente qui, loin de redouter la réalité, la traite simplement comme une tâche et une invention perpétuelles »¹⁹. Il semble que, en forgeant et en développant la notion de « primauté du droit de l'Union », la Cour de justice et les interprètes de sa jurisprudence aient été fidèles à la pensée qui préside à ces formules. Dans le contexte de l'intégration européenne, la primauté est le vecteur d'une construction politique. Dans l'arrêt fondateur *Costa c/ Enel*, la « prééminence du droit communautaire » est posée par la Cour de justice comme l'acte d'affirmation d'un projet politique²⁰. Le projet des Communautés européennes se ramène essentiellement à l'organisation d'un pouvoir supranational et à la construction d'un ordre économique transnational : « l'objectif du traité CEE (...) est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté »²¹. L'idée est qu'un tel projet réclame la création d'une légalité communautaire à laquelle les systèmes juridiques des États membres et leurs organes doivent accorder une place privilégiée. La primauté est là pour conférer forme et force à cette nouvelle légalité. C'est l'instrument

18. *Ibid.*, spéc. pt 191 : « La Cour constitutionnelle fédérale n'exerce plus sa juridiction à l'égard de l'applicabilité du droit dérivé de l'Union et d'autres actions de l'UE qui servent de fondement juridique à l'action de la part des services administratifs et des tribunaux allemands dans le champ d'exercice de la puissance étatique de la république fédérale d'Allemagne uniquement tant que l'UE assure une protection des droits fondamentaux dont le contenu et l'efficacité sont essentiellement équivalents à la protection des droits fondamentaux considérée comme impérative par la Loi fondamentale. »

19. R. MUSIL, *L'homme sans qualités*, Seuil, t. I, rééd. 2004, spéc. p. 35.

20. CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *F. Costa c/ Enel*, EU:C:1964:66, spéc. p. 1159.

21. CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:1, spéc. p. 23.

par lequel la Cour de justice cherche à faire advenir une nouvelle réalité sociopolitique. Réalité à construire qui n'existe que pour autant qu'on lui fasse crédit.

La primauté du droit de l'Union revêt donc le sens d'un possible politique. L'unité à réaliser n'est pas l'unité d'un point de vue mais une unité concrète. Il y a une tâche à accomplir, un ordre socio-économique européen qui n'est pas donné et que la Cour de justice se donne pour but de bâtir, avec l'aide des organes nationaux d'application du droit. En somme, la notion de « primauté » ne demande pas seulement aux organes nationaux d'exécuter les ordres prescrits par les normes européennes ; elle leur suggère avant tout d'entrer dans un ordre, d'adhérer à une réalité socio-économique transformée.

La référence au « tout » est également centrale dans cette construction. Dans son arrêt fondateur de 1964, la Cour oppose à l'existence d'un « texte interne » non pas des dispositions communautaires spécifiques mais, chose remarquable, « le droit né du traité » lequel n'est lui-même que l'expression de « la notion de Communauté »²². Dans la Communauté, le droit communautaire et les droits nationaux se rejoignent. Non qu'ils se confondent. Suivant la doctrine de la Cour, il s'agit de deux espèces de droit également autonomes qui sont *de facto* en situation de proximité mais, *de jure*, en relation d'interdépendance. La primauté est précisément ce qui distingue ces deux espèces en les maintenant dans une relation de dépendance. Comme le formule Pierre Pescatore, droit communautaire et droits nationaux sont dans un « rapport entre le tout et la partie, entre l'intérêt commun et l'intérieur particulier »²³. Kelsen ne semble pas très loin. Cependant, si « le droit communautaire est devenu partie intégrante du droit national ou, mieux, du droit applicable sur le territoire des États membres » (car parler de « droit national » c'est peut-être encore suggérer une souveraineté et une complétude à présent perdues), ce n'est point, comme chez Kelsen, l'effet d'un mécanisme systémique de subordination, c'est par « le lien de communication organique créé entre la Cour communautaire et les juridictions nationales de tout ordre et de tout degré »²⁴. En droit de l'Union, la primauté est une affaire d'institutions, c'est une technique communicationnelle. Elle suppose un partage d'attributions entre, d'une part, les autorités nationales qui acceptent de participer à cette réalité anticipée et, d'autre part, la Cour de justice laquelle se charge de produire le droit commun à un complexe hétérogène d'organes institués nationalement.

L'analyse de Pescatore anticipe mot pour mot l'approche de la Cour dans son arrêt *Simmenthal*²⁵. Dans cet arrêt, il y a le travail du possible et du réel modifié : c'est « la plénitude des effets » que les règles du droit communautaire « doivent déployer », « d'une manière uniforme dans tous les États membres »²⁶. Il y a l'idée de l'ordre total à laquelle participent les États membres : il s'agit pour les États membres s'étant engagés dans le processus d'intégration de ne point mettre en péril « les bases mêmes de la Communauté »²⁷. Enfin, il y a le lien de communication : selon la Cour, cette conception de la primauté se dégage du mécanisme de coopération juridictionnelle, la procédure du renvoi préjudiciel prévue par l'article 177 du traité CEE. Sans doute faut-il attribuer cette coïncidence au fait que Pescatore, ayant rejoint la Cour, avait commencé à exercer sur sa jurisprudence une influence décisive en approfondissant les bases qu'il avait cru y déceler.

22. *F. Costa cf Enel*, aff. C-6/64, préc., spéc. p. 1160.

23. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Genève, IHEI, Leyde, Sijthoff, 1972, rééd. Bruylant, 2005, spéc. p. 85.

24. *Ibid.*, p. 89.

25. CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Administration des finances de l'État cf SA Simmenthal*, EU:C:1978:49.

26. *Ibid.*, spéc. pt 14.

27. *Ibid.*, spéc. pt 18.

III. UNE DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE PLUTÔT QUE L’AFFIRMATION D’UNE SUPRÉMATIE

Support de communication plus que de subordination, on se tromperait en ramenant la primauté à la seule volonté d'établir une « suprématie ». Confondre primauté et suprématie supposerait que la Cour de justice a eu pour dessein de fusionner le droit de l'Union et le droit des États membres en un système unitaire couronné par les normes du premier. Celles-ci occuperaient, sur le plan formel, le premier rang des normes régissant la vie sociale dans les États membres et elles joueraient, sur le plan matériel, le rôle de normes de référence pour la validation des actes produits par les organes de l'État. Or, il est clair que le but premier de cette construction est tout autre : il s'est d'abord agi d'ordonner les relations entre droit de l'Union et droits internes de telle sorte que ceux-ci reconnaissent l'existence spécifique de l'ordre juridique de l'Union, ainsi que la valeur et l'intégrité du projet politique, d'une ampleur d'abord limitée, qui y est attaché. Ce que la Cour demande, c'est un abri protecteur pour les normes européennes : qu'elles soient invocables par les particuliers, mobilisables par les juridictions nationales et qu'elles soient immunisées de tout contrôle au regard des normes supérieures ou postérieures appartenant à l'ordre juridique national. Que sa jurisprudence soit également chargée des accents de la supériorité ou de la suprématie dans le but d'affirmer l'autorité de cette construction, cela n'est pas douteux et c'est peut-être même inévitable²⁸. Une norme contraire au droit de l'Union doit si possible disparaître de l'ordre juridique interne. Mais cela n'est qu'un effet second et pour ainsi dire conjoncturel : l'essentiel est de permettre aux normes européennes de déployer la plénitude de leurs effets.

Dans l'arrêt *Costa c/ Enel*, la primauté du droit communautaire repose sur deux justifications principales²⁹ : l'institution d'une organisation dotée d'institutions propres et de pouvoirs réels issus d'un transfert de droits souverains des États à la Communauté ; le caractère particulier du droit communautaire « issu d'une source autonome »³⁰. Il s'agit bien de protéger une entité et son droit contre les dangers et les contraintes issus de l'extérieur de cet ordre. C'est en ce sens que, selon la Cour de justice, la primauté est une « caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union »³¹. C'est qu'elle est au cœur de sa revendication d'indépendance. L'enjeu n'est pas d'établir une hiérarchie *ad intra* en subsumant les systèmes juridiques nationaux sous le système de l'Union. L'enjeu est plutôt d'affirmer une autonomie *ad extra* tout en reconnaissant la dépendance des normes européennes vis-à-vis des mécanismes de réalisation du droit (instruments et organes) qui relèvent des États membres.

Cela invite à se demander ce qui est en cause dans cette déclaration d'indépendance. Il en va d'abord de la légitimation d'une organisation, l'Union européenne (UE), qui repose sur de « nouveaux principes de représentativité » : la justification d'un transfert de loyauté vers un nouveau centre de pouvoir³². Il y a aussi, on l'a dit, la volonté de poser les bases

28. V. R. BARENTS, "The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism", *European Constitutional Law Review*, vol. V, n° 3, 2009, p. 421.

29. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, spéc. p. 41.

30. *F. Costa c/ Enel*, aff. 6/64, préc.

31. CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-319/11, *S. Melloni c/ Ministero Fiscal*, EU:C:2013:107, spéc. pt 59.

32. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, op. cit. V. pour une analyse plus critique S. BARTOLINI, *Restructuring Europe: Centre Formation, System Building, and Political Structuring between the Nation State and the European Union*, Oxford University Press, 2007.

d'un nouvel ordre concret se concevant comme une entreprise de transformation des ordres économiques et sociaux sur lesquels reposent les États membres. Mais il y a plus : c'est l'idée d'une forme de relations entre États membres qui ne se réduise pas aux coordonnées factuelles de ces relations ; c'est l'idée d'un plan s'établissant au-dessus de ce que le droit de l'Union se représente comme le monde dangereux et chaotique des relations intersubjectives entre États. Ce que Pescatore appelait « l'idée d'ordre déterminée par l'existence de valeurs et d'intérêts communs », qu'il plaçait au fondement des Communautés européennes³³. Ou encore ce que la doctrine anglo-saxonne a appelé l'entreprise de « constitutionnalisation » de l'ordre juridique de l'Union³⁴. Entreprise qui n'est pas à lire hâtivement comme l'institution du droit européen au rang de *supreme law of the land*. Ce qui est « constitutionnel » dans l'Union, c'est d'abord l'existence de liens particuliers entre les États membres et la responsabilité commune qu'ils assument pour une intégration fondée sur des valeurs et consacrée par le droit. La primauté renvoie à une forme spéciale d'identité institutionnelle. Dans son avis 2/13, la Cour rappelle en ce sens que l'UE « ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État »³⁵. Dans cet avis, c'est davantage le risque d'altération de cette identité qu'une crainte de subordination à une autorité étrangère qui motive le rejet, en l'état, de l'adhésion de l'Union à la Conv. EDH.

On peut lire le fameux arrêt *Kadi* comme le révélateur tardif de ce qui se manifestait déjà dans la décision *Costa cl Enel*³⁶. Dans cet arrêt, la Cour déclare que tous les actes de l'Union, y compris ceux qui se contentent de transposer des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, se doivent d'être conformes aux droits fondamentaux tels que protégés dans l'ordre juridique de l'Union. Autrement dit, les obligations internationales de l'Union et de ses États membres ne sauraient avoir pour résultat de mettre en cause « les fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire » gouvernant les actes et les pratiques de l'Union³⁷. Désireuse d'instaurer une relation nouvelle entre États membres dominée par un ordre de valeurs, la Cour estime nécessaire de soustraire cet ordre à celui des relations internationales. Notons que cette forme d'émancipation de l'ordre juridique européen est rendue possible par la présence d'un interprète, la Cour elle-même, qui confère une cohérence formelle à un ensemble de normes et inscrit celles-ci dans un ordre de valeurs. La décision *Kadi* a frappé les esprits en raison des conséquences mondiales qu'elle emportait. Mais, au fond, la Cour de justice révélait ce qui a motivé la consécration du principe de primauté depuis l'origine, à savoir le besoin de l'Union et de son droit de n'être dépendant ni du droit national qui le réceptionne, ni du droit international qui le fonde. Ne dépendre ni de l'un ni de l'autre ne s'explique pas uniquement par des contraintes techniques. Cela consiste surtout en une forme d'indépendance à l'égard des modes de pensée et d'action induits par les représentations du droit de nature étatiste ou classiquement internationale. C'est la condition pour fonder une nouvelle forme d'unité politique.

Si « pour un système normatif, être autonome, c'est donc le fait de n'être pas soumis à des normes externes »³⁸, il est tentant de voir dans l'autonomie une forme d'autorité.

33. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, op. cit., spéc. p. 51.

34. J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999. V. pour une perspective historique, A. BOERGER et M. RASMUSSEN, "Transforming European Law: the Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993", *European Constitutional Law Review*, vol. X, n° 2, 2014, p. 199.

35. CJUE, 18 déc. 2014, avis 2/13, *Projet d'accord d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, EU:C:2014:2454, spéc. pt 156.

36. CJCE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05 P et C-425/05 P, *Y. A. Kadi et Al Barakaat International Foundation cl Conseil de l'UE et Commission des Communautés européennes*, EU:C:2008:461.

37. *Ibid.*, spéc. pt 304.

38. M. TROPER, « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, vol. XXXV, 2002, spéc. p. 66.

Il est vrai que ceux qui la revendiquent disposent, le plus souvent, des moyens de leur prétention. Tel n'est pas le cas de l'UE et de son droit. Dépourvue des moyens de la coercition, l'Union dépend pour assurer l'effectivité de son droit des juridictions et des administrations nationales à l'égard desquelles elle ne dispose pas de pouvoir hiérarchique. Sa revendication d'indépendance est donc essentiellement imparfaite. Cette imperfection, elle la surmonte non en édifiant une organisation normative unifiante mais en proposant aux organes d'application du droit de participer à un nouvel ensemble commun : en leur proposant d'entrer dans un ordre³⁹.

IV. ORDRE CONTRE SYSTÈME

La Cour a fait le choix du terme d'« ordre » plutôt que celui de « système » pour désigner la réalité juridique de l'intégration : elle fait de la Communauté un « nouvel ordre juridique »⁴⁰. Ce choix commandé par l'intuition en dit plus qu'il n'y paraît sur la conception de l'intégration⁴¹. Il range clairement le droit de l'Union, dans la vieille opposition du normativisme et de l'institutionnalisme, du côté de ce dernier courant. On sait que, dans son écrit ambigu sur *Les trois types de pensée juridique*, Carl Schmitt a rendu dangereusement vivante cette opposition. Il décrit le juriste de type normativiste de la manière suivante, songeant sans aucun doute à Kelsen : pour ce juriste, « qui trouve le droit dans des règles et des lois générales, prédéfinies (...), toute manifestation de la vie juridique devient une norme, tout ordre et toute communauté se dissolvent dans une série de normes valides, dont "l'unité" ou "le système", à leur tour, ne sont que normatifs »⁴². Appliquée au problème des rapports entre systèmes juridiques, cette approche en vient naturellement à poser « un système juridique suprême » qui fournit les critères de validité des normes appartenant aux systèmes subordonnés⁴³. Dès lors, l'autonomie des ordres qu'il s'agit de relier n'est plus qu'une chimère.

On voit en quoi cette approche s'oppose à celle du droit de l'Union. Car c'est précisément de l'autonomie de la Communauté que la Cour de justice tire l'existence du droit communautaire, la prétention de celui-ci à la primauté et sa propre légitimité d'institution gardien de la légalité communautaire. Mais elle a aussi besoin de postuler l'autonomie des ordres juridiques des États membres : car c'est en eux qu'elle trouve les agents (juridictions nationales) ayant autorité, en vertu même du droit interne, pour discipliner les organes directeurs de l'État. Le problème de la Cour de justice est donc de trouver une formule qui rende possible la réalité de deux espèces d'ordres juridiques, l'un « particulier » et l'autre « commun », également autonomes mais liés l'un à l'autre comme la partie l'est au tout. C'est là qu'elle rencontre la pensée institutionnaliste du droit. Selon cette approche, l'ordre juridique

39. V. L. AZOULAI, « Intégration juridique et légitimité », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, p. 311.

40. CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:1, spéc. p. 23. V. égal. *Projet d'accord d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, avis 2/13, préc., spéc. pt 158 : « l'Union dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres ».

41. V. en ce sens G. ITZCOVICH, "Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and its Law in Three Concepts", *European Law Journal*, vol. XVIII, n° 3, 2012, p. 358.

42. C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, PUF, 1995, spéc. p. 75.

43. K. CULVER et M. GIUDICE, "Not a System but an Order. An Inter Institutional View of European Union Law", in J. DICKSON et P. ELEFThERiADIS (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 63.

n'est pas qu'un ensemble de normes ; c'est avant tout un ensemble d'institutions et d'acteurs capables d'établir des liens de reconnaissance mutuelle dans un ordre social cohérent⁴⁴. Sans doute ces acteurs ont-ils pour fonction d'appliquer le droit et de produire des normes ; sans doute sont-ils eux-mêmes le produit de normes juridiques⁴⁵ ; mais, en outre, et c'est ce qui importe ici, cette approche postule qu'ils sont capables d'adopter des attitudes et de développer des pratiques conformes aux finalités et aux valeurs de l'ordre social dans lequel ils agissent. Attitudes, pratiques et affiliations sont une composante essentielle de tout ordre juridique. Un tel ordre repose au fond sur la possibilité d'ajouter foi à l'idée d'une communauté d'intérêts et de solidarités sociales dont les acteurs s'estiment parties prenantes.

Reste une difficulté. Dans son essai, Schmitt fait référence à l'existence d'« ordres concrets » tels que la famille, la corporation ou l'État. Or, dans le contexte européen, l'ordre des relations juridiques entre les États membres et l'Union n'a pas d'existence concrète. On ne dispose pas de communauté humaine, politique ou morale, à laquelle imputer l'autorité du droit de l'Union. Tout au plus peut-on en appeler à des organes d'application du droit et, plutôt qu'à un ordre, à une « idée d'ordre ». Ainsi, pour Pescatore, l'Union est une « idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs »⁴⁶. Il y a, à la base de toute la construction, ce qu'il appelle « une idée d'œuvre commune ». Plutôt qu'à Schmitt et à son ordre concret, Pescatore renvoie à Hauriou l'institutionnaliste et à son « idée d'œuvre »⁴⁷. Transposée au contexte de l'intégration européenne, cette notion évoque la forme des liens mutuels entre États membres et l'ordre des valeurs communes dans lequel ces liens s'inscrivent. Elle veut que les organes de l'État agissent loyalement non seulement vis-à-vis de l'État mais aussi vis-à-vis du projet d'intégration. Ainsi les organes nationaux seront conduits à « internaliser dans leurs décisions les conséquences de l'existence d'un ordre juridique européen formant un tout »⁴⁸. Pour rendre ce résultat acceptable, la primauté se trouve parfois drapée d'une vertu proprement représentative, voire démocratique, celle d'assurer une représentation des intérêts communs et de valeurs communes au sein des processus internes de décision et d'application du droit⁴⁹.

Cette conception fonctionne bien en théorie. En pratique, elle se heurte à un problème majeur. C'est qu'à la différence d'un individu, un organe n'a pas seulement besoin de raisons d'agir ; il a besoin d'un titre pour agir. Or, dans un ordre tel que celui de l'Union, ce titre est établi de manière autonome par chaque État en son for interne. Ce point a été établi aussitôt que fut posée la question des rapports entre renvoi préjudiciel et voies de droit nationales. La Cour a ainsi rappelé que les traités instituant les Communautés européennes reposent sur le « principe d'une séparation rigoureuse des compétences des institutions

44. Sur l'idée d'ordre juridique dans la doctrine de S. Romano et plus généralement dans la culture juridique moderne, v. G. TARELLO, "Ordinamento giuridico", in G. TARELLO, *Cultura giuridica a politica del diritto*, Il Mulino, Bologne, 1988, p. 173.

45. Dans le sens de cette réduction, R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz, 2010.

46. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, op. cit., spéc. p. 50.

47. V. M. HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation » (1925), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, rééd. Centre de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1986, p. 96. L'intérêt de Pescatore pour Hauriou est attesté dans P. PESCATORE, *La philosophie du droit au tournant du millénaire. État des problèmes, essais de solution*, Bruylant, 2009.

48. M. POIARES MADURO, "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism", *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 2, 2007, spéc. p. 476. Il peut s'ensuivre des conflits de loyauté : G. MARTINICO, "Multiple Loyalties and Dual Preliminary: the Pains of Being a Judge in a Multilevel Legal Order", *J.CON*, 2012, p. 871.

49. C. JOERGES and J. NEYER, "'Deliberative Supranationalism' Revisited", *EUI Working Paper Law*, 2006/20, spéc. p. 22.

communautaires et de celles des organes des États membres »⁵⁰. Pour des raisons de réalisme politique, une fédéralisation des structures d'application du droit, telle qu'elle existe aux États-Unis, en Allemagne, en Suisse ou au Canada, a été exclue. Il s'ensuit que les juges nationaux chargés d'application le droit de l'Union agissent « dans le cadre de leur compétence »⁵¹. S'ils reçoivent bien du droit de l'Union une habilitation à agir en vue d'assurer le respect du droit de l'Union, celle-ci revêt une nature purement fonctionnelle⁵². Elle n'atteint pas la structure organique qui régit l'organisation des pouvoirs au plan interne⁵³. Certes, le plus souvent, les dispositions constitutionnelles des États membres ont été adaptées pour accueillir le principe de l'intégration du droit de l'Union. Il reste que ces dispositions ne vont pas jusqu'à priver les juridictions de leur qualité d'organes de l'État. En outre, les États jouissent d'une certaine autonomie dans l'organisation des procédures et des voies de droit. À cet égard, la Cour a admis qu'il ne lui appartient pas « d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence » qui sont régis par les dispositions nationales⁵⁴.

La conséquence en est qu'il n'est pas d'autre moyen que de convaincre les organes de l'État d'adapter leur titre de compétence au mandat européen qu'ils reçoivent de la Cour de justice⁵⁵. Les justifications fournies par la Cour n'ont jamais varié. Dans un contexte de pluralisme des systèmes juridiques, d'hétérogénéité politique et culturelle et de grande complexité institutionnelle, il est toujours question de l'importance d'assurer la pleine efficacité, l'effectivité des droits individuels tirés du droit de l'Union et l'uniformité d'application de ce droit. Bien que valables, ces justifications instrumentales sont somme toute assez pauvres. Elles présupposent une adhésion déjà acquise au projet d'intégration. Elles n'ont pas non plus grande originalité, étant utilisée dans les contextes les plus divers à chaque fois que se dresse un obstacle à l'action des institutions de l'Union ou à l'autorité de son droit⁵⁶. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher les motifs du relatif succès de la fiction des juges nationaux, « juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union »⁵⁷. Des études montrent que de nombreux organes ont pris le parti de devenir des acteurs de l'intégration, pour des raisons pragmatiques, stratégiques ou politiques⁵⁸. Ils ont ainsi tiré de leur mandat national des raisons européennes d'agir⁵⁹.

50. CJCE, 16 déc. 1960, aff. C-6/60, *J.-E. Humblet c/ État belge*, EU:C:1960:48, spéc. p. 1145 et 1150.

51. *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77, préc., spéc. pt 21 ; CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et 189/10, *A. Melki et S. Abdeli*, EU:C:2010:363, spéc. pt 43 ; CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-112/13, *A. c/ B. et al.*, EU:C:2014:2195, spéc. pt 36 ; CJUE, 4 juin 2015, aff. C-4/15, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c/ Hauptzollamt Osnabrück*, spéc. pt 32.

52. CJUE, avis 1/09, 8 mars 2011, *Projet d'accord d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, spéc. pt 69.

53. CJUE, 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, EU:C:2010:182, spéc. pt 69.

54. CJCE, 9 juill. 1985, aff. C-179/84, *P. Bozzetti c/ Invernizzi SpA et ministère du Trésor*, EU:C:1985:306, spéc. pt 17. V. dans le même sens T. confl., 17 oct. 2011, req. n° 3828 et 3829, *Préfet de la Région Bretagne et al. c/ Interprofession nationale porcine, RFDA*, 2012, p. 1122, concl. J.-D. Sarcelet.

55. M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, 2006.

56. V. par ex., en matière de détermination de la répartition des compétences dans le domaine des relations extérieures, L. AZOULAI, "The Many Visions of Europe. Insights from the Reasoning of the European Court of Justice in External Relations Law", in M. CREMONA and A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law. Constitutional Challenges*, Hart Publishing, 2014, p. 165.

57. La Cour de justice n'y a fait expressément référence que tardivement, v. *Projet d'accord d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets*, préc., spéc. pt 80.

58. K. J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001 ; A.-M. SLAUGHTER, A. STONE WEET et J. H. H. WEILER, *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, 1998.

59. Cela prend parfois la forme surprenante d'un empressement à agir conformément au droit européen, allant au-delà même de ce que prescrit le droit de l'Union : v. par ex. T. confl., 17 oct. 2011, req. n° 3828

V. LA PRIMAUTÉ À L'ÉPREUVE DE LA RÉALITÉ : RADICALE MAIS FLEXIBLE

Il y a un excès propre à la manière dont la Cour de justice a développé les caractères de la primauté du droit de l'Union. Cela résulte de la manière idéale dont elle a été conçue et de la volonté qui s'ensuit de donner toutes les preuves de son existence concrète. Cela vient aussi sans doute de la position incertaine dans laquelle se trouve la Cour de justice elle-même, qui cherche dans les caractères de la primauté qu'elle a forgée le miroir de son identité. La primauté du droit de l'Union a trois caractères remarquables.

La radicalité se trouve d'abord dans l'exigence d'immédiateté attachée à la primauté. Dans les affaires *Costa c/ Enel* et *Simmenthal*, était en cause la capacité d'un juge italien de première instance de se saisir d'un litige régi par le droit communautaire et d'appliquer immédiatement ce droit en ignorant le droit national qui lui est contraire⁶⁰, sans subordonner les effets du droit communautaire au déroulement normal des procédures internes⁶¹. La primauté fait surgir le droit de l'Union et son juge dans le cours d'une procédure judiciaire nationale. La procédure du renvoi préjudiciel a rendu possible l'affirmation de la primauté. De fait, la rencontre ne se fait pas seulement entre systèmes normatifs mais entre organes d'application du droit⁶². C'est l'hypothèse d'une telle rencontre qui donne aux organes nationaux l'autorité d'agir sans attendre en vue d'assurer le respect du droit de l'Union. Un circuit parallèle est créé, qui interfère avec le circuit balisé des procédures nationales. Il s'ensuit que c'est « à tout moment pertinent » de la procédure nationale que les exigences du droit communautaire doivent être respectées⁶³. Un tel mode d'intervention rompt avec le mode classique d'intervention subsidiaire des organes internationaux selon lequel ceux-ci n'agissent qu'après la constitution définitive, suivant les procédures internes, de la situation litigieuse.

Le second caractère marquant de la doctrine de la primauté est qu'elle joue les acteurs contre les structures. La Cour de justice fait un pari sur la capacité d'innover des organes juridiques. Que ceux-ci opèrent dans un cadre déjà construit, architecturé par des contraintes formelles, procédurales, politiques ou idéologiques ne semble jamais en mesure de faire obstacle à leur ralliement à la doctrine de la primauté. Saisi dans le cadre de leur compétence, il est toujours loisible au juge national de laisser au besoin inappliqué, « de sa propre autorité », toute norme nationale contraire⁶⁴. Peu importe qu'il faille à cet effet faire fi de l'impossibilité d'adopter des mesures provisoires⁶⁵, bouleverser la hiérarchie juridictionnelle⁶⁶, écarter le principe d'intangibilité de l'autorité de la chose jugée⁶⁷, ou encore ignorer l'autorité d'une décision constitutionnelle⁶⁸. La force de cette

et 3829, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau c/ INAPORC et M. C et autres c/ CNIEL*. Pour une analyse approfondie, v. D. RITLÉNG, « Le juge français se veut bon élève de l'Union. L'arrêt *SCEA du Chêneau* du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011 », *RTD eur.*, 2012, p. 135.

60. *F. Costa c/ Enel*, aff. 6/64, préc.

61. *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77, préc.

62. Ce point est perçu très tôt par Gaetano Morelli bien qu'il en fasse, d'une manière contestable, un argument au service d'une vision strictement dualiste des rapports de systèmes : G. MORELLI, « La Cour de justice des Communautés européennes en tant que juge interne », *Studi sul processo internazionale*, Giuffrè, Milan, 1963, p. 93.

63. CJCE, 9 févr. 1999, aff. C-167/97, *N. Seymour-Smith et L. Perez*, EU:C:1999:60, spéc. pt 45.

64. *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77, préc., spéc. pt 24.

65. CJCE, 19 juill. 1990, aff. C-213/89, *Factortame Ltd et al.*, EU:C:1990:257, spéc. pt 20.

66. CJUE, 5 oct. 2010, aff. C-173/09, *G. I. Elchinov*, EU:C:2010:581, spéc. pt 27 ; *A. c/ B. et al.*, aff. C-112/13, préc., spéc. pt 37.

67. CJCE, 18 juill. 2007, aff. C-119/05, *Lucchini SpA*, EU:C:2007:434, spéc. pt 61.

68. CJCE, 19 nov. 2009, aff. C-314/08, *K. Filipiak*, EU:C:2009:719, spéc. pt 84 ; CJUE, 8 sept. 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, EU:C:2010:503, spéc. pt 60.

assomption d'autorité est impressionnante. Elle conduit parfois la Cour à suggérer aux juridictions nationales de solliciter voire de forcer leur propre mandat à l'aide des ressources interprétatives qu'elle leur prête. Ainsi déclare-t-elle : « si la juridiction de renvoi venait à constater une telle violation du principe d'effectivité, il lui incomberait d'interpréter les règles internes de compétence dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles contribuent à la mise en œuvre de l'objectif consistant à garantir une protection juridictionnelle effective des droits que peuvent tirer les justiciables du droit communautaire »⁶⁹. Cela s'apparente à une manière de demander l'impossible : « la Constitution de la communauté juridique internationale ne contient aucune norme qui donne à un organe étatique qualité pour appliquer les règles du droit international général », écrit Kelsen ; il en va de la logique juridique élémentaire : car si cela était, un tel organe « ne pourrait plus juridiquement être considéré comme un organe de l'État »⁷⁰. La Cour ne conteste pas cette logique ; mais elle croit au pouvoir de l'interprète de transformer les structures et les normes qui régissent sa compétence⁷¹. Qu'elle croit au pouvoir de l'interprétation est encore attesté par l'obligation qu'elle impose aux juges nationaux de sanctionner les juridictions suprêmes en cas de violation caractérisée du droit de l'Union⁷².

Enfin, une idée d'absolu et d'inconditionnalité est attachée à la primauté du droit de l'Union. Selon une formule de la Cour bien connue, « il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union »⁷³. On aurait tort de réduire cette formule à une entreprise de destitution du droit constitutionnel. La Cour de justice ne conteste pas le rang élevé du droit constitutionnel dans le droit des États membres. Sa formule traduit plutôt une banalisation de la nature de ce droit : pour la Cour, ce droit n'est que ce dont il a l'apparence, une règle juridique et technique qui fournit par ailleurs, le cas échéant, les ressources conceptuelles nécessaires à la confection de principes généraux du droit de l'Union. Autrement dit, elle refuse de voir en lui le code des valeurs essentielles prévalant dans les États membres et au sein de leur société⁷⁴. C'est une collection de règles locales devant céder à d'autres règles, les règles du droit de l'Union, simplement parce que celles-ci ont pour caractéristique de représenter des intérêts plus étendus. Cette formule de banalisation lui rend sans doute plus acceptable la mission de faire respecter le droit de l'Union.

Cette construction radicale et excessive de la primauté est naturellement inapplicable. On a pu dire qu'elle n'est pas plausible « sociologiquement »⁷⁵. Aussi a-t-elle donné lieu, lors de sa réception dans les États membres, à de multiples formes d'ajustements et d'arrangements. La formule la plus commune consiste à accepter la primauté du droit de l'Union à l'égard des actes ordinaires des autorités constituées (administrations, juridictions, législateurs) tout en aménageant un régime spécifique pour les dispositions constitu-

69. CJCE, 15 avr. 2008, aff. C-268/06, *Impact*, EU:C:2008:223, spéc. pt 54.

70. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, spéc. p. 239.

71. Dans le même sens, d'un point de vue théorique, N. McCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, spéc. p. 102-104.

72. CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *G. Köbler*, EU:C:2003:513 ; CJUE, 9 sept. 2015, aff. C-160/14, *J. F. Ferreira da Silva e Brito et al.*, EU:C:2015:565.

73. *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, préc., spéc. pt 61, renvoyant à l'arrêt du 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec. CJCE*, p. 1125, pt 3.

74. V. aussi dans un autre domaine l'expression de cette banalisation, CJCE, 2 juill. 1996, aff. C-473/93, *Commission c/ Luxembourg*, EU:C:1996:263.

75. M. AVBELJ, « Supremacy or Primacy of EU Law. (Why) Does it Matter? », *European Law Journal*, vol. XVII, n° 6, 2011, spéc. p. 760.

tionnelles considérées comme fondamentales au sein de l'ordre juridique interne. Celles-ci sont revêtues du statut de règles conditionnant l'entrée du droit de l'Union dans l'ordre interne⁷⁶. Cette épreuve de réalité a conduit la Cour elle-même à atténuer la portée de ses propres formules, à faire preuve de flexibilité. Elle l'a fait de trois manières.

La première forme de flexibilité fut d'admettre que l'effectivité du droit de l'Union pouvait être obtenue par des moyens moins radicaux qu'une substitution des normes nationales par les normes européennes⁷⁷. Dans un arrêt postérieur de vingt ans à celui dans lequel la Cour parlait de « rendre inapplicable de plein droit » et « d'empêcher la formation valable » de mesures nationales contraires au droit communautaire, elle juge qu'« il ne saurait (...) être déduit de l'arrêt *Simmenthal* que l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une norme de droit national postérieure a pour effet de rendre celle-ci inexistante », la seule obligation imposée au juge national étant « d'écarter l'application de cette norme »⁷⁸. Il arrive même que, face à une violation pourtant manifeste et constatée du droit de l'Union, la Cour renonce à imposer la mise à l'écart du droit national, condamnant le requérant à intenter une nouvelle action sur le terrain de la réparation⁷⁹. De plus en plus fréquemment, et afin d'éviter les conflits, l'exigence de primauté se mue en une recherche de convergence dans l'interprétation des normes en présence⁸⁰.

Une autre manière de faire preuve de souplesse a consisté à admettre que la mise à l'écart d'une mesure contraire au droit de l'Union pouvait être retardée le temps du déclenchement d'une procédure constitutionnelle nationale, pourvu que certaines garanties soient apportées⁸¹. Soucieuse de ne pas déclarer ouvertement contraire au droit de l'Union le caractère prioritaire d'une procédure de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice considère que tant que le mécanisme de renvoi préjudiciel demeure pleinement ouvert, il ne s'oppose pas à la mise en place d'une procédure interne concurrente de contrôle sur le fondement de la Constitution nationale. C'est une manière pragmatique d'accepter que l'interprète national fasse preuve de loyauté à l'égard du système de droit interne qui l'autorise à agir. On notera que, par contraste, l'instauration d'une procédure concurrente de contrôle sur le fondement de la Conv. EDH, telle qu'envisagée par son protocole n° 16, a été jugée susceptible de « porter atteinte à l'autonomie et à l'efficacité » du renvoi préjudiciel⁸². Aux yeux de la Cour, dans la manière dont cette adhésion a été négociée, la loyauté que les organes d'application du droit doivent au système de l'Union est en péril.

Enfin, la primauté laisse place à l'expression croissante d'une marge d'appréciation nationale lorsque sont en jeu les intérêts étatiques les plus sensibles ou des valeurs

76. V. pour une remarquable synthèse, M. CLAES, «The Primacy of EU Law in European and National Law», in A. ARNULL et D. CHALMERS (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 178.

77. Cela conduit certains auteurs à distinguer, sur le plan technique, la primauté et l'effet direct, M. DOUGAN, «When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy», *CMLR*, vol. XLIV, n° 4, 2007, p. 93.

78. CJCE, 22 oct. 1998, aff. C-10/97 à C-22/97, *IN.CO.GE'90 et al.*, EU:C:1998:498, spéc. pt 21.

79. CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2, spéc. pt 50.

80. V. CJUE, 25 nov. 2015, aff. C-441/14, *Dansk Industri*, spéc. pt 47, concl. BOT : « dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour a clairement mis en avant le rôle prioritaire qu'elle entend donner à l'obligation d'interprétation conforme ». V. la contribution de D. SIMON « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation des principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », dans le présent ouvrage.

81. *A. Melki et S. Abdeli*, aff. C-188/10 et 189/10, préc., spéc. pt 53 ; *A. c/ B. et al.*, aff. C-112/13, préc., spéc. pt 40.

82. *Projet d'accord d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, avis 2/13, spéc. pt 199.

constitutionnelles nationales. Après avoir admis que les autorités nationales puissent avoir leur propre acception d'un intérêt légitime ou d'une échelle de valeur de nature à justifier une atteinte aux règles fondamentales du traité⁸³, la Cour de justice s'est expressément référée à la notion d'« identité nationale » visée à l'article 4, § 2 du TUE afin de protéger l'intégrité de certaines normes constitutionnelles potentiellement menacées par les règles européennes⁸⁴. Cependant, l'émergence de la référence à l'identité dans le contentieux européen laisse ouverte la question de savoir qui en définit le contenu et les conditions d'usage. On ne peut en effet exclure les divergences d'interprétation entre la Cour et les juridictions suprêmes et constitutionnelles des États membres sur la signification et la portée des identités à protéger⁸⁵.

VI. PRIMAUTÉ ET IDENTITÉS

Il s'en faut que ces atténuations à la portée de la primauté du droit de l'union aient éteint tous les feux de la contestation. Il pourrait même sembler que la contestation de la primauté du droit de l'Union s'en est nourrie. Elle monte à présent à tous les niveaux, dans les rangs des cours suprêmes et constitutionnelles, chez les acteurs politiques et dans l'opinion⁸⁶. Cette contestation correspond sans doute à un affaïssement interne de la dynamique de l'intégration dans le contexte d'une extension de l'empire du droit de l'Union perçue comme inexorable et d'une interdépendance entre États membres qui semble inéluctable. Mais il y a plus. Se produit dans l'espace juridique européen ce que l'on pourrait appeler « un phénomène de convergence des perspectives ».

D'une part, le régime sur lequel prospérait l'arrêt *Simmmenthal* du double système de contrôle, l'un assuré par les juridictions ordinaires auxquelles la Cour s'adresse, l'autre assuré par une juridiction suprême ou constitutionnelle qui doit s'abstenir d'interférer avec le premier, est révolu. Les juridictions suprêmes et constitutionnelles ne limitent plus leur action au seul contrôle de constitutionnalité des actes de révision des traités européens. Elles sont entrées dans le système ordinaire de contrôle du droit de l'Union et elles n'hésitent plus désormais à s'immiscer dans le contrôle « européen » assuré par les juridictions ordinaires, voire même à s'adresser directement à la Cour de justice par voie de renvoi préjudiciel⁸⁷. Sans doute la manière dont les juges constitutionnels nationaux participent à l'application du droit de l'Union est-elle particulière, motivée à la fois par une forme de reconquête de leur position dans l'ordre interne et par une volonté de s'affirmer sur plan européen⁸⁸. Il en résulte néanmoins une nouvelle forme de proxi-

83. Par ex., CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega Spielhallen*, EU:C:2004:614, spéc. pt 37 ; CJUE, 8 sept. 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd*, EU:C:2009:519, spéc. pt 57.

84. CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *I. Sayn-Wittgenstein*, EU:C:2010:806, spéc. pt 83 et 92.

85. V. not. la décision de renvoi dans l'affaire *Gauweiler* de la C. const. (Allemagne), 14 janv. 2014, 2 *BvR* 2728/13, spéc. pt 29.

86. D. RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union : quelle réalité ? », *Rev. UE*, n° 593, 2015, p. 630.

87. D. RITLENG, « Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel », *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, LGDJ-Lextenso Éditions, 2012, p. 585.

88. J. KOMAREK, « The Place of Constitutional Courts in the EU », *European Constitutional Law Review*, vol. IX, n° 3, 2013, p. 420 ; A. DYEYRE, « If You Can't Beat Them, Join Them. The French Constitutional Council's First Reference to the Court of Justice (Jeremy F. v. Premier ministre, 4 April 2013) », *European Constitutional Law Review*, vol. X, n° 1, 2014, p. 154.

mité entre juges suprêmes et juge européen. D'autre part, la Cour de justice place elle-même désormais sa jurisprudence sous l'égide des droits fondamentaux, des valeurs et des principes constitutionnels, entraînant une « identité systémique » sur la base de ces normes en partage⁸⁹. Signe des temps, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé utile d'incorporer, de son propre chef et en dehors du domaine d'application du droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux de l'UE à son bloc de constitutionnalité⁹⁰. Cette initiative, saluée par le président de la Cour de justice, marque la convergence des perspectives⁹¹. Il n'y a plus d'un côté la Cour et les juridictions ordinaires nationales et de l'autre les juridictions suprêmes et constitutionnelles, comme il n'y a plus d'un côté la primauté du droit de l'Union et de l'autre la préservation des identités constitutionnelles. Toutes ces perspectives se rejoignent et forment la configuration complexe dans laquelle il faut repenser la primauté.

Comment justifier la primauté des règles du droit de l'Union lorsqu'elle risque de s'opposer à la protection d'identités collectives dont la Cour de justice reconnaît qu'elle constitue désormais une dimension essentielle du processus d'intégration ? Qu'est-ce que la primauté dans une configuration où les ordres juridiques et les organes qui agissent sont tous l'expression de valeurs ? Vaut-il même la peine d'en soutenir l'existence comme mécanisme de relations des ordres et des organes ? On comprend qu'on ait pu en contester l'utilité⁹². D'un côté, si l'on suppose que les ordres juridiques concurrents sont l'expression particulière de valeurs plus ou moins partagées, il n'y a pas lieu de postuler l'existence d'un ordre prévalant sur les autres. On admettra qu'en fonction des circonstances, l'un ou l'autre des interprètes en présence pourra être le mieux placé pour protéger les valeurs communes. Dès lors, aucun interprète ne peut réclamer le droit de détenir le pouvoir du dernier mot au sujet des normes essentielles de l'ordre juridique dont il a la garde. Telle est la suggestion des tenants du pluralisme constitutionnel : renoncer au pouvoir authentique d'interprétation au profit d'une communication entre juges à propos de la signification des normes en partage⁹³. D'un autre côté, si l'on considère que les valeurs dont les ordres juridiques ont la garde sont pour partie incompatibles, on conviendra qu'il est bien difficile de continuer à justifier la primauté sur le fondement de la seule efficacité instrumentale et de la supériorité technique du droit de l'Union. Cette primauté n'avait de sens que dans le cadre d'un projet d'unification économique et politique du continent européen fondé sur des valeurs communes unanimes et incontestées. De fait, ce projet a perdu une grande partie de son crédit. L'idée d'une primauté véhiculant et légitimant un tel projet apparaît usée.

Dans ce contexte, si l'idée de primauté est maintenue, il nous semble que c'est plutôt sous la forme d'une condition primitive d'appartenance à l'ensemble européen. Une fois admis qu'il existe des limites « identitaires » légitimes à l'opération effective du projet d'intégration, il reste à affirmer que ces identités ne peuvent prospérer que sous réserve qu'elles ne menacent pas la possibilité même de l'appartenance à l'Union. Telle est la nouvelle signification de la primauté, sorte de dernière limite ou de « contre-limite »,

89. CJUE, 21 mai 2008, aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, concl. P. MADURO, spéc. pt 16.

90. CJUE, 14 mars 2012, aff. U-466/11-18 et U-1836/11-13, *Verfassungsgerichtshof* : www.vfgh.gv.at

91. V. M. DE VISSER, "Juggling Centralized Constitutional Review and EU Primacy in the Domestic Enforcement of the Charter", *Common Market Law Review*, vol. 52, n° 5, 2015, p. 1309.

92. D. RITLÉNG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTD eur.*, n° 4, 2009, p. 677.

93. Sur les différents courants du pluralisme constitutionnel, K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, 2014.

rempart contre le retour d'un sentiment exacerbé d'identité nationale sur le continent européen.

Cette réduction de la signification de la primauté à une condition d'appartenance à l'Union est d'ailleurs visible dans la jurisprudence récente de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Melloni*, la Cour de justice convoque la primauté d'une manière en apparence assez classique⁹⁴. Associée à l'unité et l'effectivité du droit de l'Union, elle est mobilisée afin de faire obstacle à l'application d'une norme constitutionnelle nationale plus protectrice que la législation européenne⁹⁵. Toutefois, dans cet arrêt, la Cour n'en fait pas l'affirmation d'un projet d'intégration supranationale. Si le droit constitutionnel d'un État membre doit être écarté, c'est en raison du fait qu'il briserait la mutualité des liens que les États membres sont parvenus à établir entre eux en vertu de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise de personnes entre États membres. Ces liens, c'est bien ce qu'il reste de l'intégration. Ils sont fondés sur la confiance mutuelle entre États membres⁹⁶. C'est la préservation de la confiance mutuelle entre États membres qui donne désormais son sens à la revendication d'autonomie du droit de l'Union⁹⁷. Dans le contexte d'une usure du projet d'intégration, la primauté est mise en avant pour signifier ce qui reste de la communauté des liens qui font l'intégration : l'accepter, est-il suggéré aux juridictions suprêmes et constitutionnelles des États membres, est une manière de continuer à faire crédit à ce qui fait lien.

Sans doute la primauté paraît-elle assez mal ajustée au rôle que la Cour veut ainsi lui faire jouer. Conçue dans le moment de la confiance la plus grande et la plus étendue à l'égard de la construction européenne, la primauté restituait, dans la pauvreté même de son contenu technique, la force d'autoréalisation du projet d'intégration. Alors que les États membres et leurs peuples semblent avoir retiré une grande partie de leur crédit à l'Union, il est douteux que la « primauté du droit communautaire » soit à elle seule à même de résoudre les difficultés de l'intégration. Les difficultés considérables qui se présentent exigent plus que l'affirmation d'une unité au plan supranational ; ce qui compte à présent, c'est de créer les conditions préalables susceptibles de faciliter et de renforcer les relations mutuelles entre États membres. Cela requiert de se hisser à l'acte de poser les valeurs qui fondent l'unité européenne. On ne peut plus se contenter de les présupposer. Mais comment entrer dans la voie difficile de l'affirmation d'une identité européenne originale et inquiète qui ne soit pas la simple résultante des identités nationales ?

Des signes de l'émergence de cette identité existent certes déjà. L'arrêt *Kadi* fonde la revendication d'indépendance du droit de l'Union sur un ordre commun de valeurs qui constitue le « fondement » de l'Union elle-même⁹⁸. Dans l'arrêt *Schrems*, l'affirmation d'un modèle propre de société commun aux États membres est aisément perceptible bien qu'il passe par une décentralisation des pouvoirs au profit des autorités nationales⁹⁹. Ces

94. CJUE, 26 fév. 2013, aff. C-319/11, *S. Melloni c/ Ministero Fiscal*, EU:C:2013:107.

95. *Ibid.*, spéc. pt 60. V. égal. CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *H. Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, spéc. pt 29.

96. *Projet d'accord d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, avis 2/13, préc., spéc. pt 168 : « 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'article 2 du 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. »

97. E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'UE et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Cah. dr. eur.*, n° 1, 2015, p. 73.

98. *Y. A. Kadi et Al Barakat International*, aff. C-402/05 P et C-425/05 P, préc., spéc. pt 303.

99. CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-362/14, *M. Schrems c/ Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:650.

deux décisions sont clairement dirigées vers l'extérieur ; elles adressent un message aux partenaires de l'Union. La difficulté de cette approche est bien connue. Vue des États tiers ou des organisations internationales, l'identité européenne est tangible. Vue de l'intérieur, elle l'est beaucoup moins. Elle disparaît derrière les identités nationales des États membres qui sont de plus en plus fortement revendiquées. Remise en cause de la supranationalité, perte de confiance dans les institutions européennes, crise des valeurs communes : les conditions ne semblent pas réunies pour qu'un véritable sentiment d'identité partagée puisse émerger au sein des sociétés nationales. Faute de crédit suffisant accordé à la construction d'une Europe institutionnelle, comment former un sentiment d'identité à l'échelle européenne ?

On peut comprendre la question ainsi : comment contourner l'obstacle de la désinstitutionnalisation rampante du projet d'intégration ? Assurément, la participation des organes nationaux à la construction d'un ordre commun ne suffit plus. Au reste, l'Europe institutionnelle fonctionne assez mal. Or, c'est à cette Europe que la notion de « primauté » était adossée. Peut-être faut-il maintenant se tourner vers les Européens eux-mêmes. Rappelons-nous qu'il y a aussi dans le droit de l'Union la reconnaissance de nouvelles formes d'existence individuelle et sociale, une capacité pour les individus de se libérer des formes de vie dont la cohérence ne s'établit qu'en référence aux appartenances nationales ou locales¹⁰⁰. L'enjeu aujourd'hui est de produire une formule stable de l'individu européen en dépit du caractère irrémédiablement fragmenté et instable de sa vie psychologique et sociale, et à défaut d'identification forte au cadre institutionnel européen. La primauté est peut-être à repenser comme un moyen de protéger une manière de vivre décentement en dehors des appartenances nationales. À l'évidence, cela exige d'aller plus loin que l'octroi de droits d'accès aux territoires des autres États membres et à leurs systèmes de protection sociale. Pour être soutenable, cette manière de vivre doit pouvoir traduire une certaine morale européenne générale. Est-on prêt à admettre que le droit de l'Union soit l'un des moyens de refaçonner les valeurs de la vie en société ? Ainsi se pose aujourd'hui et profondément la question de la primauté. On voit qu'on a quitté les sentiers balisés des rapports de systèmes dans un monde qui se rêvait uni et stable.

100. L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (eds.), *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, Hart, 2016, à paraître.

