

Софийски университет „Св. Климент Охридски“

**ВЗАИМООТНОШЕНИЯТА
МЕЖДУ НАЦИОНАЛНИЯ СЪД
И СЪДА НА ЕС**



Библиотека
Студии по Европейско право

Настоящото издание съдържа резултати от изследвания, финансирани със средства, отпуснати целево от държавния бюджет на Софийски университет „Св. Климент Охридски“ за 2009 г.

ВЗАИМООТНОШЕНИЯТА МЕЖДУ НАЦИОНАЛНИЯ СЪД И СЪДА НА ЕС

Сборник актове от
Международната конференция,
проведена на 10-13 септември 2009 г. в София

под патронажа на
Министър-председателя на Република България
и Посланика на Френската република
и със специалното домакинство на хотел „Метрополитан“

по проект на
Юридически факултет на СУ „Св. Климент Охридски“
„Актуални проблеми на прилагането на Правото на ЕС от органите
на съдебната власт и взаимодействието им със Съда на ЕС“

© Атанас Семов – съставителство

ISBN 978-954-07-

Университетско издателство „Св. Климент Охридски“

Съставител: д-р Атанас Семов

ОФИЦИАЛНО ОТКРИВАНЕ

**Встъпителни думи на
проф. д-р Тенчо Колев,
Декан на Юридическия факултет
на Софийския университет „Свети Климент Охридски“**

*Уважаеми г-н Заместник-председател на Народното събрание,
Уважаема г-жо Министър на правосъдието,
Уважаеми г-н Председател на Върховният касационен съд,
Уважаеми г-н Председател на Върховния административен съд,
Уважаема г-жо Представляващ Висшия съдебен съвет
Ваши превъзходителства, господа посланици,
Уважаеми дами и господа конституционни съдии,
Уважаеми господа съдии и референдери в Съда на Европейските
общности,
Уважаеми господин Почетен генерален директор в Съвета на ЕС,
Уважаеми г-н Директор на Института по публична админи-
страция,
Уважаеми магистрати, колеги и гости,*

Отново сме в конгресния хотел „Метрополитън“ и отно-
во ни е събрал високоавторитетен международен научен
форум и разбира се, отново инициатор на престижното съ-
битие е Юридическият университет на СУ „Св. Климент
Охридски“, на който имам скромната чест да бъда декан.

За мен е изключително удоволствие, че днес тук сред
нас са както наши вече дългогодишни лектори – и смея да
кажа скъпи приятели – като проф. Мари-Франс Кристоф-
Чакалов от Париж, с чийто български произход всички се
гордеем, проф. Жан-Пол Жаке от Страсбург, проф. Жоел
Ридо от Ница, проф. Жан-Клод Готрон от Бордо, проф.
Жан-Дени Мутон от Нанси, така и светила на европей-
ската правна наука, които за първи път се присъединяват
към нашите високи академични търсения, като например
проф. Констанс Грев от Страсбург, проф. Стефан Уикарт
от Брюксел и ред други, няма как да изброя всички.

Участието на двама действащи съдии в Съда на ЕО в
Люксембург е още един аргумент за моето задоволство в на-

чалото на този значим форум. Именно това най-престижно присъствие навярно обяснява подкрепата и на Министър-председателя на Република България Бойко Борисов и на Посланика на Френската Република Етиен дьо Понсен и участието на цялото ръководство на българската съдебна система и редом с него, за да не кажем начело, Министърът на правосъдието на Република България г-жа Маргарита Попова, която приветствам с особено удоволствие, тъй като тя току-що встъпи в тази висока длъжност!

Тази международна конференция е посветена на *Взаимоотношенията между националния съд и Съда на Европейските общности*. Няма съмнение, това е тема с изключителна актуалност и практическа значимост, както за всички държави в ЕС, така и дори в най-висока степен за България.

Ще го кажем честно: днес ние имаме проблем с осъществяването на правосъдието, но няма и да е справедливо, ако премълчим изключително силната си воля да се учим от образците на европейското правосъдие и да се стремим да ги доближим, а защо не и да ги надминем?! Тази пътна с над 150 магистрати зала е красноречиво доказателство за това!

Пак затова получихме важна подкрепа от Института по публична администрация, наш дългогодишен партньор, и от изключителни спонсори като „Алианс България“, „Ситроен“, „Радомир метал индъстриз“, „ВетПром“ АД и „Галко“ АД, на които много благодаря!

Вече традиционна е подкрепата на Френския институт в София и на Университетската агенция на франкофонията в Букурещ, на които също благодаря.

Най-сетне равнището на участниците в днешната конференция е особено ярко доказателство за неуморните усилия за постигане на научна висота и житейска полезност на Софийския университет „Св. Климент Охридски“. Всички вие тук сте част от един голям и, надявам се, надежден проект, осъществяван в рамките на Университетската програма за научни изследвания.

Затова сега за мен е светъл дълг да дам думата на Ректора на Софийския университет проф. Иван Илчев!

**Приветствие на
проф. дин Иван Илчев,
Ректор на Софийския университет
„Свети Климент Охридски“**

*Уважаеми г-н Заместник-председател на Народното събрание,
Уважаема г-жо Министър,
Ваши превъзходителства,
колеги, дами и господа,*

За мен е особено удоволствие днес да открия международната конференция: „Взаимоотношенията между националния съд и Съда на ЕС“, ключов елемент от проекта „Актуални проблеми на прилагането на Правото на ЕС от органите на съдебната власт и взаимодействието им със Съда на ЕО“, проект на Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“, осъществяван в рамките на програмата за научни изследвания на Университета.

Нелепо ще бъде за един историк да разсъждава по правни въпроси и нямам никакво намерение да го правя. Само бих желал да подчертая, че конференцията се вписва в усилията на Университета да подкрепя осъществяването на иновативни изследователски проекти и научни дейности, да бъде гарантирана модернизацията, както в изследователската дейност, така и в процеса на обучение, и да отговори на очакванията, които българското общество поставя пред университетското образование и пред СУ „Св. Климент Охридски“. Аз предполагам, че вероятно $\frac{3}{4}$ от българските участници поне тук, в момента, са възпитаници на Юридическия факултет на нашия Университет и се възползвам от случая да ги поздравя.

За мен е от особено значение, че днешният форум е резултат от дългогодишното и успешно сътрудничество между Софийския университет и редица чуждестранни университети, сред които Университетът на Нанси, Университетът на Страсбург, Университетът Париж-1. Тези форми на взаимодействие с университетски институции от други

държави-членки на ЕС са важна стъпка по посока на изграждането на обща европейска зона за висше образование. Поради това ценим много високо подкрепата на Посланика на Френската република за тези наши инициативи.

Тази конференция е важна част от усилията ни да привличаме млади хора като специалисти, като по този начин гарантираме развитието на нашата Алма матер. Приветствам усилията на колегите юристи да допринесат за развитието на доктрина в областта на европейските изследвания и европейското право в България. Важно е да разполагаме със силна школа за изследвания и обучение в различни дисциплини, свързани с интеграционния процес. Важно е, за да повишим експертната подготовка и капацитета на публичната администрация и на способността на съдебната власт да защитава ефективно правата на гражданите, произтичащи от Общностното право, за пълноценно прилагане на европейското законодателство.

Бих искал да поздравя колегите от Юридически факултет, които осъществяват серия от целенасочени и последователни усилия в този контекст. И може би едно от най-важните за момента, надявам се, че скоро няма да е едно, най-важното – първата и единствена у нас и на Балканите специализирана магистърска програма по Право на ЕС.

В заключение, позволете ми да споделя убеждение то си, че инициативи като тази, която ни е събрала днес, имат своя принос и относно намирането на решение на трудностите, пред които е изправена нашата страна след присъединяването си към ЕС. Те са важна стъпка и по преодоляване на справедливите критики относно изпълнението на задълженията, които имаме като част от ЕС.

Нека всички гости на България и нейния национален университет да бъдат добре дошли!

Успех на всички участници!

**Маргарита Попова,
Министър на правосъдието**

*Уважаеми г-н Ректор,
Ваши превъзходителства,
Драги колеги,*

Аз се вълнувам много на тази конференция, защото до мен на този форум, на тази маса, седят хора, които са ме учили. Затова казвам с признателност и уважение, че за мене е чест и удоволствие да присъствам на форума и да участвам в неговото откриване заедно с всички вас. С респект към всички останали в тази зала, с уважение и обич към всички млади колеги, които седят на редовете срещу мен, които пък аз съм учила и разбира се, от които съм научила доста. А това, което научиш от младите хора, може би е най-ценно, защото ми дава възможност по-дълго време да живея с техния дух и ентусиазъм. Може би това е онази част от моето вътрешно решение да поема отговорния пост Министър на правосъдието, която се дължи именно на тях, на младите хора, които аз срещнах в нашия Национален институт на правосъдието, които дадоха много от себе си за съдебната система и продължават да работят с респект и уважение към своята професия.

Ето затова, накратко казано, е моето необикновено вълнение в тази минута, при откриването на тази конференция.

Благодаря Ви, г-н Семов, че ме поканихте.

Благодаря, разбира се, и на Декана на нашия факултет за това, че днес съм заедно с вас. Нямаше как да не направя това. Може би само непреодолими обстоятелства биха могли да ме спрат.

Уважаеми колеги, нашата страна, като член на Европейския съюз, изразява много ясна воля за максимално пълна интеграция в структурите на Съюза при спазване на националния и на общностния правен ред.

Стъпките в тази насока и активността, както в практическата, така и в научната област, показват напредъка на

България при съобразяване на вътрешното законодателство с европейското, като в това отношение ние наистина се превръщаме в пример и за другите държави от Южната и Източната част на Стария континент.

България се оформя като регионален център в областта на изучаването и популяризирането на Правото на Европейския съюз като доктрина и като практики!

Тези наши усилия са отчетени от ЕК и от европейската правна мисъл, като благодарение на Международната програма по Право на Европейския съюз с участието на най-изтъкнатите френски и български специалисти, които са днес сред нас, десетки магистрати на всички нива са повишили своята квалификация в областта на Общностното право, което им позволява пълноценно да прилагат европейското право в своята дейност. С тясното взаимодействие и ефективност, както и с присъствието на нашите изтъкнати гости тук, демонстрираме заедно решимост за сериозен напредък на нашата страна в областта на правосъдието и вътрешния ред, което се надявам и в много скоро време да бъде отчетено от нашите партньори.

Уважаеми гости, уважаеми колеги,

Тук е мястото - едва ли има по-подходящ форум и по-подходящо време - да вметна с няколко думи, че тази конференция, тези ваши усилия се вписват не само в амбициозната програма на нашия Университет. Те се вписват в амбициозната програма на Европа, в амбициозната програма, която получи известност като Стокхолмски пакет от препоръки, които Европейската комисия направи до Европейския парламент и до Съвета на 10 юни т. г. По този пакет от инициативи предстои да вземем активно участие в дебата в Стокхолм, в двустранни срещи с всички държави-членки, за да изградим програма за развитие на Европейския съюз за периода 2009 – 2014 г, която трябва да осигури развитието и утвърждаването на Европа като пространство на свобода, сигурност и правосъдие. Предложението, което направи Шведското председателството и от което аз съм безкрайно впечатлена, е разгърнатата програма и предложе-

ния в няколко насоки, които дават възможност на цялата правна мисъл, на магистратската общност, на доктрината да седнат заедно и да мислят по въпроси, които ще направят така, че ние да бъдем граждани на Европа, да се ползваме от най-добрите правни практики, да имаме закрилата на нашия континент и наистина да се чувстваме като хора, с високо самочувствие, свободни, които творят пространството на свобода, сигурност и правосъдие. Това е нашият ангажимент. Това е и нашата надежда, не само за нас самите, но и за нашите деца!

Аз съм казвала много пъти, ще кажа и сега: моите две деца наследиха моята професия. Те останаха да живеят тук, в България, и тук да работят...

Заради тях и заради младите хора, които стоят срещу мен, ние, които вече имаме повече стаж зад гърба си в областта на правосъдието, сме длъжни този път най-сетне да дадем всичко като възможност, като амбиции от наша страна, като воля, за да направим така, че децата ни да бъдат тук и да градят националното и европейското пространство свободно, с чест и достойнство.

В заключение бих искала да кажа, че подобни форуми са в състояние да пропагандират и да рекламират напредъка на нашата държава. И аз бих искала днес всички заедно да го направим. Защото държавата в момента има реформаторско правителство, което заяви ясна политическа воля за реформи, което значи, че заяви ясна политическа воля за достойнството и свободата на своите граждани.

Нещата няма да се случат бързо, но ще се случат. Рано или късно ще се случат! Някой трябва да ги започне. Нека да бъдем ние всички заедно днес, част от тези, които ще направят нашата актуална програма за следващите месеци и години!

Бих искала да поздравя специално още веднъж организаторите на тази конференция в лицето на всички представители на Университета, проф. Т. Колев, Декана на Юридическия факултет, още веднъж д-р Семов, нашият Заместник-председател на Народното събрание и Ръководител

на програмата по Право на Европейския съюз, които със своята активност, авторитет, ерудиция и желания съумяват да привлекат действително най-изтъкнатите европейски експерти и учени в правната област и да ги срещнат с действащите юристи на България. Тъй като това е пътят за превръщане на нашата страна в европейска правова държава, призната по достойнство от всички наши партньори.

Благодаря на всички още веднъж и желая успех на днешния форум!

Son Excellence Etienne de Poncins
Ambassadeur de la République française

Monsieur le Doyen de la Faculté de Droit,

Madame la Ministre, Madame Popova, que je salue tout particulièrement dans ses nouvelles fonctions,

Monsieur le Vice-président de l'Assemblée nationale, Monsieur Semov, qui est un ami de longue date de la France et avec lequel nous travaillons depuis très long temps puisque il était le directeur du master Droit de l'UE de l'Université de Sofia,

Messieurs les Recteurs,

Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi de dire tout l'honneur que je ressens de m'exprimer ainsi devant vous et, d'ailleurs, comme Madame la Ministre, je suis assez impressionné d'intervenir ainsi en ouverture devant une délégation et une assemblée aussi prestigieuses que vous avez réunies ce matin.

Permettez-moi, bien sûr, de saluer d'abord l'importante délégation qui vient de mon pays, de la France. Et donc trois grandes universités françaises sont représentées : Nancy, Paris et Strasbourg. Je salue le professeur Jacqué, le professeur Christoff-Tchakaloff, le professeur Mouton et le professeur Gautron qui viendront enrichir vos travaux.

Je dois dire que ce colloque important, un des plus grands de l'année qui se tient ici, à Sofia, se déroule à une période particulièrement propice. En effet, il y a deux grands défis devant nous dans les prochaines semaines. Le prochain est européen et le second est bulgare.

Le prochain, le premier, le défi européen c'est l'entrée prochaine, nous l'espérons tous, du traité de Lisbonne. Ainsi l'UE mettra dans les prochaines semaines, si le peuple irlandais en décide ainsi, mettra fin à un débat institutionnel qui l'a occupé pendant plus d'une dizaine d'années et donc nous pourrons passer à autre chose, nous entrerons dans une nouvelle étape de l'UE. Evidemment le traité de Lisbonne est un traité tout à fait considérable et important et il importe de s'y préparer dès maintenant et de voir en quoi il changera le droit européen. Les

juristes y réfléchissent depuis longtemps. Mais maintenant, il va falloir passer, nous l'espérons, à l'application pratique. Et donc j'imagine que beaucoup de vos travaux d'aujourd'hui et de demain porteront justement sur cette nouvelle étape. Beaucoup d'entre vous d'ailleurs ont participé à ces négociations, qui se sont étalées, encore une fois, sur une dizaine d'années. Comme le rappelait, le Ministre des affaires européennes, Monsieur Lellouche, qui était présent à Sofia lundi et mardi de cette semaine, c'était le premier ministre européen à se rendre à Sofia depuis l'entrée en vigueur du nouveau gouvernement, le Ministre Lellouche, dans sa casquette politique, rappelait que les politiques sont heureux que ce débat institutionnel se termine. Il considère que beaucoup d'énergie a été perdue dans les débats sur la gouvernance européenne et donc il espère que cette étape sera franchie et qu'on pourra passer à une nouvelle étape qui sera celle de se concentrer d'abord sur ce qu'attendent les Européens, c'est-à-dire une Europe qui protège, une Europe efficace, une Europe qui permette à l'UE de prendre toute sa place dans la mondialisation et de tenir le rang qui doit lui revenir eu égard à sa puissance économique et à l'importance de sa population de cinq cents millions d'habitants. Voilà pour le premier défi.

Le deuxième défi est plus interne et plus local. C'est celui qui concerne la Bulgarie. Mais en tant qu'Ambassadeur de France ici, vous me permettrez d'en dire un mot, et notamment en présence de Madame la Ministre. La réforme de la justice bulgare est un défi considérable et très attendu par l'UE et par tous les Etats membres, et à commencer par la France. Tous les intervenants ont rappelé à plusieurs reprises combien le fonctionnement efficace de la justice était la clé de voûte des réformes qui sont attendues ici et tout particulièrement dans le domaine de la lutte contre la corruption et le crime organisé.

Rien ne se fera sans une justice efficace et un Etat de droit renforcé. Là aussi je ne fais que citer ce qu'a dit Monsieur Lellouche à Sofia, notamment lorsqu'il a rencontré le Premier ministre Borisov.

Et je voulais saluer les premières initiatives mises en place

par Madame Popova qui nous a réunis d'ailleurs lundi matin, les ambassadeurs de l'UE, pour nous présenter un programme très ambitieux de mise à niveau de la justice bulgare avec un certain nombre de mesures qui devaient porter leurs premiers effets dès la fin de cette année. C'est l'objectif ambitieux qui est fixé. Sans entrer dans les détails, notamment la réforme du code de procédure pénale ou la réforme du code pénal qui doit intervenir là aussi dans les prochaines semaines sont des éléments majeurs pour cette mise à niveau de la justice bulgare qui est attendue avec beaucoup d'impatience. Et je dois dire, je dois confirmer que la Bulgarie bénéficiera de tout notre soutien dans les efforts qu'elle entreprend dans cette direction et que la Ministre, puisqu'elle est là, je lui dis directement : elle peut compter sur le plein appui de la France, à la fois sur le plan de la coopération administrative, sur le plan du transfert d'expérience.

Il y a déjà d'ailleurs une pratique qui s'est instaurée, par exemple l'inspection de la justice qui était mise en place il y a quelques mois en Bulgarie et s'est très largement inspirée de l'inspection de la justice en France. Il y a une très bonne coopération qui s'est mise en place. On peut tout à fait développer d'autres formes de coopérations. En tout cas, la Bulgarie, dans ses réformes qui, encore une fois, sont tout à fait à la fois attendues et cruciales, aura tout l'appui politique et technique de la France et plus largement de l'UE.

Mesdames et Messieurs je voulais vous souhaiter d'abord de très beaux travaux. Je crois que c'est aussi très symbolique : le dernier Etat membre entré dans l'UE, la Bulgarie, dialogue comme cela de façon très libre et très riche avec un Etat fondateur, la France. Et donc vous avez l'enthousiasme des nouveaux arrivants. Nous avons l'expérience des vieilles troupes en matière juridique. Je suis certain que ces échanges seront très riches, très fructueux pour toutes les parties, pour vous mais aussi pour les collègues français qui arrivent de mon pays.

Je vous souhaite de très bons travaux !

**Н. Пр. Етиен дьо Понсен,
Посланик на Френската република**

*Г-н Декан на Юридическия факултет,
Г-жо Министър Попова, обръщам се към Вас като Ви поздравявам специално във връзка с новите Ви функции,*

Г-н Заместник-председател на Народното събрание, г-н Семов, Вие сте приятел на Франция и общата ни работа ни е свързала отдавна, тъй като Вие ръководите съвместната ни магистърска програма по Право на Европейския съюз в СУ,

*Г-да Ректори,
Госпожи и господа,*

Позволете ми да изразя вълнението си по повод високата чест, която ми се оказва с възможността да говоря пред вас. И аз, като госпожа Министъра на правосъдието, съм много развълнуван от участието си в церемонията по откриването пред толкова престижно присъствие тук днес.

Позволете ми, разбира се, най-напред да поздравя представителната делегация от моята страна - Франция. Представени са пет големи френски университета: Нанси, Париж, Страсбург, Бордо и Ница. Приветствам професор Жаке, професор Кристоф-Чакалоф, проф. Мутон и професор Готрон, които ще обогатят вашата работна програма.

Трябва да кажа, че тази важна конференция, една от най-големите сред провеждащите се в София през годината научни форуми, се осъществява в изключително благоприятен период. Наистина пред нас в следващите седмици предстоят две големи предизвикателства. Първото е от европейски порядък, второто е българско.

Непосредствено предстоящото европейско предизвикателство, е влизането в сила на Лисабонския договор.

По този начин, Европейският съюз ще приключи един институционален дебат, който продължава вече повече от десет години и така ние ще можем вече да вървим нататък, ще навлезем в нов етап от развитието на Съюза.

Очевидно Лисабонският договор е много важен и е от голямо значение да се подготвим навреме за промените, които ще внесе в европейското право. Юристите разсъждават над тези проблеми отдавна. Но сега вече ще трябва да се премине към действие и практическото приложение. Аз си представям, че голяма част от вашата работа днес и утре ще бъде насочена към този нов етап. Впрочем, мнозина от нас тук участваха в преговорите, които продължиха, подчертавам го, десетилетие. Както ни припомни г-н Льолуш, министърът по европейските въпроси, при неотдавнашното си посещение в София (впрочем първото посещение на европейски министър в София след встъпването в длъжност на новото българско правителство), че политиките изпитват задоволство от приключването на дебата относно институциите. Той смята, че в тези дебати за европейското управление е загубена много енергия и се надява, че етапът вече е преодолян и може да се премине към нов, който ще бъде етап на съсредоточаване върху очакванията на Европейците, с други думи, очаквания, свързани с една бъдеща Европа, която закриля своите граждани, една ефикасна Европа, която осигурява възможност на Европейския съюз да заеме подобаващо място в процеса на глобализация и да удържа позиции, които съответстват на икономическата му мощ и на значителния човешки ресурс от 500 милиона жители. Това е първото предизвикателство.

Второто е така да се каже с вътрешно значение. То засяга България. Като посланик на Франция тук искам да кажа няколко думи, особено в присъствието на госпожа Министъра. Реформата в българското правосъдие е много очаквано от ЕС, от всички държави-членки начело с Франция, предизвикателство. Всички изказали се подчертаха, че ефикасното функциониране на правосъдието е крайгълният камък на всички реформи, които се очакват, особено в областта на борбата с корупцията и организираната престъпност. Но нищо няма да се получи без ефикасно правосъдие и силна правова държава - както отбеляза министър Льолуш пред премиера Борисов.

Бих желал да поздравя г-жа Попова за първите, осъществени от нея, инициативи. Тя представи пред посланици те на държавите от ЕС една много амбициозна програма, която има за цел да повдигне нивото на българското правосъдие според европейските критерии чрез мерки, чийто ефект следва да се усети още в края на тази година. Поставя се амбициозната цел. Без да навлизам в подробности, преди всичко промяната на Наказателно-процесуалния кодекс или реформата на Наказателния кодекс, е важен елемент от процеса на равняване на българското правосъдие по европейското и се очаква с голямо нетърпение. Трябва да повторя, че България ще получи цялата ни подкрепа в тези свои усилия. И тъй като г-жа Министърът присъства тук, ще се обърна директно към нея: Вие можете да разчитате на пълна подкрепа от страна на Франция, както по отношение на административното сътрудничество, така и във връзка с трансфера на опит.

Има вече значими постижения – създаването на Инспектората към Висшия съдебен съвет пред няколко месеца беше осъществено изцяло под влияние на опита на Франция. Установено е много добро сътрудничество. Но можем да развием и други форми на сътрудничество. Във всеки случай, в реформите, които предприема и те са, подчертавам още веднъж, едновременно много очаквани и решаващи, България ще получи цялата политическа и техническа помощ, от която се нуждае, както от страна на Франция, така и от Европейския съюз.

Госпожи и господа,

Бих желал да ви пожелаю преди всичко успешна работа. Мисля, че има нещо много символично в това: последната приета държава-членка на ЕС, България, да води много свободен и богат диалог с една държава-учредителка, Франция. Вие носите ентузиазма на новоприетите. Ние владеем опита на старите бойци в полето на правосъдието. Убеден съм, че обменът ще е много богат и плодотворен за всяка една от страните, за вас, но също и за френските колеги от моята страна.

Пожелавам ви много успешна работа!

Константин Пенчев, Председател на Върховния административен съд

Аз съм много развълнуван от думите на преждеговорившия, на Негово превъзходителство посланика на Франция, защото, както всички знаете, съдебната реформа ми е болна тема.

В последните една-две години, българите, които са ангажирани не само пряко със съдебната система, а с развитието на правото в страната ни като цяло, със сигурност забелязват един факт: законодателството на Европейския съюз и практиката на Съда на Европейските общности, за които до скоро говорихме като нещо абстрактно и донякъде непонятно, вече все по-категорично стават част от ежедневието на съдии, прокурори, адвокати, на специалистите от неправителствените организации, ангажирани с анализиране на правосъдието в България, та дори и на българските граждани неюристи, които търсят по различни поводи защита от съда.

Изключително позитивна е тенденцията форуми като днешната международна конференция да стават традиционни и да не са само изключения, защото и благодарение на тях българската правна общност получава уникалната възможност не само да чуе докладите на изтъкнати преподаватели и експерти по Право на Европейския съюз, но и да дискутира с тези авторитетни колеги, да задава напълно практически въпроси и да получава адекватни отговори.

Сигурен съм, че в дните на конференцията участниците в нея ще получат много ценни знания. Темата „Взаимоотношенията между националния съд и Съда на Европейските общности“ е изключително актуална за нас, действащите магистрати, защото отскоро ние започнахме да отправяме преюдициални запитвания до Съда в Люксембург на практика да се ангажираме с утвърждаването на върховенството на Общностното право по отношение на цялото национално право. Със сигурност няма да ни е лесно бързо да наложим в България принципите,

установени още в емблематичното и ключово решение на Съда на Европейските общности от далечната 1978 г. по делото *Симентал*, в чиито параграф 21 от мотивите Съдът постановява, че всеки национален правораздавателен орган е длъжен по дело в неговата компетентност да приложи изцяло правото на Общността, за да защити правата, които то предоставя на лицата и съответно да не приложи всяка разпоредба на вътрешното право, която му противоречи, без оглед на това дали тя предхожда или следва във времето разпоредбата на Общността.

Сигурно на фона на богатата практика на Съда на Европейските общности нашите първи стъпки изглеждат недостатъчно уверени.

Но искам да убедя европейските ни колеги, че полагаме усилия да наложим върховенството на Общностното право и да гарантираме на гражданите правата, които произтичат от законодателството на Европейския съюз.

Пожелавам успешна работа на всички участници в конференцията!

Димитър Пенков,
Директор на Института по публична администрация

*Уважаеми г-н Заместник-председател на Народното събрание,
Уважаеми г-н Председател на Върховния касационен съд,
Уважаеми г-н Председател на Върховния административен съд,
Уважаеми г-н Ректор,
Ваши превъзходителства,
Дами и господа, колеги,*

За мен и за Института по публична администрация е чест и удоволствие и няма да скрия – въпрос на професионална гордост – да сме част от структурите учредители на международната магистърска програма, по инициатива на която се провежда днешната конференция.

Участието в тази програма е важна част от работата ни и за изпълнение на задачите ни по издигане капацитета на българската държавна администрация в съответствие с европейските изисквания.

Вече два випуска и повече от 56 служители в държавната администрация преминаха курсовете и обучението в рамките на тази програма и получиха съответната престижна магистърска степен. За нас това е значим успех!

Искам да пожелаая на тази конференция успешна работа.

Искам да благодаря на Софийския университет за това, че вече толкова време работим успешно съвместно!

И да пожелаая тази работа да продължи и в бъдеще...

ВСТЪПИТЕЛНИ ДОКЛАДИ

**НЕЖНАТА ДИКТАТУРА НА СЕО
Националните съдилища –
безценният „необходим грешник“**

*Д-р Атанас СЕМОВ,
Заместник-председател
на Народното събрание на Република България,
Ръководител на Международната магистърска програма
„Право на ЕС“ на СУ „Св. Климент Охридски“*

*„Забележителното място на Съда
в европейската институционална система
е несъпоставимо с това на повечето негови международни събратя,
на които е възложена по-скоро маргинална роля...
Всъщност значението на Съда произтича от
значението на правото в европейската интеграция.“*

Проф. Рено Деус¹

Задачата, която стои пред мен, е едновременно провокативна и систематизаторска. Провокативна, защото след изложението на проф. Жаке за мен ще е трудно да представя нещо особено оригинално – и ще трябва да наблегна на провокативната форма, вместо на академичната дълбочина на съдържанието. Систематизаторска обаче, защото ми се иска да очертая накратко общата рамка на историческата роля на СЕО, предопределяща даже не толкова отношенията му с националните съдилища, колкото самото положение на тези съдилища. Тази рамка обхваща както новото интеграционно право, което те са натоварени да прилагат, така и особените им задължения и роля във връзка с това прилагане.

Този мой подход е обусловен от собствения подход на СЕО – в продължение на близо 6 десетилетия той постоянно се обръща към националния съдия и сякаш осмисля

¹ **Renaud DEHOUSE**, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 9.

своето съществуване чрез това да предопределя положението, правата, задълженията и смисъла на упражняването на правосъдната функция на националния съд в условията на европейска интеграция. Ако погледнем така, ще видим, че всичко, което СЕО извежда и налага през десетилетията, го извежда, като го вменява като задължения или поне като последици за националните съдилища. Почти цялата му практика е „завъртяна“ към националния съдия: на него говори той, него има предвид в произнасянията си – било абстрактно, било най-често конкретно.

В този половинвековен танц на СЕО с националните съдилища стъпките на нежния флирт се редуват с твърдия марш на диктатурата. От една страна, СЕО съчувства на националния съдия за тежката му нова роля на общностен съдия – и се старее да му помага: това обуславя неговата нежност, предпазливост, деликатност и очевидна, понякога демонстративна воля за щадене, особено по отношение на националните конституционни юрисдикции.

Той например категорично защитава процесуалната автономия и неприкосновеност на националния съд и в същото време смело я ограничава...

В последните години СЕО демонстрира впечатляваща гъвкавост и романтизъм в танца с гаранта на конституционния ред на държавите-членки. Той налага своето разбиране за Общностния правопорядък, като обаче заема смирена поза – и уж ги извежда от конституционните традиции на ДЧ, т.е. от разбирането на националните конституционни съдилища. СЕО е едва ли не гузен заради многогодишния диктат – и сякаш се престарава в поднасянето на свежи букети пред паметника на „неприкосновените елементи на националния конституционен ред“.

Най-директно казано: СЕО изобщо не е склонен да отстъпи от своите постулати – но много му се иска те да бъдат възприемани от националните конституционни съдилища като постулати, почтително съобразени с техните собствени постулати за върховенство на националната конституция. Това е флиртът на гузния съпруг, който все пак иска да запа-

зи доминиращата си роля в семейството! Това е демагогията на блудния син, който се завръща с уж наведена глава...

И в същото време това е ювелирната проява на един възвишен юридически морал и гордата смиреност на един неотменим победител – с ясното съзнание, че великата историческа правдивост позволява малки отстъпки с цел постигане на практически резултат. Това е великодушието на силния, на големия, на водещия в танца!

Това именно великодушие позволява на СЕО да продължи своята диктатура – и не защото тя е нужна на собствената му гордост, предостатъчно поласкана от държавите-членки чрез техния респект и дори страх от произнасянията му, а защото без нея „общностното право ще загуби общностния си характер“ и с това – смисъла и предназначението си. СЕО е обречен да бъде безпощаден диктатор – и длъжен да посяга с все по-кадифена ръкавица!...

Проф. Жан-Клод Готрон обича да използва интересната метафора за пустинния остров – където ако разполагаш дори само с производството за преюдициални заключения, можеш да накараш цялото Общностно право да функционира добре. Аз бих я разширил – ако на този пустинен остров се разположи само съдебната институция на ЕС, тя може да накара всички други институции на ЕС и всички национални органи да функционират добре и да прилагат цялото Право на ЕС!

Водещата линия в цялата практика на СЕО е постулатът, догмата, императивът за „еднообразното и правилно прилагане“ на ПЕС. Тя е насочена като стрелка именно и най-остро към националния съдия: той е този, който трябва да прилага еднообразно и правилно и да гарантира, че всички други национални органи ще прилагат еднообразно и правилно!

Необходимостта от еднообразно прилагане на Общностното право е подчертавана многократно от СЕО – още през 1965 г., например по делото *Firma Schwarze*, aff. 16/65².

² CJCE, 1 déc. 1965, *Firma Schwarze*, aff. 16/65, Rec. 1081 – на български език виж Атанас СЕМОВ (съст.), 55 най-важни решения на Съда на ЕО с коментари, Институт по Европейско право, С. 2007, с. 68.

Защо „Еднообразно прилагане“? Защото собственият – и свещен! – смисъл на създаването и утвърждаването на интеграционните общности е те да изграждат и да се основават на автономен правен ред с две ключови характеристики: разграничаване от националното и от международното право и общовалидност на правните предписания за всички субекти на този самостоятелен правен ред. Интеграцията стана необходима именно защото механизмите на международното сътрудничество се оказваха недостатъчно ефективни. Моне го написа, а Шуман го декларира съвсем просто: „Обединена Европа не бе създадена – и в резултат ни сполетя войната!“ А Обединена Европа означаваше именно това: обединена на основата на единни общи правила, валидни за всички и поради това премахващи пречките на разделението.

През 1986 г. генералният адвокат Марко Дармон формулира в заключенията си по делото *Johnston* (222/84) може би най-краткото и ясно обяснение на правната същност на европейската интеграционна конструкция: „Доколкото е съставена от правови държави, Европейската общност неизбежно е правова общност. Създаването, както и функционирането ѝ – иначе казано Общностният пакт – почиват върху равното зачитане от държавите-членки на Общностния правен ред“³.

Защо „правилно“? Защото собственият смисъл на интеграционния правопорядък е в налагането на единни правила – създаването на общ пазар с обща правна уредба. Ако за отделните участници в него – частноправни субекти или цели държави – е допустимо да се отклоняват от тези правила, те напълно биха изгубили смисъла си. Затова е от жизнена важност националният съд да гарантира, че общите правила ще се спазват навсякъде и безусловно. По същата логика принципът на примата обхваща и националните конституции – основите на тази доктрина можем да открием още през 1965-а: по делото *San Michele*, aff. 9/65

³ Marco DARMON, Conclusions, CJCE, 15.5.1986, *Johnston*, 222/84, Rec. 1986, p. 1651.

СЕО подсказва: „Принципите на една национална конституционна конструкция не биха могли да засегнат валидността на един общностен акт и неговия ефект на територията на една държава-членка“⁴. Това разбиране достига своята висота в решението по делото *Kreil* – СЕО прогласява предимството на директивата за равенството между мъжете и жените пред всяка вътрешна норма, която ограничава правата на жените (в случая за заемане на въоръжени военни длъжности), дори тя да е конституционна (в случая чл. 12-а на германската конституция)⁵!...

Защо именно от националния съдия? Защото именно националните органи са тези, от чиито правосъден морал и воля зависи успехът на интеграционния проект. Гарант за добро функциониране на националните органи не може да е друг, освен собственият им коректор в рамките на всяка отделна държава – националният съд. Не е въпрос за предпочитание от страна на СЕО – той няма друг избор... Няма на кого другото да възложи тази сложна и ключова задача по налагането на спазването на общите европейски правила! Нещо повече – именно от неговата твърдост, упоритост и убедителност в налагането на тази ключова роля на националния съд, от аргументирането ѝ, от последователното и логичното ѝ разгръщане през годините в най-голяма степен зависи успехът на европейската интеграция. Длъжни сме днес, 56 години след първото решение на СЕО, да го признаем: принудата на СЕО спрямо националните съдилища, неговият постоянен и твърд натиск над тях са **най-важният фактор за просъществуването на уникалната конструкция на интеграцията**. Натиск, който трябваше да преодолява както шумната и понякога много остра реакция на наранения суверенизъм, така и мълчаливата, но рушителна съпротива на инерцията и несъгласието с новото. Ще го кажа честно – виждам го много ясно и в моето Отечество: най-резервирани към

⁴ CJCE, 22 juin 1965, *San Michele*, aff. 9/65, Rec. 1967, p. 35.

⁵ CJCE, 11 janv. 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, Rec. I-95.

дръзките постулати на СЕО и по-конкретно към утвърдените от него принципи на примат и директен ефект са именно съдиите с най-дългогодишен опит в един съвсем „друг правен ред“, а най-чувствителни – конституционните съдии, гарантите на националната правна идентичност. И знаей, че така е било в почти всички по-стари ДЧ, че така е и в повечето, присъединили се заедно с нас!...

Но длъжни сме да признаем – именно и само тази нежна диктатура направи възможна днешната констатация, че Европейският съюз е успешен проект и проект с бъдеще!

Тук са желателни аплодисменти...

Разбира се, важни са постоянната воля на държавите-учредители и възпитаното съгласие на включилите се след тях вече 21 горди европейски нации. Важни са усещането за историческа значимост на поколения държавни ръководители, с огромна важност е приносът на големите имена на доктрината – важна част от които са и днес тук в тази зала!

Но заслугата на СЕО остава първостепенна!

От това разбиране – от тази догма – произлизат всички изисквания към националния съдия, налагани упорито и последователно в практиката на СЕО:

– да прилага ПЕС като самостоятелен правопорядък, а не като част от националното право;

– да го прилага с предимство пред всяка национална норма

– и да удовлетворява изискванията на директния ефект на тези от нормите на ПЕС, които са годни да проявят такъв.

Затова искам само с няколко примера да разгледам два основни аспекта на „нежната диктатура“:

– Диктатурата над писаната норма – СЕО многократно разширява тълкуването и дори дописва нормите на Учредителните договори (и се проявява като „неуморен съавтор“);

– И Диктатурата над националния съдия – да познава, да прилага, да гарантира, да санкционира!

I. ДИКТАТУРАТА НА СЕО НАД НОРМАТА (СЕО КАТО СЪАВТОР)

1. На Европейското право:

1.1. Сам определя:

– **какво е ПЕС и какво не е** – използва апофатическия метод (разкрива какво е ПЕС, като очертава какво не е) и най-вече като прокарва категоричното разграничение от Международното право;

– **кои са му източниците** – и особено нетипичните източници и уникалната доктрина за принципите. Ами уникалната юриспруденция, забележителните пируети относно правата на човека – хем воден от ревност ЕО да не стане страна по ЕКПЧ (и самият СЕО подчинен на ЕСПЧ), хем със светлия морал да се даде общностна защита на основните права!

– **как се прилагат в ДЧ** – съгласно изведените от СЕО принципи на директен ефект и примат;

– и каква е ролята на националните съдилища за това прилагане:

= СЕО обявява националния съдия за общностен;

= натоварва го да гарантира „еднообразното и правилно прилагане“ на Общностното право;

= очертава дори спрямо кого да правораздава (СЕО налага на националните съдилища изключително широко разбиране дори за собствената им „държава-членка“: ангажиран със защитането на Правото на ЕС е всеки орган, който действа от нейно име, дори и местен⁶ или дори субект, натоварен ad hoc с публична функция⁷. Всяко частно лице може да се позове на правата, които черпи от Общностното право, пред всеки национален орган: държавен или орган на местната власт⁸ в отношенията си с други лица или с държавата...).

⁶ CJCE, 22 juin 1986, *Fratelli*, aff. 103/88, Rec. p. 1839.

⁷ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, Rec. p. I-3313.

⁸ Жоел Ридо отбелязва, че „задължението за прилагане на разпоредбите с директен ефект засяга не само съдията, а се отнася за всички

1.2. СЕО дава ясни рамки на функционирането на институциите:

- определя какво могат и какво не (правомощията им)
- едва-едва опирайки се на заложеното в Учредителните договори;
- как да действат (правната основа на актовете им, правната природа/действие на актовете им и т.н.).

2. СЕО е съавтор на собствената си уредба и роля:

Той сам определя какво е компетентен – разширително и стеснително, по своя наглед почти произволна преценка⁹ (СЕО например безпрекословно – и без звук в ДЕО! – се е признал за компетентен да се произнася относно съобразността на актовете на институциите с международното право на ЕО¹⁰. По този начин той ясно показва и че актовете на производното право следва да се считат за поставени в йерархията на Общностното право **след източниците на международното право**. Нещо повече – СЕО еднозначно налага монистичния подход по отношение на Правото на ЕС – дори и на тези ДЧ, които упорито следват дуалистичния подход спрямо международното право).

3. СЕО сам определя отношенията си с националния съд – най-вече в рамките на производството за преюдициални заключения – определя:

- кой може да пита (CJCE, 30 juin 1966, Vaasen-Göbbels c/ Direction du Beambtenfonds voor het Mijnbedrijff, aff. 61/65, Rec. 377, на български език виж „55 най-важни решения на СЕО“, с. 76.);
- кой трябва да пита;
- кога може да се пита и кога не може;

национални власти като цяло, ...включително и децентрализираните, като напр. общините” – Joël RIDEAU, *op. cit.*, p. 818-819.

⁹ „Съдът се оказва натоварен със задачи, различни от тези на повечето от международните юрисдикции, от което произтича и неговата безподобно широка власт”, пише проф. Деус – Renaud DEHOUSE, *цит. съч.*, с. 8.

¹⁰ CJCE, 16. 6. 1998, Racke, aff. C-162/96, Rec. I-3655.

- защо може да се пита (при какви предпоставки);
- за какво може да се пита (тълкуване на какво, преценка на валидност на какво)...

II. И ДИКТАТУРАТА НА СЕО НАД НАЦИОНАЛНИТЕ СЪДИЛИЩА, на които вменява тежкото задължение да прилагат Правото на ЕО и ЕС така, както самият СЕО определя за правилно:

1. Относно директния ефект

СЕО не само вменява на националния съдия тежкото задължение да прилага общностните правни норми, но и да преценява сам техния **директен ефект** – и, разбира се, с типичен пристъп на нежност се старае да го снабди с пълен и надежден каталог от критерии за преценка коя една норма е годна да предостави права на частните лица в отношенията им с държавата или с други частни лица.

Да споменаваме ли революционната юриспруденция относно директивите – като се започне от признаването на директен ефект и се свърши с деликатно заявената склонност за налагане на задължението на националния съдия за съобразено тълкуване на директивите, на практика граничещо с пълен директен ефект!

1.1. Полезният ефект на директивите (и на решенията) би бил отслабен, ако правните субекти в държавите-членки са лишени от възможността да се позовават на тях, респ. ако националните юрисдикции не могат да ги вземат предвид¹¹. *Обвързващият характер* на директивите (както и на решенията), закрепен от чл. 249 ДЕО, не допуска изключване априори на възможността засегнати лица да се позовават директно на тях за защита на свои права¹² – обратното според СЕО би означавало „държавата да черпи изгода от своето незачитане на Общностното право”¹³.

¹¹ Така CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. 1337, p. 12.

¹² Пак там, CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn, aff. 41/74, Rec. 1337, p. 12.

¹³ CJCE, 26 février 1986, Marshall, aff. 152/84, Rec. 749.

Малко по-късно, през 1981 г. по делото *Rewe*, СЕО е **още по-ясен**: „обвързващият характер на директивата предполага невъзможността за един национален орган да противопостави на едно частно лице национална законодателна или административна разпоредба, противоречаща на разпоредба на директива, имаща всички необходими характеристики, за да бъде приложена от съдия”¹⁴. И продължава: „един държавен орган не може да противопостави на едно частно лице законови или административни разпоредби, които не са съобразени с едно безусловно и достатъчно конкретно задължение, произтичащо от директива”¹⁵.

Дори гарантираната от чл. 249 свобода на ДЧ обаче за СЕО не е неограничена: СЕО задължава националните съдилища да гарантират, че държавите-членки не само ще вземат своевременно необходимите мерки, така че най-късно при изтичането на срока дължимият резултат да бъде постигнат в пълен обем, но и **да се въздържат във времето до изтичането на този срок от каквито и да било мерки, които по съдържание (действие) сериозно противоречат на дължимия резултат**¹⁶!

1.2. СЕО разширява възможността за установяване директен ефект в норми на една директива.

СЕО разкрива **нови пътища за преодоляване на ограниченията** пред реализирането на директния ефект на общностните норми¹⁷. През 1999 г. по делото *Carbonari*¹⁸ СЕО разкрива цяла система от принципи, които допълват и всъщност очевидно разширяват действието на принципа на директния ефект¹⁹. Заведено по повод Директива 93/16 ЕИО на Съвета от 5 април 1993 г. относно свободното

движение на медицински работници, делото позволява на СЕО не просто да установи, че предвиденото в директивата задължение на държавите-адресати да осигурят „адекватно заплащане” на специализиращите медици е „безусловно и достатъчно определено”, но и да предложи на националния съдия „цяло ветрило от техники за осигуряване на възможно най-голяма ефективност на съответната директива, един съвсем пълен *va demesum* за начините на разглеждане в държавите-членки на споровете относно нетранспонирането на общностните директиви”²⁰.

1.2.1. От една страна, СЕО прилага твърде разширено разбиране относно това **кой в държавите-членки е длъжен** да се съобразява с директния ефект, респ. кой орган с поведението си на незачитане на директния ефект на дадена норма от директива може да ангажира отговорността на държавата. Извън типичните държавни органи и многото положителни отговори по конкретен повод относно редица органи (виж по-горе...) СЕО обобщава, че такъв орган ще бъде „всеки орган, каквато и да е правната му форма, който по силата на акт на държавната власт е на-товарен да изпълнява под неин контрол служба в обществен интерес и който за тази цел разполага с извънредни правомощия по отношение на разпоредбите, приложими в отношенията между частните лица”²¹.

СЕО е категоричен, че „задължението за резултат, предписано от директивата, обвързва всички органи на държавите-членки, включително и правораздавателните, в рамките на техните компетенции”²².

1.2.2. От друга страна, СЕО вменява на националния съдия едно **изключително широко задължение за съобразено тълкуване**, което по отношение на директивите далеч

¹⁴ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, Rec. 1805, p. 41.

¹⁵ Пак там, p. 43.

¹⁶ CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, Rec. I-7411.

¹⁷ Виж **Philippe MANIN**, *L'invocabilité des directives : quelques interrogations*, RTDE, 1990, p. 669.

¹⁸ CJCE, 25 fév. 1999, *Carbonari*, aff. C-131/97, Rec. I-1103

¹⁹ Така **C.W.A. TIMMERMANS**, *Directives: their effect within the national legal systems*, CML Revue, 1979, с. 533 и сл.

²⁰ **André RIGAUX**, *Europe*, avril 1999, comm. 137 – цит. по **Denis SIMON**, *Le système juridique communautaire*, Presses universitaires de France, 3è éd., Paris 2001, p. 445.

²¹ CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, Rec. p. I-3313, p. 20.

²² CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, Rec. 1891, p. 26.

излиза извън обхвата на принципа на директния ефект спрямо директивите и им придава една „широка приложимост“, която граничи с разбирането за „пълнен директен ефект“ – през 1990 г. по делото *Marleasing*²³ СЕО заключава, че националният съдия е длъжен да тълкува националното си право в съответствие не само с конкретните общностни норми (разбирай с директен ефект), но и *в съответствие с общия смисъл и цел на даден общностен акт – вкл. и директива*. Така нормите на директивата добиват една допълнителна „ефикасност“, която не просто излиза извън установения като възможен вертикален директен ефект, а превръща целия акт в „приложим“ по отношение на частните лица – чрез задължението на националния съдия да остави неприложена всяка национална норма, която му противоречи в неговата цялост (съдържание, цел, дух). Така СЕО силно намалява разликата във фактическите последици на „ограничения“ и „пълния“ директен ефект, а дори и между регламента и директивата – все воден от разбирането за пълно, еднообразно и ефикасно прилагане на Общностното право в държавите-членки. Разбира се, трябва да се подчертае, че практиката на СЕО не изобилства с други решения в подобен смисъл – но няма и решение, по което той да е заел принципно различна позиция...

Впрочем отчетливото „отваряне“ на директивите към гражданите, което СЕО последователно прокарва, намира косвено основание и потвърждение и във факта, че след ревизията от Маастрихт (чл. 254 ДЕО) голяма част от директивите влизат в сила след обнародването им в Официалния вестник – т.е. въпреки непроменената им природа на актове, адресирани до държавите-членки и предвиждащи последици предимно за тях, те влизат в сила не след получаването им от адресата (като всеки адресиран акт), а след обнародването им – т.е. след като станат известни на широкия кръг „резервни“ адресати...

²³ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 80/86, Rec. I-4135.

1.2.3. Особено интересно е, че СЕО установява една „*тълкувателна приложимост*“ на всички директиви, според която националният съдия, обвързан от задължението за лоялно сътрудничество по чл. 10 ДЕО, „*трябва да тълкува своето национално право в светлината на текста и целта на директивата, дори да няма директен ефект, за да постигне резултата, визиран от чл. 189, ал. 3 на Договора*“²⁴. Така през 1984 г. по делото *Von Colson* СЕО, след като установява, че директива 76/207 ЕИО не предвижда никакво „безусловно и достатъчно конкретно задължение“ и оставя на държавите-членки „свободата да избират измежду различни разрешения“, приема, че „националната юрисдикция следва да даде на закона, приет в изпълнение на директивата ...тълкувание и приложение, съобразени с изискванията на Общностното право“²⁵. През 1990 г. той е още по-ясен: „националните юрисдикции са длъжни при тълкуването на разпоредбите на националното си право – предварително или и последващо – да го тълкуват доколкото е възможно в светлината на буквата и духа на директивата, с оглед постигането на определените в нея цели и в изпълнение на чл. 189 ДЕИО“²⁶...

СЕО потвърждава разбирането си за „общия характер на задължението за съобразено тълкуване“ през 2003 г. в решението си по делото *Budvar* относно чл. 307 ДЕО. СЕО настоява, че „националната юрисдикция е длъжна да провери дали една евентуална несъвместимост между Договора и един двустранен договор (на съответната

²⁴ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, Rec. 1891, p. 26. Виж също Jean-Claude GAUTRON, *Droit européen*, op. cit., p. 162, както и Joël RIDEAU, *Droit institutionnel...*, op. cit., p. 822 и др. Редица автори говорят за „индиректен ефект“ – виж напр. Trevor C. HARTLEY, op. cit., p. 211; Andrea OTT, op. cit., p. 19 и други.

²⁵ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 14/83, Rec. 1891.

²⁶ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 80/86, Rec. I-4135. В същия смисъл – CJCE, 16 déc. 1993, *Wagner Miret*, aff. C-334/92, Rec. I-6911, p. 20; CJCE, 30 avril 1998, *Bellone*, aff. C-215/97, Rec. I-2191; CJCE, 22 sept. 1998, *Coote*, aff. C-185/97, Rec. I-5199, p. 18; CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. jointes C-240-244/98, Rec. I-4963, p. 30.

държава-членка с трета страна – б. м., А. С.) може да бъде преодоляна чрез даване на този договор на тълкувание, съобразено, доколкото е възможно и при зачитане на Международното право, с Общностното право”²⁷!

1.2.4. Съществено значение за надвишаването на границите на разбирането за директен ефект представлява и все по-последователно налаганото от СЕО разбиране за „възможност за позоваване на директива пред съд”²⁸. Концепцията за възможността за позоваване на директива не е много нова в практиката на СЕО. През 1980 г. по делото *Commission c/ Belgique* СЕО очертава специфичния характер на позоваването на директива пред съд: „от чл. 189, ал. 3 (дн. 249 – б. м., А. С.) произтича, че изпълнението на общностните директиви трябва да бъде постигнато чрез подходящи изпълнителни мерки, приети от държавите-членки. Правото, което Съдът (на ЕО – б. м., А. С.) признава на лицата да се позовават пред съд на една директива срещу една държава-членка, която не изпълнява тази директива, е приложимо само в случаите, когато тази държава-членка е пропуснала да предприеме изискуемите изпълнителни мерки или е приела несъобразени с директивата мерки”²⁹.

През 1982 г. по делото *Becker* СЕО приема, че „във всички случаи, когато дадени разпоредби от една директива изглеждат от гледна точка на съдържанието им безусловни и достатъчно определени, лицата могат да се позовават на тези разпоредби... срещу всяка национална норма, несъобразена с директивата, както и когато са годни да предоставят на лицата права, които те да могат да противопоставят на държавата”³⁰. Тук възможността за позоваване на една директива все още е функция на директния ефект – макар и в две форми, които могат да бъдат разграни-

чени: неприлагане (изключване) на всяка противоречаща национална норма (при което директният ефект се родее с примата) и заместване на националните норми направо с разпоредба на Общностното (директно прилагане на общностната норма, същината на директен ефект).

Още тогава става ясно обаче, че концепцията на СЕО се развива и *разбирането му за приложимостта на директивите не е свързани неделимо с разбирането за директния ефект*. Още през 1974 г., по делото *Verbond van Nederlandse Ondernemingen (VNO)*³¹ СЕО приема, че искът пред национален съд е допустим, „когато лицето се позовава пред национална юрисдикция на разпоредба на директива с цел юрисдикцията да провери дали компетентните органи при упражняването на свободата на преценка, предоставена им по отношение на формата и средствата за прилагане на директивата, са останали в рамките на преценка, определени от директивата”.

Сравнително наскоро обаче практиката на СЕО разкрива едно цялостно разбиране за *възможност за позоваване на една директива във и независимо от въпроса за директния ефект на нейните разпоредби*. По делата *Kraaijeveld*³² и *Linster* СЕО приближава разбирането за „възможност за позоваване пред съд” до теорията за примата и приема, че националният съдия е компетентен и длъжен да се произнася по съобразността на една национална мярка с Общностното право дори по отношение на директивите (респ. техните норми, които нямат директен ефект) като цяло. Националният съдия трябва да остави неприложена една национална разпоредба или административна мярка, която е несъвместима с предписанията на една директива, и в този смисъл да удовлетвори искането на едно частно лице за неприлагане по отношение на него на национална норма или мярка, независимо че съответната разпоредба на директивата няма (никакъв!) директен ефект.

²⁷ CJCE, 18 nov. 2003, *Budvar*, aff. C-216/01, Rec. I-4135, p.169.

²⁸ На френски – *invocabilité*, виж подробно *Denis SIMON*, op. cit., p. 37 et suiv.

²⁹ CJCE, 6 mai 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 102/79, Rec. 1473.

³⁰ CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, Rec. 53, p. 25.

³¹ CJCE, 1 fév. 1974, *VNO*, aff. 51/76, Rec. 113.

³² CJCE, 24 oct. 1996, *Kraaijeveld*, aff. 72/95, Rec. I-5403 и CJCE, 19 sept. 2000, *Linster*, aff. C-287/98, Rec. I-6917.

СЕО си позволява изобщо да не се занимава с въпроса дали дадената директива съдържа норми с директен ефект или не – за него е важно „дали националният законодател е останал в границите на свобода на преценка, определени от директивата“. Като се позовава на собствената си практика по делото *VNO* от 1974 г., СЕО заключава, че „когато една национална юрисдикция трябва да провери законосъобразността (на дадена национална мярка – б. м., А. С.), ...тя може да проверява дали националният законодател е останал в границите на преценка, определени от директивата“³³. Така националният съдия ще може да ограничи мерките, респ. да остави неприложени нормите на националните органи, които противоречат на общото значение и предназначение на директивата, дори когато и въпреки че те не противоречат на нито една разпоредба, която дава право на частните лица да поискат това, доколкото не притежава директен ефект (защото не предписва безусловно или достатъчно определено задължение за тази държава).

През 1997 г. по делото *Inter-Environnement Wallonie*³⁴ Държавният съвет на Белгия отправя запитване до СЕО дали, преди да е изтекъл срокът за изпълнение на една директива, една държава-членка адресат може да приеме несъобразена с нея разпоредба. СЕО обаче напомня практиката си по делата *Kraaijeveld* и *VNO* и позовавайки се на принципа за лоялно сътрудничество по чл. 10 ДЕО, заключава еднозначно, че всяка държава-членка трябва да се въздържа (а това ще рече да не може) да приема мерки, които биха могли *сериозно* да застрашат постигането на предписания от директивата резултат. Нещо повече – СЕО изрично признава националният съдия за компетентен (разбира се, ако бъде сезиран със спор в този смисъл, не и служебно) дали дадена национална норма може сериозно да застраши постигането на предписания резултат. Така на практика СЕО признава на директивите не само и не просто

³³ CJCE, 19 sept. 2000, *Linster*, aff. C-287/98, Rec. I-6917.

³⁴ CJCE, 18 déc. 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, Rec. I-7411.

приложимост пред национален съд, независимо от наличието или отсъствието на разпоредби с директен ефект, но и допуска **своеобразно скрито предварително изпълнение** – макар и сведено само до невъзможността да се приемат противоречащи мерки дори и преди срока за изпълнение на директивата и макар и наглед ограничено в рамките на разбирането за „сериозно застрашаване“ на дължимия резултат (преценката за което, разбира се, отново ще бъде направена от СЕО, ако бъде сезиран, и верен на практиката си, той ще разгълкува максимално широко...).

Съдията Едуард приема по повод трите разгледани дела, че обвързващият характер, който Учредителните договори признават на директивата, предполага лицата да могат да се позовават на нея пред национален съд – „независимо дали черпят от нейните норми субективни права“³⁵.

Редом с това СЕО достига в разбирането си за възможността за позоваване на директива и до заключения, които на практика *твърде силно се доближават до представата за пълен директен ефект!* През 1996 г. по делото *CIA Security International*³⁶ СЕО се произнася относно действието на разпоредби на една директива, които предвиждат (като крайна цел) определени задължения за частните лица за уведомяване на Комисията. СЕО приема, че ако след изтичането на срока за транспониране на директивата дадено частно лице осъществява поведение, което противоречи на определеното от директивата дължимо (целено) поведение, отсъствието на изрична национална норма (транспонираща предписанията на директивата) относно незаконосъобразността на това поведение не следва да може да бъде законосъобразно противопоставена на друго частно лице³⁷. Това разбиране може да се разглежда

³⁵ D. A. O. EDWARD, *Direct effect: Myth, Mess or Mystery*, in: J.M. PRINSEN et A.SCHRAUWEN (éd.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002, p. 3 and others.

³⁶ CJCE, 30 avril 1996, *CIA Security International*, aff. C-194/94, Rec. I-2201.

³⁷ CJCE, 30 avril 1996, *CIA Security International*, aff. C-194/94, Rec. I-2201, p. 48 и 54.

като продължение на съображенията на СЕО по знаковото дело от 1964 г. *Costa c/ ENEL*, които обосновават принципа за примата: ако по делото от 1964 г. СЕО приема, че на Общностното право не може валидно да се противопостави каквато и било национална разпоредба, то по делото от 1996 г. СЕО навярно приема, че на Общностното право не може валидно да се противопостави и каквато и да било... липса на национална разпоредба (която ако би била приета, би предоставяла на частните лица например права в отношенията помежду им) ... Подобно разбиране, макар и очевидно твърде дръзко, не е напълно лишено от аргументи и едва ли ще е пресилено да се очакват в обозримо бъдеще нови аргументи от практиката на Общностния тълкувател в Люксембург.

Накрая можем да отбележим и *твърде широкото разбиране, което СЕО налага по отношение на „нарушаване на Общностното право“*, особено по отношение на неизпълнението (нетранспонирането) на директиви от страна на държавите-членки (на което се спираме по-долу по повод неизпълнението във връзка с примата...).

2. Последците за националния съдия от принципа на директния ефект

Именно принципът на директния ефект на общностните правни норми превръща националния съдия в съдия по Общностното право на общо основание³⁹. Именно и само нормите с директен ефект са онази част от Правото на ЕО и ЕС, които „проникват“ в националното право на държавите-членки и които превръщат Общностното право в право, което действа не само „за“, но и „ВЪВ“ държавите-членки.

В този смисъл принципът на директния ефект е приложение на онова, за което мечтае още Моне и което Шуман прогласява в Декларацията си на 9 май 1950 г.: „Общият Върховен орган, натоварен с функционирането на целия режим,

³⁸ Така виж Denis SIMON, *op. cit.*, p. 402.

³⁹ Подробно виж A. BARAV, *op. cit.*, p. 1 et suiv.

...неговите решения ще подлежат на изпълнение **ВЪВ** Франция, в Германия и в другите присъединили се страни”⁴⁰!

2.1. Определяне на задълженията на националния съдия. СЕО е категоричен, че „задължението за резултат, предписано от директивата, обвързва всички органи на държавите-членки, **включително и правораздавателните**, в рамките на техните компетенции”⁴¹.

През 1990 г. в делото *Marleasing*⁴² СЕО вече твърде директно очертава решаващата роля на националния съдия за точното прилагане на Общностното право и по-конкретно на директивите. Един испански съдия отправя запитване до СЕО дали е длъжен да тълкува своето национално право в светлината на текста и целите на директива на Съвета 68/151 ЕИО от 9 март 1968 г. относно търговските дружества, която Испания още не е транспонирала. СЕО му отговаря, че е длъжен да остави неприложена всяка национална правна норма, която противоречи на Общностното право – дори ако противоречието се отнася не до конкретна общностна разпоредба, а до общия смисъл и цел на даден общностен акт⁴³!

2.2. Съдържание на задълженията на националния съдия. Обективно погледнато, практиката на СЕО натоварва националния съдия с едно основно задължение, което има две фундаментални измерения. От една страна, *да гарантира защитата на всички права на всяко лице, произтичащи от разпоредба на Общностното право*, годна да му

⁴⁰ Декларацията на Робер Шуман от 9 май 1950 г. – в: Атанас СЕМОВ (съст.), *Правни въпроси за журналисти*, Фондация „Отворено общество” – София, и др., С. 2001, с. 144, подчертаването мое – А. С.

⁴¹ CJCE, 10 avril 1984, Von Colson, aff. 14/83, Rec. 1891, p. 26, подчертаването мое – А. С.

⁴² CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, aff. 80/86, Rec. I-4135.

⁴³ Това разбиране се разглежда като конкретен израз и на задължението за съобразено тълкуване, разгледано по-горе, така виж и A. J. EASSON, *The „Direct Effect” of EEC Directives*, ICQL, 1979, p. 339-341.

предостави защитими пред съд права. Това задължение се разглежда като „прилагане на общо основание“ на Общностното право и позволява националният съдия традиционно да бъде разглеждан (от СЕО и от доктрината) като „съдия по Общностното право на общо основание“ или „съдията, който по принцип прилага Общностното право“. Това му задължение има най-общо два елемента:

– **да прилага** общностните норми, които са в сила, спрямо всекиго, за когото се отнасят⁴⁴ (като, разбира се, е свободен като правоприлагащ орган да прецени коя норма кога да прилага, а в случай на съмнение относно тълкуването или валидността ѝ – да отправя преюдициално запитване до Съда на ЕО в Люксембург);

– и **да оставя неприложена** всяка национална правна норма, независимо от ранга и характера ѝ, винаги когато установи противоречие с Общностното право в широк смисъл. СЕО не възразява националният съдия дори да „отмени“ противоречащата на Правото на ЕО и ЕС национална норма, ако националното право го овластява да прави това, но не го задължава – за него е достатъчно противоречащата национална норма да остане неприложена и да остане такава винаги докато действа съответната общностна норма, на която тя противоречи.

Това първо измерение на задължението на националния съдия можем да разглеждаме като *ориентирано към частните лица* – неговата същност е да защити правата, които те черпят от Общностното право. В този смисъл то е пряко и неразривно свързано с концепцията за директния ефект – нормите, които предоставят на лицата в държавите-членки права, защитими пред национален съд, са именно и само нормите с директен ефект.

⁴⁴ „На националните юрисдикции е възложена грижата да осигурят правната защита, която се полага на частните лица по силата на директния ефект на общностните правни норми“ – CJCE, 16 déc. 1976, *Reve*, aff. 33/76, Rec. 1989, p. 5, също и CJCE, 16 déc. 1976, *Comet*, aff. 45/76, Rec. 2043, p. 12.

От друга страна обаче, националният съдия се оказва натоварен от СЕО (а според него – от Учредителните договори...) с особено *отговорната задача да гарантира „пълната ефикасност и еднотипно прилагане“ на общностните норми във всички държави-членки*. Това задължение излиза далеч извън рамките на преките последици от действието на принципа на директния ефект и по същността си е насочено не към частните лица, а към държавите-членки като основни конструктивни единици на Общностите.

Произтичайки от последиците на принципа за примата, това задължение на националния съдия го превръща в абсолютен и незаменим гарант на общностната законност – той е натоварен не само да прилага приложимите спрямо частните лица разпоредби, но и в цялата своя дейност да следи за съобразеността на всяка национална мярка, акт, норма или практика, с Общностното право в неговата цялост.

2.3. Разширяване на ролята на националния съдия.

Разгледаното задължение не просто надхвърля обхвата и смисъла на първото – то поставя националната юрисдикция в принципно различно положение по отношение на собствената ѝ правна основа, овластявайки я да действа по начин, непредвиден в националните актове за създаването или овластяването ѝ (конституция, устройствени и процесуални закони). СЕО обаче е категоричен – *принципът за процесуалната автономия обективно подлежи на ограничаване от други два принципа – „на еквивалентността“ и на „ефективността“*.

Още през 1976 г. СЕО приема, че „при отсъствието на общностна уредба на материята вътрешният правен ред на всяка държава е този, който ще определя компетентната юрисдикция и процедурните правила за осигуряването на защитата на правата на частните лица, произтичащи от директния ефект на Общностното право“. Веднага след това обаче той отива по-нататък: „Като се има предвид, че тези правила **не могат да бъдат по-неблагоприятни** от предвидените за подобни производства от вътрешен ха-

рактер; ...те със сигурност не могат да предвиждат условия и срокове, които на практика да направят невъзможно упражняването на правата, които националните юрисдикции са задължени да защитят”⁴⁵.

Така принципът на процесуалната автономия на националния съдия вече е лимитиран. Тази концепция обаче се развива във времето. През 1997 г. СЕО вече развива *разбирането си за ограничаването на принципа на процесуалната автономия на националния съдия* от принципите на „еквивалентност” и на „ефективност”.

2.3.1. Принципът на еквивалентност се основава на *принципа на недискриминацията*⁴⁶ и предвижда, че „националните процедурни правила не могат да бъдат по-неблагоприятни от предвидените за подобни производства по вътрешни материални норми”.

2.3.2. Принципът на ефективност се основава на *принципа на полезния ефект* и предвижда, че националните процедурни норми „не могат да правят практически невъзможно или изключително трудно” защитаването на правата, които частните лица черпят от Общностното право⁴⁷.

По други поводи СЕО подчертава важността на тези два принципа, като приема, че те се прилагат „спрямо съвкупността от процедурни правила”, приложими в държавите-членки по отношение на субективни права с общостен произход⁴⁸. СЕО не се колебае в постоянната си практика да се произнася именно в смисъл на очевидно ограничаване на процедурната автономия на националния съдия с цел недопускане „посредством национални процедурни способности да се ограничи или дори сведе до нула защитата и пълната реализация на правата, произтичащи от общ-

⁴⁵ CJCE, 16 déc. 1976, *Rewe*, aff. 33/76, Rec. 1989, p. 5, и CJCE, 16 déc. 1976, *Comet*, aff. 45/76, Rec. 2043, p. 13 et 16, подчертаването мое – А. С. В същия смисъл и CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, aff. jointes C-6 et 9/90, Rec. I-5357, p. 42-43.

⁴⁶ Уреден в чл. 13 ДЕО – *Учредителните договори...*, цит. съч., с. 13.

⁴⁷ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, Rec. I-4025, p. 27.

⁴⁸ CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, Rec. I-6515.

ностни норми с директен ефект”⁴⁹. Изобилна практика на СЕО определя ограничения относно националното разбиране за „разумен срок”⁵⁰; допустими доказателствени средства⁵¹; дължими финансови компенсации⁵²; санкции⁵³ и ред други.

Разбирането за задължителността на тази концепция (респ. на тези два принципа и произтичащото от тях ограничаване на процесуалната автономия на националния съдия) СЕО утвърждава и по повод *възможността за търсене на отговорност от държавата за несъобразяването на национален съдия с тази концепция!* Съвсем наскоро СЕО определя като нарушение на Договорите, извършено от Италия, именно такова несъобразяване от страна на нейните юрисдикции с ограниченията на процесуалната им автономия, необходими за еднаквото и пълно прилагане на Общностното право. Тъй като Италия не е изменила законов текст, който противоречи на общностна разпоредба, и поради това „този текст се тълкува и прилага от администрацията и голяма част от юрисдикциите, включително Върховния касационен съд (!), по начин, че... (произтичащото от общностната норма право на обезщетение – б. м., А. С.) е направено изключително трудно за лицето, Италианската република не е изпълнила задължението, произтичащо от ДЕО”⁵⁴.

Разбира се, важно е ясно да се разбере, че прилаганото от СЕО последователно ограничаване на принципа на процесуалната автономия на националния съдия в ни-

⁴⁹ Постоянна практика: CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich*, aff. jointes C-6 et 9/90, Rec. I-5357; CJCE, 6 déc. 1994, *Johnson*, aff. C-410/92, Rec. I-5483, p. 26; CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/95, Rec. I-4599; CJCE, 2 déc. 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, Rec. I-6783 и ред други.

⁵⁰ CJCE, 2 déc. 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, Rec. I-6783; CJCE, 17 nov. 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, Rec. I-7141; CJCE, 11 juillet 2001, *Marks & Spencer*, aff. C-62/00, Rec. I-6325 и др.

⁵¹ CJCE, 9 nov. 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, Rec. 359; CJCE, 21 sept. 2000, *Michailidis*, aff. jointes 441&/82, Rec. I-7145.

⁵² CJCE, 19 mai 1998, *Jensen*, aff. C-132/95, Rec. I-2975.

⁵³ CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. 180/95, Rec. I-2195.

⁵⁴ CJCE, 9 déc. 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, Rec. I-2195.

какъв случай не означава незачитане или отказ от този принцип – той във всички случаи остава водещ⁵⁵.

3. Задължения за националния съдия, произтичащи от принципа на примата

Именно върху националния съдия CEO възлага в най-голяма степен отговорността за зачитане на принципа на примата и ефективно постигане на неговите последици. И именно към него са насочени в най-голяма степен изискванията, препоръките и вниманието на общностната юрисдикция.

3.1. Националният съдия е длъжен (на своя отговорност, ако е необходимо⁵⁶) – **да откаже приложението на всяка вътрешна правна норма**, предходна или последваща влизането в сила на общностната, с която е в противоречие.

3.2. Националният съдия е длъжен да остави неприложена и всяка вътрешна разпоредба или практика, която му пречи да остави без действие друга норма, противоречаща на общностна⁵⁷. В този смисъл отново сме изправени пред пример за *ограничаване на действието на принципа за процесуалната автономия на националния съдия*.

3.3. CEO отива още по-нататък в своята наднационална дързост – той задължава националния съдия по повод установено противоречие между общностна норма и национален закон **да спре незабавно изпълнението** на този закон, дори ако по вътрешното си право няма право на това⁵⁸.

⁵⁵ Изрично – в CJCE, 15 sept. 1998, *Edis*, aff. C-231/96, Rec. I-4951; така и CJCE, 17 nov. 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, Rec. I-7141 и др.

⁵⁶ Виж изричната формулировка на CEO в решението по делото *Simmenthal*, горещитирано.

⁵⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, горещитирано. Виж също **Mark BREALEY, Mark HOSKINS**, op. cit., p. 53.

⁵⁸ „...Незабавно да спре приложението на този закон до отсъждането на Съда, дори ако неговото национално право му забранява това...” – CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. I. 2433, виж също 55 *най-важни решения на CEO*, цит. съч., с. 287.

3.4. Липса на задължение за отмяна на противоречащата национална норма. Общностното право не налага изрично държавите-членки да отменят противоречащите му национални разпоредби – за него е достатъчно националният съдия винаги и безусловно да ги счита за неприложими⁵⁹.

3.4.1. Когато става дума за норми от конституционен ранг обаче, противоречието става твърде болезнено – и всяка държава-членка следва в израз на уважение към вътрешния си правен ред да измени съответните конституционни разпоредби, за да не се поставя в положение някаква „висша правна сила“ да оставя без приложение формално валидни норми на Основния закон⁶⁰... Утвърдена практика е държавите-членки да изменят конституциите си, когато влиза или предстои да влезе в сила общностна норма, която им противоречи. Най-типичен пример в това отношение е Франция, която не приема напълно теорията за примата на Общностното право над националната конституция, но е направила цяла серия от конституционни изменения през годините, за да допусне действието на различни общностни норми⁶¹...

3.4.2. По отношение на международните договори на държавите-членки ДЕО съдържа изрична и достатъчно ясна разпоредба. Според чл. 307, ал. 2, ако спрямо една дър-

⁵⁹ Самият CEO е обявил за противоречащи на Общностното право (и като такива – за неприложими, без, разбира се, да може сам да ги отмени) „неизброимо количество национални правни актове” – виж **Ralph H. FOLSOM, Ralph B. LAKE, Ved P. NANDA**, op. cit., p. 23.

⁶⁰ „Сблъсъкът и примиряването на доктрината на CEO за примата с националните конституции илюстрира една основна черта на правната система на ЕС. Ефикасността на тази система в голяма степен зависи от склонността на националните съдии да признаят и да приемат Правото на ЕС и особено интерпретирането му от Съда на ЕО” – **Ralph H. FOLSOM, Ralph B. LAKE, Ved P. NANDA**, op. cit., p. 24.

⁶¹ Подробно по този въпрос виж **Атанас СЕМОВ**, *Проблемът за засягането на суверенитета - централен проблем на интеграцията - в: Атанас Семов (съст. и ред.), Европейският съюз и националните конституции. Опитът на държавите-членки*, Софийски университет „Св. Кл. Охридски” и Институт по Европейско право, С. 2005, с. 28 и сл., за Франция – с. 88 и сл.

жава-членка (независимо дали като част от вътрешното ѝ право или не) действат международни договори, които съдържат разпоредби, „несъвместими с този договор“, а то ще рече несъвместими с която и да било разпоредба от цялата съвкупност на Правото на ЕО и ЕС, съответната държава-членка е длъжна „да предприеме всички необходими мерки, за да премахне установеното несъответствие“.

4. Виртуозността на СЕО в производството за преюдициални заключения

Това, разбира се, е една безкрайна тема. Ще се спра само на няколко ключови елемента.

4.1. Задължителност на запитването.

Според изричната разпоредба на ал. 2 на чл. 234 националните юрисдикции са **свободни** в преценката си дали да отправят преюдициално запитване към СЕО. Точната редакция на разпоредбата предвижда, че НЮ „може, ако счита, че решението ѝ е необходимо, за да постанови своето решение...“.

СЕО благородно позволява на националната юрисдикция да откаже да отправи запитване, дори и двете страни да настояват за такова⁶² – като го овластява дори да не се съобразява с евентуални национални процесуални разпоредби, които задължават националната юрисдикция да се съобрази с преценката на по-висшестояща национална инстанция, респ. първо да отнесе въпроса до нея⁶³, дори ако става дума за задължително сезиране на националния конституционен съд⁶⁴.

Тази свобода обаче е и относително условна. СЕО приема, че националната юрисдикция трябва да отправи запитване винаги когато пред нея възникне съмнение относно валидността или тълкуването на една общностна норма (акт), независимо дали се явява последна инстанция по делото или не.

⁶² CJCE, 16 juin 1981, *Salonia*, aff. 126/80, Rec. 1563.

⁶³ CJCE, 16 janv. 1974, *Rheinmühlen*, aff. 166/73 Rec. 33.

⁶⁴ CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte-Metalurgica*, aff. C-348/89, Rec. I, p. 3277.

И обратно – СЕО „смекчава“ абсолютния характер на задължението на последната инстанция да отправи запитване – било в хипотезата на бързо производство⁶⁵, било ако последната инстанция установи, че „поставеният въпрос не е уместен, че въпросната разпоредба на правото на ЕО вече е била предмет на тълкуване от негова страна или че точното прилагане на Общностното право е толкова очевидно, че не оставя никакво място за съмнение“⁶⁶ – което както и да го погледнем съдържа белези на „позволен субективизъм“ и в контекста на този анализ може да бъде ярък пример за „нежността“ на СЕО.

Ограничавайки възможността от отправяне на „произволни запитвания“, СЕО е безпощаден в настояването винаги когато има съществени съмнения, той да бъде сезиран⁶⁷, да не се разчита на субективната национална преценка: „... трябва да се има предвид, че текстовете на Общностното право се приемат на няколко езика..., следователно тълкуването на разпоредбите на Общностното право предполага съпоставяне на преводите⁶⁸; ...дори в случай на пълно съответствие на преводите *правото на Общността си служи с терминология, присъща само на него, ...правните понятия могат да имат различно съдържание в Общностното право*⁶⁹ и в отделни-

⁶⁵ CJCE, 24 mai 1977, *Hoffmann-Laroche*, aff. 107/76, Rec. 957.

⁶⁶ CJCE, 6 oct. 1982, *Sté C.I.L.F.I.T.*, aff. 283/81, Rec. 3415 – виж коментара на Жан БУЛЮИ, Роже-Мишел ШЕВАЛИЕ, цит. съч., с. 83.

⁶⁷ „Настоящото изложение – казват в коментара си по едно такова програмно решение Булюи и Шевалие – има за цел да убеди националния съдия, ако не в полезността, то поне в необходимостта от консултации със Съда на ЕО не само с оглед на особеностите на Правото на Общността, но и поради функциите, предоставени на нейния Съд.“ – Жан БУЛЮИ, Роже-Мишел ШЕВАЛИЕ, *коментар по решението по дело Sté C.I.L.F.I.T.*, горецитирано, с. 54.

⁶⁸ Разбирането на СЕО, че една общностна разпоредба не следва да се разглежда само в една езикова версия, е доразвито – CJCE, 22 mars 1984, *Paterson*, aff. 90/83, Rec. 1567.

⁶⁹ СЕО приема, че „Общностното право придава на всеки термин, с който си служи, изключително Общностен смисъл и значение“ – CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, Rec. 362.

те национални правни системи; ...всяка разпоредба на правото на Общността трябва да се разглежда в нейния контекст и да се тълкува в светлината на целия комплекс от норми на това право, на целите му и на степента му на развитие към момента на прилагане на съответната разпоредба”⁷⁰. Според професор Жан Булюи и генералния адвокат Марко Дармон СЕО „акцентираща върху „особените трудности“ при тълкуването на Правото на Общността... с цел да убеди националния съдия в необходимостта от консултации със СЕО”⁷¹.

4.2. СЕО дори определя с какъв акт националната юрисдикция следва да отправи запитването – определение, с което спира разглеждането на делото по същество и което съдържа въпросите до Съда на Европейските общности в Люксембург, като определението трябва да съдържа всички съществени елементи на запитването⁷².

4.3. СЕО си присвоява правото да „преформулира“ зададените въпроси⁷³ с оглед обстоятелствата по делото

⁷⁰ CJCE, 6 oct.1982, *Sté C.I.L.F.I.T.*, aff. 283/81, Rec. 3415 – виж 50 най-важни решения..., цит. съч., с. 54.

⁷¹ Жан БУЛЮИ, Роже-Мишел ШЕВАЛИЕ, коментар по решението по дело *Sté C.I.L.F.I.T.*, горещитирано, с. 56.

⁷² CJCE, 14 janv. 1982, *Reina*, aff. 65/81, Rec. 33.

⁷³ Според Булюи и Шевалие първоначално СЕО приема, че не би могъл да влияе върху преценката на НЮ относно съдържанието на запитването, без да се изложи на опасността да „се запознава с фактите по дадения случай“ или „да подлага на критика мотивите за искането за тълкуване“. Това би било „двойна проява на липса на компетентност“. В действителност „преценката на фактите по делото“ би довела до това Съдът на ЕО „да разреши спора“ (CJCE, 23 janv. 1975, *Van der Hulst's Zonen*, aff. 51/74, Rec. 79) или „да приложи Общностна разпоредба спрямо определен случай“ (CJCE, 23 janv. 1975, *Matisa Machinen*, aff. 35/75, Rec. 1205). Подобни правомощия надхвърлят границите на преюдициалната компетентност. Те принадлежат единствено на националната юрисдикция. Въпреки че подобен тип резерва се среща в практиката и по-нататък (CJCE, 20 mars 1980, *Eldi Records*, aff. 106/79, Rec. 1137), съдебната доктрина се е развила към доста по-различни възгледи, за да се стигне до едно на практика противоположно виждане, на което именно се основавам в изложението по-надолу – виж Жан БУЛЮИ, Роже-Мишел ШЕВАЛИЕ,

и най-вече с оглед рамките на собствената му компетентност, така че да даде отговор, за който е компетентен да се произнесе и който в същото време ще бъде действително полезен на първо място на питащия съдия, за да реши делото, а след това и за по-нататъшното прилагане на Правото на ЕО и ЕС от всички юрисдикции във всички ДЧ в качеството му на задължителна за тях съдебна практика.

4.3.1. СЕО сам определя, че „в случай на неуместно формулирани въпроси или въпроси, надхвърлящи възложените му с чл. 177 (нов чл. 234) функции, Съдът на ЕО разполага с правото от съвкупността от принципи, прилагани от националните юрисдикции, и по-конкретно от мотивите за акта относно искането за даване на преюдициално заключение, да извлече принципите на правото на ЕО, които изискват тълкуване или преценка за валидност, като се вземе под внимание предметът на спора...”⁷⁴.

4.3.2. СЕО може да трансформира един тълкувателен въпрос във въпрос за валидност⁷⁵.

4.3.3. Общностният съд може дори да промени (разшири) насоката на запитването – по повод запитване за тълкуване той може да се произнесе и относно валидността на нормата (или целия акт), ако самото тълкуване го изисква!

4.4. СЕО иска сведения. Без да е нужно (и дори е очевидно излишно) да се прави пълно изложение на всички правни или фактически обстоятелства по делото, още по-малко да се прилага цялото дело, необходимо е запитването да предоставя на СЕО (ПИС) *достатъчна информация* – най-вече за *страните* (за които той, от една страна има право да провери дали са действителни, а от друга – да покани да изложат съображения пред него!), за *предмета* на спора (от една страна, за да се прецени дали е действите-

коментар по решението по дело CJCE, 29 nov. 1978, *Pigs Marketing Board*, aff. 83/78, Rec. 2347 – 50 най-важни решения..., цит. съч., с. 85.

⁷⁴ CJCE, 29 nov. 1978, *Pigs Marketing Board*, aff. 83/78, Rec. 2347 – 55 най-важни решения..., цит. съч., с. 86.

⁷⁵ CJCE, 15 oct. 1980, *Roquette*, aff. 145/79, Rec. 2917.

лен, от друга – за да се даде полезен отговор), за основните елементи на фактичката и правната обстановка (в която трябва да се впише общностният отговор).

4.5. Момент за отправяне на запитването. Разпоредби за това няма – националният съдия има свобода да прецени в кой момент от хода на висящото пред него производство е подходящо да отправи запитването (като има предвид, че отговорът трябва да се вземе предвид при постановяването на решението по същество).

4.5.1. Следователно единствено релевантно е дали моментът позволява на НЮ да вземе предвид отговора от Люксембург, „за да постанови своето решение“, както изисква чл. 234, ал. 2 ДЕО. Все пак СЕО приема, че най-уместно е фактите по делото да са установени и да са изяснени въпросите, свързани с вътрешното право⁷⁶. Той приема, че „съобразно обстоятелствата може да се окаже по-изгодно, ако към момента на отнасяне към СЕО фактите по делото бъдат установени, а проблемите от чисто вътрешноправен характер – разрешени. Това ще позволи на СЕО да се запознае с всички правни и фактически аспекти, които могат да бъдат от значение за тълкуването му“⁷⁷.

4.5.2. Ал. 3 на същия член дава още една ориентировъчна индикация – той говори за „висящо производство“, което автоматично прави недопустимо всяко искане за преюдициално произнасяне, когато не е налице производство в стадий, когато то – вече или все още – е висящо.

Той преформулира и ролята си – приема, че веднъж сезиран с валидно запитване, СЕО продължава производ-

⁷⁶ CJCE, 10.3.1981, *Irish Creamery*, 36 & 71/80, Rec. p. 735; CJCE, 10.7.1984, *Campus Oil*, 72/83, p.2727; CJCE, 11.6.1987, *Pretore di Salò*, 14/86, p. 2545; CJCE, 16.07.1992, *Meilicke*, C-83/91, I, p. 4871.

⁷⁷ CJCE, 10.3.1981, *Irish Creamery*, aff. 36 & 71/80, Rec. p. 735; CJCE, 11.6.1987, *Pretore di Salò*, aff. 14/86, p. 2545; CJCE, 16.7.1992, *Meilicke*, aff. C-83/91, I, p. 4871.

ството за преюдициално заключение, докато запитването не бъде оттеглено отново с писмен акт или отменено⁷⁸!

4.6. СЕО разширява смисъла на своя отговор. Когато например запитването се отнася до **преценка за валидност**, установяването на невалидността на практика има същите последици като на едно решение, удовлетворяващо иск за отмяна на акт на институция (по чл. 230 ДЕО) – макар теорията да борава с понятия като „относителна“ или „виртуално абсолютна“ сила на решението. Може да се приеме, че констатирането на невалидността има *действие по отношение на всички* – и всеки може да се позове на тълкувателното решение на СЕО (ПИС), за да оправдае неизпълнение на нормата или акта, за които последният е установил невалидност. В същото време практиката на СЕО допуска (обратно на разбирането за сила на пресъдено нещо) повторното поставяне под въпрос на вече установена невалидност⁷⁹.

...

...Диктатурата на СЕО над националните съдилища е безспорна. И вече 6 десетилетна...

Но това е една наистина нежна диктатура. Тя е безусловно подчинена на изконна задълженост за доброто функциониране

⁷⁸ На практика се приема за редно националната юрисдикция да уведоми общността за атакуването пред по-горна инстанция на нейното решение да отправи запитване, при което общността юрисдикция отлага своя отговор, докато се произнесе вътрешната по-горна инстанция. Питащата юрисдикция следва да уведоми общността за решението по обжалването и ако то е уважено, Съдът в Люксембург прекратява ППЗ, без да постанови отговор. Той ще откаже да отговори и винаги когато висящото дело бъде прекратено след датата на отправяне на запитването – било поради оттегляне на иска, било поради споразумение или на други основания.

⁷⁹ В своята преценка по запитването СЕО се ограничава само до изложенията от питащия съдия основания; освен това в своя отговор той установява невалидност с оглед обстоятелствата по висящото дело пред националната юрисдикция. Той не се произнася относно вече настъпилите в изпълнение на тази норма (акт) последици.

на националните съдилища, за гарантиране на „еднообразното и правилно прилагане“ на Общностното право – във всяка ДЧ, от всеки съдия, по всяко дело, всеки ден...

Това е диктатурата на общностното единство над хаотичното национално многообразие. На „слетите интереси“ (Шуман, 1950 г.) над понякога силно изкривената представа за „национален интерес“.

Това е диктатурата на правовата общност.

Благодарение на нея днес ЕС е уникален успешен проект, а ние, националните юристи – горди радители за неговата успешност!

DROIT CONSTITUTIONNEL NATIONAL, DROIT COMMUNAUTAIRE, CEDH, CHARTE DES NATIONS UNIES L'INSTABILITÉ DES RAPPORTS DE SYSTÈME ENTRE ORDRES JURIDIQUES

par
Jean Paul Jacqué¹

L'existence d'interactions entre systèmes juridiques différents, mais superposés, a toujours suscité l'intérêt de la doctrine qu'il s'agisse des rapports entre droit international et droit interne ou entre droit fédéral et droit des Etats fédérés. Ainsi, en droit international, les débats entre monistes et dualistes ont contribué à structurer l'esprit des étudiants en droit depuis des générations, même si la plupart des internationalistes savent bien que les oppositions sont avant tout théoriques et que la nécessité de faire vivre le système conduit à des aménagements pratiques². De même, en droit interne, les discussions sur la suprématie du droit fédéral par rapport aux constitutions des Etats fédérés ont été très vives, notamment dans les premières décennies d'existence de la fédération américaine³. Mais la problématique de l'époque des Anzilotti, Triepel ou

¹ Professeur des Universités, Directeur au Service juridique du Conseil. Les opinions exprimées sont propres à l'auteur et ne sauraient engager l'institution à laquelle il appartient

² Voir à cet égard l'étude devenue classique de Michel Virally, *Sur un pont-aux ânes, les rapports entre droit international et droit interne*, mélanges Rolin, p. 488.

³ Marqués par la théorie dite de la nullification, ces débats, même s'ils font aujourd'hui figure d'incidents historiques, pourraient éclairer nos débats sur les rapports entre droit communautaire et constitutions nationales, voir Jean Philippe Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme*, John C. Calhoun et la nullification, Léviathan, PUF, 2004. Sur l'intérêt de l'expérience américaine, voir Jean Paul Jacqué, *Back to Philadelphia*, Revue du Marché commun, 2002 p. 661.

Kelsen pour le droit international ou de Calhoun pour le droit fédéral était simple par rapport à la complexité actuelle⁴.

En effet, la période qui a suivi la Seconde guerre mondiale a été marquée par la multiplication de systèmes, voire d'ordre juridiques nouveaux et juxtaposés. L'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées, plus récemment, l'Organisation mondiale de commerce, structurent la société internationale contemporaine au plan politique et économique. Dans le cadre européen, le système de protection des droits de l'homme mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme et celui qui s'est développé au sein de l'Union européenne constituent sans doute les systèmes potentiellement les plus conflictuels. L'énumération est loin d'être exhaustive. L'articulation entre le droit international général et les sous-ensembles régionaux n'est certes pas un phénomène nouveau, mais la question des rapports entre droit général et règles spéciales, ou même entre règles spéciales, prend de plus en plus d'importance. Ainsi, l'OMC qui est au cœur de nombreux conflits a été amenée à s'interroger sur les rapports entre le droit du commerce international et le droit international de l'environnement ou le droit international du travail. En outre, l'apparition des juridictions pénales internationales conduit à réfléchir sur leurs relations avec la Cour internationale de justice. Dans ce contexte, toute l'ingénierie juridique forgée par le passé à propos de l'interprétation des traités ou des rapports entre traités successifs donne aujourd'hui des résultats parfois fort aléatoires.

En effet, fréquemment, les rapports entre ordres juridiques n'ont pas fait l'objet de dispositions spécifiques lors de la création des systèmes considérés. Certes l'article 103 de la Charte des Nations Unies établit la primauté des obligations qui découlent de la Charte sur les autres obligations conventionnelles des Etats membres. Dans le cadre communautaire, l'article

⁴ Les difficultés portaient pour l'essentiel sur des rapports entre deux systèmes juridiques (ordre international et ordre interne) ou peut-être trois dans les cas des Etats-Unis d'Amérique si l'on prend également en compte la question des rapports entre les droits des Etats fédérés et le droit international.

307 CE organise une cohabitation provisoire entre les obligations communautaires et celles qui résultent d'accords antérieurs conclus avec des tiers. Mais les traités communautaires originels ne contenaient aucune indication sur leurs rapports avec la CEDH. Or il n'était pas possible d'appliquer de manière systématique les solutions classiques sur les rapports entre traités successifs sans que se produise un effet destructeur sur l'uniformité des règles applicables au marché intérieur ? Etait-il concevable, par exemple, que l'Italie, partie à la CEDH, n'applique pas une règle de droit communautaire qu'elle jugerait contraire à la CEDH tandis que la France, non partie à l'époque, appliquerait cette règle ? Que resterait-il dans ce cas de l'unité du marché ? Ce type de questions est la conséquence inévitable de la fragmentation actuelle du droit international en systèmes distincts et, volontairement ou non, peu coordonnés. De ce fait, les potentialités de conflits se sont multipliées, accrues par le fait que la plupart de ces systèmes extérieurs constituent, selon la formule de Strasbourg, «des instruments vivants» qui évoluent à leur propre rythme. La conséquence de ce caractère évolutif est de multiplier les risques de conflits puisque, même si on s'efforce d'adopter des mesures compatibles avec les différents systèmes, ce que l'on peut estimer conforme aujourd'hui ne le sera peut-être plus demain.

Cette situation engendre une redoutable complexité dans l'aménagement des rapports de système, complexité telle qu'elle nuit gravement à la sécurité juridique. Car, en fin de compte, pour le particulier, l'essentiel est de vivre dans un ordre stable qui rende prévisible les conséquences juridiques de ses actes. Si un professeur au Collège de France pourrait faire son miel de l'idée de «concepts flous» ou de «systèmes autorégulés», il est douteux qu'un investisseur puisse en tirer la même jouissance. Même si les différentes juridictions, nationales ou internationales, déploient, à travers un dialogue constructif, de louables efforts pour tenter de démêler l'écheveau des contradictions inhérentes aux rapports de système, la victime de ce qu'il prétend être une violation d'un de ses droits fondamentaux n'a guère le loisir d'attendre le résultat

de ces savantes concertations pour apprendre à quelle instance sa requête doit être soumis et quelles sont les règles de fonds applicables. L'incertitude quant au droit applicable et les coûts contentieux qu'elle engendre peuvent *in fine* les conduire à renoncer à investir ou à faire valoir leurs droits.

Que l'on entende bien, les reproches s'adressent moins aux juristes dont c'est le devoir de tenter de mettre en théorie la situation actuelle et d'en prévoir l'évolution qu'aux autorités politiques qui semblent s'en satisfaire. Ainsi, dans ses travaux successifs, Mireille Delmas-Marty analyse avec persévérance les difficultés auxquelles se heurte aujourd'hui la construction d'un système global⁵. Après avoir, dans un premier ouvrage, tracé un panorama, illustré d'exemples, d'un univers où la pluralité des normes s'ordonne autour de l'universel et du pluralisme, elle tente, dans un second volume, de mettre à jour les mécanismes d'horlogerie par lesquels se construit l'ajustement des systèmes en vue de donner naissance à un pluralisme ordonné. On attend avec impatience le troisième volume qui devrait tracer les voies d'une stabilisation des systèmes «dans le cadre d'une articulation souple du politique et du juridique»⁶. On saura alors s'il convient à son avis d'abandonner tout espoir de voir naître un ordre dans lequel les rapports de systèmes seraient dotés d'une stabilité apte à garantir la nécessaire sécurité juridique.

Il est vrai qu'une vision fondée sur la hiérarchie, celle de la pyramide kelsénienne, ne permet pas aujourd'hui de rendre compte de la réalité si ce n'est au prix d'une analyse terriblement réductrice. Si l'analyse classique peut conserver une certaine utilité dans l'étude des rapports entre normes à l'intérieur d'un même ordre juridique, elle reste désarmée face aux rapports complexes entre systèmes. La vision fondée sur le réseau, proposée François Ost⁷, est plus exacte, mais appor-

⁵ Voir plus particulièrement *Les forces imaginantes du droit* : T. I, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004 et T. II, *Le pluralisme ordonné*, Seuil 2005.

⁶ *Le pluralisme ordonné*, p. 280.

⁷ Ost et Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

te-t-elle une réponse pratique aux difficultés auxquelles nous sommes confrontés ? Oui, sans doute, dans les rares cas, où les fondateurs de systèmes ont organisé les relations entre leur création et les autres ordres existants et où ces règles sont compatibles avec celles qui sont contenues dans les autres ordres. Non, lorsque faute de telles indications, ou en cas d'incompatibilité entre celles-ci, on se trouve renvoyé à l'application des règles sur les traités successifs ou aux conceptions classiques sur les rapports entre droit interne et international.

En effet, l'application des règles sur les traités successifs est délicate dans des systèmes conventionnels caractérisés par une imbrication étroite entre parties telles des poupées russes. Ainsi l'ONU comprend tous les Etats membres du Conseil de l'Europe parmi lesquels on trouve tous les membres de l'Union européenne. Les conventions qui fondent chaque système comportent des règles impératives auxquelles ne peut porter atteinte un accord entre certaines parties⁸. En outre, certains de ces systèmes sont, au sens du droit international, «intégraux», c'est-à-dire que les relations entre parties ne sont pas décomposables en un ensemble de relations bilatérales. Aussi les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités⁹ n'offrent pas toujours des solutions efficaces surtout dans des hypothèses caractérisées par des transferts de compétences des Etats membres à l'organisation à laquelle ils appartiennent, comme c'est le cas dans l'Union européenne. Par ajouter à la difficulté, l'application des règles sur les traités successifs est compliquée par le fait que tous les Etats ne sont pas devenus parties aux mêmes traités en même temps. L'Allemagne est devenue membre des Nations Unies, et la France partie à la Convention européenne des droits de l'homme, bien après la création de la Communauté économique européenne. Enfin s'ajoute la prétention de certaines organisations à fonder un ordre constitutionnel propre. Si la charte des Nations unies est parfois présentée comme une constitution mondiale, la Cour

⁸ Ainsi l'article 103 de la Charte des Nations Unies.

⁹ Article 30 (traités successifs) et article 41 (accords inter partent).

de justice des Communautés voit dans les traités une « charte constitutionnelle » et la Cour européenne des droits de l'homme dans la CEDH « l'instrument constitutionnel d'un « ordre public européen ». Les rapports entre ces systèmes « pseudo constitutionnels » peuvent-ils être mesurés à l'aune du droit des traités ? Quant à l'application des règles sur les relations entre droit interne et international, la primauté combinée avec l'effet direct des normes communautaires conduit à une remise en cause des visions traditionnelles.

Ainsi, la galaxie juridique contemporaine est constituée de planètes qui évoluent les unes par rapport aux autres et dont la course se croise à de multiples reprises. Ce ballet devrait être réglé par les lois de la mécanique céleste, mais le grand architecte ne semble guère s'en être soucié. Aussi, dans ce cadre, l'étude des règles de fonds propres à chaque système est moins importante que celle des interactions qui se produisent dans le mouvement de ces planètes que constituent, entre autres, l'ONU, la CEDH, l'Union européenne. D'ailleurs, c'est souvent à travers ces interactions que naît l'occasion d'approfondir l'examen des règles propres à chaque système. Mais la priorité est d'éviter les collisions les plus graves. Pour y parvenir, la détermination des points de contacts entre systèmes, c'est-à-dire des nœuds du réseau est fondamentale, car, le plus souvent, ces nœuds n'ont pas été perçus par les créateurs de systèmes parce qu'ils n'anticipaient pas les problèmes. La globalisation des rapports internationaux les a pris de court et faute d'avoir réglé les difficultés à priori, on se trouve livré au doute à posteriori.

Pour lever ce doute, le juge a fait son devoir au fil des affaires dont il a été saisi. Une suite d'interventions unilatérales en provenance de différents systèmes juridictionnels a tenté d'apporter des solutions. Mais, dans la mesure où chaque juge se prononce au regard de l'instrument dont il tire sa compétence, l'absence de convergence des solutions n'est guère surprenante. Cependant, comme nul n'a souhaité interrompre le cours des planètes, les confrontations sont restées toutes théoriques et, à travers un dialogue nourri de concepts prétoriens appa-

remment contradictoires, des solutions concrètes ont pu être dégagées. La survie du système doit beaucoup à la tolérance et à l'ouverture réciproque des juridictions nationales et européennes¹⁰. Dans ce contexte, les difficultés dans les rapports entre systèmes ont affecté principalement le droit constitutionnel national, le droit communautaire, la convention européenne des droits de l'homme et la Charte des Nations unies.

I - Droit constitutionnel national et droit communautaire

La question des rapports entre la législation nationale et le droit communautaire est l'un des classiques des études juridiques et ne mérite pas de développements particuliers. Par des chemins différents, selon les Etats, et avec une sécurité juridique plus ou moins grande, la primauté du droit communautaire sur la loi nationale antérieure et postérieure a fini par s'imposer¹¹. En elle-même, la démarche qui conduit le juge national à reconnaître la primauté n'a rien d'extraordinaire, car elle trouve son fondement dans le droit constitutionnel national qu'il s'agisse d'une clause classique sur la suprématie des traités internationaux ou d'une clause plus spécifique relative à l'appartenance de l'Etat à une organisation dite supranationale. Dans tous les cas la primauté trouve un appui dans la constitution, même si c'est parfois au prix d'une interprétation large de celle-ci. Par contre, les conflits entre le droit communautaire et le droit constitutionnel font appel à des solutions différentes en raison des démarches divergentes du juge communautaire et du juge national.

¹⁰ La question est distincte de celle de la reprise de concepts tirés d'un autre système juridique. Cette convergence conceptuelle entre des juges de différents Etats n'altère en rien le caractère national de chaque système. Voir le discours de G. Zagrebelsky à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Cour constitutionnelle italienne et plus particulièrement ses réflexions sur le « droit cosmopolite », <http://www.cortecostituzionale.it:ita:attivita/corte>. Ce dont il est question ici, c'est de position réciproque, hiérarchie ou non, de différents ordres juridiques.

¹¹ Voir J.V. Louis et Th. Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

A. Des normes de référence distinctes

Tout juge agit dans le cadre d'un ordre juridique dont les règles s'imposent à lui. Il ne saurait reconnaître la primauté à des normes issues d'un autre ordre à moins d'être habilité à le faire par son propre ordre juridique. Gardien de la primauté du droit, sa légitimité est donc fondée sur son ordre constitutionnel propre. Certes, dans ce cadre, il dispose d'une marge d'interprétation et rien ne lui interdit de s'inspirer de concepts tirés d'autres systèmes juridiques pour peu que ceux-ci soient compatibles avec la structure et les principes de son propre système. Mais il appliquera ces concepts en tant qu'éléments de l'ordre juridique dont il est le gardien et non en qualité de règles issues d'un ordre étranger. La fertilisation croisée des systèmes juridiques ne supprime pas les barrières entre ceux-ci. Elle peut cependant se révéler utile pour éviter les conflits.

1) La primauté vue par la Cour de justice

L'affirmation de la primauté du droit communautaire par la Cour de justice n'est dès lors guère surprenante. Chargé par l'article 220 CE d'assurer «le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité», la Cour de justice ne saurait se soustraire à cette exigence. Cette situation n'empêche pas en elle-même une quelconque constatation quant à la nature spécifique des Communautés. Même dans le cadre du droit international général, le juge international ne saurait reconnaître d'autre principe que celui de la primauté du droit international sur le droit interne sous peine de nier toute valeur au droit international, et au principe «*pacta sunt servanda*», qu'il est chargé de faire respecter.

La primauté n'est donc pas une caractéristique spécifique de l'ordre communautaire. Par contre, ce qui est original c'est la manière dont s'articulent les relations entre cet ordre et l'ordre national. En droit international classique, la gestion de ces relations relève du droit interne tandis qu'ici elle est régie par le droit communautaire. Mettant en oeuvre des rapports in-

terétatiques, le droit international laisse aux Etats le soin de fixer les modalités d'application des règles internationales à la seule condition qu'ils en assurent l'application effective. En cas de violation, il appartient à l'Etat de réparer, la sanction pouvant éventuellement intervenir par le jeu de la réciprocité. Par contre, le droit communautaire ne s'applique pas seulement aux rapports entre Etats membres, mais également dans les relations entre ceux-ci et particuliers, voire entre particuliers eux-mêmes¹². De ce fait, l'effet direct vient compléter la primauté. Dès lors, les mécanismes classiques du droit international ne permettent pas de répondre aux objectifs du traité puisque, par la bilatéralisation des rapports qu'il établirait, le jeu classique de la réciprocité-sanction porterait atteinte tant à l'unité du marché intérieur qu'aux droits que les particuliers tirent du traité¹³. C'est d'ailleurs pour cette raison que le traité établit un système centralisé de sanction.

Même si un tel système n'est pas fréquent dans la société internationale, il est loin d'être novateur puisque la Cour de justice ne peut annuler une législation nationale contraire au traité¹⁴. Cependant, la Cour a su, par une utilisation habile des procédures offertes par le traité, arriver à un résultat équivalent. Certes la procédure de manquement répond encore aux principes traditionnels dans la mesure où la constatation d'un manquement intervient au terme d'un processus qui implique les organes de l'Etat et se termine par un jugement déclaratoire. La mise en œuvre du jugement de manquement appartient aux autorités nationales sous peine de sanctions pécuniaires et de l'éventuelle mise en cause de la responsabilité de l'Etat à l'égard du particulier. Mais le schéma classique du droit in-

¹² Cette particularité se rencontre également dans les accords relatifs aux droits de l'homme, ce qui explique certaines de leurs spécificités, notamment l'existence d'un système de contrôle propre qui exclut en principe le jeu de la réciprocité. Elle n'a pas été reconnue par la Cour de justice aux règles de l'OMC.

¹³ CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, rec. 629.

¹⁴ Le vieux principe fédéral «*Bundesrecht bricht Landesrecht*» ne trouve pas application dans ce cadre.

ternational subsiste puisque l'ordre juridique national reste intangible, la réparation étant le seul remède. La novation est venue de l'utilisation du système de renvoi préjudiciel. En effet, le recours préjudiciel en interprétation permet à la Cour de justice d'intervenir à titre préventif alors que la situation est encore *sub judice* au plan national. Le manquement éventuel n'est pas définitif et le juge national pourra y remédier en donnant suite à l'arrêt de la Cour. La mission d'appliquer la primauté est dans ce cas confiée au juge national qui devient le juge de droit commun du droit communautaire¹⁵. Cette solution limite la dramatisation des conflits puisque ceux-ci n'opposent pas un juge « étranger » aux autorités nationales, mais sont tranchés en dernier ressort par les autorités judiciaires nationales. Encore faut-il que celles-ci acceptent cette mission et écartent l'application des mesures nationales contraires au droit communautaire. Pour ce faire, elles doivent trouver dans leur ordre juridique un titre pour effectuer cette tâche qu'il s'agisse d'une habilitation constitutionnelle mise en œuvre par la ratification des traités communautaires, voire, dans des hypothèses plus rares, comme au Royaume-Uni d'une habilitation législative de portée générale.

La difficulté réside dans le fait que, dans la mesure où l'habilitation du juge national découle de la constitution, elle peut difficilement permettre à celui-ci d'écarter l'application d'une

¹⁵ En effet, les États membres ont, selon la Cour et en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 10 (ex-5) du traité CE, l'obligation d'abroger la norme nationale incompatible avec le droit communautaire et, dans l'attente, de la laisser inappliquée (arrêt du 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, affaire 104/86, rec. 1799). Cette obligation s'impose à toutes les autorités nationales, y compris les autorités locales ou régionales (arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/ Commune de Milano*, affaire 103/88, rec. 1839), et tout particulièrement au juge national. Comme le note la Cour dans l'arrêt *Simmenthal* : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

norme constitutionnelle contraire au droit communautaire. Or, pour la Cour de justice, la primauté ne peut qu'être absolue et le droit constitutionnel national ne bénéficie pas d'une immunité particulière. Agir autrement permettrait aux États membres d'échapper à leurs obligations par une révision de la Constitution ou par une interprétation habile de celle-ci¹⁶. Aussi, la jurisprudence communautaire affirme-t-elle la primauté du droit communautaire sur tout le droit interne quelle que soit sa nature. C'est ainsi que la primauté joue même en cas « d'invocations d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale »¹⁷. Cet arrêt de principe n'a jamais été remis en cause. Ainsi, la mission impartie à la Cour de Luxembourg par le traité impose à celle-ci de faire prévaloir le droit communautaire sur toutes les règles nationales, fussent-elles constitutionnelles.

2. Primauté et « contre limites »¹⁸ à l'aune des juridictions constitutionnelles nationales

Cette vision de la primauté pouvait difficilement être acceptée par le juge national pour lequel la Constitution constitue la norme suprême dans son ordre juridique. À cet égard, la jurisprudence récente du Tribunal constitutionnel polonais paraît particulièrement représentative. Instance juridictionnelle d'un État membre très sensible à la préservation d'une souveraineté récemment « recouvrée », mais également très au fait de la jurisprudence des cours constitutionnelles des anciens États

¹⁶ Ainsi, la France, condamnée à plusieurs reprises pour violation des règles communautaires sur l'ouverture des périodes de chasse pour plusieurs espèces, pourrait échapper à une nouvelle condamnation en fixant dans sa constitution les périodes de chasse. Il est vraisemblable que, dans ce cas précis, elle trouverait une majorité parlementaire en ce sens.

¹⁷ Arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, affaire 11/70, rec. 1125 ; voir également l'ordonnance du 22 juin 1965, affaire 9/65, *Acciaiere San Michele*, rec. 1967, p. 35.

¹⁸ L'expression « contre limite » est issue de la doctrine italienne et vise les limitations mises à la primauté en droit interne.

membres, il adopte sur les rapports entre droit communautaire et constitution, une position de principe qui reflète; au moins sur un plan théorique, celle de nombreux Etats membres bien que certains d'entre eux aient fait preuve d'une grande souplesse dans l'application pratique. Dans son arrêt du 11 mai 2005 relatif à l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, il constate que l'adhésion est constitutionnellement fondée sur l'article 90, paragraphe 1, de la Constitution qui autorise «de céder en vertu d'un traité, à une organisation internationale ou à un organisme international les compétences de pouvoirs publics sur des questions concrètes». En vertu de cette habilitation, coexistent sur le territoire polonais deux ordres juridiques autonomes soumis quant à leur validité à des juges distincts. Mais cette autonomie ne signifie pas une absence de rapports et n'exclut pas les conflits entre les normes créées au sein de chacun de ces ordres. Dans ce cas, la solution résulte de la primauté conférée au droit international, et en particulier au droit communautaire, par la Constitution. Cependant, puisqu'elle est fondée sur la Constitution, cette primauté ne saurait jouer en cas de conflit entre le droit communautaire et la Constitution. La primauté du droit communautaire n'implique pas une primauté sur la Constitution. La Cour constitutionnelle reconnaît bien l'existence d'une obligation d'interpréter le droit national d'une manière favorable au droit communautaire, mais cette obligation trouve ses limites lorsque le conflit concerne une disposition expresse de la Constitution¹⁹. Dans ce cas, la Constitution fait obstacle à l'application du droit communau-

¹⁹ « Le principe de l'interprétation du droit national « favorable au droit européen » que le Tribunal constitutionnel a jusque-là formulé dans sa jurisprudence a ses limites. En aucun cas, il ne peut entraîner des résultats contraires à la teneur explicite des règles constitutionnelles et contraires au minimum des fonctions de garantie réalisées par la constitution. Notamment les règles de la constitution en matière de droits et libertés des individus déterminent un seuil minimum et infranchissable qui ne peut être diminué ni mis en question suite à l'introduction de réglementations communautaires ». C'est pour cette raison que la Cour constitutionnelle polonaise a jugé contraire à la constitution la loi transposant le mandat d'arrêt européen en ce qu'elle acceptait la remise des nationaux polonais contrairement à la consti-

taire. Il appartient alors au constituant de réviser la Constitution, voire au pouvoir politique d'engager une procédure de retrait de l'Union.

Dans son essence, cette démarche n'est pas fondamentalement différente de celle qui a été suivie en Italie ou en Allemagne, mais il reste au juge polonais bien du chemin à faire pour sortir de cette position minimaliste et aboutir au même résultat que celui atteint par les cours allemande et italienne au terme d'une longue réflexion²⁰. En effet, dans ces deux Etats, bien que l'on soit en présence de systèmes dualistes, la primauté est fondée sur

tution qui interdit l'extradition des nationaux, contraignant ainsi la Pologne à réviser sa constitution., arrêt du 27 avril 2005.

²⁰ Dans l'affaire pl. US 50/04, la Cour constitutionnelle tchèque va plus loin en indiquant que la délégation de pouvoirs accordée à l'Union européenne n'est certes pas absolue puisqu'elle est fondée sur la Constitution, mais qu'elle ne peut être remise en cause qu'exceptionnellement : « ... the delegation of a part of the powers of national organs may persist only so long as these powers are exercised in a manner that is compatible with the preservation of the foundations of state sovereignty of the Czech Republic, and in a manner which does not threaten the very essence of the substantive law based state ... (traduction vers l'anglais présente sur le site de la Cour constitutionnelle). La contre limite est ici constituée par le "principe de l'Etat de droit démocratique". L'affaire est intéressante, car elle portait sur la répartition des quotas de production de sucre entre producteurs nationaux, matière que la réglementation communautaire renvoyait aux autorités nationales. Or, les autorités nationales avaient reproduit un système de répartition que la Cour constitutionnelle avait jugé avant l'adhésion contraire au principe d'égalité. Or ici, la Cour constitutionnelle estime que, puisque la mesure est nationale, elle est compatible tant avec le droit communautaire qu'elle met en œuvre qu'avec le droit constitutionnel national. En outre, le droit constitutionnel national lui-même doit être interprété en tenant compte du droit communautaire. Sur cette base, elle considère que la protection offerte par le droit communautaire n'étant pas d'un niveau moins élevé que celle garantie par le droit national, elle peut revenir sur sa jurisprudence antérieure et ne pas s'aventurer sur la "thin ice" de l'examen des incidences économiques des quotas au regard du principe d'égalité dans le cadre du contrôle abstrait de normes. Cela n'exclut pas bien entendu que les tribunaux ordinaires puissent se livrer à cette appréciation dans des cas concrets soulevés devant elles.

la Constitution²¹ et elle est également limitée par cette dernière²². Sur ces bases, pour la Cour constitutionnelle italienne, la question de la compatibilité du droit interne avec le droit communautaire, n'est pas une question de constitutionnalité et il appartient au juge ordinaire d'appliquer le droit communautaire et, en cas de doute sur son interprétation de saisir la Cour de justice des Communautés européennes²³. Cependant les juridictions allemande et italienne ont développé une théorie dite des « contre limites »²⁴ afin de préserver la suprématie des certaines règles

²¹ sur la base d'une interprétation généreuse de la Constitution puisque cette habilitation constitutionnelle ne devrait pas permettre la primauté sur la loi postérieure dans un système dualiste. Pour une critique, voir R. Guastini, *La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9. Sur l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle italienne à ce propos, voir Francesco Salerno, *Il neo-dualismo delle corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, Rivista di diritto internazionale, 2006, p. 340.

²² Il n'est pas indispensable de revenir sur la jurisprudence développée par les deux juridictions constitutionnelles. Pour un examen approfondi voir Louis et Ronse, précité, p. 371 et svtes.

²³ Voir l'arrêt *Granital* du 8 juin 1984. La Cour constitutionnelle italienne a dû à cette occasion pousser jusqu'à l'extrême limite son interprétation de la constitution.

²⁴ C'est toute la jurisprudence *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande. Dans un premier temps, le Tribunal estimait qu'il pouvait contrôler la législation communautaire au regard des droits fondamentaux aussi longtemps que la Communauté ne disposerait pas d'un Parlement élu avec des pouvoirs législatifs et de contrôle et d'un catalogue de droits fondamentaux (*Solange I*, BVerfGE 37 du 29 mai 1974). Cette position devait évoluer en 1986, compte tenu de l'évolution de la Communauté elle-même, puisque le Tribunal estimait que le niveau de protection des droits fondamentaux dans la Communauté était suffisant et renonçait à exercer son contrôle aussi longtemps que ce niveau resterait garanti (*Solange II*, BVerfGE 73 du 22 octobre 1986). Dans son jugement rendu à propos du traité sur l'Union européenne, le Tribunal maintenait sa position, quoique de manière moins nette en ce qui concerne les droits fondamentaux, et ajoutait qu'il n'acceptait la primauté que pour autant que la Communauté agisse dans les limites de sa compétence, se réservant au-delà, d'exercer son contrôle (BVerfGE 89 du 12 octobre 1993). Le Tribunal maintenait donc en suspens une réserve relative aux droits fondamentaux et aux éventuels dépassements de compétence de la Communauté. Les doutes que pouvait susciter ce jugement

constitutionnelles qui tiennent au respect des droits fondamentaux et à la structure constitutionnelle de l'Etat²⁵. Bien entendu, la primauté ne joue que dans le cadre des compétences transférées à la Communauté. Un acte communautaire adopté *ultra vires* ne saurait primer sur une règle de droit interne. Dans ce cas, la question de la compétence devrait être tranchée en premier lieu par la Cour de justice, juge de la validité du droit communautaire, mais il n'est pas exclu que la décision de la Cour soit en dernier ressort portée devant le juge constitutionnel national.

Bien que fondées sur des motifs différents, les récentes décisions française et espagnole illustrent bien l'attitude actuelle de juridictions qui ont approfondi progressivement leur réflexion

en ce qui concerne les droits fondamentaux ont été levés dans un jugement du 7 juin 2000, *Bananes*, dans lequel le Tribunal a précisé avec clarté la portée de la jurisprudence *Solange II* (BVerfGE, 2 BVL 1/97) : « ... il est satisfait aux exigences constitutionnelles si la jurisprudence de la Cour de justice des CE garantit, en général, face à la puissance publique communautaire, une protection effective des droits fondamentaux qui doit être respectée pour l'essentiel de la même façon que la protection des droits fondamentaux dont le Grundgesetz fait un impératif... les recours constitutionnels et les renvois préjudiciels effectués par des juridictions continuent d'emblée d'être irrecevables, si leur motivation ne démontre pas que le développement du droit européen qui comprend la jurisprudence de la Cour de justice des CE, se situe en dessous du niveau requis de protection des droits fondamentaux fixé à la suite de la décision *Solange II*... ».

²⁵ L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen (arrêt du 18 juillet 2005, 2 BvR 2236/04) dans lequel celle-ci déclare la loi allemande de mise en œuvre du mandat d'arrêt peut soulever certaines questions. Certes, la Cour prend soin de souligner le caractère particulier de la décision-cadre qui relève du troisième pilier et reproche au législateur de n'avoir pas usé des exceptions prévues par la décision-cadre ce qui implique que cette dernière n'est pas en elle-même contraire à la Loi fondamentale en ce qui concerne l'extradition des nationaux. La loi fondamentale n'interdisait pas l'extradition des nationaux, mais la subordonnait au respect de la règle de droit. La décision polonaise sur le même sujet est également intéressante puisque, même en utilisant les exceptions prévues par la décision-cadre, la loi polonaise enfreignait l'absolue prohibition constitutionnelle d'extradition des nationaux (arrêt du 27 avril 2005). La décision polonaise comporte d'ailleurs une interprétation légèrement distordue du droit communautaire. Voir J. Kromarek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant : Contrapunctual Principles in Disharmony*, Jean Monnet Working Paper 10/05, NYU School of Law.

sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel. Dans sa décision du 10 juin 2004 rendue à propos de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (décision n° 2004-496 DC), le Conseil constitutionnel confirme l'immunité juridictionnelle du droit dérivé²⁶. Dans cette affaire, les auteurs de la saisine invoquaient l'inconstitutionnalité de dispositions de la loi de transposition d'une directive communautaire. Pour le Conseil, l'obligation de respecter le droit communautaire découle de l'article 88-1 de la Constitution française sur la participation de la France à la Communauté et à l'Union. En vertu de cette disposition constitutionnelle, le législateur doit respecter le droit communautaire lorsqu'il transpose une directive. Il n'appartient donc pas au Conseil de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi de transposition. Seul le juge communautaire pourrait vérifier si la directive respecte les limites de la compétence communautaire et les droits fondamentaux. Le juge constitutionnel français ne pourrait intervenir que dans deux cas. Tout d'abord, dans le cadre de sa marge d'appréciation, le législateur national peut aller au-delà de ce que lui impose la directive. Dans la mesure où il exerce alors un pouvoir propre qui n'est pas lié par le droit communautaire²⁷, le contrôle de constitutionnalité s'exerce normalement. Ensuite, l'hypothèse d'une contrariété entre la directive et une disposition constitutionnelle expresse est réservée. En effet, la portée de l'habilitation tirée de l'article 88-1 doit être interprétée à la lumière des autres dispositions de la Constitution. Si ces dispositions n'ont pas été modifiées, c'est qu'elles devaient continuer à s'appliquer. Certes les hypothèses de conflits devraient être rares. D'éventuels conflits avec le principe de laïcité ou avec le principe d'égalité ont été évoqués, mais, compte tenu des compétences de l'Union, ils sont peu probables. L'évolution de

²⁶ Voir notamment parmi une abondante bibliographie les différents commentaires de Jérôme Roux, Anne Levade, Jean-Pierre Camby à la RDP 2004, p. 878 et suivantes et le commentaire de Jean-François Kovar à la RTDE 2004, p. 580.

²⁷ Encore que s'il s'agit d'une mesure de mise en œuvre du droit communautaire, elle devra également être conforme à celui-ci.

la formulation de cette limite dans la décision sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins est particulièrement intéressante²⁸. En effet, le Conseil constitutionnel abandonne la référence aux «dispositions expresses» pour lui substituer celle de règle ou de principe «inhérent à l'identité constitutionnelle de la France». Ce faisant, il aligne sa position sur celles des juges constitutionnels italien ou espagnol, mais surtout sur l'article I-5 de la constitution pour l'Europe. Compte tenu des délais qui lui sont impartis pour rendre sa décision, le Conseil constitutionnel, ne peut que sanctionner les incompatibilités manifestes entre une loi et une directive communautaire, aussi, pour le reste, renvoie-t-il au juge ordinaire qui dispose de la possibilité d'adresser une demande préjudicielle à la Cour de justice. Cette main tendue a été saisie par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. Saisi de la question de la conformité à la Constitution d'un décret de transposition d'une directive, le Conseil estime d'abord devoir rechercher s'il existe une règle ou un principe général de droit communautaire de nature à assurer le respect de la règle constitutionnelle et, en cas de doute de saisir la Cour. Ce n'est qu'en l'absence d'une règle ou d'un principe de droit communautaire qu'il examinera la constitutionnalité de la mesure d'application. La portée de l'arrêt devrait être précisée par la jurisprudence ultérieure, car elle dépend beaucoup de l'appréciation par le Conseil d'Etat de ce qu'est une protection effective d'une règle constitutionnelle par le droit communautaire de même que de la détermination des règles et principes constitutionnels auxquels le droit communautaire n'offrirait aucune protection. Par contre, en l'absence d'une protection effective parce que le droit communautaire ne contiendrait pas un principe équivalent aux principes constitutionnels nationaux ou parce qu'il lui donnerait une portée différente, le Conseil d'Etat appliquerait la Constitution. Mal-

²⁸ Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006. voir le commentaire de Florence Chaltiel, *Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire*, RFDC 2006, p. 837.

gré une volonté indéniable de coopération²⁹, le Conseil d'Etat français reste encore loin de la présomption «quasi irréfragable» qui résulte de la doctrine *Solange* après l'arrêt *Bananes* et reste plus proche de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour européenne des droits de l'homme³⁰. En tout cas, s'agissant du Conseil constitutionnel, s'il s'efforce de donner toute sa place au droit communautaire, il fonde bien entendu la primauté sur la constitution et non sur quelque vertu qui serait propre à l'ordre juridique communautaire³¹.

A cet égard, l'analyse du Tribunal constitutionnel espagnol dans sa déclaration du 13 décembre 2004 rendue à propos de la constitution européenne témoigne d'une plus grande ouverture qui rejoint celle du juge allemand. Le droit de l'Union s'intègre dans le droit national en application de l'article 93 de la Constitution espagnole. Bien que cet article soit silencieux en ce qui concerne les «contre limites», les transferts de compétences à l'Union sont limités par le respect des structures constitutionnelles de base et des systèmes de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans la Constitution. Dans ces limites, la primauté du droit communautaire ne porte pas atteinte à la suprématie de la Constitution puisqu'elle est fondée sur celle-ci. Dès lors, dans le champ de compétences propre à l'Union, le droit national ne trouve pas à s'appliquer en vertu de la Constitution³². Le principe de primauté constitue l'instrument qui per-

²⁹ Le Commissaire du gouvernement Guyomar prend clairement position en ce sens : «nous récusons toute solution qui risquerait d'être regardée comme engageant, à l'échelon de la Communauté européenne, la guerre des juges».

³⁰ Voir infra.

³¹ F. Picod, *Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé dans l'Union européenne*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18 ; B. Mathieu, *Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales*, Dalloz 2004, p. 1739 ; J. Roux, *Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution*, AJDA 2004, p. 1537 ; B. Genevoix, *Le Conseil constitutionnel et le droit dérivé*, RFDA 2004, p. 651 ; d'une manière plus générale, sur les rapports de système en France, voir Olson et Cassia, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Droit et justice, PUF, 2006.

³² A. del Valle Galvez, *La déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004*, Cahiers de droit européen, 2005, p. 705 ; L. Burgorgue-Larsen,

met de choisir, entre deux normes également valides, la norme applicable selon que l'on se situe ou non dans le champ des compétences de l'Union³³.

Quel que puisse être le degré d'ouverture des juges constitutionnels des Etats membres à l'égard du droit communautaire, leur mode de réflexion est identique. La primauté du droit communautaire trouve sa source dans la constitution nationale. Elle ne saurait donc jouer contre certaines règles de celle-ci. Les variations portent sur les règles protégées, toutes les dispositions expresses ou les principes structurels et les droits fondamentaux.

B. Les tentatives de conciliation

L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice et de celle des juridictions nationales révèle l'existence de présupposés théoriques antagonistes quant à la source de la primauté et le rang du droit constitutionnel national. Dans tous les Etats membres, il existe, pour reprendre la formule italienne, des «contre limites»³⁴. C'est sur l'étendue de celles-ci que des divergences entre cours nationales pourraient se faire jour. Il est vrai qu'importante dans l'abstrait, cette question l'est moins dans la réalité. En ce qui concerne les règles constitutionnelles auxquelles le droit communautaire serait concrètement susceptible de porter atteinte, il est peu probable, compte tenu des

La déclaration espagnole du 13 décembre 2004 (DTC n°1/24), « Un *Solange II* à l'espagnole », Cahiers du Conseil constitutionnel n°18 ; Th. Papadimitriou, *Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18.

³³ Nous avons tenté de soutenir cette vision, sans grand succès il est vrai, il y a bien des années, voir notamment *A propos de la guerre des juges, accords et désaccords entre le juge français et la Cour de Justice des Communautés*, Revue administrative de l'Est, 1981, p. 5, voir plus particulièrement p. 29.

³⁴ L'Estonie a intégré les contre limites dans sa constitution sous la forme d'une clause constitutionnelle défensive qui subordonne l'appartenance à l'Union aux principes fondamentaux de la Constitution de la République d'Estonie (amendement à la constitution du 14 septembre 2003, entré en vigueur de 14 décembre 2003, article 1).

compétences attribuées à l'Union qu'un conflit soit possible avec les dispositions constitutionnelles relatives à la structure institutionnelle des Etats. Le problème le plus préoccupant est celui d'un conflit qui porterait sur les droits fondamentaux au sens large, c'est-à-dire en incluant les garanties qui découlent de la citoyenneté.

L'opposition conceptuelle sur la primauté aurait pu générer de nombreux conflits. Or, jusqu'à présent, il n'en a rien été malgré quelques alertes. Cette coexistence des systèmes est due à la modération réciproque des acteurs. Comme le souligne à juste titre le juge Tizzano : «...tout le système tend à la recherche de points de convergence -et parfois même de compromis- entre les diverses instances juridictionnelles... Il est en fait vrai que chacune d'entre elles est liée à un principe identitaire ainsi qu'à une cohérence intrinsèque qui lui est propre; mais il est tout aussi vrai que jusqu'à présent, elles ont toutes fait preuve de grande sensibilité aux exigences globales du système et à son harmonie.»³⁵. Cependant, sans négliger le rôle primordial joué par la coopération entre juges, l'absence de conflits majeurs est également due à d'autres facteurs.

1) L'attitude conciliatrice prise tant par les autorités communautaires que nationales.

Sur un plan national, la prévention des conflits naît avant tout des précautions prises avant la ratification des révisions successives des traités. La vérification par le juge constitutionnel, dans les Etats qui le permettent, de la compatibilité entre la constitution nationale et les traités ainsi que les révisions constitutionnelles afin de supprimer d'éventuelles incompatibilités permet d'éradiquer les causes de conflits. De son côté, le législateur communautaire est très attentif aux arguments d'inconstitutionnalité qui sont soulevés par les Etats membres au cours du processus législatif. Alors qu'il pourrait se réfu-

³⁵ La protection des droits fondamentaux en Europe et les juridictions constitutionnelles nationales, Revue du droit de l'Union européenne, 2006, p. 9.

gier derrière la primauté du droit communautaire et négliger de telles préoccupations, il s'efforce au contraire d'adopter une attitude conciliatrice. Certes, une approche *a priori* n'est pas une garantie absolue, car les interprétations des dispositions constitutionnelles peuvent évoluer. De plus, tout juriste sait que l'ingéniosité des avocats peut faire apparaître des conflits sur des questions qui semblaient à première vue anodines.

En second lieu, une communauté de valeurs s'est établie entre les Etats membres et l'Union, ce qui limite les potentialités de conflits. Suite à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, le développement de la protection des droits fondamentaux dans l'Union d'abord par la voie jurisprudentielle, puis par leur insertion dans le traité et enfin par l'adoption d'une Charte des droits fondamentaux, certes non contraignante pour le moment, mais qui confirme un consensus sur une liste de droits³⁶, ont consacré l'existence de valeurs partagées. La Cour constitutionnelle allemande en a tiré les conséquences, dans son arrêt *Bananes*, en limitant considérablement les possibilités de recours fondé sur les droits fondamentaux³⁷. Il est vrai que l'évolution du droit communautaire initiée en ce domaine par la Cour de justice n'était pas gratuite. En allant à la rencontre des préoccupations du juge constitutionnel allemand, la Communauté préservait la primauté du droit communautaire et son application uniforme.

³⁶ La première référence à la valeur juridique de la charte se trouve dans un arrêt du Tribunal du 30 janvier 2002. À cette occasion et à propos du droit à une bonne administration et de l'exigence d'un contrôle juridictionnel, le Tribunal fait référence à la charte comme confirmant les traditions constitutionnelles des Etats membres. La charte fait ainsi son entrée comme source de principes généraux du droit, non en tant que telle, mais comme l'expression des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres auxquelles fait référence l'article 6 paragraphe 2 TUE (affaire T-54/99, *max. mobil c/. Commission*, rec. II-313). La Cour de justice a, de son côté, fait référence pour la première fois à la Charte dans une affaire relative au rapprochement familial parce qu'il était fait mention de celle-ci dans les considérants de la directive régissant la matière (arrêt du 27 juin 2006, affaire C-540/03, non encore publié).

³⁷ Supra note 17.

– En troisième lieu, comme le note le juge Tizzano, la modération réciproque des instances communautaires et nationales a joué un rôle essentiel. En effet, si les juges nationaux ont posé des «contre limites» à la primauté, ils n’ont jamais fait jouer celles-ci et ont su, comme les Cours allemande ou italienne faire preuve de souplesse. De son côté, la Cour de justice des Communautés a adopté une attitude constructive. Ainsi, dans l’affaire *Kreil* qui mettait en cause une disposition constitutionnelle allemande prohibant l’emploi des femmes dans des unités militaires armées, elle a su observer une certaine réserve. Certes, elle a rappelé le principe de non-discrimination dans l’accès à l’emploi, mais s’est bien gardé d’envenimer la situation en évitant tout prononcé théorique sur un conflit éventuel entre une norme constitutionnelle nationale et le traité³⁸. De leur côté, les autorités allemandes ont tiré les conséquences de l’arrêt dans l’ordre interne. Mais, plus encore, la Cour de justice a utilisé toutes les possibilités offertes par le droit communautaire pour désamorcer d’éventuels conflits. Dans l’affaire *Schmidberger*, la Cour de justice devait se prononcer sur une mesure nationale autorisant une manifestation qui avait eu pour conséquence de porter atteinte à la libre circulation des marchandises sur l’autoroute du Brenner. L’affaire concernait donc un conflit entre la liberté de circulation, garantie par le traité, et le droit à la libre expression et à la manifestation, garanti, notamment, par la Constitution autrichienne, mais aussi par le droit communautaire³⁹. Ce conflit entre l’une des quatre libertés fondamentales communautaires et les droits fondamentaux a été résolu par une mise en balance des inté-

³⁸ Arrêt du 11 janvier 200, affaire C-285/98, rec. I-69.

³⁹ Or le droit communautaire impose le respect des droits fondamentaux garantis par l’article 6 TUE aussi bien aux autorités communautaires qu’aux Etats membres dans le champ d’application du droit communautaire. Aussi le fait que le droit fondamental en cause soit également reconnu par le droit communautaire a facilité la solution du litige puisqu’en fait, l’Autriche n’avait fait qu’appliquer un droit garanti par le droit communautaire dans la mise en œuvre d’une liberté garantie par le traité, en l’occurrence la libre circulation des marchandises.

rêts en présence en tenant compte du large pouvoir d’appréciation des autorités nationales. En l’espèce, la restriction aux échanges intracommunautaires n’était pas disproportionnée par rapport à l’objectif légitime de protection des droits fondamentaux⁴⁰. La Cour est allée plus loin encore à la rencontre des Etats membres dans l’affaire *Omega* qui mettait en cause le respect de la dignité humaine en Allemagne. La République fédérale estimait que l’organisation de jeux de tir au pistolet laser sur des êtres humains portait atteinte à la dignité humaine et était de ce fait contraire à l’ordre public. Le respect de la dignité humaine est protégé par le droit communautaire⁴¹, mais la conception extensive allemande de la dignité n’était pas partagée par les autres Etats membres lesquels ne voyaient aucun problème dans ce type de jeux. Dès lors, la Cour devait déterminer si une restriction à la libre prestation de services fondée sur une conception purement nationale d’un droit fondamental garanti par le droit communautaire était admissible. Elle admet que la conception de l’ordre public⁴² peut varier d’un Etat à l’autre et que les Etats membres disposent en ce domaine d’une marge d’appréciation soumise à un contrôle de proportionnalité : «Il n’est pas indispensable...que la mesure restrictive édictée par les autorités d’un Etat membre cor-

⁴⁰ Arrêt du 12 juin 2003, affaire C-112 /00, rec. I-5659 ; on lira avec intérêt les conclusions de l’avocat général Jacobs qui souligne qu’il s’agit dans le cas présent de protéger un droit fondamental reconnu par le droit communautaire et qui doute qu’une telle protection puisse être accordée à n’importe quel droit fondamental garanti en droit national : « On peut toutefois imaginer un instant un ordre juridique (purent hypothétique) d’un Etat membre qui reconnaisse expressément le droit fondamental d’être protégé contre la concurrence déloyale d’autres firmes et, en particulier, de firmes établies à l’étranger ou une jurisprudence admettant un tel droit comme un aspect du droit fondamental de libre activité économique, ou le droit fondamental de libre propriété...On ne saurait donc exclure automatiquement qu’un Etat membre qui invoque la nécessité de protéger un droit reconnu comme fondamental par le droit national n’en poursuive pas moins un objectif qui doit être considéré comme illégitime au regard du droit communautaire ».

⁴¹ Arrêt du 9 octobre 2001, affaire C-377/98, *Pays-Bas contre Parlement et Conseil*, rec. I-7079.

⁴² Fondement de la restriction sur la base de l’article 46 CE.

répondre à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ...en cause»⁴³. De la sorte, les interprétations nationales des droits fondamentaux peuvent être protégées.

2) Le Traité de Lisbonne

Mais cette alchimie jurisprudentielle n'offre pas toujours la certitude juridique recherchée par le justiciable et il est essentiel que les rapports de système soient réglés par le constituant. À cet égard, le traité établissant une constitution pour l'Europe permettait d'utiles clarifications comme l'ont d'ailleurs constaté certaines juridictions constitutionnelles. En ce qui concerne les rapports de systèmes, la constitution tentait de concilier l'approche communautaire et l'approche nationale en reconnaissant la primauté du droit de l'Union, mais en l'assortissant de limitations inspirées des «contre limites» établies par les juridictions constitutionnelles. Puisqu'il n'existait pas de réel besoin de réaffirmer une primauté qui existe nonobstant toute constitutionnalisation, l'aspect novateur du texte se trouve dans les limites qui sont apportées au jeu de cette primauté. L'article I-6 précisait que la primauté ne jouait que dans le cadre des compétences de l'Union, indication qui juridiquement n'était pas indispensable puisqu'en vertu de principe d'attribution, tout acte de l'Union adopté *ultra vires* est frappé de nullité. Cependant, on ne peut sous-estimer l'importance politique d'une telle disposition qui rassurait les Etats membres tout en tirant la conséquence du principe d'attribution. La référence à la primauté a été supprimée du traité de Lisbonne, ce qui ne modifie en rien la situation existante comme le précise une déclaration à l'acte final. Plus importante encore est l'inscription à l'article I-5, paragraphe 1, du texte constitutionnel de la «contre limite» fondée sur les structures

⁴³ Arrêt du 14 octobre 2004, affaire C-36/02, *Omega Spielhallen*, rec.I-9609. Les conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl sont fort détaillées et apportent une lumière intéressante sur la protection des droits fondamentaux en cause.

politiques et constitutionnelles des Etats membres⁴⁴. Cette disposition est reprise à l'article 4 du TUE amendé par Lisbonne. Enfin, en ce qui concerne les droits de l'homme, l'incorporation de la Charte et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme constituent un socle fondamental ouvert à toute évolution qui s'appuierait sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. La limitation expresse par la Charte de son champ d'application au champ d'application du droit de l'Union et l'indication que la Charte ne crée pas de nouvelles compétences peut rassurer les Etats membres quant au maintien de leur système national de protection. Désormais, comme le constatait le Tribunal constitutionnel espagnol, toute violation des «contre limites» constituera une violation du traité et sera sanctionnée au premier chef par la Cour de justice. Le caractère positif de ces aspects novateurs n'a malheureusement pas été perçu dans le débat référendaire français où certains ont mis l'accent sur le caractère prétendument destructeur de la primauté pour les Etats membres comme si, même dans le cadre du droit international, la France pouvait conclure un traité en prétendant se dégager des obligations qui la dérangent par simple modification de son droit national⁴⁵.

En conclusion, les solutions apportées ne remettent pas en cause les éléments essentiels de chacun des systèmes, mais constituent des aménagements pragmatiques afin de permettre la poursuite de l'intégration. Elles traduisent une acceptation par les gardiens de ces ordres de l'existence de l'autre, mais aussi l'existence d'instruments de pression pour contenir toute velléité d'empiètement. Du côté communautaire, la remise

⁴⁴ « L'Union respecte l'égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ... ».

⁴⁵ Alors justement que l'introduction du droit de retrait de l'Union offrait une sortie à des situations dans laquelle les contraintes de l'Union seraient perçues comme intolérables au regard de la souveraineté nationale.

en cause de la primauté, même fondée sur la constitution, par un juge national, outre le coût politique qu'elle pourrait avoir, déclencherait une procédure de manquement avec d'éventuelles incidences financières. Du côté national, toute atteinte à la constitution pourrait provoquer une remise en cause de la primauté et, par là même, de l'unité du marché intérieur.

II. Ordre juridique communautaire et Convention européenne des droits de l'homme

Les rapports entre le droit communautaire et la Convention ont fait l'objet d'une abondante littérature⁴⁶ et ce serait dépas-

⁴⁶ La question des rapports entre le droit communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet d'une abondante littérature. Sans viser à l'exhaustivité, on retiendra plus particulièrement : F. Benoît-Rohmer, *Chronique d'une décision annoncée: l'affaire Senator Lines devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *L'Europe des libertés*, n° 4, 2001, p. 2 ; F. Benoît-Rohmer, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue universelle des droits de l'homme*, 2000, p. 57 ; F. Benoît-Rohmer, *À propos de l'arrêt Bosporus Air Lines : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, p. 827 ; A. Clapham, *Human Rights and the European Convention : A Critical Overview*, In *European Union, The Human Rights Challenge*, Vol. I, Nomos, Baden-Baden, 1991 ; A. Bultrini, *La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 5 ; G. Cohen-Jonathan, *Convention européenne des droits de l'homme*, *Jurisclasseur Europe*, fascicule 6500 ; S. Douglas-Scott, *note sur l'arrêt Bosporus*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 243 ; S. Douglas-Scott, *A tale of two courts / Strasbourg and the growing European human rights acquis*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 623 ; Drzemczewski, *The Internal Application of The European Human Rights Convention as European Community Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 118 ; J. A. Frowein, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Europäische Gemeinschaftsrecht in die Grundrechte in der Europäischengemeinschaft*, *Nomos*, p. 47 ; G. Gaja, *Aspetti problematici della tutela di diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1988, p. 574 ; F. Hoffmeister, *note sous l'arrêt Bosporus*, *American Journal of international Law*, 2006, p. 442 ; J. P. Jacqué, *The Convention and the European Communities in The European System for the Protection of Human Rights*, edited by MacDonald, Matscher and Petzold, Nijhoff, 1993, p. 888 ; J. P. Jacqué, *Droit communautaire*

ser l'objet du présent propos que de retracer une histoire qui a trouvé aujourd'hui une conclusion provisoire avec l'arrêt *Bosporus* de la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant la problématique et les solutions retenues sont importantes pour notre analyse. En effet, comme pour les rapports entre le droit national et le droit communautaire, le silence volontairement gardé du «constituant communautaire», lors de la rédaction des traités originaux, laisse un vaste champ à la réflexion doctrinale et à l'expérimentation judiciaire. Les frontières de l'exercice ne sont fondamentalement pas différentes de celles qui bornent les rapports entre cours constitutionnelles et Cour de justice. En effet, ici encore, tant la Cour de justice que la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent retenir d'autre solution que de faire prévaloir l'instrument qui fonde leur compétence respective, mais le souci d'éviter les conflits a conduit à des solutions comparables au *Solange II* de la Cour constitutionnelle allemande.

A. La Convention vue par le droit communautaire

La Convention et les traités communautaires forment bien entendu des instruments juridiques distincts. De plus, à l'origine, les six Etats membres de la CEE n'étaient pas tous parties à la Convention puisque la France n'avait pas encore ratifié celle-ci. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles la Cour de justice n'a pas retenu la suggestion qui lui avait été autrefois faite par l'un de ses membres, le juge Pescatore selon

et convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt Bosporus, une jurisprudence Solange II de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. de droit européen*, 2005 ; P. Pescatore, *The Court of Justice of the Communities and the European Convention on Human Rights*, *Mélanges Wiarda*, 1988, p. 457 ; H. G. Schermers, *The Communities Under the European Convention on Human Rights*, *Legal Issues of European Integration*, 1981, p. 1 ; A. G. Schermers, *The European Communities Bound by Fundamental Human Rights*, *Common Market Law Review*, 1990, p. 249 ; F. Tulkens et J. Callewaert, *La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* édité par M. Dony et E. Bribosia, éditions de l'ULB, 2002, p. 180.

laquelle la Communauté serait liée au titre de la succession par les obligations de la Convention⁴⁷. Le premier changement est intervenu lorsque la Cour de justice a modifié sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux et a décidé de prendre ceux-ci en considération en tant que principes généraux du droit⁴⁸. Il devenait alors nécessaire d'identifier ceux de ces droits qui seraient consacrés au titre des principes généraux. On connaît la jurisprudence de la Cour qui désignait comme sources en matière de droits fondamentaux les traditions constitutionnelles communes et les conventions internationales que les Etats ont signées ou ratifiées⁴⁹. La solution était logique. En effet, lorsque les compétences communautaires étaient encore exercées par les Etats, les pouvoirs de ces derniers étaient limités par les droits garantis par ces conventions. Pour éviter que le transfert de compétences à la Communauté ne s'accompagne d'une disparition de cette garantie, il était indispensable que cette fonction soit désormais assurée au niveau communautaire.

Parmi les conventions internationales, la Convention occupa assez rapidement une place prééminente. Non que la Cour se refuse à tenir compte d'autres textes⁵⁰, mais parce que la Convention, avec le mécanisme de contrôle juridictionnel qui lui est propre et fait de celle-ci un instrument vivant, constitue sur bien des points l'instrument international le plus perfectionné. Aussi n'est-il pas surprenant que les Etats membres lorsqu'ils ont, à Maastricht, intégré la jurisprudence de la Cour dans ce qui est aujourd'hui l'article 6 paragraphe 2 du TUE, aient repris la seule référence aux traditions constitutionnelles communes et à la Convention européenne des droits de l'homme. À ce titre, l'obligation de respecter la Convention découle aujourd'hui du droit primaire et cette dernière est devenue une source matérielle du droit communautaire⁵¹.

⁴⁷ Voir article dans les mélanges Wiarda cité supra note 32.

⁴⁸ Arrêt du 14 mai 1974, *Nold*, affaire 4/73, rec. 491.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Par exemple, arrêt 17 février 1998, affaire C-249/96, *Grant*, rec. I-621 pour le pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁵¹ Pour un exposé plus général de l'évolution de cette question, voir dans

Bien entendu, l'incorporation porte sur le catalogue des droits garantis et non sur le mécanisme de protection juridictionnel institué par la Convention. Pour qu'il en soit ainsi l'adhésion de l'Union à la Convention⁵² est indispensable et celle-ci n'est possible, selon la Cour, qu'après une révision des traités⁵³ qui n'est pas intervenue jusqu'à présent⁵⁴. De ce fait, la Cour de justice demeure l'interprète en dernier ressort de la Convention dans le cadre communautaire. Cette situation a beaucoup inquiété la doctrine qui a souligné le risque de conflits entre la Cour de Strasbourg et celle de Luxembourg. Non que ces risques soient particulièrement préoccupants en eux-mêmes puisqu'il arrive couramment que les juridictions suprêmes nationales donnent de la Convention une interprétation différente de celle de la Cour de Strasbourg. Mais, dans ce cas, il existe une faculté d'obtenir une interprétation définitive de Strasbourg alors que, s'agissant du droit communautaire, aucun mécanisme ne permet une telle solution. Le risque est alors pour les Etats membres qui, confrontés à des indications contradictoires, doivent choisir entre violer soit la Convention, soit le droit communautaire. La pression qui s'exerce sur la Cour de justice est forte puisqu'elle doit s'efforcer de prévenir toute violation de la Convention en s'efforçant, dans certains cas, d'anticiper sur ce que pourrait être la jurisprudence de Strasbourg sans pour autant porter atteinte aux règles du traité.

Molinier (Dir.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, 2005, le chapitre II, plus particulièrement à partir de la page 203.

⁵² Ainsi qu'un amendement de cette dernière.

⁵³ Avis 2/94 du 28 mars 1996, rec. I-1759.

⁵⁴ Malgré les suggestions répétées de la Commission et de certains Etats membres, la décision de modifier le traité pour permettre l'adhésion a été repoussée jusqu'à la Convention sur l'avenir de l'Europe qui a proposé d'insérer dans la Constitution pour l'Europe une clause spécifique, ce qui fut fait (article I-9).

B. Le droit de l'Union vu de Strasbourg

La Cour européenne des droits de l'homme a récemment précisé sa position à l'égard du droit communautaire. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme s'était prononcée en son temps en reprenant à son compte la jurisprudence *Solange* et avait estimé que, la protection offerte par le droit communautaire étant équivalente, il n'y avait pas lieu de déclarer une requête portant sur le droit communautaire recevable. Après la disparition de la Commission, la Cour a dû traiter directement les requêtes. À plusieurs reprises, elle a déclaré celles-ci irrecevables pour des motifs liés au fond. Mais les recours se sont multipliés et il était inévitable que la Cour prenne position. Deux affaires ont permis de préciser la position de la Cour à l'égard de l'Union : les affaires *Matthews*⁵⁵ et *Bosphorus*⁵⁶.

Mais, avant toute chose, la jurisprudence de Strasbourg repose sur deux principes fondamentaux. Le premier est que ni la Communauté ni l'Union ne peuvent être attirées devant la Cour européenne. En effet, aucune de ces entités n'est partie à la Convention et leurs activités ne relèvent pas directement du contrôle de Strasbourg. Certes la Cour de Strasbourg aurait pu s'inspirer de la jurisprudence de l'OMC en considérant que puisque, dans le système communautaire, les Etats membres ont la responsabilité de la mise en œuvre du droit communautaire, ils agissent *de facto* comme agents de la Communauté laquelle assume de ce fait la responsabilité de leur comportement⁵⁷. Mais une telle solution aurait conduit à accorder soit à reconnaître que la Communauté avait succédé aux Etats membres ce qui était difficile compte tenu du fait que la Convention n'est ouverte qu'aux Etats, soit à lui accorder une immunité ce qui était contraire au second principe selon lequel les Etats

⁵⁵ Arrêt du 18 février 1999, requête n° 24833/94.

⁵⁶ Arrêt du 30 juin 2005, requête n° 45036/98.

⁵⁷ Panel Report du 15 mars 2005, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indication for Agricultural Products and Foodstuffs*, paragraphe 7.725, WTO Doc. WT/DS174/R.

membres sont parties à la Convention et ne peuvent exciper d'un quelconque transfert de compétences à la Communauté ou à l'Union pour se soustraire aux obligations qui découlent pour eux de la Convention. Selon l'article premier de la Convention, les parties «reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.». L'existence de la Communauté ne saurait selon la Cour les dispenser du respect de cette obligation. Comme elle le rappelle dans l'arrêt *Bosphorus*, «lorsqu'elle tente ... d'établir ... dans quelle mesure il est possible de justifier l'acte d'un Etat par le respect des obligations découlant pour lui de son appartenance à une organisation internationale à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté, la Cour reconnaît qu'il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné : les garanties prévues par la Convention pourraient être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective ... L'Etat demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention ...».

1) L'arrêt Matthews : le contrôle de conventionnalité du droit primaire

L'affaire Matthews traitait d'un conflit entre l'Acte relatif à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct et l'article 3 du protocole n° 1 à la Convention⁵⁸. L'absence de participation des habitants de Gibraltar à l'élection du Parlement européen était à l'origine de la requête de Mme Matthews contre le Royaume-Uni. L'Acte relatif à l'élection est une dé-

⁵⁸ Qui consacre le droit à des élections libres. L'affaire Matthews avait été déclarée recevable par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme.

cision du Conseil⁵⁹ soumise à ratification des Etats membres. À ce titre, il fait partie du droit primaire. Dans cette affaire, la Cour rappelle que la Communauté n'étant pas partie à la Convention, ses actes ne peuvent être en tant que tels attaqués devant elle. Cependant, même si elle accepte le transfert de compétences à une organisation internationale, elle précise que celui-ci n'exonère pas les Etats de leur responsabilité. Puis elle souligne les spécificités de l'acte contesté : «De fait, l'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte «ordinaire» de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire. Le traité de Maastricht n'est pas, lui non plus, un acte de la Communauté, mais un traité, par la voie duquel s'est réalisée la révision du traité CEE. Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'article 1 la Convention et, en particulier, de l'article 3 du Protocole n° 1, des conséquences de ce traité ».

La solution retenue par la Cour répond à la question posée et à elle seule. Elle ne permet pas de tirer des conclusions générales quant au statut du droit communautaire. L'Acte est un traité et n'est pas soumis au contrôle de la Cour de justice. Il a été adopté à l'unanimité et le Royaume-Uni porte sa part de responsabilité dans la mesure où son concours était indispensable et où, en réalité, l'exclusion de Gibraltar est intervenue à sa demande. Les suites de l'affaire permettent également de souligner les difficultés qui résultent d'une absence de hiérarchie entre la Convention et l'ordre juridique communautaire. En effet, le Royaume-Uni a choisi de d'exécuter à l'arrêt bien que l'Acte n'ait pas été modifié sur ce point, suscitant alors la désapprobation du gouvernement espagnol qui a intenté une procédure en manquement devant la Cour de justice⁶⁰. C'est

⁵⁹ et actuellement du Parlement et du Conseil.

⁶⁰ Affaire C-145-04. Dans ses conclusions du 6 avril 2006, l'Avocat général Tizzano admet partiellement la légalité de la mesure britannique. Dans un effort de coopération avec la Cour européenne des droits de l'homme, il souligne que le respect des droits fondamentaux s'impose à titre primaire à

bien l'habituel dilemme qui naît de l'obligation de choisir entre deux obligations contradictoires celle que l'on va violer.

2) L'arrêt *Bosphorus* ou le contrôle de conventionnalité du droit dérivé

L'arrêt concerne l'application par l'Irlande d'un règlement communautaire instituant des sanctions à l'encontre de la Yougoslavie. Ce règlement trouve sa source dans une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies⁶¹. La société requérante estimait que la mesure irlandaise d'application relative à la saisie d'un aéronef portait atteinte au droit de propriété. Saisie précédemment de l'affaire, la Cour de justice avait confirmé la légalité de la saisie contestée, notamment au regard du droit de propriété. Dans sa démarche, la Cour suit sa jurisprudence traditionnelle et admet la responsabilité de l'Irlande au regard de la Convention puisque l'appartenance de celle-ci à la Communauté européenne n'est pas de nature à la dispenser du respect des obligations qu'elle a contractées au titre de la Convention. Cependant, elle prend en compte le fait que le règlement étant obligatoire dans tous ses éléments, l'Irlande était tenue de l'appliquer sans aucune marge d'appréciation sous peine de violation du droit communau-

la Communauté et justifie une dérogation à l'Acte. Mais il limite le champ d'application de cette dérogation aux seuls citoyens de l'Union et estime que le Royaume-Uni a violé le droit communautaire en accordant également le droit de vote aux Qualified Commonwealth Citizens (qui n'ont pas la nationalité britannique) résidant à Gibraltar. L'apport essentiel des conclusions est la reconnaissance du fait qu'une violation de la Convention, constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, autoriserait une dérogation au droit primaire. Dans son arrêt du 12 septembre 2006, la Cour de justice n'affirme pas clairement la "supra constitutionnalité" des droits fondamentaux, mais elle souligne clairement que son refus de condamner le Royaume-Uni est étroitement lié à l'existence d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶¹ Ce fait n'a guère influé sur la Cour de Strasbourg qui n'a guère recherché de responsabilité en amont du règlement communautaire s'évitant ainsi prudemment de se poser la question des rapports entre la Convention et une résolution obligatoire du Conseil de sécurité, voir *infra*.

taire. Elle est donc en présence d'un hypothétique conflit entre la Convention et le droit communautaire et c'est ici qu'elle fait œuvre de conciliation.

En effet, la Cour reconnaît l'importance de la coopération internationale, notamment le rôle joué par les organisations internationales, et indique qu'elle ne souhaite pas entraver celle-ci. D'où le recours à une solution qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence *Solange II* de la Cour constitutionnelle allemande. Si la Cour confirme bien la responsabilité de l'Etat irlandais, elle admet que l'exécution du droit communautaire constitue un «intérêt légitime d'un poids considérable». Pour concilier le respect de la Convention avec l'importance accordée à la Communauté, elle a recours à une présomption de conformité du droit communautaire avec la Convention, présomption qui peut être renversée si le droit communautaire n'offre pas une protection équivalente à celle garantie par la Convention⁶². Par équivalence, la Cour entend une protection comparable, mais non identique, concernant tant le fond du droit que les procédures de garantie. Dans chaque cas, la Cour pourra être conduite à examiner le niveau de protection offert par le droit communautaire avant de se déterminer. Et ce n'est

⁶² « De l'avis de la Cour, une mesure de l'Etat prise en exécution de pareilles obligations juridiques doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention ... Par « équivalente », la Cour entend « comparable » : toute exigence de protection « identique » de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi (paragraphe 150 ci-dessus). Toutefois, un constat de « protection équivalente » de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux. ». Il est vrai qu'en l'espèce, la solution a été facilitée par le fait que la Commission européenne et l'Etat défendeur admettaient un tel type de responsabilité qui avait déjà été retenu par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M & Co*, décision du 9 février 1990, requête n° 13258, D.R. 64, p. 138; Cependant, dans *M & Co*, la présomption semblait absolue alors qu'ici elle est relative et peut être levée dans le cas d'une «insuffisance manifeste».

qu'en cas «d'insuffisance manifeste» qu'elle se prononcera. Puisque l'immunité offerte au droit communautaire n'est pas absolue, l'arrêt devrait inciter la Cour de justice à suivre dans les affaires dont elle est saisie la jurisprudence de Strasbourg afin se prémunir contre tout contentieux ultérieur.

La solution de la Cour de Strasbourg est applicable à l'ensemble du droit dérivé dès lors qu'il fait l'objet de mesures d'application prises par les Etats membres. Dans ce cas, il sera toujours possible d'attirer l'Etat devant la Cour. Si le droit communautaire (règlement, directive, ou décision), ne laisse aucune marge d'appréciation, la présomption de conformité à la Convention jouera à moins que la protection communautaire ne souffre d'insuffisance manifeste. Si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation, le contrôle prévu par la Convention s'exercera pleinement sur l'utilisation de cette marge.

3. La conventionnalité des actes applicables sans intervention des Etats

Certains actes communautaires n'appellent aucune mesure d'application des Etats membres. C'est le cas des mesures internes à la Communauté comme les actes en matière de fonction publique, mais aussi des règlements qui n'appellent pas d'intervention des autorités nationales. Dans cette hypothèse, il n'existe pas d'action que l'on puisse imputer à l'Etat. Cela exclut-il toute requête adressée à la Cour de Strasbourg ? Compte tenu de la position de celle-ci, c'est peu vraisemblable. En effet, ces actes sont exécutés sur le territoire d'un Etat partie et entrent donc dans sa juridiction. En outre, admettre une immunité conduirait à ce qu'un transfert de compétences aboutisse à supprimer les garanties offertes par la Convention, ce que la Cour refuse. Si elle restait dans la logique de l'arrêt *Bosphorus*, la Cour pourrait admettre la responsabilité des Etats pour ces actes. Il est vrai qu'en l'occurrence, aucun Etat membre n'assume une responsabilité directe pour des actes qui, dans bien des cas, ont été adoptés sans qu'il participe à la décision ou qui, s'il a participé à la décision, sont le produit d'une

décision majoritaire. Mais, on voit mal la Cour entrer dans l'examen du processus interne de décision pour déterminer une éventuelle responsabilité d'un Etat. Dans ce dessein, elle devrait percer le voile de la personnalité de la Communauté et, en tout état de cause, l'examen pourrait aboutir à exonérer l'Etat de sa responsabilité ce qui laisserait subsister une lacune dans le système de protection institué par la Convention. Il paraît donc vraisemblable que, dans de tels cas, la Cour transposerait sa jurisprudence *Bosphorus* et admettrait aux mêmes conditions la responsabilité collective des Etats membres.

C. Une coopération des juges, source d'incertitude

Les réponses apportées par les juges de Strasbourg et de Luxembourg aux questions soulevées par les rapports entre le droit de l'Union et le droit communautaire sont à première vue heureuses puisqu'elles permettent une coexistence paisible des deux systèmes. Mais un examen plus attentif révèle une série de difficultés lesquelles intéressent d'ailleurs davantage l'Union que le système de la Convention.

1. La jurisprudence de la Cour conduit *de facto* à soumettre l'Union européenne à son contrôle par l'intermédiaire de la mise en cause de la responsabilité d'un Etat membre alors que jusqu'à présent les Etats membres n'ont pas accepté que l'Union devienne partie à la Convention⁶³. Cette situation est désavantageuse pour l'Union qui n'étant pas partie au litige, ne peut intervenir qu'au côté d'un Etat membre dont elle ne maîtrise pas la défense⁶⁴. De plus, n'étant pas partie à la Convention, elle ne peut désigner de juge à la Cour. Elle a subi donc les inconvénients de la situation sans en retirer aucun avantage. Certes, on pourrait penser que les litiges seront ex-

⁶³ C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont estimé que la jurisprudence *Bosphorus* réalisait l'adhésion forcée de l'Union à la CEDH, voir Fl. Benoît-Rohmer, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, p. 827.

⁶⁴ À condition d'y être autorisée par le Président de la Cour (article 36 § 2 de la Convention), mais cette autorisation devrait généralement lui être accordée puisqu'elle est en l'espèce la garantie d'un procès équitable.

ceptionnels, mais la situation actuelle montre que c'est sans compter sans l'ingéniosité des avocats qui s'ingénient à trouver les moyens de profiter de la nouvelle voie de recours qui leur est offerte⁶⁵.

2. Malgré la volonté proclamée de préserver le phénomène d'intégration communautaire, la jurisprudence de la Cour opère une « regouvernementalisation » de la Communauté en faisant des Etats membres les défenseurs de l'intérêt communautaire, rôle qui est normalement joué par les institutions de la Communauté. Cette négation de la personnalité de la Communauté affaiblit celle-ci et engendre un retour en arrière. Cette situation n'est pas innocente. Elle constitue une incitation efficace à l'adhésion à la Convention, seule solution apte à redonner à la Communauté le rôle qui correspond à sa nature propre.

3. La jurisprudence de la Cour contient en germe une menace pour la primauté du droit communautaire. Elle place, au cas où une violation serait constatée, les Etats membres dans la situation schizophrénique de devoir choisir entre la violation du droit communautaire ou celle de la Convention. L'Etat membre est obligé de remédier à une situation qui ne dépend pas de lui, mais du législateur communautaire ou de la Cour de justice ou de la Commission. S'il choisit de donner suite à l'arrêt, il se trouvera dans une situation de manquement au droit communautaire. Même si la Cour de justice admettait que le respect des droits fondamentaux puisse constituer une justification à ce manquement⁶⁶, l'application uniforme du droit communautaire ne sera plus assurée. Et que dire des actions en responsabilité qui ne manqueraient pas d'être introduites par les particuliers ? Mais, plus encore, comme la Cour de Strasbourg s'est réservé la possibilité de se prononcer au cas par cas sur la comparabilité de la protection, la sécurité juridique n'est pas pleinement garantie. La tentation pourrait alors être grande pour les Etats membres de se prémunir d'ac-

⁶⁵ La Cour est actuellement saisie d'une dizaine d'affaires, voir Douglas-Scott, *op. cit.*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 637, note 41.

⁶⁶ Voir les conclusions Tizzano précitées.

tions éventuelles à Strasbourg en s'abstenant d'appliquer le droit communautaire dans des cas incertains. Que l'on imagine l'effet que pourrait avoir sur le droit de la concurrence, le refus d'un Etat d'appliquer des sanctions parce qu'à ses yeux la procédure suivie n'a pas respecté les droits fondamentaux de l'entreprise concernée ?

4. Pour rétablir les institutions communautaires dans leur rôle, préserver la primauté et restaurer une certaine sécurité juridique, il n'existe que deux issues, toutes deux liées à une décision politique. Les Etats membres pourraient collectivement dénoncer la Convention, mais une telle voie est politiquement peu vraisemblable. Il ne reste donc qu'une solution, qui était vraisemblablement celle recherchée par la Cour, l'adhésion de l'Union à la Convention. De la sorte, la hiérarchie serait clairement établie. C'est cette solution qui a été retenue par le traité de Lisbonne.

C. Charte des Nations Unies, Droit de l'Union et Convention européenne des droits de l'homme

Les relations entre ces trois systèmes posent également des problèmes de hiérarchie des normes, mais les conflits entre juges sont absents en raison de faiblesses du contrôle juridictionnel dans le cadre du système des Nations Unies. Certes, pendant longtemps, la probabilité d'un conflit entre ces trois systèmes juridiques à propos de la protection des droits fondamentaux était faible. En effet, les activités des Nations Unies ne paraissaient guère de nature à porter atteinte aux droits des particuliers, à l'exception peut-être du respect des règles humanitaires lors des opérations de maintien de la paix. L'évolution de la nature des menaces contre la paix et la sécurité et les réflexions qui se sont faites jour sur la caractère injuste des sanctions non ciblées⁶⁷ ont profondément modifié

⁶⁷ Comment sanctionner des mouvements terroristes qui n'ont aucun lien avec un Etat ? Faut-il faire supporter à l'ensemble de la population d'un Etat un régime de sanction qui n'a été mis en place que pour lutter contre certains groupements ou certaines personnes ?

la situation. Certes, la mise en œuvre des sanctions contre les Etats pouvait de manière indirecte avec un effet sur les particuliers comme en atteste d'ailleurs l'affaire *Bosphorus*, mais c'est l'apparition des « sanctions ciblées » ou intelligentes (*targeted or smart sanctions*) contre des particuliers qui constitue l'élément nouveau⁶⁸. Ces mesures sont notamment destinées à combattre l'appui apporté aux groupements terroristes par des particuliers. Il existe actuellement huit régimes de sanctions de ce type et celui qui a soulevé le plus grand nombre de problèmes a été institué par la résolution 1267 du 15 octobre 1999. Dans cette résolution, adoptée sur la base du chapitre VII de la Charte, le Conseil de Sécurité organise le gel des avoirs de personnes soupçonnées d'aider le terrorisme et inscrites à ce titre sur une liste noire.

Les préoccupations humanitaires ne sont pas étrangères au mécanisme puisque les Etats peuvent, sauf opposition expresse du comité des sanctions, déclarer le gel inapplicable à des dépenses de base (vivres, loyers ...) de manière à préserver la dignité de la personne humaine. Les listes sont établies pour une durée limitée et les personnes visées peuvent demander à être radiées. Les demandes sont adressées à l'Etat de résidence à charge pour lui d'instruire le dossier en consultation avec les autres gouvernements concernés et de le soumettre au comité des sanctions qui prend une décision par consensus. À défaut, le Conseil de Sécurité est saisi.

Mais l'existence de ce régime a conduit plusieurs auteurs à se poser un certain nombre de questions quant à sa compatibilité avec les exigences de la protection des droits fondamentaux⁶⁹. Le respect du droit de propriété est, bien entendu,

⁶⁸ Voir les réflexions de Christian Tomuschat, *Human Rights, Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, 2003, notamment p. 90.

⁶⁹ Voir en particulier le rapport établi par Ian Cameron pour le Conseil de l'Europe, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Conseil de l'Europe, 6 février 2006 et le rapport établi par Bardo Fassbender pour le Bureau des affaires juridiques des Nations Unies, *Targeted Sanctions and Due Process*, 20 mars 2006 et l'importante bibliographie citée dans ces rapports.

en cause, mais d'autres droits sont également concernés. Les particuliers ne sont pas informés des motifs de l'inscription et ne peuvent attaquer celle-ci devant un organe indépendant. Ils ne peuvent donc contester le gel de leurs avoirs au cours d'un procès équitable. Certes, il peut être possible de déroger aux droits fondamentaux pour des motifs liés à la paix et à la sécurité, mais, malgré la large marge d'appréciation laissée aux autorités politiques, la proportionnalité de la mesure devrait pouvoir être appréciée par un organe indépendant.

Dès lors que les sanctions furent mises en œuvre, la question de leur compatibilité avec l'ordre juridique communautaire et avec la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait manquer d'être abordée. Alors que jusqu'à présent, la Cour de Strasbourg a habilement évité le problème, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a été contraint de l'aborder de front. La question des rapports entre le système des Nations Unies et d'autres ordres juridiques arrivait ainsi au premier plan.

A. Droit communautaire et résolutions du Conseil de Sécurité

La résolution 1267 a été mise en œuvre au sein de la Communauté par un règlement fondé sur une position commune⁷⁰. De ce fait, les Etats membres ont appliqué de manière uniforme les sanctions à l'égard des particuliers inscrits sur la liste. Il était dès lors inévitable que le Tribunal de première instance soit saisi par certains des destinataires des sanctions et que la contestation se développe sur le terrain des droits de l'homme.

Dans les arrêts qu'il a été amené à rendre à ce sujet⁷¹, le Tribunal a choisi une ligne difficile, celle de respecter les résolu-

⁷⁰ Position commune 1999/727/PESC du 15 novembre 1999, JO L 294 p. 1 et règlement (CE) n° 337/2000 du 14 février 2000, JO L43 p. 1.

⁷¹ Arrêts du 21 septembre 2005, affaire T-306/01, *Yusuf et Al Barakat*, affaire 315/01, *Khadi*, non encore publiés, voir les commentaires de Denys Simon et Flavien Mariatte, *Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur*

tions du Conseil de Sécurité tout en s'efforçant de protéger les droits fondamentaux. Cela l'a conduit à retenir une position peu orthodoxe qui n'a pas obtenu l'aval de la Cour de justice dans l'affaire *Kadi*.

1. La hiérarchie des normes est au cœur de la solution retenue par le Tribunal. L'article 103 de la Charte des Nations Unies stipule qu'en «cas de conflit entre les obligations des membres des Nations unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront»⁷². L'article 25 de la Charte établissant la force obligatoire des résolutions du Conseil de Sécurité prises dans le cadre du chapitre VII, celles-ci s'imposent aux Etats membres de l'Union. Mais s'imposent-elles également à l'Union ? L'article 48 de la Charte permet aux membres d'exécuter leurs obligations par leur «action au sein des organismes internationaux appropriés dont ils font partie». En ce qui concerne la Communauté, l'article 307 CE maintient les obligations contractées par les Etats membres antérieurement à la conclusion du traité ou à leur adhésion⁷³. En outre l'article 297 impose aux Etats membres de se consulter «en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le marché commun ne soit affecté par les mesures qu'un Etat membre peut être appelé à prendre ... pour faire face aux

de droit international, Europe, décembre 2005, p. 6, de J.P. Jacqué, *Le Tribunal de Première instance face aux résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies: «Merci monsieur le Professeur»*, Europe des libertés, 2006; n° 19, p. 6 ; voir aussi l'article plus général d'Henri Labayle, *Architecte ou spectatrice, la Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice*, RTDE 2006, p. 1 ; arrêt du 12 juillet 2006, affaire T-253/02, *Hafiq Ayadi*, non encore publié.

⁷² voir CIJ, Affaire des Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Jamahirya arabe Lybienne c. Royaume-Uni*), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, p. 16, paragraphe 39.

⁷³ On appréciera la manière dont le Tribunal décrit la situation des Etats membre reproduisant presque à la lettre les considérations de la Cour de Strasbourg en ce qui concerne les relations entre le traité CE et la CEDH : les Etats membres «n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, transférer à la Communauté plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient ni se dégager par là des obligations existant à l'égard de pays tiers au titre de ladite charte».

engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale ». Le Tribunal en déduit à juste titre que la Communauté ne peut entraver la mise en œuvre par les Etats des sanctions. Il franchit d'ailleurs un pas supplémentaire en tirant de cette obligation négative un devoir pour la Communauté d'adopter toutes les mesures nécessaires dans le cadre de ses compétences pour permettre aux Etats d'exécuter leurs obligations. La Communauté serait ainsi liée dans le domaine de ses compétences par les obligations découlant de la Charte des Nations Unies.

Dans ces conditions, les dispositions de la Charte priment le droit communautaire, ce qui implique que le Tribunal ne puisse apprécier la validité des obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité au regard du droit communautaire et, ajoute-il, de la Convention européenne des droits de l'homme : « Force est de constater que, du point de vue du droit international, les obligations des Etats membres de l'ONU au titre de la charte l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel, y compris, pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH et, pour ceux d'entre eux qui sont également membres de la Communauté, sur leurs obligations au titre du traité CE »⁷⁴. Le Tribunal se refuse donc à contrôler, au travers d'un règlement communautaire, la légalité des résolutions du Conseil de Sécurité au regard du droit communautaire.

2. Cependant, cette reconnaissance de la hiérarchie des normes est immédiatement tempérée par l'affirmation d'une compétence pour contrôler lesdites résolutions au regard de

⁷⁴ Dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas hésité à examiner la conformité aux droits fondamentaux d'une mesure prise pour l'exécution d'une résolution du Conseil de Sécurité. IL est vrai qu'elle était saisie d'une demande préjudicielle en interprétation et non en invalidité. Dans ce contexte, elle vérifiait simplement que l'interprétation du règlement transposant les sanctions était compatible avec les droits fondamentaux, Arrêt du 30 juillet 1996, affaire C-84/95, rec. I-3978.

l'ordre public international, c'est-à-dire le *jus cogens*⁷⁵. À vrai dire, la question de l'obligation pour le Conseil de Sécurité de respecter les normes de *jus cogens*, pour importante qu'elle soit, n'est pas au cœur du problème. La véritable question est de savoir à quel titre le Tribunal pourrait exercer ce contrôle. Si le pouvoir d'exercer un tel contrôle était laissé à chaque membre des Nations unies ou aux organisations auxquelles ils appartiennent, l'action de l'Organisation dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité serait entre les mains d'appréciations unilatérales potentiellement divergentes et le multilatéralisme serait en péril grave. En outre, le système des Nations unies ne permet pas la contestation directe d'une résolution du Conseil de Sécurité. La seule voie possible est celle de l'avis consultatif laquelle n'est ouverte ni aux individus, ni aux Etats membres, mais aux organes des Nations Unies. Ceci implique-t-il qu'il appartienne à tout Etat membre de refuser l'application d'une résolution pour contrariété avec une norme de *jus cogens*. L'existence d'une éventuelle *actio popularis* ne concerne que le droit pour tout Etat d'invoquer la nullité même s'il n'est pas lié par la norme contestée, elle ne va pas jusqu'à permettre à chacun de se faire son propre juge.

Certes ces principes ont été parfois contestés en doctrine⁷⁶. Mais la convention de Vienne sur le droit des traités écarte l'annulation de plein droit par un Etat partie. Elle institue, même en ce qui concerne le *jus cogens*, une procédure en déclaration de nullité qui est portée à la connaissance des autres parties, chacune d'entre elles pouvant recourir à l'arbitrage, la compétence de la Cour internationale de justice étant par dé-

⁷⁵ La question de la pertinence des normes de *jus cogens* invoquée a été amplement abordée dans les commentaires de l'arrêt et n'a guère d'intérêt pour notre propos.

⁷⁶ Voir l'opinion dissidente souvent citée du juge Winiarski dans l'avis relatif à certaines dépenses des Nations Unies, « C'est l'Etat qui se croit lésé qui rejette lui-même un acte juridique entaché à son avis de nullité. Evidemment c'est une décision grave, à laquelle on ne saurait avoir recours que dans des cas exceptionnels, mais quelquefois inévitable et reconnue comme telle par le droit international commun » (rec. 1962, p. 138).

faut obligatoire (article 66). S'agissant des accords conclus par les organisations internationales, la CIJ peut être saisie d'une demande d'avis consultatif, les parties s'engageant à considérer l'avis comme définitif (article 66 § 2).

Ces dispositions illustrent bien le fait que les Etats avaient senti le danger d'un système pleinement unilatéral et ont trouvé des remèdes. Cependant le Tribunal a choisi dans ce cas, sans aucune motivation particulière, la voie de l'unilatéralisme. Si sourcilieux quant aux limites de ses compétences lorsqu'il s'est agi de reconnaître l'immunité juridictionnelle des résolutions, il semble être plus ouvert lorsqu'il décide de se faire unilatéralement juge du *jus cogens*. Certes, il se limite à appliquer le droit international, mais ce faisant il se présente comme l'interprète de la communauté internationale en se reconnaissant le pouvoir de sanctionner unilatéralement une violation du *jus cogens*.

2. Au fond, le souci du Tribunal est de montrer qu'il existe des limites qui infranchissables en matière de protection des droits fondamentaux. C'est la primauté sous réserve. Cette attitude est manifeste dans l'affaire *Chafiq Ayadi* qui reprend la solution de *Yussuf* et *Khadi*, mais en renforçant les garanties accordées aux particuliers. Puisque la principale difficulté du système de sanctions réside dans l'absence de recours devant un organe impartial, le Tribunal s'efforce, dans la sphère communautaire, de permettre à ceux- de contester les sanctions. Ainsi, il précise que les Etats ont le devoir d'instruire les réclamations des particuliers en leur permettant de faire valoir utilement leur point de vue et en tenant compte des difficultés qu'ils peuvent rencontrer pour faire valoir leurs droits compte tenu de l'absence de transparence quant aux motifs de l'inscription sur la liste. Le même devoir de diligence s'impose dans la transmission des informations au comité des sanctions. En outre, la décision des autorités nationales doit pouvoir faire l'objet d'une contestation devant le juge national même si, en

droit national, une action fondée sur le refus d'exercice de la protection diplomatique n'est pas recevable⁷⁷

3. Cette démarche n'a pas obtenu l'aval de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Kadi*⁷⁸, celle-ci adopte une position réellement dualiste. Pour elle, la validité des mesures communautaire d'application des résolutions du Conseil de sécurité doit être appréciée par rapport au droit communautaire et l'annulation de ces mesures n'a aucune incidence sur la validité internationale de la résolution. Dans ces conditions, nonobstant l'article 103 de la Charte des Nations unies, la résolution ne pourrait s'imposer en droit interne que dans la mesure où cette primauté serait prévue par une norme de droit primaire. Même, dans ce cas, l'article 307 CE qui prévoit que le maintien des obligations internationales contractées antérieurement à leur adhésion par les Etats membres ne saurait jouer à l'encontre des principes constitutionnels de l'Union dont les droits fondamentaux font partie.

B. Convention européenne et résolutions du Conseil de sécurité

La Cour européenne des droits de l'homme a jusqu'à présent soigneusement évité de se prononcer sur la question des rapports entre le système des Nations Unies et la Convention.

⁷⁷ «... dans le cadre d'un recours alléguant une violation, par les autorités compétentes, du droit des intéressés de demander le réexamen de leur cas en vue d'obtenir leur radiation de la liste litigieuse, il appartient au juge national d'appliquer en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit communautaire, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle ... telle une règle qui exclurait du contrôle juridictionnel le refus des autorités nationales d'agir en vue d'assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants». Cette solution est logique puisque, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, s'agissant de l'exécution d'un règlement communautaire, les Etats membres doivent respecter les droits fondamentaux garantis par le droit communautaire.

⁷⁸ Arrêt du 3 septembre, affaires jointes C-402/05P et C-415/05P, non encore publié.

Elle a bien noté dans l'affaire *Bosphorus* que le règlement communautaire mettait en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, mais elle n'en a tiré aucune conséquence. Pressée sans doute d'utiliser l'occasion pour exposer sa position à l'égard du droit communautaire, elle a préféré tirer sur le pianiste, en l'occurrence l'Irlande, avec d'autant plus de facilité que son arrêt n'avait aucune conséquence concrète pour celle-ci.

Pourrait-elle persévérer dans cette attitude au cas où la question lui serait soumise de manière plus directe et réaffirmer sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle les Etats membres ne peuvent échapper à leurs obligations en déléguant certaines de leurs compétences à une organisation internationale ? Une telle solution se heurterait directement aux règles du droit des traités et à l'article 103 de la Charte. En effet, contrairement au traité communautaire qui est postérieur à la Convention, la Charte lui est antérieure et le jeu de l'article 103 ne peut être remis en cause par la Convention. En effet, l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'envisage la possibilité pour certaines parties à un traité de conclure un traité incompatible avec le premier que sous réserve de l'article 103 de la Charte.

On pourrait soutenir qu'en condamnant un Etat membre pour avoir exécuté une résolution en contradiction avec la Convention, la Cour ne mettrait pas en cause la validité de la résolution, mais simplement le comportement de l'Etat par un jugement déclaratoire. Mais, en fait, ce serait une attitude bien hypocrite à laquelle le Tribunal s'est refusé. Si elle était retenue, selon une formule désormais classique, l'Etat devrait opter entre deux obligations contradictoires et le résultat reviendrait à paralyser l'exécution de la recommandation contrairement à l'article 103. En fait, dans les cas qui lui étaient soumis, la Cour a jusqu'à présent évité la question en estimant que les mesures qui lui étaient soumises étaient imputables à l'Organisation des Nations Unies, organisation qui n'est pas partie à la Convention⁷⁹.

⁷⁹ Décisions *Behrami* et *Saramati* du 2 mai 2007.

À vrai dire, la solution est simple et elle incombe aux membres des Nations Unies et, plus particulièrement du Conseil de Sécurité. Il suffirait de prévoir dans les résolutions portant sanction des garanties minimales pour les particuliers tel un droit de recours devant un organe indépendant. Il serait également utile que la Communauté et/ou l'Union deviennent partie à la Convention sur le droit des traités conclus par les organisations internationales, car celui ouvrirait une voie de recours par le biais de l'avis consultatif. Une telle évolution, peu coûteuse au demeurant, suffirait à éviter bien des difficultés. Mais, comme il est rare que les Etats agissent spontanément, les avertissements judiciaires, tels celui du Tribunal, constituent de puissants facteurs d'évolution.

Conclusion

Les conflits dans les rapports de système ne sont donc pas un simple jeu de l'esprit, mais une réalité contentieuse incontournable. L'expérience montre qu'heureusement la sagesse a prévalu jusqu'à présent grâce à l'attitude coopérative des juridictions suprêmes. La solution est toujours la même et semble universellement pratiquée. Elle consiste en une acceptation des autres systèmes assortie de réserves en ce qui concerne quelques principes fondateurs dans l'ordre juridique concerné. La coexistence est acceptée, mais elle s'accompagne du refus d'une subordination totale qui ferait disparaître l'identité du système. Comme cette identité réside dans ces valeurs fondatrices, il n'est pas surprenant que la jurisprudence sur les droits fondamentaux constituent un excellent baromètre de l'état des rapports de système.

Sur un plan plus politique, les juges pratiquent le système de la dissuasion fondée sur la destruction mutuelle assurée. En effet, le franchissement des «contre limites» pourrait donner naissance à un conflit qui conduirait le juge à mettre en cause la légitimité de l'autre système et, de ce fait, constituerait une attaque frontale contre sa prétention à la primauté. Le juriste pourrait se contenter d'observer cette situation et se

retirer sur la pointe des pieds de peur de perturber de fragiles équilibres. Mais ce serait dormir sur une bombe dont la mèche est peut-être déjà allumée. En effet, les solutions jurisprudentielles, quoique indispensables, ne sont que transitoires. Qui sait quand les « contre limites » seront atteintes ? L'équilibre reste à la merci d'une affaire trouvant son origine dans une juridiction inférieure⁸⁰ ou d'une évolution des conceptions de certains juges nationaux. Même si elles étaient stables, l'application de ces solutions resterait toujours entachée d'une certaine incertitude qui joue au détriment du requérant. Faut-il lui, par exemple, imposer la charge de deviner si la protection offerte par le droit communautaire est équivalente à celle qui est garantie par la Convention européenne des droits de l'homme au risque en cas d'erreur de voir sa requête rejetée à Strasbourg ? Que d'argent et de temps perdus ! N'est-il pas du devoir des Etats qui sont les maîtres des différents systèmes d'harmoniser les rapports entre ceux-ci en posant les principes fondamentaux qui les régissent ? Ne s'agit-il pas d'une obligation qui relève au premier titre du politique et non de solutions prétoriennes adoptées par défaut ?

Comme l'écrivait de manière prémonitoire le professeur Reuter en 1970 : « Il faudrait en tout cas appeler les choses par leur nom, sortir peut-être du règne du « fédéralisme à la sauvette » dans lequel plus par faiblesse que par duplicité les gouvernements nationaux ou certains d'entre eux ont situé leurs entreprises européennes. Il est véritablement dur pour des magistrats qui en conscience ont toujours estimé qu'ils n'étaient pas qualifiés pour instaurer un gouvernement des juges d'être obligés d'en instituer les principes pour le compte d'une institution extérieure (selon ces magistrats) au système

⁸⁰ En effet, il n'est pas rare que les principes de la primauté et de l'effet direct soient ignorés ou contestés par certaines juridictions nationales soit expressément, soit implicitement (pour un exemple italien récent, voir A. Barone, *A proposito delle sentenze Federfarma : fra tutela comunitaria et tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio smarrisce la retta via ?* Il Diritto dell'Unione Europea, 2006, p. 201) et il n'est pas impossible que tel cas conduise un jour à une remise en cause des solutions retenues jusqu'à présent.

français...»⁸¹ Il relève bien de la responsabilité politique de définir les rapports de système autour de quelques règles simples. La responsabilité des juges sera de la sorte dégagée. Mais que l'on se rassure, leur rôle ne sera pas terminé, car il faudrait être bien naïf pour imaginer que l'adoption « constitutionnelle » de ces règles suffira à répondre à toutes les questions possibles, mais l'œuvre juridictionnelle sera alors encadrée par le pouvoir politique. Le débat démocratique définira les limites du champ d'action judiciaire. La Constitution pour l'Europe s'était en partie attachée à remplir ce rôle, mais malheureusement cette fonction a été complètement occultée lors des débats de ratification.

⁸¹ L'application du droit international par le juge français, colloque de Grenoble, Armand Colin, Paris, 1972, p. 41.

ПЪРВА ЧАСТ

СЕО и НАЦИОНАЛНИТЕ СЪДИЛИЩА

The interplay between Community and national jurisdictions

By judge
George Arestis

The relationship between the Court and the national Courts can be examined from many different angles. I would say that the following three are the most interesting features of this relationship

- The extent to which the principles and the doctrines that the Court has developed throughout its jurisprudence can restrict the competence of the national Courts.
- The power of the Court to decide that the member states have failed to comply with their obligations stemming from the Treaty because their national supreme Courts have failed to apply community law.
- The cooperation between the Court and the member states that has been shaped by article 234.

I will try briefly to examine these different levels of relationships between the two jurisdictions.

I feel, however, that in order to better understand what I will analyse below it is essential to give a short account of the role of the Court as it was attributed to it by the Treaty.

Article 220 EC defines the general framework of the competence of the court. It has to ensure that the law is observed in the interpretation and application of the treaty. The Court used this provision to extend its power over the years to define its role broadly, and has utilized it in order to extend its review jurisdiction to cover bodies which were not expressly subject to it (such as the parliament), and measures which were not listed in the treaty. In the name of the rule of law in the com-

munity, the court has extended its functions beyond those expressly outlined in the Treaty.

It is, however, important to bear in mind that the above power of the Court, limited to some extent, must be examined under the obligation imposed to the member states by Article 292 EC not to submit a dispute concerning the interpretation of the Treaty to any method of settlement other than those provided by the Treaty.

In this way, the Court is rendered by the Treaties the only and authentic Court within the community which acts as the guardian of the community legal order, which comprises not only the Treaties but also the rules that are promulgated according to the Treaties. We must stress one thing. The Court has no competence to interpret and apply the national law.

A great number of legal scientists agree that the EC treaty fulfils the functions of a modern constitution, as it organises the European institutions, contains vertical rules on their relationship with the citizens and offers judicial protection. Therefore, it is also sound to refer to the constitutional functions of the ECJ. It appeared that there are at least 3 of those functions even though not all of them are complete, as professor Hoffmeister has outlined:

1) First the ECJ rules on the validity of secondary community law. 2) The ECJ exercises powers as an arbiter between the community institutions. 3) The Court gives interpretation on the conformity of national law with community law.

Before concluding these general remarks it is imperative to mention the two fundamental principles of the community law which have been established by the jurisprudence of the Court.

I refer to the principles of the direct effect and of the supremacy of the community law.

According to the first principle the community law produces direct results which affect the rights and obligations of the citizen of each member state in the same way as the national law of the member state.

According to the second principle, community law is supreme and prevails as against contrary to community law provisions of the national law. This principle is to be respected

both by the Courts and the legislative and administrative authorities of the member states.

Having said that the ECJ in some of its functions resembles to a constitutional court, can we also assume that the ECJ binds by its decisions the constitutional courts of the MS?

According to the two above-mentioned principles, the answer is "yes". The answer is less simple, however, when the problem is examined from the national Courts point of view. The two principles but in particular that of the supremacy were not undisputedly accepted by the Supreme or Constitutional Courts of some member states.

I will give you three examples. That of Germany, Italy and the United Kingdom.

Germany:

In a number of cases the supreme Courts of Germany examined and tried to answer the question whether article 24 of the German constitution allows the transfer of competences to the Community institutions if that would violate fundamental principles protected by the German constitution.

In 1974, in the well known case as "Solange I" the Federal Constitutional Court of Germany examined and decided such a question. It denies the unconditional supremacy of community law and reserves for itself the competence to decide the validity of a community rule, to the extent that it would be contrary to unalienable essential elements of the German constitution such as the protection of fundamental rights.

In 1986, the same Court in the "Solange II" case had to give answers to a similar question. Now, while reserving its power to examine the compatibility of community law with the German constitution, differentiates its initial position and decides that it will not exercise its competence concerning the protection of human rights bearing in mind that according to the jurisprudence of the Court, as developed in the mean time, that protection was similar to that required by the German constitution.

For a third time, the Federal Constitutional Court of Germany had the opportunity to decide on its competence to judge a community action when Germany was about to adopt the Treaty of Maastricht. It once more confirmed that it reserved its power to examine the compatibility of community law with the German constitution as well as its competence to review acts of community institutions including the Court so that these acts are not ultra vires and do not adversely affect the constitutional rights of the German citizens.

The German Federal Constitutional Court had to decide on the supremacy of the community law for a fourth time after actions that have been presented before the German Courts as regards the validity of a community regulation regarding the commerce of bananas. The Federal Constitutional Court returning rather to the principles adopted in the “Solange II” case decided that the level of the protection of human rights within the community was not of a lower standard of that provided for in the German constitution and therefore any complaints against community law on this matter would be inadmissible.

Italy:

In 1974 the Constitutional Court of Italy examined in the Frontini case whether was constitutionally valid the law according to which Italy in 1957 had adopted the Treaty of Rome. In a decision which to some extent presents similarities as to its reasoning with that of the German Constitutional Court, the Italian Constitutional Court stresses the fact that it does not abandon its competence to examine and review the exercise of the powers of the community institutions in order to secure the non violation of fundamental rights and the observance of basic principles of the Italian Constitutional order.

Other decisions of the same Court followed by and large the same reasoning.

United Kingdom:

In the United Kingdom the acceptance of the supremacy of community law should bypass the obstacles imposed by the well established in UK constitutional principle of the sovereignty of the Parliament.

When the UK ratified the Treaty in 1972, the European Communities Act 1972 was promulgated in order to give internal legal effect to community law. In the case of the UK the supremacy of the community law is not automatic either but passes through the internal legislation. The jurisprudence of the Courts of the land shows that the principle has not been accepted without problems in spite of the existence of the European Communities Act 1972. I would only mention here the cases *Factortame Ltd v Secretary of State for Transport (No2)* IAC 603 and *Equal Opportunities Commission v Secretary of State for Employment* (1994) IWL 409.

The principle of the supremacy of community law is accepted but the door is left open to Parliament to decide contrary to what it is provided for by the Treaties if this is done through a special and clear legislation. Where, however, the intention of the Parliament is not clear and unambiguous and the Courts of the country conclude that there is a conflict between national and community law they have an obligation to bypass the national law.

As we have mentioned above, the supremacy of EC law on national law, was not immediately accepted by national higher jurisdictions. In the 1960s and in the early 1970s the Italian and the German constitutional courts, respectively, contested the supremacy of EC law, holding that the EC lacked an adequate protection for fundamental human rights. They also emphasized their own role as guarantors of such rights.

Things have changed since then. Supremacy has not been accepted only by lower courts, but also by higher courts. The preliminary reference procedure has been widely used, giving national courts the opportunity to compel governments to comply with EC rules.

Lately also the constitutional court of Lithuania has asked the ECJ for a preliminary ruling, in case C-239/07(Sabatauskas) on the interpretation of article 20 of Directive 2003/54 concerning common rules for the internal market in electricity.

Unexpectedly, also the Italian Constitutional Court decided to use Article 234 EC in a recent dispute concerning the power to tax (C-169/08- Presidente del Consiglio v Regione Autonoma della Sardegna, case still pending before the ECJ). According to the facts of this case, the claimant, the Italian government, contested a tax regarding ships and airplanes imposed by the region of Sardinia. The extent to which this new tax regards only ships and airplanes which are not owned by residents in Sardinia, raised the question whether such a distinction had discriminatory purposes or effects, which both are prohibited by Articles 49 EC Treaty. Another question was whether the regional tax was a non-authorized State aid distorting competition, in clear contrast with Article 87.

The importance of this change may be better understood if we underline on the one hand, that the Italian constitutional court did not consider itself (until this preliminary reference to the ECJ) as falling within the definition of court for the purposes of Article 234 EC and on the other, that the Italian Constitutional Court while accepting supremacy in 1973, elaborated a dualist perspective, affirming that the EC and the national legal orders were not only distinct, but separate. It was only later, particularly with the ECJ judgment in the Granital case (C-170/1984), that the Italian constitutional court started to mitigate this view, specifying that such legal orders, *though still distinct*, were coordinated.

According to the above we can make the following general remarks:

1) The supremacy of the community law is now accepted by member states as resulting from the Treaty or the jurisprudence of the Court. However, the constitutional national Courts leave open the possibility to declare a community rule

as not in conformity with the fundamental constitutional principles of their countries.

2) Many higher national courts have asserted the ultimate role of national courts in ensuring that the proper boundaries of EC competence are respected and in protecting rights which are fundamental within the national legal order.

3) While the residual control of national courts has been firmly asserted as a matter of constitutional theory, it has been rarely utilized in practice. None the less, it remains as a clear counterpoint of the ECJ's assertion of the autonomy of Community law, and it influences the ECJ in showing a greater sensitivity to national constitutional concerns.

The second kind of relationship between the Court and the national Courts I would say that it is one of conflict but at the same time of cooperation between the two jurisdictions. I refer to the cases where the Court has examined the responsibility of the member state because of the non application or bad application of community law by the Supreme Court of a member state.

The first is the *Köbler case* (C-224/01)

The case reached the Court through the preliminary ruling procedure.

A lower Court in Austria asked the Court whether it could award compensation in favour of a citizen who claimed to have suffered damages as a result of a decision of the Supreme Administrative Court of the country which decision was contrary to community law. More precisely the national Court asked to know if the responsibility of the member state for non compliance by the institutions of that member state to the community law extends to the Courts of the country. The Court gave a positive answer defining the three conditions under which this responsibility may arise which are the same as those for the responsibility that stems from the non conformity with the community law of any other organ of the state. These conditions are the following:

- a) The community rule the violation of which caused the alleged damage must be purported to give rights to the citizens.
- b) There must be a flagrant violation.
- c) There must be a causal link between the damage and the violation.

The Court gave in particular emphasis on the second condition which it tried further to define in order to protect the independence of the Courts. It considers that such a responsibility exists only in the case where the national judge in a clear and intentional way ignores the community rule. In the particular case, the Court decided that there was a violation but it was not flagrant in the way defined above and considered that it could not establish the responsibility of the state.

The second decision where the Court examined the responsibility of the state because of non compliance with community law by a Supreme Court is the case *Commission v Italy* (C-129/00).

We have here a direct action whereby the Commission asks the Court to decide whether Italy had not complied with its obligations that stem from the Treaty by keeping in force a law which rendered extremely difficult the return of taxes which had been imposed contrary to community law. One of the main arguments of the Commission was that the Italian law was applied contrary to community law because of the interpretation given by the Corte Suprema di Cassazione.

The Court accepted the argument of the Commission and condemned Italy according to article 226 EC. The Court stressed the fact that although the Italian law itself could be considered as not offending community law, it was rather neutral, the interpretation given to it by the above Court and followed by the administration was violating community law.

The third relevant case is that of *Kühne & Heitz* (C-453/00)

It reached the Court through the preliminary ruling procedure from a Court in the Netherlands. The Court was asked to answer whether a national Court has the obligation to recon-

sider and modify its previous decision on the same facts where the only fact that in the meantime intervened was a decision of the Court in another case whereby the Court gave a different interpretation of that given by the national Court on the same provision of a community rule when the case was before it for the first time.

In its answer the Court among other things stressed the fact that all the institutions of the member states have an obligation to secure the observance of the community law within the framework of their competences, and that when the Court clarifies the meaning of a certain rule, that interpretation goes back to the moment of its coming into force, and therefore the rule must be applied as interpreted by the Court even when under consideration are cases which came into being before the decision of the Court.

The Court further decided that under exceptional circumstances, an administrative organ may reconsider its decision even if it had become final in order to take into consideration the correct interpretation given by the Court. One such condition is that the original administrative act was based on an interpretation of the national Court which proved erroneous in view of the decision of the Court, and that the administrative act was rendered final as a result of a decision of a superior Court of the country which it had not made use of its obligation for a preliminary ruling in compliance with article 234 EC.

A recent case which sought to clarify the judgment of *Kühne & Heitz* (C-453/00), issued in January 2004 is notably case C-2/06 (*Willy Kempter KG v Hauptzollamt Hambourg-Jonas*). The referring court questioned the jurisprudence on the extent to which an administrative decision, which has become definitive, can later be reviewed to take account of a subsequent interpretation of Community law.

After confirming that the particular circumstances identified in *Kühne & Heitz* may be capable of requiring the review of a final administrative decision, in order to take account of the interpretation of a relevant provision of Community law given subsequently – even if this results in the principle of le-

gal certainty being qualified to some extent – the Court stated that, for the purposes of the application of that case law, the claimant is not required to have raised, in his legal action under domestic law, the point of Community law that was subsequently the subject of the Court's preliminary ruling. It is sufficient if that point was considered by the national court or, at least, could have been raised by that court of its own motion.

With regard to the question whether Community law imposes a time-limit for making an application for review, the Court held that Community law does not impose any specific time-limit for such an application. On the basis of the principle of legal certainty, the Member States may therefore require an application for review of a final administrative decision, in the circumstances laid down in *Kühne & Heitz*, to be made to the competent administrative authority within a reasonable period of time.

Concluding this part of my presentation I would make two remarks:

- 1) The two jurisdictions, community and national, at first view seem to be in conflict, because the first defines the responsibility of the latter.
- 2) A more careful examination of the matter shows that the two jurisdictions are in cooperation. We must not forget that some of the above cases came before the Court through the preliminary ruling procedure. The national Courts themselves did not exclude the possibility that the national Courts could be held responsible for non compliance with community law and they asked rather the Court to confirm it.

My presentation has shown so far that the two jurisdictions, community and national, are in conflict in some occasions. A general impression that the two jurisdictions are in conflict is, however, by far misleading. The two jurisdictions are in general in cooperation than in conflict.

We must bear in mind that in the member states it is the national judge who is called to give protection to the citizen's rights that stem from community law. In that sense, the national judge is a community judge, and through the procedure of article 234

is in close cooperation with the Court. It is mainly through this cooperation that the uniform interpretation and application of the community law is achieved in the member states.

This relationship is not based on the principle of hierarchy but on that of cooperation. The community judge interprets the law but it is the national judge who applies community law on the facts of the case as interpreted by the Court. The Court recognizes the institutional and procedural autonomy and independence of the national Courts.

On the other hand, the national judge acting within its own autonomy and independence cannot declare invalid a community rule if such a question is raised before it. Such a question has to be referred to by the national Court for answer before the Court.

Another aspect of the autonomy of the two jurisdictions refers to the procedural autonomy of the jurisdictions of the member states. There is no community arrangement as to how the preliminary ruling procedure is exercised. This is left to be decided by the legal order of each member state. The same applies as regards the national Courts before which the citizens of the member states can make recourse to secure the protection of their rights stemming from community law.

This autonomy, however, is not absolute because it has to function within the framework of two other relevant principles, which they further guarantee the protection of the rights that the community law grants to the citizens as a result of the direct effect principle. I refer to the principles of effectiveness and equivalence. According to the first the internal legal order must not render the exercise of community rights impossible or excessively difficult and according to the second it must not impose rules for the exercise of these rights which are less favourable than those governing domestic actions.

I am about to conclude this short presentation of mine by making some final remarks.

(1) Community jurisdiction and national jurisdiction are not in conflict in spite of the fact that their relationship in a small

number of Member States passed through periods of tension which were rather short periods.

(2) The two jurisdictions are in cooperation. It is significant that some of the more important principles of community law which were shaped through the jurisprudence of the Court were pronounced in preliminary ruling cases. The national courts, and it is also significant that in many cases the lower national courts, felt the need to be guided by the Court on very important matters. It is sufficient to remind here that the principles of supremacy and direct effect, two of the fundamental principles of community law, were pronounced by the Court in the way I have just described.

European Union is still in the process of being created and the Courts, community and national courts alike, have contributed towards European integration and they will continue, I believe, to do it in close cooperation.

LE RENVOI PRÉJUDICIEL. CHANGEMENTS ET CONTINUITÉ

Jean-Claude Gautron

Professeur émérite de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Ancien président de la CEDECE et de ECSA

Traiter du « changement et de la continuité » à propos du renvoi préjudiciel traduit sans doute un défaut d'originalité dans la mesure où toutes les institutions juridiques, sans exception, peuvent faire l'objet d'une évaluation à l'aune de la continuité et du changement. Une telle présentation est non seulement banale, elle est également trompeuse car des changements suivis, répétés ou progressifs entrent dans la notion même de continuité. Autant dire que la distinction entre celle-ci et ceux-là est toujours marquée par la subjectivité de l'interprète, elle n'est pas exempte d'un certain arbitraire.

La véritable raison de ce choix, en quelque sorte passe-partout, est la célérité avec laquelle il a fallu répondre à l'invitation du professeur Semov de participer à un colloque sur les juges nationaux et la Cour de Justice des Communautés - quelle interaction ? Il m'a semblé utile de revenir sur le mécanisme central de coopération entre les juridictions nationales et la Cour de Justice, d'autant que la Cour détient toujours le monopole du renvoi préjudiciel alors que la disposition du traité de Nice ouvrant la compétence préjudicielle au Tribunal de première instance dans des matières spécifiques déterminées par le Statut n'a pas reçu d'application à la date actuelle¹. L'ordonnancement du colloque a par la suite fait émerger une distinction, intéressante et nouvelle, entre les juridictions nationales ordinaires et les juridictions constitutionnelles, celles-ci ayant été amenées dans quelques cas et dans quelques pays à poser une question préjudicielle à la Cour. La question

¹ Le projet de Lisbonne conserve la même disposition au bénéfice du Tribunal (article 256 § 3 TFUE) sous la même réserve.

du juge constitutionnel sera à l'ordre du jour de la troisième séance du colloque.

I La continuité

Elle s'attache aux fonctions du renvoi préjudiciel, en quelque sorte les fondamentaux du renvoi d'une part, et aux techniques du renvoi d'autre part soit l'ensemble des mécanismes qui le régissent. Dès l'origine le renvoi préjudiciel revêt un double aspect, un mécanisme (inédit) de coopération entre les juridictions nationales et la juridiction communautaire - dont les seuls précédents se situent dans certains systèmes juridiques nationaux du fait de la pluralité des ordres juridiques impliqués et de la répartition des compétences entre les juridictions - et un quasi recours juridictionnel qui s'inscrit dans le système communautaire des voies de recours, la désormais classique « systématique des contentieux »².

A) Les fonctions du renvoi préjudiciel

La fonction première du renvoi préjudiciel est d'instaurer une coopération entre les juridictions nationales et la Cour de Justice qui fut longtemps la seule juridiction communautaire. Cette coopération judiciaire vise à prévenir et corriger les risques qui découlent de la répartition des compétences entre les juges nationaux, juges de droit commun du contentieux communautaire, et la juridiction communautaire, juge d'attribution³. Ce n'est pas le seul instrument de prévention et de correction puisque ce rôle est assuré aussi par le recours en manquement d'État. Pendant longtemps la Cour n'a pas retenu l'hypothèse

² L'expression est celle de D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} ed. PUF, 2001, p. 492.

D. Ritleng, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », *Mélanges en hommage à G. Isaac*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 735 et ss.

³ Cf. A. Barav, *La fonction communautaire du juge national*, thèse Strasbourg 1983. O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001.

d'un manquement judiciaire, préférant laisser jouer le mécanisme préjudiciel de coopération. Depuis 2003, elle a commencé à admettre avec prudence et dans certaines limites le principe de responsabilité de l'État du fait d'un manquement judiciaire⁴ d'une juridiction suprême. Est-ce à dire que la question préjudicielle, parce qu'elle constitue un mécanisme de coopération, écarte toute idée de hiérarchie judiciaire ? La réponse est évidemment négative pour deux raisons au moins.

En premier lieu, les arrêts préjudiciels s'appuyant sur l'obligation de fidélité communautaire des États et par conséquent aussi des juges nationaux (art. 10 CE) ont puissamment contribué à l'encadrement de l'autonomie procédurale de ces derniers, voire à son effacement dans des hypothèses-limite, de telle sorte que les violations du droit communautaire soient sanctionnées de manière effective et efficace à l'égal des violations du droit national. En second lieu, l'autorité des arrêts préjudiciels a été renforcée, d'abord au bénéfice des arrêts en interprétation puis à celui des arrêts en appréciation de validité, par un glissement de l'autorité relative de chose jugée (ou interprétée) vers une autorité absolue, donc générale, qui s'impose d'abord à la juridiction nationale qui a saisi la Cour, puis à toutes les autres juridictions dans tous les procès en cours ou à venir. Si la Cour de Justice laisse au juge national le soin de tirer les conséquences de l'arrêt préjudiciel dans le litige en cours (« la Cour dit pour droit »), il est manifeste que sa réponse induit directement celle que devra donner, *in fine*, le juge national.

L'émergence fonctionnelle d'un réseau composé par les juridictions nationales et par la Cour est à l'origine d'un véritable pouvoir judiciaire européen que n'épuise pas la hiérarchie précitée et qui, contrairement à certaines approches erronées, renforce simultanément l'indépendance et l'autorité des juges nationaux à l'égard du législateur et du pouvoir exécutif. Ainsi le juge interne est-il mieux à même d'interpréter, écarter ou censurer (sans annuler pour autant) la loi nationale. En ce sens le renvoi préjudiciel, mécanisme, *a priori* limité, de la coo-

⁴ CJCE 30 sept. 2003, *Kobler*, aff. C-129/00, Rec. I-14637.

pération entre les juridictions est-il *ab initio* un élément fondamental du constitutionnalisme européen. Il s'agit du *bi-level constitutionalism* qui consiste à évaluer l'incidence du droit communautaire sur les relations entre les pouvoirs constitutionnels dans l'État.

La première forme du renvoi, le renvoi préjudiciel en interprétation, assure l'unicité de la règle communautaire, originaire ou dérivée, écrite ou non écrite, condition de l'unicité de l'ordre juridique communautaire. Elle rompt avec les traditions nationales du traitement de la norme conventionnelle internationale puisque les interprétations de la même norme peuvent diverger sensiblement d'un pays à l'autre en fonction des intérêts nationaux qui s'y attachent. Elles peuvent aussi diverger pour un même pays selon que l'interprétation du traité relève du pouvoir exécutif ou des juges et selon les juridictions qui interprètent. À cet égard la pratique judiciaire aux Pays-Bas était si largement décentralisée qu'il a fallu introduire des mécanismes de coordination. Sous couvert d'interprétation, la Cour de Justice a contribué à façonner l'ordre juridique communautaire en agissant dans des domaines où elle ne règle pas directement un litige et donc disposant de ce fait d'une large marge de manœuvre. Bien que la Cour ait appréhendé l'effet direct en droit communautaire et la primauté du droit communautaire dans tous les contentieux qui lui ont été soumis, les arrêts fondateurs ont été pris à l'occasion de procédures préjudicielles (5 fév. 1963, *Van Gend en Loos* ; 15 juillet 1964, *Costa c/Enel* ; 9 mars 1978, *Simmenthal*). Deux observations peuvent être faites ici. Pendant longtemps, certains objectèrent au projet d'introduire le principe de la primauté dans les traités constitutifs, outre le fait que ces traités n'établissent pas une constitution fédérale, qu'il était préférable de laisser jouer la coopération judiciaire par le renvoi préjudiciel⁵. Par ailleurs la Cour

⁵ Ce fut l'attitude choisie lors de l'élargissement de la Communauté au Royaume-Uni en 1972. Il est remarquable qu'après avoir été introduit dans le projet de Constitution européenne, le principe de primauté ait été exfiltré du texte du traité de Lisbonne et qu'une déclaration renvoie à la jurisprudence de la Cour de Justice, assortie d'un avis du service juridique du

de Justice a considéré que relevait de l'interprétation le pouvoir de déclarer d'effet direct une disposition du droit originaire ou celui d'indiquer dans quelles conditions une directive ou une décision pouvait revêtir la qualité de droit d'effet direct. Or lors de la rédaction des traités originels, l'interprétation était perçue comme une opération qui donne un sens à une disposition du droit originaire ou dérivé, certainement pas comme une occasion de qualification de l'effet direct. La contribution du renvoi préjudiciel à l'ordre juridique s'étend aux aspects constitutionnels de cet ordre, notamment à l'organisation constitutionnelle de l'Union⁶ - compétences et pouvoirs.

Le renvoi en interprétation permet également au justiciable de faire apparaître, s'il y a lieu, une contradiction entre la norme nationale et la norme communautaire telle qu'elle découle de l'interprétation de celle-ci. La révélation judiciaire d'une contradiction présente plusieurs intérêts au bénéfice du particulier. Elle lui permet de compenser son absence en tant que partie dans un recours en manquement d'État devant la Cour de Justice⁷. Et surtout elle s'inscrit au soutien de son action (engagée ou éventuelle) contre un État devant un tribunal national ou en défense d'une action engagée par l'État. C'est en effet par le jeu des renvois préjudiciels que la Cour de Justice a élaboré à l'intention des juridictions nationales le régime de la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit communautaire (19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci* ; 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*).

Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité des actes dérivés a été parfois perçu comme formant un quasi recours

Conseil. Aucune démonstration ne pouvait mieux éclairer la portée structurante de l'arrêt *Costa*.

⁶ Sur ce point, on se reportera avec intérêt à la thèse de Nicolay Ivanov, *Les transformations du renvoi préjudiciel Contribution à l'étude des mécanismes de l'intégration dans l'Union européenne*, soutenue à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV le 28 mars 2009.

⁷ Le particulier initialement peut seulement porter plainte ou attirer l'attention des services de la Commission, laquelle dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la suite à donner.

bien que ce soit le juge national et non le particulier qui saisisse la Cour. L'objection n'est pas vraiment dirimante dans la mesure où le justiciable, par son avocat, peut demander au juge de poser une question préjudicielle à la Cour. L'action du juge national, en cas de doute sérieux et persistant sur la validité de l'acte dérivé, s'apparente dès lors à une sorte de protection juridictionnelle (version interne de la protection juridictionnelle ou diplomatique du droit international). Le renvoi en appréciation de validité constitue dès lors un rattrapage du recours en annulation d'un acte dérivé auquel les particuliers n'accèdent pas aisément : les conditions de recevabilité des recours individuels demeurent, en dépit de certains ajustements, particulièrement restrictives comme l'a montré la controverse entre le Tribunal de première instance (3 mai 2002, *Jego-Quéré*), ouvert à une profonde révision, et la Cour de Justice soucieuse d'éviter une révision judiciaire du traité (25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores* ; 1^{er} avril 2004, *Jego-Quéré*). Cette interaction qui s'inscrit dans le système global des voies de recours vient d'être réaffirmée avec vigueur par la Cour dans des affaires qui seront examinées plus avant⁸. Si jusqu'à une date récente, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité était un « rattrapage » du recours en annulation, en quelque sorte une voie alternative, désormais il devient une voie quasi contentieuse conditionnée par le recours en annulation : le renvoi n'a plus lieu d'être si la partie en cause avait été en mesure de requérir en annulation. Cette jurisprudence soulève des problèmes très discutés.

Dans tout les cas de figure - et c'est un des fondamentaux du renvoi préjudiciel - l'instrument contribue à faire descendre le droit communautaire dans la société civile. Au service des justiciables, les avocats et les juges se doivent d'appliquer le droit européen - et donc de le connaître - et s'il y a lieu, d'interroger la Cour à cette fin. Il y a là une rupture avec le droit international public classique qui, pour l'essentiel, demeure la chose des diplomates, des arbitres, des avocats spécialisés, et bien sûr des

États encore que de nombreux traités bénéficient de l'effet direct au profit des particuliers et que le contrôle de la conventionnalité des lois ait fait entrer, à la suite du droit communautaire, les normes internationales dans le bloc de la légalité réelle.

Au total une analyse fonctionnelle du renvoi préjudiciel renvoie, directement ou indirectement, à une appréciation d'ensemble sur la nature du droit communautaire.

B) Les techniques du renvoi préjudiciel

Deux d'entre elles doivent être retenues. En premier lieu l'élargissement de la compétence préjudicielle dont l'ampleur au cours des années récentes a paru remettre en cause la théorie classique du renvoi préjudiciel. En second lieu la juridictionnalisation accrue du renvoi préjudiciel qui s'étend de l'auteur de la question jusqu'à la portée de l'arrêt préjudiciel.

1 L'élargissement de la compétence préjudicielle s'inscrit bien dans une continuité de long terme. Alors que le traité CECA avait institué la question préjudicielle uniquement en appréciation de validité des délibérations de la Haute Autorité (et du Conseil), le contrôle de la Cour ayant été perçu comme une contrepartie indispensable au caractère supranational de la Haute Autorité, le traité CE procède à un premier élargissement en instaurant l'interprétation à titre préjudiciel du traité et des actes pris par les institutions de la Communauté, y compris les actes du Parlement européen. Cette fois l'interprétation du traité lui-même est rendue nécessaire par son caractère de traité-cadre, complexe par son mode de rédaction et qui appelle de nombreuses mesures de mise en œuvre sur les plans communautaire ou national. Quant à l'interprétation des actes dérivés elle est largement justifiée vu leur nombre prévisible et la place des directives dans le système normatif communautaire. L'interprétation des dispositions du droit originaire et du droit dérivé a cependant connu quelques éclipses transitoires⁹.

⁸ Cf. *infra* II - Les changements du renvoi préjudiciel.

⁹ Alors que le traité fondateur de l'Union européenne avait placé les coopérations intergouvernementales en dehors de la juridiction communau-

Dans la pratique, la notion d'« acte pris par une institution » a été mise en œuvre de manière large. Ainsi, à la différence d'un arrêt rendu sur recours direct qui appelle une procédure spéciale (art. 43 du statut), un arrêt préjudiciel en appréciation de validité ou en interprétation peut, à son tour, faire l'objet d'une demande d'interprétation en sa qualité d'acte d'une institution. Mieux, la Cour a considéré qu'un juge national pouvait demander l'interprétation d'un principe général du droit communautaire et notamment d'un droit fondamental tel qu'il résulte de la CEDH à condition que la réglementation nationale litigieuse entre dans le champ d'application du droit communautaire¹⁰.

Le renvoi en interprétation d'un accord international conclu par la Communauté a reçu initialement un fondement discutable puisque la Cour a estimé que l'accord international faisait partie des « actes des institutions » visés par l'article 177 CE (234 actuel)¹¹. L'assimilation de l'accord à un acte¹², confirmé depuis lors, implique un raisonnement fondé sur le dualisme le plus strict puisque elle sous-entend un procédé de réception, soit la transformation d'un accord international en acte de droit interne. Elle a pu alimenter la controverse assez théorique mais récurrente selon laquelle la Communauté, moniste dans ses rapports avec les droits internes des États, pratiquerait

taire (sauf les dispositions finales du traité et, le cas échéant, les conventions conclues dans le cadre de la justice et des affaires intérieures), le traité d'Amsterdam réserve aux juridictions de dernier ressort la saisine de la Cour en ce qui concerne les dispositions du nouveau titre IV CE (visas, asile, immigration) et ouvre la compétence préjudicielle de la Cour pour les actes juridiquement contraignants pris au titre de la coopération policière et judiciaire pénale sous condition d'une déclaration de juridiction obligatoire par l'Etat concerné. Mais la compétence préjudicielle ne s'étend pas aux opérations policières conduites par un Etat. Le traité de Lisbonne doit procéder à une réunification du régime préjudiciel de droit commun.

¹⁰ CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kromzow*, Rec. I-2629.

¹¹ Rien ne s'oppose par contre à ce que la décision (interne) portant conclusion d'un accord international fasse l'objet d'un recours en appréciation de validité. Dans certains cas, la Cour saisie d'un recours direct a été amenée à annuler l'acte de conclusion en tant qu'acte détachable de l'accord, RFA *c/Conseil*, 10 mars 1998, aff. C-122/95, Rec. I-999.

¹² 30 avril 1974, aff. 181/73, *Haegeman c/Belgique*, Rec. 449.

le dualisme quant à ses rapports avec le droit international. La controverse a rebondi lorsque la Cour a, pour la première fois (RFA *c/Conseil*, précité), annulé un acte de conclusion d'un accord. En réalité la Cour a retenu une solution pragmatique qui n'est en rien défavorable au droit international public puisqu'elle exclut des applications possiblement différentes, voire divergentes, d'un accord par les États membres. C'est sur ce point qu'il existe une analogie avec les actes du droit dérivé. La Cour a aussi affirmé sa compétence pour interpréter les décisions des organes créés par des accords internationaux.

Les accords mixtes, dont conclus par la Communauté et par les États, ont conduit la Cour à adopter une « jurisprudence » préjudicielle extensive. Elle a procédé à leur interprétation sans qu'il lui parût nécessaire de procéder à une distinction entre la partie de l'accord qui relève de la compétence communautaire et celle qui relève de la compétence des États membres. Ainsi dans l'affaire *Hermès*¹³ alors que des gouvernements contestaient la compétence de la Cour pour interpréter une disposition de l'accord *Trips* dès lors que les moyens d'assurer le respect de la propriété intellectuelle relevaient de la compétence étatique, la Cour a indiqué qu'il n'était pas nécessaire de connaître la répartition exacte des compétences communautaire et étatique puisque l'accord s'appliquait aussi bien aux marques communautaires qu'aux marques nationales. L'accord *Trips* peut être interprété par la Cour bien qu'il soit, dans certains cas, applicable à des situations internes propres aux États¹⁴.

La jurisprudence de la Cour a ainsi favorisé l'éclosion d'une extension de la compétence préjudicielle d'interprétation à des normes nationales régissant des situations purement internes, en dehors du champ d'application du droit communautaire, dès lors qu'elles reprennent quasiment à l'identique des normes communautaires. Ce point - véritable changement selon nous - sera examiné dans la deuxième partie¹⁵.

¹³ 16 juin 1998, aff. C-35/96, Rec. I-3603.

¹⁴ CJCE, 14 dec. 2000, *Christian Dior*, aff. C-300/98 et 392/98, Rec. I-11307.

¹⁵ Cf. *infra* II.

2 La juridictionnalisation du renvoi préjudiciel est une constante ; elle s'attache à la juridiction nationale auteure du renvoi et à la procédure proprement dite qui conduit en principe à un arrêt (« La Cour dit pour droit »)¹⁶, signe formel *a priori* de la juridictionnalisation du renvoi.

À l'origine du renvoi est une « juridiction nationale » ou une « juridiction d'un État membre », selon les termes analogiques de l'article 234 CE. La Cour n'entend pas donner une consultation juridique ou rendre un avis auprès d'un organisme non juridictionnel¹⁷. La Cour écarte s'il y a lieu, les définitions du droit national et applique les critères de la juridiction indépendamment des qualifications des droits nationaux. C'est un aspect de l'autonomie du droit communautaire. C'est aussi une exigence de la coopération judiciaire dans laquelle le greffe joue un rôle administratif important. La Cour a indiqué les (six) éléments constitutifs d'une juridiction parmi lesquels deux peuvent être considérés comme déterminants : un lien constitutif avec l'autorité publique et l'indépendance de l'organe juridictionnel. C'est encore un aspect de la constitutionnalisation originelle de la construction communautaire : le renvoi crée des relations fonctionnelles entre la Cour et une juridiction d'État dès lors que cette juridiction procède de manière indépendante¹⁸. Certaines questions se sont donc posées. Le juge du provisoire (référé, sursis à exécution, mesures provisoires) peut-il mettre en œuvre le renvoi préjudiciel ? La réponse positive, initialement obscurcie par le problème de l'urgence, a été établie par la Cour dans des affaires fonda-

¹⁶ La Cour peut statuer par voie d'ordonnance dans les cas où lui apparaît manifeste son incompétence ou l'irrecevabilité de la question. Elle peut également renvoyer par ordonnance à un arrêt préjudiciel préexistant. Cf. F. Picod et J. Rideau. Renvoi préjudiciel. Répertoire communautaire Dalloz.

¹⁷ L'orientation nouvelle (Cf. II) qui consiste à interpréter des textes nationaux (dès lors qu'ils reprennent des normes communautaires) pourrait-elle conduire la Cour à accepter la saisine par un organe non juridictionnel ?

¹⁸ Cette condition doit être rapprochée des exigences formulées dans la Convention européenne des droits de l'homme et précisées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. Cour de Justice, Jurisclasseur fasc. 362, par J. Pertek, points 18 et 19.

tales (*Factortame, Zuckerfabrik*), acceptée (et pratiquée) par les juridictions internes, codifiée notamment dans les directives relatives aux marchés publics. Les juridictions constitutionnelles ont recouru, avec retard, à la question préjudicielle¹⁹. Si le Conseil constitutionnel français a indiqué qu'il ne poserait pas de question préjudicielle à la Cour pour des raisons de délai (il est tenu par le délai d'un mois), il n'est pas évident qu'en appliquant ses critères habituels la Cour de Justice aurait considéré que le Conseil constitutionnel constitue une véritable juridiction. Toutefois l'importance - politique - de l'enjeu l'aurait sans doute conduit vers une acceptation du renvoi.

La Cour de Justice a rejeté la question préjudicielle émanant d'arbitres privés²⁰ dès lors qu'ils ne sont pas une juridiction d'État, mais elle a accepté le renvoi d'une juridiction statuant en appel d'une sentence arbitrale. Il est vrai que la Cour n'entendait sans doute pas fournir une consultation juridique gracieuse à des arbitres qui n'assurent pas une fonction juridictionnelle d'État.

La procédure préjudicielle est assez largement inspirée de la procédure juridictionnelle encore que la Cour de Justice ne règle pas un litige pendant devant elle. La décision du juge national de saisir la Cour de Justice a été progressivement précisée par la Cour. Il revient au premier de définir avec précision le cadre factuel et normatif de droit interne dans lequel s'inscrit la question posée²¹ et d'indiquer, en fonction de ce droit les raisons qui le conduisent à poser une question préjudicielle (en interprétation). La Cour, afin d'éclairer les juges nationaux, a rédigé une Notice informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales²².

La décision de renvoi est notifiée à la Cour de Justice en général de greffe à greffe. Le greffier de la Cour notifie à son tour la déci-

¹⁹ La question sera traitée dans la communication du professeur Marie-France Christophe-Tchakaloff.

²⁰ 23 mars 1982, aff. 102/21, *Nordsee*, Rec. 1095.

²¹ Précédé par une jurisprudence plus souple, l'arrêt *Telemarsicabruzzo* en date du 29 janvier 1993 impose cette exigence, sous peine d'irrecevabilité du renvoi.

²² Cf. JOUE, n° C143, 11 juin 2005.

sion de renvoi aux parties en litige devant la juridiction nationale, aux États et aux institutions, la Commission et le Conseil (si l'acte émane du Conseil), au Conseil et au Parlement européen (si l'acte a été adopté en codécision). Tous les destinataires de la notification sont autorisés à participer à la procédure préjudicielle. La langue de procédure est celle de la juridiction nationale auteure de la saisine, sauf dérogation au bénéfice des États. À compter de la notification les destinataires peuvent présenter des observations. La Commission y procède de manière systématique en tant que « gardienne des traités ». La position de la Commission traduit donc sa fonction stratégique habituelle, bien que la Cour puisse s'en écarter totalement ou partiellement. Les observations des États traduisent, notamment dans les cas où ils ne sont pas directement concernés, leurs intérêts. Cette pratique doit être rapprochée de la procédure d'intervention dans les recours directs, d'autant qu'en l'absence de litige, la procédure préjudicielle n'admet pas les interventions des États. Il est remarquable que les participants à la procédure préjudicielle présentent des exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité et que la Cour se prononce éventuellement sur ces points sous la forme d'ordonnances. L'ensemble de la procédure s'apparente à la procédure contentieuse : désignation d'un juge rapporteur, conclusions motivées de l'avocat général lesquelles ne suscitent pas de réponse sauf réouverture de la procédure orale décidée par la Cour. Peuvent participer à la procédure orale tous les destinataires de la décision de renvoi même dans le cas où ils n'auraient pas présenté d'observations écrites.

La Cour rend des arrêts préjudiciels dont l'autorité a été élargie de la juridiction nationale auteure de la saisine aux autres juridictions. Elle fixe les effets de ces arrêts dans le temps de façon à limiter le caractère rétroactif de sa décision et afin d'assurer la sécurité juridique en évitant la survenance de troubles graves. S'agissant d'un arrêt en invalidité elle procède comme s'il s'agissait d'un recours en annulation : c'est un effet de contagion du recours direct sur la procédure préjudicielle. D'une manière générale, hormis les règles spécifiques (par exemple la procédure accélérée), ce sont les règles générales de procédure qui sont applicables.

II Les changements

Les changements affectant le renvoi sont avérés (A) ou plutôt tendanciels (B et C). Ces derniers découlent d'une jurisprudence novatrice et d'ailleurs contestée. Il ne s'agit donc pas d'énoncer de manière dogmatique un effet de rupture mais plutôt de s'interroger sur les tendances qui pourraient conduire vers une mutation, sinon de la nature, du moins des fonctions que remplit le renvoi. Assez précocement la Cour a introduit une distinction que le traité n'avait pas faite entre le renvoi en interprétation et le renvoi en appréciation de validité à l'adresse des juridictions nationales. Le changement affecte la position de la juridiction nationale à travers le rapport entre les caractères facultatif ou obligatoire du renvoi. Le professeur Jean-Paul Jacqué y avait décelé une « révision judiciaire du traité ». Ce n'est pas la seule qui soit intervenue mais, avec le recul d'une vingtaine d'années, on remarquera que le traité n'a pas été retouché depuis lors et que l'article relatif au renvoi préjudiciel a conservé la même écriture²³, ce qui est assez rare au regard de la pratique suivie. Ce premier changement peut être perçu comme une différenciation (A).

Plus récemment la Cour s'est orientée vers une extension de la compétence préjudicielle au-delà des extensions déjà effectuées et indiquées plus avant²⁴. L'extension tient en ce que la Cour accepte de livrer une interprétation du droit communautaire en dehors de toute hypothèse d'application directe de ce droit par le juge national. Il s'agit de faire connaître avec une grande exactitude des normes communautaires que la loi ou le règlement de l'État a retenues comme modèle lors de l'élaboration du droit national. C'est un effet d'extension (B) qui pourrait ouvrir la voie à des demandes d'interpréta-

²³ Article 177 ancien, 234 actuel du traité CE.

Article III-369 du projet de Constitution européenne.

Article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité de Lisbonne).

²⁴ Cf. *supra*, I, B.

tion émanant d'un organe non juridictionnel encore qu'un tel aboutissement impliquerait une révision du traité.

A *contrario* la Cour a choisi de réinscrire le renvoi préjudiciel en appréciation de validité dans la systématique des voies de recours de telle sorte que le renvoi ne constitue plus un « rattrapage » ou une alternative au regard du recours en annulation dans les cas où celui-ci n'aurait pas été exercé. C'est un effet de restriction puisque le renvoi n'est plus recevable alors que le recours en annulation aurait pu être exercé préalablement. Il s'agit en quelque sorte d'une forclusion (C). Cette jurisprudence soulève la question de la praticabilité des recours individuels, une question récurrente.

A) La différenciation

Le traité à l'origine opère une distinction entre deux catégories de juridictions. Les juridictions dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel interne ne sont pas tenues de poser une question préjudicielle dans la mesure où le procès interne peut se poursuivre et en conséquence l'interprétation opérée par le juge de premier (ou deuxième) ressort, dans le cas où elle ne respecterait pas les impératifs du droit communautaire, peut encore être censurée et écartée par le juge interne. Les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel interne sont en revanche tenues de procéder au renvoi. Dans quels cas ? La Cour, à propos de l'interprétation, a été conduite à accepter sous certaines conditions, la théorie de l'acte clair qui avait été avancée en 1964 par le Conseil d'État français dans le but de se soustraire au renvoi préjudiciel. La juridiction de dernier ressort est tenue de renvoyer dès lors qu'il existe un doute raisonnable sur l'interprétation. À la différence du Conseil d'État, la Cour souligne les nombreux facteurs qui entretiennent le doute : les particularités du droit communautaire, les difficultés de l'interprétation, la diversité linguistique²⁵. La pratique française

²⁵ Les critères dont la liste n'est pas exhaustive énoncés dans le célèbre arrêt *Société Cilfit* le 6 octobre 1982 sont très éloignés de la théorie de l'acte clair

s'était fixée initialement en ce sens que le juge administratif ne statuant pas en dernier ressort s'avérait réticent, comme le Conseil d'État lui-même et pour les mêmes raisons, à renvoyer à la Cour, alors que le juge judiciaire y était plus volontiers enclin. Ainsi le caractère facultatif du renvoi a-t-il une portée variable selon les juridictions concernées²⁶.

En 1987 la Cour de Justice a introduit une différenciation entre le renvoi en interprétation et le renvoi en appréciation de validité par son arrêt *Foto-Frost*²⁷. La Cour indique que si le juge national est fondé à considérer l'acte communautaire comme valide en rejetant les moyens d'invalidité allégués, il n'est pas en mesure de prononcer son invalidité. C'est une application logique de la répartition des compétences entre le juge interne et le juge communautaire²⁸. Il en ressort que, face à des doutes sérieux sur sa validité, le juge est tenu de renvoyer à la Cour, sans attendre que le procès se déroule devant la juridiction de dernier ressort. Le renvoi facultatif devient dès lors un renvoi obligatoire même pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel interne. Par la suite, la Cour a admis, que sans attendre la saisine de la Cour à titre préjudiciel, le juge interne agissant au titre de mesures provisoires peut prononcer le sursis à exécution d'un acte national pris en application d'un acte communautaire dont la validité lui paraîtrait douteuse. Encore convient-il que le juge apprécie l'urgence de la mesure provisoire et qu'il prenne en compte l'« intérêt de la Communauté »²⁹ ; il s'agit là d'une condition souvent difficile à apprécier pour lui.

telle qu'entendait la pratiquer le Conseil d'État français. Il est inexact de prétendre qu'en 1982 la Cour de Justice a rejoint la position du Conseil d'État.

²⁶ En France les cours administratives d'appel créées par la loi du 31 décembre 1987 ont provoqué un usage accru au renvoi préjudiciel.

²⁷ 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. 4199.

²⁸ En dehors du recours en manquement d'État le juge communautaire ne peut se prononcer sur l'illégalité communautaire d'un acte national. Encore dans ce cas il ne peut que constater un manquement (arrêt déclaratoire) laissant à l'État la charge d'en tirer les conséquences.

²⁹ 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. C-143/88 et C-92/89, Rec. I-415. L'arrêt rétablit une symétrie entre les pouvoirs au provisoire du juge communautaire dans des recours directs et ceux du juge national.

Quoiqu'il en soit la juridiction nationale doit saisir la Cour à titre préjudiciel, avant ou après le prononcé du sursis à exécution.

On notera que cette dualité se prolonge dans les effets des arrêts rendus par la Cour, du moins vis-à-vis des autres juridictions. Celles-ci ne seront pas tenues, notamment les juridictions statuant en dernier ressort, de renvoyer à la Cour une question d'interprétation déjà tranchée en application de l'autorité absolue de chose interprétée et jugée³⁰. Il en va un peu différemment des arrêts en appréciation de validité. En effet l'arrêt a également une autorité absolue³¹ mais d'autres juridictions peuvent en fonction des intérêts en présence interroger la Cour sur la portée de l'invalidité, notamment dans les hypothèses où la Cour a constaté une invalidité partielle. La Cour ne prononce pas la validité de l'acte ; elle constate, s'il y a lieu, son invalidité totale ou partielle.

B) Un effet d'extension : la compétence

Dans une affaire en date du 18 octobre 1990 la Cour a étendu sa compétence préjudicielle en dehors du champ d'application du droit communautaire³². Les faits sont importants. Le litige opposait Mme Dzodzi de nationalité togolaise, veuve de M. Herman de nationalité belge, à l'État belge qui lui avait refusé le droit de séjour sur son territoire. En droit communautaire si le conjoint du ressortissant communautaire bénéficie comme lui de la libre circulation et du droit de séjour, encore faut-il que le ressortissant se soit placé sous l'emprise du droit communautaire, et dans l'affaire le conjoint n'avait séjourné qu'en Belgique. L'État belge, et la Commission, considéraient qu'était seul en cause le droit interne belge. Or la loi belge du 15 décembre 1980 avait assimilé le conjoint d'un ressortissant national à un ressortissant communautaire.

³⁰ Le caractère évolutif de l'interprétation fait que la Cour pourra, en fonction du contexte, donner une interprétation modifiée. D'où la formule connue... « en l'état actuel du droit communautaire » !

³¹ Il revient, en priorité à la Commission de redresser l'invalidité et de proposer un acte valide : ici son pouvoir de proposition opère à l'appui de la décision préjudicielle.

³² *Dzodzi c/État belge*, aff. C-297/88 et C-197/89, Rec. I-3763.

Autrement dit le droit belge n'avait fait que renvoyer en son for interne aux dispositions communautaires sans être tenu de procéder ainsi. La question ne relevait donc pas du champ d'application du droit communautaire. Saisie par un juge de Bruxelles la Cour de Justice a jugé que celui-ci était fondé à demander une interprétation des dispositions communautaires et s'est donc déclarée compétente.

La Cour a par la suite confirmé sa nouvelle jurisprudence dans une affaire *Leur-Bloem*³³. Lors de la transposition de la directive « fusion d'entreprises » qui vise à favoriser des groupements transnationaux d'entreprises, les autorités néerlandaises décident d'aligner la législation fiscale relative aux fusions internes d'entreprises sur les dispositions contenues dans la directive. M. Leur-Bloem demande, à l'occasion d'une fusion interne, donc non régie par le droit communautaire, à bénéficier du dégrèvement fiscal prévu dans la directive de préférence au mécanisme de report d'imposition de la plus-value réalisée lors de la fusion par échange d'actions qui jusque-là s'appliquait aux fusions internes. Un tribunal d'Amsterdam pose la question préjudicielle à la Cour. Comme dans l'affaire Dzodzi, la Commission, les Pays-Bas et l'avocat général Jacobs soutenaient que la directive ne s'appliquait pas, en tant que telle, aux fusions internes. La Cour rejette les arguments contraires de la manière suivante :

« Il ne ressort ni de l'article 177 (234 nouveau) ni de la procédure préjudicielle que la compétence de la Cour soit exclue... dans les cas où le droit national renvoie au contenu d'une disposition communautaire pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet État... ».

Cette jurisprudence a soulevé des critiques doctrinales et, dans une affaire ultérieure, celles de l'avocat général Tesaro. Pour les uns il n'est pas bon d'interpréter une norme en dehors de son contexte. D'autres y ont vu une atteinte au mécanisme préjudiciel, coopération entre les juges en vue d'une application concrète du droit communautaire dans un litige. En outre

³³ 17 juillet 1997, aff. C-28/95, Rec. I-4161.

il a été objecté que l'arrêt préjudiciel n'a pas la même autorité que celle qu'il détient lorsqu'il est rendu dans le contexte du droit communautaire. Il s'agit plutôt d'une information/consultation demandée à la Cour.

La Cour avait indiqué qu'il fallait éviter des interprétations nationales différentes dans l'affaire *Dzodzi*. Soucieuse de défendre sa jurisprudence, elle a ultérieurement souligné que l'interprétation d'un texte communautaire, face à des situations juridiques internes, permet d'éviter des discriminations à rebours à l'encontre des ressortissants nationaux³⁴. Afin de sauvegarder l'autorité de l'arrêt préjudiciel la Cour a précisé que l'interprétation doit s'avérer contraignante et donc le renvoi du droit interne au droit communautaire doit être direct et inconditionnel, dans l'affaire *Kleinwort Benson*³⁵. Ce dernier arrêt traduit sans doute une certaine hésitation de la Cour. Par la suite, notamment dans l'affaire *Leur-Bloem*, la Cour a confirmé la jurisprudence *Dzodzi*. Il s'agit, pour l'heure, d'une extension de la compétence préjudicielle et même d'une extension de la compétence de la Cour au-delà des attributions qui lui sont dévolues par le traité³⁶. En procédant aussi extensivement la Cour pourrait privilégier une des conceptions sous-jacentes au droit communautaire. Celui-ci aurait-il aussi pour fonction de stimuler le rapprochement des droits nationaux au-delà du seul champ communautaire : le droit communautaire comme modèle de référence ?

C) Un effet de restriction : l'irrecevabilité du renvoi préjudiciel

La Cour de Justice a introduit une clause de forclusion dans l'exercice du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, lorsque le justiciable s'est abstenu de mettre en cause l'acte communautaire par la voie du recours en annulation alors qu'il aurait pu y

³⁴ CJCE, *Salzmann*, 15 mai 2009, aff. C-300/01, Rec. I-4899.

³⁵ 28 mars 1995, aff. C-346/99, Rec. I-615. La Cour s'est déclarée incompétente en l'espèce.

³⁶ Une critique aigüe de cette jurisprudence a été fournie par Ami Barav : *Une anomalie préjudicielle*, Mélanges en hommage à Guy Isaac, Presses de l'Université des sciences sociales, 2004, p.773-801.

procéder. À l'origine de la jurisprudence *T.W.D.*³⁷, une décision de la Commission avait déclaré illicite une aide versée par le gouvernement allemand à la société T.W.D. Celle-ci n'avait pas pris la précaution de l'attaquer en annulation, ce qu'elle aurait pu faire puisqu'elle était directement et individuellement concernée par elle. Ultérieurement elle souleva le moyen de son illégalité devant le juge national, ce qui le conduisit, selon l'usage courant, à demander une appréciation de validité à la Cour. La solution d'irrecevabilité adoptée par la Cour est fondée sur la sécurité juridique qui selon elle est anéantie dans l'hypothèse où le justiciable peut contourner le caractère définitif de la décision après l'expiration des délais de recours. La même solution a été appliquée à un État qui n'avait pas engagé dans les délais un recours en annulation³⁸. Dans les deux cas, il s'agit d'un acte individuel à propos desquels la qualité pour agir en annulation ne fait aucun doute, ce que souligne la Cour dans l'affaire T.W.D. Il convient d'ailleurs d'observer que l'État n'a pas à justifier d'un intérêt à agir en annulation.

Ultérieurement la forclusion a été élargie par la Cour des actes individuels à un acte réglementaire instituant un droit antidumping³⁹. Cette jurisprudence a pour effet de réinscrire pleinement le renvoi préjudiciel en appréciation de validité dans le système contentieux des voies de recours, nonobstant son autonomie. Triple autonomie : d'une part il s'agit d'un contrôle incident de la régularité d'un acte communautaire ; d'autre part il ne s'agit pas d'une voie ouverte au justiciable puisque celui-ci peut seulement proposer au juge national de la mettre en œuvre ; de plus le renvoi judiciaire n'est pas une voie de recours *stricto sensu*.

Le justiciable a donc aujourd'hui perdu le choix, dont il disposait antérieurement, entre requérir en annulation contre un acte ou contester la validité de l'acte à l'occasion de la me-

³⁷ CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, Rec. I-846.

³⁸ CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmers Union*.

³⁹ Dans l'affaire *Nachi Europe*, la Cour s'appuyant sur une jurisprudence établie rappelle qu'un règlement antidumping recouvre des décisions individuelles à l'égard des opérateurs concernés, 15 février 2001, aff. C-239/99, Rec. I-1220.

sure nationale d'exécution⁴⁰. Pourtant ce choix fut considéré dès l'origine comme une contrepartie aux difficultés du particulier à requérir en annulation. La forclusion ne renforce pas la sécurité juridique car elle joue à l'encontre de la protection juridictionnelle du justiciable. D'ailleurs le juge national, qui n'est pas le représentant des intérêts du justiciable, éprouvera de grandes difficultés à évaluer si ce dernier était en mesure de requérir en annulation au regard d'une jurisprudence complexe et qui a provoqué une controverse célèbre entre les deux juridictions communautaires⁴¹.

La jurisprudence T.W.D. a provoqué une vive contestation doctrinale qui tourne autour de la dénaturation de la procédure préjudicielle, à savoir une atteinte à la coopération judiciaire⁴². Il n'est pas douteux que, après l'élargissement de sa compétence préjudicielle (qui est évidemment en dehors de la systématique des contentieux), la forclusion qui équivaut à une restriction des conditions de recevabilité de la question préjudicielle (au nom de la systématique des contentieux), font que l'une et l'autre traduisent de profonds changements dans le renvoi préjudiciel. Elles opèrent paradoxalement dans des sens contradictoires.

⁴⁰ CJCE, 21 mai 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerken* (affaire dite du Beur-re de Berlin), aff. 133 à 136/85, Rec. 2334.

⁴¹ On rappellera les affaires *Jégo-Quéré* et *Unión de Pequeños Agricultores* aux termes desquelles la Cour a refusé de consacrer le droit à une protection juridictionnelle effective qui aurait scellé selon elle une « révision judiciaire du traité ».

⁴² Le lecteur pourra se reporter aux articles suivants dans l'ordre chronologique :

– G. Vandersanden, *La procédure préjudicielle à la recherche d'une identité perdue*, Mélanges Walbroeck, T. I., Bruylant 1999, p. 619.

– D. Ritleng, *Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective*, Mélanges en hommage à Guy Isaac, T. 2., Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, spécialement p. 140 et s.

– A. Barav, *Déviation préjudicielle*, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Pedone, 2004, p. 227 et ss.

THE ROLE OF THE COURT OF THE EUROPEAN UNION WITHIN THE SYSTEM OF LEGAL PROTECTION PROVIDED FOR BY THE TREATY ON EUROPEAN UNION AND THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

*Heribert Franz Koeck**

1. The special position of the Court of Justice of the European Union

The role of the Court of Justice of the European Community is based on the fact that the Court exercises, within the framework of the system of the European Union, a comprehensive legal protection and that its jurisdiction is compulsory.¹

“Comprehensive legal protection” means that the acts of the legislative and of the executive organs – be it the organs of the European Union, be it the organs of the Member States – are subject to review by the Court of Justice of the European Union in (almost) all areas of Union law, and especially in those where the rights and obligations of physical and legal persons are concerned. “Compulsory jurisdiction” means that neither the Member States of the European Union nor the organs of the European Union can decide themselves whether they want to have a given case decided in a judicial manner. Rather, they are subject to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union.

* I have to thank Dr. FRANZ LEIDENMUEHLER, Staff Scientist at the Institute of European Law of the Johannes Kepler University of Linz for adding the annotations.

¹ Cf. PETER FISCHER/HERIBERT FRANZ KOECK/MARGIT MARIA KAROLLUS, *Euro- parecht*, 4th ed., Vienna 2002, p. 560; ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 32 *et seqs.*

This fact distinguishes the Court of Justice of the European Union from other international courts like, e.g., the International Court of Justice, which do not have compulsory jurisdiction, and where, therefore, their jurisdiction in a given case depends on whether or not the parties to a dispute have either previously accepted its jurisdiction in general or for cases as that in question, or are ready to submit their case to the International Court of Justice *ad hoc*, i.e. with regard to the case now in dispute.²

The compulsory jurisdiction of the Court of Justice of the European Union and the subjection of (almost) all areas of the European Union to a system of legal protection characterises the European Union as a community based on law. By “community based on law” we understand a community in which the relations between the members and the relations between the members and the community are governed by law and thus are exercised according to legal rules. The idea behind is that not only the relations between human being within a State but also the relations between States are governed by law and that, therefore, all conflicts can be resolved on the basis of law. There are no purely “political” conflicts which would not be suited for a legal solution. As a rule, one could say that he who invokes political reason against legal ones and relies on the “policy of strength” is a potential or actual law-breaker (violation of the law), who disturbs peace and tranquillity of the community and against whom the community as a whole must take a stance. (This is the very purpose of the system of collective security within the framework of the United Nations.)

2. The system of Union law

The law of the European Union does not know of a differentiation between constitutional law, administrative law

² On the judicial settlement of international disputes see IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford 2008, pp. 701 *et seqs.*

and (perhaps) private law and criminal law. To demonstrate this, it is useful to quote from Article 1 TEU (ex-Article 1 EU):

“The Union shall be founded on the present Treaty and on the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as ‘the Treaties’). Those two Treaties shall have the same legal value.”

If there is any constitution of the European Union,³ it consists of the two Treaties, namely the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.⁴ To these Treaties, we may add the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁵ which according to Article 6, paragraph 1 TEU “shall have the same legal value as the Treaties.” For this reason, the judicial activities of the Court of Justice of the European Union cannot be divided, in a formal way, into constitutional jurisdiction, administrative jurisdiction and (perhaps) civil and criminal jurisdiction. All judicial activities of the Court are subject to the same rules.

The position of the Court of Justice of the European Union goes beyond that of any traditional international court or tribunal, and this not only because its jurisdiction is compulsory. It is a special position because the Court serves a Union of States that is not just an international organisation, even if it might not yet be considered a State. It is somewhat

³ See ARMIN VON BOGDANDY/JUERGEN BAST (eds.), *Europaeisches Verfassungsrecht*, 2nd ed., Berlin/Heidelberg 2009.

⁴ This structure of the European Union legal order is the result of the so-called “Treaty of Lisbon”, amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 and entering into force on 1 December 2009 (O.J. 2008, C 115, pp. 1 *et seqs.*). On the genesis of the Lisbon Treaty, cf. JEAN-CLAUDE PIRIS, *The Constitution for Europe*, Cambridge 2006, pp. 38 *et seqs.*; on its contents, cf. ECKHARD PACHE/FRANK SCHORKOPF (eds.), *Die Europaeische Union nach Lissabon*, Baden-Baden 2009; WALDEMAR HUMMER/WALTER OBWEXER, *Der Vertrag von Lissabon*, Baden-Baden 2009.

⁵ Of 7 December 2000; adapted at Strasbourg, on 12 December 2007; see O. J. 2007, C 303, pp. 1 *et seqs.* On the Charter, cf. CHRISTIAN CALLIESS, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in: DIRK EHLERS (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin 2007, pp. 518 *et seqs.*

in between a Federal State and a Confederation of States. This system which is called supranational⁶ is characterised by the following particularities:

First: Law making by a bicameral legislation: the Council representing the governments of the Member States, and the European Parliament representing the citizens of the European Union.

Second: Majority voting in both the European Parliament and in the Council on most issues.

Third: Direct applicability of certain acts of Union legislation within the Member States without the need of further transformation or implementation by that Member State.

Fourth: Direct effect of those norms of the Treaties or Union which are directed to the Member States but intend to give rights to physical and legal person, if a Member State has failed to implement that norm in time and/or correctly.

And fifth: Precedence of Union law over Member State law for all norms of Union law which are either directly applicable right from the beginning or take direct effect because of a failure of the Member State to implement them.⁷

The position of the Court of Justice of the European Union within the system of the European Union also goes beyond that of supreme courts in the system of the Member States. The reason for this lies in the fact that the decisions of the Court and the case law thus created can hardly be given another direction, even if not all of the Member States might agree with it on all issues.

Within a State, the case law of the Supreme Court in matters of civil and criminal jurisdiction and the case law of the Supreme Administrative Court may be redirected already by a simple law adopted by the legislature. In principle, this does not require more than an (unqualified) majority in Parliament. And the case law of the Supreme Constitutional Courts can be redirected by

⁶ Cf. PETER FISCHER/HERIBERT FRANZ KOECK/MARGIT MARIA KAROLLUS, *Europarecht*, 4th ed., Vienna 2002, p. 331 *et seq.*

⁷ Cf. *ibid.*

an amendment to the constitution. This will require a qualified majority in Parliament, but hardly ever unanimity.

The case law of the Court of Justice of the European Union can be redirected by an act of Union legislation,⁸ as thus (as a rule) by a majority in Parliament and in the Council, only in those areas where it is based itself in an act of Union legislation only. Where it is based on the Treaties, it can be redirected only by revising the Treaties. This would not only require unanimity among the governments of Member States but also approval by all parliaments of Member States and perhaps (as in Ireland) even a referendum.⁹ Such a procedure is much too laborious for simply redirecting the case law of the Court of Justice of the European Union.

3. The position and function of the Court of Justice of the European Union

Let's now turn to the position and function of the Court of Justice of the European Union more in detail.

The Court of Justice of the European Union is an organ of the European Union. It is the task of the Court of Justice of the European Union to "ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed."¹⁰

The Court of Justice of the European Union consists of three different bodies of adjudication: the Court of Justice, the General Court and specialised courts.¹¹

However, the terminological differentiation is not strictly observed within the Treaties. Even where they deal with Court in particular, it is referred to (sometimes in one and the same article) once as the Court of Justice of the European Union, once only as the Court. Thus, a terminological fuzziness

⁸ See Article 289 TFEU.

⁹ On the ordinary and the simplified Treaty revision procedure, see Article 48 TEU.

¹⁰ Article 19, para. 1 TEU (ex-Article 220 EC).

¹¹ Cf. *ibid.*

that already existed with regard to the former Treaty on the European Community is prolonged. It is thus possible, from an academic point of view, to distinguish between the Court of Justice of the European Union in a wider sense as comprising the Court, the General Court and the specialised courts, and of the Court of Justice of the European Union in a narrower sense, being identical with (simply) the Court.

The Court of Justice of the European Union consists of one judge for each Member State.¹² It is supported by advocates general.¹³ In contrast, the General Court consists of “at least” one judge per Member State.¹⁴ This means that the number of the judges of the General Court could be increased if an increasing number of cases should so require.

While the judges were chosen, under the former treaties, by the Member States without additional conditions,¹⁵ there is now set up a panel of suitability. Its task is to give an opinion on the qualification of the applicants for the position of judge or of Advocate general at the Court or at the General Court. The Committee is composed of seven members taken from the former members of the Court or of the General Court, from the members of the highest Member State courts, and from the jurists of recognised high qualification, one of them being nominated by the European Parliament. The Members of the Committee are appointed by the Council.¹⁶

The Court is supported by eight advocates general. Upon request by the Court, the Council, by unanimous vote, may increase the number of advocates general.¹⁷

Judges and Advocates General are appointed for six years. Every three years, the bench of judges and the group of advocates general is partially renewed. Presently, this means

¹² Cf. Article 19, para. 2(1) TEU.

¹³ On the advocates general, see NOREEN BURROWS/ROSA GREAVES, *The Advocate General and EC Law*, Oxford 2007.

¹⁴ See Article 19, para. 2(2) TEU.

¹⁵ Cf. ex-Article 223 EC.

¹⁶ Cf. Article 255 TFEU.

¹⁷ Cf. Article 252 TFEU (ex-Article 222 EC).

that every three years fourteen or thirteen, respectively, posts of justice are reassigned. However, both judges and advocates general may be reappointed.¹⁸

The Court sits in Chambers or in Great Chamber, according to the provisions of the Statute of the Court of Justice of the European Union. If the Statute so provides, the Court may also sit in plenary.¹⁹

a. Competence of the Court of Justice of the European Union

While the Court, under the former regime, was not competent for the so-called Second Pillar of the European Union, the Common Foreign and Security Policy, and only in a very restricted manner for the Third Pillar, the Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters, under the new Treaties the Court has an (albeit still very) limited jurisdiction in the area of the Common Foreign and Security Policy, and the restrictions with regard to what is now called the Area of Freedom, Security and Law have been dropped to a great extent.

The proceedings before the Court are usually divided into actions against Member States, actions against organs of the European Union, proceedings for a preliminary ruling, and certain other proceedings.²⁰

(i) Action for breach of Treaties

As concerns actions against Member States, it is important to note that the Court of Justice of the European Union has jurisdiction, with regard to alleged violations of Union law by a Member State, only for actions for breach of Treaties which may be instituted only by another Member State or by the Commission (in its function as “watch-dog” of the Union).²¹ For actions which regard the liability of a Member State for

¹⁸ Cf. Article 253, paras. 1 and 2 TFEU (ex-Article 223 EC).

¹⁹ Cf. Article 251 TFEU (ex-Article 221 EC).

²⁰ Cf. Article 19, para. 3 TEU.

²¹ On these infringement proceedings, see ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 34 *et seqs.*

injuries inflicted on a physical or legal person, the competence lies with the courts of that Member State. In this context, the Court of Justice of the European Union may enter only by means of proceedings for a preliminary ruling.

The action for breach of Treaties can be brought either by the Commission in accordance with Article 258 TFEU²² or by a Member State in accordance with Art. 259 TFEU.²³

If the Commission plans an action it has first to confront the Member State involved with the reasons why and in which points it believes the Member State has violated its obligations under Union law. The Member State then may defend itself and explain why it considers its own way of conduct to be in accordance with Union law. However, if the Member State is not able to convince the Commission, and if the Member State does not desist from continuing its incriminated conduct within a period set by the Commission, the latter may go along and bring the action within three months.

If a Member State plans an action against another Member State for alleged violation of its obligations under Union law, it has first to bring the issue before the Commission. The Commission then will, if it shares the opinion by the Member State planning to sue, proceed in the same way as if it were to bring the action itself, confronting the Member State involved with the charges and permitting it to defend itself. However, if the Commission does not share the position of the Member State planning to sue and therefore does not approach the Member State allegedly in breach of Union law, or if the Commission is satisfied with the answers given by this State but the other State is not, the latter is free to bring the action anyway, again within a period of three months.²⁴

The judgment of the Court is of a declaratory character. The Courts declares that a breach of Treaties does exist or does not

exist.²⁵ If the Court finds that the Member State has violated Union law, this Member State has to take the necessary measures resulting from the judgment.²⁶ If the State does not do so, the Commission can again go before the Court, after having given an opportunity to the Member State in question to explain its failure to take the necessary measures. In bringing this new action, the Commission may apply to the Court for imposition, on the Member State, of a lump sum or penalty payment.²⁷ If the Court finds that the Member State has failed to comply with the judgment, it may impose the fine.

If the case brought before the Court by the Commission concerns failure to implement (transpose) a directive, it can ask the Court for imposition of a lump sum or penalty payment already in the course of the first stage. If the Court agrees with the Commission, it may impose the lump sum or penalty payment asked for.²⁸

(ii) Action of nullity

We now turn to actions against organs of the European Union.

The Court of Justice of the European Union reviews the legality of acts of Union organs on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application, or misuse of powers.²⁹ It is regulations, directives and decisions that are subject to review by the Court. Since recommendations and opinions are not binding, they are not subject to such review.

The action for annulment³⁰ may be instituted by Member States and by organs of the European Union. It may also be brought by physical and legal persons if the incriminated act is

²² ex-Article 226 EC.

²³ ex-Article 227 EC.

²⁴ See Article 259 TFEU.

²⁵ Cf. Article 260 TFEU (ex-Article 228 EC).

²⁶ Cf. Article 260, para. 1 TFEU.

²⁷ Cf. Article 260, para. 2 TFEU.

²⁸ Cf. Article 260, para. 3 TFEU.

²⁹ Cf. Article 263, para. 1 TFEU (ex-Article 230 EC).

³⁰ On this action, see in detail ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 53 *et seqs.*

addressed to that person or is of direct and individual concern to them, or is a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.³¹ The action for nullity is directed against the defectiveness of an act of one of the Union organs.

Under the same conditions, the Court of Justice of the European Union is also competent for actions brought by the Court of Auditors, by the European Central Bank and by the Committee of the Regions for the purpose of protecting their prerogatives.³² Actions provided for in this context have to be brought with a period of two months.³³

If the action is well-founded, the Court of Justice of the European Union will declare the incriminated act to be void. In its judgment, the Court may, however, if it considers it necessary, indicate those effects of the act declared void which have to be considered to remain in force.³⁴

If the act that has been declared void has caused damage to a physical or juridical person, the latter can bring an action for damages against the Union before the Court of Justice of the European Union in accordance with Article 340, para. 2 TFEU.

In addition, the organs or institutions which are responsible for the nullified act have to take all measures necessary to remove possibly continuing effects of the nullified act and/or to replace it by an act in conformity with the law (e.g., to enact a new piece of legislation).³⁵

Article 277 TFEU³⁶ provides for an *ad hoc* review of a norm the legality of which is doubtful. Such review may be requested in all legal proceedings before the organs of the Member States or of the European Union, and aims at the nullification of the norm in question. Such *ad hoc* review is not an action for nullity and

is therefore not limited by the two-months period applying to that kind of action. The question of whether the norm is void is answered by the Court of Justice of the European Union (e.g. in the course of proceedings for a preliminary ruling if the validity or nullity of the norm has been raised therein.)

(iii) Action for failure to act

The Court of Justice of the European Union is also competent for actions for failure to act according to Art. 265 TFEU³⁷.

The action for failure to act, as provided for in Article 265 TFEU, is the counterpart to the action for nullity. While the pre-condition of an action for nullity is a defective act by an organ of the Union, the pre-condition of an action for failure to act is the omission, by an organ of the Union, to perform an act which to perform it is required by law. The action is admissible only after the organ concerned has been called upon to execute the act in question and has failed to do so within a period of two months. In this case, the action for failure to act must be brought within another period of two months.

Analogous to what has been said about the standing to sue in the context of actions for nullity, Member States and organs of the European Union have an unlimited right to bring an action for failure to act. Physical and legal persons only, if an institution, body, office or agency of the Union has failed, in violation of its obligation to do so, to direct to that person a certain legal act. Since recommendations and opinions are not legally binding, a failure to issue such a recommendation or to give such an opinion cannot be challenged by an action for failure to act.

If the action is well-founded, the Court of Justice of the European Union will pass a declaratory judgment stating that the organ concerned has failed to perform the act in question.

If the failure to act has had the consequence of injuring to a physical or legal person, this person may bring an action for damages against the European Union according to Article 340,

³¹ Cf. Article 263, para. 4 TFEU.

³² Cf. Article 263, para. 3 TFEU.

³³ Cf. Article 263, para. 6 TFEU (ex-Article 230, para. 5 EC).

³⁴ Cf. Article 264 TFEU (ex-Article 231 EC).

³⁵ Cf. Article 266 TFEU (ex-Article 233 EC).

³⁶ ex-Article 241 EC.

³⁷ Ex-Article 232 EC.

para. 2, analogous to the case of an injury caused by an act declared void.³⁸

Moreover, and first of all, the organs and institutions which are responsible for the failure to act, have to take all necessary measures following from the Court's judgment, in particular, to make good for the omission of the act.³⁹

(iv) Preliminary rulings

Proceedings for a preliminary ruling⁴⁰ are that kind of proceedings through which the Court of Justice of the European Union exercises his function of securing the uniform application of Union law⁴¹ in an area where execution of Union law is assigned to organs of the Member States. The purpose of proceedings for a preliminary ruling is, according to Art. 267 TFEU⁴², to clarify whether a norm of secondary Union law is valid or void, and to establish the correct interpretation of a norm of either primary or secondary Union law.

If such a question turns up before a court of a Member State which does not decide in last instance, and if the court considers an authoritative answer to this question necessary for its decision, it may submit, to the Court of Justice of the European Union, a request for a preliminary ruling.

If such a question turns up before a court of a Member State which decides in last instance, i.e. a court against the judgment of which no further legal remedy is available under the law of the Member State, and if the court considers an authoritative answer to this question necessary for its decision, it has an obligation to stay proceedings and to refer the matter to the Court of Justice of the European Union with a request for a preliminary ruling.

³⁸ Cf. Article 266 TFEU (ex-Article 233 EC).

³⁹ Cf. *ibid.*

⁴⁰ On this procedure, see ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 95 *et seqs.*

⁴¹ Cf. Article 19, para. 1(2) TEU (ex-Article 220 EC).

⁴² ex-Article 234 EC.

If a request for a preliminary ruling is made in the course of proceedings concerning a person in detention, the Court of Justice of the European Union is required to decide within as brief a time as possible.⁴³

(v) Liability actions against the European Union or against the European Central Bank

The Court of Justice of the European Union is competent for actions concerning the liability of the Union out of non-contractual relations, i.e. if an organ of the Union, when acting in violation of Union law, has caused an injury to a physical or legal person. In such a case, the Union will compensate that person according to the general principles of law common to the laws of the Member States.⁴⁴ (The contractual liability of the Union is determined by the law applicable to the contract in question.⁴⁵)

In the same way, the European Central Bank will compensate for any damages caused by it or by its servants in the course of the exercise of their official duties.⁴⁶

(vi) Civil service disputes

The Court of Justice of the European Union further is competent, in accordance with Article 270 TFEU⁴⁷, to decide disputes between the Union and its servants. The conditions for such proceedings are laid down in the Statute of the civil servants of the European Union and, as concerns other employees, in the general terms and conditions of employment.

These civil service disputes offer an example for exercise of the competence of the Court of Justice of the European Union by a specialised court, namely the Civil Service Tribunal⁴⁸.

⁴³ Cf. Article 267, para. 4 TFEU.

⁴⁴ See Articles 268 and 340, para. 2 TFEU (ex-Articles 235 and 288, para. 2 EC).

⁴⁵ Cf. Article 340, para. 1 TFEU (ex-Article 288, para. 1 EC).

⁴⁶ Cf. Article 340, para. 3 TFEU (ex-Article 288, para. 3 EC).

⁴⁷ ex-Article 236 EC.

⁴⁸ See Council Decision 2004/752/EC, Euratom of 2 November 2004 establishing the European Union Civil Service Tribunal; O.J. 2004, L 333, pp. 7 *et seqs.*

(vii) Disputes regarding European Banks

The Court of Justice of the European Union is also competent for certain disputes concerning the European Investment Bank, the European Central Bank and the European System of Central Banks and the related obligations of Member States and of national central banks.⁴⁹

In addition, the Court of Justice of the European Union is competent to render a decision as an arbitral tribunal on the basis of a compromissary clause contained in a public or private law contract concluded by the European Union or on its behalf.⁵⁰

Similarly, the Court of Justice of the European Union has jurisdiction to decide, as an arbitrary tribunal, in all disputes between Member States, if the disputes are in one way or the other connected with the subject matter of the Treaties and the Member States have submitted the dispute to the Court by an arbitration treaty.⁵¹

b. Restrictions on the competence of the Court of Justice of the European Union

The Court of Justice of the European Union is not competent to review the substantive aspect of measures taken by the European Council or by the Council in accordance with Article 7 TEU, i.e. in imposing sanctions on a Member State that seriously and persistently violates the common values of the Union and the Member States as laid down in Article 2 TEU.

However, the Court of Justice of the European Union is competent to review the proceedings with regard to whether or not the procedural rules laid down in Article 7 TEU have been observed. Such review may be requested by the Member State against which the decisions of the European Council or the Council are directed and is limited with one month.⁵²

⁴⁹ Cf. Article 271 TFEU (ex-Article 237 EC).

⁵⁰ Cf. Article 272 TFEU (ex-Article 238 EC).

⁵¹ Cf. Article 273 TFEU (ex-Article 239 EC).

⁵² Cf. Article 269 TFEU.

In the framework of the Common Foreign and Security Policy, the jurisdiction of the Court is limited substantially, in the framework of the Area of Freedom, Security and Law the jurisdiction of the Court is limited just slightly. It is, however, important to point out that the fact that certain acts of the Union are not subject to review by the Court of Justice of the European Union does not mean that they happen in a law-free area.

In principle, the Court of Justice of the European Union is not competent for that part of the Treaties that concerns the Common Foreign and Security Policy and thus for the legal acts passed in this context.⁵³

However, the Court is competent for watching over the observance of the powers of the various organs in this context and of the procedures provided for. Moreover, the Court is competent to review the legality of restrictive measures against physical and legal persons imposed by the Council on the basis of Title V Chapter 2 (concerning Special Provisions relating to the Common Foreign and Security Policy)⁵⁴.

As regards the Courts powers in the Area of Freedom, Security and Law, the Court of Justice of the European Union is not competent for reviewing the validity or proportionality of measures taken by the police or other authorities of a Member State or for reviewing measures taken by a Member State in exercising its function of preserving public order or protecting the internal security.⁵⁵

4. Excursus. Preliminary rulings

Let me now talk more in detail about the proceedings for a preliminary ruling⁵⁶ by the Court of Justice of the European Union.

⁵³ Cf. Article 275, para. 1 TFEU.

⁵⁴ Cf. Article 275, para. 2 TFEU.

⁵⁵ Cf. Article 276 TFEU.

⁵⁶ On the preliminary rulings procedure, see in detail ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 95 *et*

a. Division of competences between Member State courts and the Court of Justice of the European Union

Let me start by underlining that the proceedings for a preliminary ruling have not been invented in order to place under tutelage the courts of the Member States. Rather, the proceedings for a preliminary ruling are an excellent example for the cooperation between the court of the Member States and the Court of Justice of the European Union. It is and remains the exclusive competence of the Member States courts to decide upon the case before them. The Court of Justice of the European Union does not step in and set itself in the place of the courts of the Member States. The institutional and procedural autonomy of the Member States is thus fully preserved.⁵⁷

The Court of Justice of the European Union does not do more than to guide Member State courts in the interpretation of the law of the European Community in order to enable them to apply it in a correct manner consistent with the application in all other Member States. Thus, the proceedings for a preliminary ruling have no other purpose than that of ensuring the uniform application of Union law throughout the entire Union. This is a necessity in order to live up to the principle of legal security, a principle that is required by justice and serves the legal protection of Member States and physical and legal persons alike.

Seen in this way, the proceedings for a preliminary ruling are but a means of legal assistance. Such assistance is designed for, and enjoyed by, the courts of the Member States. Other organs of the Member States, and in particular administrative authorities, do not enjoy this privilege and have to cope with the problem of how to interpret Union law correctly just by themselves. This is so notwithstanding the fact that they might

seqs.; PETER FISCHER/HERIBERT FRANZ KOECK/MARGIT MARIA KAROLLUS, *Europa-recht*, 4th ed., Vienna 2002, p. 691 *et seqs.*

⁵⁷ Cf. ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, p. 105.

also be in need of some enlightenment as to the understanding of a particular norm of Union law.

b. The need for mutual loyalty

In order to make the best of the institute of preliminary ruling, the Court of Justice of the European Union and the courts of the Member States have to co-operate in a loyal manner. This means that the Court of Justice of the European Union has to attempt to give as comprehensive and conclusive an answer as possible to the Member State court. At the same time, Member State courts should not unduly refrain from submitting questions to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling. Therefore, even courts which do not decide a case in the last instance should at least consider a request for a preliminary ruling if they believe that the question of Union law that has presented itself could be of importance for the final decision.

Courts of last instance, against the judgment of which there lies no further legal remedy, are obliged to stay proceedings and to submit the issues of Union law which might be relevant for the outcome of the case, to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling.

c. The notion of “court” for the purpose of proceedings for a preliminary ruling

Here a question may come up, namely the question of what may be considered a court for the purpose of proceedings for a preliminary ruling?

The notion of “court” is an autonomous notion of Union law. Whether the particular institution is called a “court” under Member State law is irrelevant. Therefore, all kinds of institutions which fulfil the criteria of a “court” under Union law, must be regarded a “court” for the purpose of preliminary rulings, whatever their particular designation (tribunal, senate, council, etc.) is.⁵⁸

⁵⁸ Cf. PETER FISCHER/HERIBERT FRANZ KOECK/MARGIT MARIA KAROLLUS, *Euro-*

It is equally irrelevant whether the institution in question is a court in the classical meaning of the term – civil court, criminal court – or whether it represents a special type of court, as, e.g., an administrative court or a constitutional court.

However, it must be a permanent institution set up by law or pursuant to a law. The members of the court, i.e. the judges, must enjoy that independence that is typical for judges. Such independence requires that the judge is not removable and not transferable to another court against his will, and that, in the exercise of his function, is not subject to orders and instructions given by a superior institution.⁵⁹ For this reason, institutions of public prosecution are no “courts” in the meaning of Union law.

The institution must have compulsory jurisdiction and must have the power to render binding decisions. These decisions must be passed in proceedings governed by the rule of law and must be based on legal rules and not just on considerations of equity. Moreover, it is required that the decisions decide a case or controversy; therefore, courts or other institutions which just administrate certain registers and are therefore in fact only administrative bodies do not qualify as “courts”.

The notion of “court” under Union law does not comprise arbitral tribunals, unless they are a permanent part of a State’s system of legal protection, nor any arbitral committees of professional chambers and other like professional associations, whether public or private, unless they fulfil the criteria of judicial independence.⁶⁰

parecht, 4th ed., Vienna 2002, pp. 696 *et seq.*

⁵⁹ See, e.g., ECJ, Case 61/65, *Vaassen-Goebbels v. Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, ECR (1966), pp. 584 *et seqs.* (p. 602); Case C-103/97, *Koellensperger GmbH & Co KG v. Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*, ECR (1999), pp. I-551 *et seqs.* (para. 17).

⁶⁰ See, *inter alia*, ECJ, Case 102/81, *Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co KG et al.*, ECR (1982), pp. 1095 *et seqs.* (para. 13).

d. The duty of requesting a preliminary ruling, and where it ends

A most important question arising in this context is whether a court of last instance has to request a preliminary ruling under each and every circumstances or whether it has, in this context, a margin of discretion. The question of whether to submit or not to submit such a request logically touches the wide area between issues which are so clear that to involve the Court is really superfluous, and those issues which are completely unclear and seem to permit of a wide range of different answers and therefore dearly need to be elucidated by the Court of Justice of the European Union. Here, abuses on both sides are possible.⁶¹

However, the graver danger of abuse is certainly if a court arrogates the right to state by itself what is clear what is not. For these reasons, the Court of Justice of the European Union has given clear rules concerning the duty of Member State Courts of last instance to request a preliminary ruling. The most prominent case in this context is *C.I.L.F.I.T.*, a case decided in 1982.⁶²

Here the Court said the following: There is no obligation for a Court of last instance to submit the request for a preliminary ruling “when the question raised is materially identical with a question which has already been the subject of a preliminary ruling in a similar case, [...] or] if previous decisions of the Court have already dealt with point of law in question, irrespective of the nature of the proceedings which led to those decisions, even though the questions at issue are not strictly identical. [...]”⁶³.

“Finally, the correct application of [EU] law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved.

⁶¹ Cf. ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 119 *et seqs.*

⁶² ECJ, Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanita*, ECR (1982), pp. 3415 *et seqs.*

⁶³ ECJ, Case 283/81, paras. 13 and 14.

[However], before it comes to the conclusion that such is the case, the national court or tribunal must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of other Member States and to the Court of Justice. Only if those conditions are satisfied, may the national court or tribunal refrain from submitting the question to the Court of Justice and take upon itself the responsibility of resolving it.”⁶⁴

e. The role of the parties to the pending case

The parties to the proceedings before the court of the Member State may suggest that a preliminary ruling by the Court of Justice of the European Union be requested; but they have not power to bring about such a request by a motion of their own.⁶⁵

f. Consequences of a violation of the duty to request a preliminary ruling

If a court of a Member State that would have the obligation to submit to the Court of Justice of the European Union a request for a preliminary ruling fails to do so, it causes a violation of Union law and could incur an action for breach of the Treaties against its own State before the very Court of Justice of the European Union the ruling of which the national court has tried to avoid.

Moreover, if the failure to submit the request for a preliminary ruling should result in an injury suffered by a physical or legal person, this person is entitled to bring an action for State liability against the Member State in question.

Finally, if the Member State recognises, in its constitution or otherwise, the right of every person to have his or her judge as determined by law,⁶⁶ failure to request a preliminary ruling might be considered as a violation of this right to the legal judge, and could therefore be the basis for a constitutional complaint.⁶⁷

⁶⁴ ECJ, Case 283/81, para. 16.

⁶⁵ Again, see ECJ, Case 283/81, para. 9.

⁶⁶ As e.g. do Article 83, para. 2 of the Austrian Federal Constitutional Law (“Bundes-Verfassungsgesetz”) or Article 101, para. 1 German Basic Law (“Grundgesetz”).

⁶⁷ See the decision of the Austrian Constitutional Court (VfGH), B

g. Additional points to be taken into account in connection with requesting a preliminary ruling

There are some additional criteria which are, however, not that difficult to understand.

One criterion concerns the admissibility of the subject matter of the request. Proceedings for a preliminary ruling serve only to establish the validity of a norm of secondary Union law if such validity is disputed or to establish the correct interpretation of a norm of primary or secondary Union law if such interpretation raises reasonable doubts.

Another criterion concerns the power of the Court of Justice of the European Union to deal with such a subject matter. Inasmuch as there exist limitations on the Court’s power to review the acts of Community or Member State organs – as is the case in the field of the Common Foreign and Security Policy, then with regard to certain aspects of the Area of Freedom, Security and Law, and finally, in the context of sanction proceedings against a Member State for violation of the values proclaimed in Article 2 TEU –, request for a preliminary ruling would not be admissible either.

The question posed to the Court of Justice of the European Union has to be relevant for the decision of the Court. This means that the final outcome of the proceedings before the Member State Court must be dependent on the answer given by the Court of Justice of the European Union. However, it is, at least in principle, for the court of the Member State to determine, whether a particular question might be relevant or not. The Court of Justice of the European Union would not refuse to give an answer unless it is evident that the question has nothing to do with the case before the national court. The Court of Justice of the European Union would also refuse to answer hypothetical or purely academic questions. The criterion for distinguishing real from hypothetical questions is whether they have, as their basis, (what American lawyers would call) a “case or controversy”.

2300/95-18, *Bundesvergabebamt*, VfSlg. 14.390, para. 7.

The request for a preliminary ruling has therefore to be accompanied by enough information relating to the case before the court of the Member State as to permit the Court of Justice of the European Union, first, to appreciate the possible relevance of the question posed for the outcome of the case before the Member State court and, second, to understand what is really at issue and therefore to know in what direction the answer will have to go.⁶⁸ If, on the other hand, sufficient information is furnished and it is possible for the Court of Justice of the European Union to find out, even from a badly formulated question, what the national court is driving at, it will reformulate the question on its own and will give the answer needed.

h. The question of interpreting relevant Member State law

As we already have stated, the Court of Justice of the European Union is concerned with the validity and the interpretation of Union law. The interpretation of Member State law and the decision of whether or not a certain norm of domestic law would still be compatible with Union law or not, is, in principle, a matter for the court of the Member State.⁶⁹

Since, however, it is not always easy to separate both issues, the Court of Justice of the European Union is ready to give an answer even to the second kind of questions if they only are formulated in a more abstract way, as, e.g., whether a norm of Union laws, interpreted in a certain way, would permit or not permit a Member State to enact or to maintain norm of domestic law that would bring about a certain effect.⁷⁰

The Court of Justice of the European Union answers requests for a preliminary ruling by a judgment, unless the

⁶⁸ See in detail the “Information note on references from national courts for a preliminary ruling” (2009/C 297/01), O.J. 2009, C 297, pp. 1 *et seqs.*

⁶⁹ Cf. ANTHONY ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., Oxford 2006, pp. 107 *et seqs.*

⁷⁰ See, *inter alia*, ECJ, Case C-177/94, *Criminal proceedings against Gianfranco Perfili*, ECR (1996), pp. 161 *et seqs.* (para. 12).

question can be answered summarily by a decision because it should not have been posed right from the beginning under the criteria enunciated in the *C.I.L.F.I.T* case.

i. Costs of proceedings for a preliminary ruling

The cost of the proceedings for a preliminary ruling are borne, as concerns the costs of the Court of Justice of the European Union, by the European Union. As concerns the costs of the parties to the dispute, the decision on the costs lies with the Member State court.⁷¹

j. Giving preliminary rulings their full effect

Loyal cooperation between the Court of Justice of the European Union and the Member State court also requires that the latter applies the norm of Union law as interpreted by the Court of Justice of the European Union in a faithful manner, taking into account not only the wording but also the spirit of the preliminary ruling. In fact this is but one aspect of the general rule for the application of Union law by Member State courts and other authorities, namely that Union law must be applied in such a way that the principles of effectiveness and of equivalence are respected.⁷² The principle of effectiveness requires that the enforcement of Union law must not be impossible or extremely difficult; the principle of equivalence requires that the enforcement of rights deriving from Union law is not more difficult than the enforcement of rights deriving from the law of the Member State. Acts of Member State organs are reviewable by the Court of Justice of the European Union from the point of view of the just-mentioned principles. This shows that the institutional and procedural autonomy of Member States is not an absolute but only a relative one.

⁷¹ Cf. ECJ, Case 62/72, *Paul G. Bollmann v. Hauptzollamt Hamburg-Waltershof*, ECR (1973), pp. 269 *et seqs.* (para. 6).

⁷² See on this PAUL CRAIG/GRÉGINNE DE BÜRCA, *EU Law*, 4th ed., Oxford 2008, pp. 309 *et seqs.*

ПРАВАТА НА ЧОВЕКА В СЪТРУДНИЧЕСТВОТО МЕЖДУ НАЦИОНАЛНИЯ СЪДИЯ И СЪДА В ЛЮКСЕМБУРГ

*Доц. Иван БОЕВ,
Университет в Страсбург,
Университет в Нанси, Франция*

Преди да започна, позволете ми само най-напред да споделя искреното си удоволствие от възможността да участвам вече за трети път в научните конференции, организирани в София и посветени на актуални въпроси в развитието на ЕС. Те успешно допълват и задълбочават съвместната програма по право на ЕС към СУ „Свети Климент Охридски“, създадена в партньорство с университетите в Нанси и Страсбург. Също така удоволствие за мен е да се срещна отново във ваше лице с колеги, партньори и преди всичко приятели.

За разлика от предишните ми участия сега ще направя изключение от правилото и за да доставя удоволствие на моите домакини, няма да говоря на френски език, а ще се опитам да говоря на български. Моля за снизхождение слушателите и преди всичко нашите преводачи, тъй като някои термини и изрази може би ще се различават от възприетите на български език.

И така, нека да започна с малко уточнение: всъщност изказването ми ще бъде посветено не само на специфичната процедура на сътрудничество между националния съдия и съдията на ЕС, а по-глобално – на взаимодействието между националния съдия и съдията в Люксембург в прилагането на правото на вече единния и изключителен Съюз, този процес, който всъщност се развива от самата зора на европейската интеграция. Нека си припомним също, че именно националният съдия е този, който е призван да бъде общ съдия на правото на ЕС, докато Съдът в Люксембург е специализиран съдия, компетентен само по определени

те изрично от договора правни искове. Затова и на първо място прилагането на правото на ЕО лежи на раменете на националния съдия, включително и в областта на правата на човека. Именно националният съдия е този, който трябва да претвори в своята практика постановеното от съдията в Люксембург правило, че защитата на правата на човека е условие за легалността на правото на Съюза.

И така, взаимодействието между националния съдия и съдията на ЕС е процес, в чието развитие можем да очертаем три периода. Но основните тенденции, характерни за тези периоди, не само следват една след друга, но и се развиват паралелно.

През първия период може да се очертае тенденцията на въздействие, колкото и странно да звучи, на националния съдия върху съдията в Люксембург. Някъде от началото на 70-те години нещата се обръщат и вече съдията в Люксембург въздейства приоритетно върху националния съдия. Най-сетне, във връзка с изработването и подписването на вече погребания конституционен договор се налага все по-широко тенденция на съчетаване на практиката на Съда в Люксембург с тази на националния съдия. Но всъщност може да се каже, че такова съчетаване е налице и от самото начало на интеграционния процес.

Нека да разгледаме последователно тези периоди и тенденции. Знаем, че в началните години на интеграцията правото на ЕО не се интересува от правата на човека. Лицата са само фактор на интеграцията по същия начин, както са и стоките, капиталите и услугите. Средството е било обхващането на лицата от свободата на движение, а целта – изграждането на общия пазар, а впоследствие и на единния, голям пазар без вътрешни граници. Свободата на движение същевременно съвсем не се разглежда като основно право на гражданите на ЕС. Впрочем последните още не съществуват като такива. По същото време националният съдия, по-специално конституционен съдия в Западна Европа, извършва ускорено превръщане на правата на човека в реална, конституционно гарантирана мате-

рия. Той се налага и като ефективно действащ механизъм, по силата на който тази конституционна материя се налага над закона. Условието за развитието на този процес във Франция се създават едва след настъпването на Петата република, след 1958 г. Тогава конституционният съдия превръща Декларацията за правата на човека и гражданина от 1789 г. и преамбюла на конституцията от 1946 г. в действащо конституционно право и гарантира неговото прилагане спрямо закона. Това става в двете основополагащи за френската конституционна практика решения: от 1971 г., свързано със свободата на асоцииране, и от 1975 г., свързано с доброволното прекратяване на бременността. Разбира се, не е националният и на първо място конституционният съдия този, който създава конституционните каталози с правата на човека, но той е именно този, който утвърждава реално техния примат над законовия акт. Нека да добавим, че националният съдия трябва през същия този период да утвърди и реалния примат на международното и европейското право в областта на правата на човека над вътрешното право.

Тежка задача. Разбира се, става дума на първо място, вие го знаете, за Европейската конвенция по правата на човека, влязла в сила през 1953 г. Нека да припомним, че Франция я ратифицира едва през 1954 г., а Обединеното кралство още през 1951 г. Вече утвърдил се в ролята си на мотор на интеграцията, Съдът в Люксембург не може да остане безразличен към този процес на конституционализация на човешките права от националния съдия. Затова и при пълно мълчание по въпроса за първичното право на ЕО той решава да интегрира човешките права в правото на Общността по силата на т. нар. общи принципи на правото на ЕО. Именно зачитането на тези принципи е негова основна мисия. Делото Сталдер от 1969 г. е първото, в което той се позовава, все още плахо, на понятието „основни права“. Делото Интернационале хенделсгезелшафт от 1970 г. е дело, в което Съдът в Люксембург ще посочи, че зачитането на правата на човека е част от общите прин-

ципи на правото на Общността. Тяхното спазване трябва да бъде осигурено в рамките на структурата и целите на Общността, въпреки че се вдъхновява от общите конституционни традиции на държавите-членки. Накрая делото Ноулт от 1974 г. включва наравно с общите конституционни принципи и Европейската конвенция по правата на човека между източниците, от които Съдът в Люксембург може да черпи своите общи принципи на правото на ЕО.

Така заложеният от националния (конституционен) съдия единен стандарт в областта на правата на човека вече може да се утвърди и на ниво ЕО. През така започналия втори период Съдът в Люксембург постепенно налага свой прочит на зачитането на човешките права и същевременно разширява каталога от права и свободи, утвърдени като общи принципи на правото на ЕО. Не само производното, но и първичното право на ЕО, а по-късно и на ЕС се съобразяват и възприемат постигнатото от Съда в Люксембург. Разбира се, най-ярък пример за това дава чл. 6 от ДЕС. Той утвърждава правата на човека, от една страна, сред принципите, на които се основава Съюзът, наред с тези на демокрацията и правовата държава. От друга страна, същият член провъзгласява зачитането на човешките права, гарантирани от Европейската конвенция по правата на човека или произлизащи от общите конституционни традиции на ДЧ в качеството им именно на общи принципи на правото на ЕС. По-късно съдът се сдобива и с компетентност за интерпретация и прилагане на тези разпоредби. Отново, не без предварителна подготовка, извършена в тази насока от Съда в Люксембург, ДЧ си поставят въпроса за присъединяване на ЕС към Европейската конвенция за правата на човека. Това предвижда както конституционният договор, така и по-късно Договорът от Лисабон. Най-сетне, ДЧ изработват и собствен, изчерпателен и модерен каталог на правата на човека. Това става с приетата през декември 2000 г. декларация, наречена Харта за основните права. Знаем, че Лисабонският договор я признава за правно задължителна и със силата на първично право на ЕС, въпреки че не

я интегрира пряко, за разлика от конституционния договор – в самото първично право.

Около подписването през декември 2007 г. на Лисабонския договор, вече в сила от 1 декември 2009 г., Съдът в Люксембург възприема практиката да се позовава и да основава решенията си на тази Харта. Такъв пример дават делото Викинг и делото Лавал от декември 2007 г.

И така, през този втори период в развитието на човешките права в правото на Съюза Съдът в Люксембург очертава тенденция да въздейства целенасочено, съзнателно и интензивно върху националния съдия. Целта е националният съдия да приеме гарантирането на основните права и свободи от правото на ЕО в националния правопорядък, съответно с познатите много добре принципи на примат, на пряк ефект и на непосредствена приложимост. И Съдът в Люксембург ще наложи тук възприемането на общностния единен и разширен подход към спазването на човешките права в националната съдебна практика.

Посоченото въздействие може да се разглежда в две измерения: материално и органично. Материално, защото в някои области правото на ЕС и на ЕО налага на националния съдия свой нов прочит на зачитането на човешките права. Такъв е случаят например в областта на правото, свързано с движението и престоя на територията на ДЧ на чужденците. Всъщност европейското право и европейският съд са тези, които налагат особен статут и особен правен режим на чужденците, граждани на други държави-членки, които няма нищо общо с традиционно възприетия в държавите статут и правен режим на чужденеца.

Що се отнася до органичното измерение, тук особено характерен пример дават новите страни-членки от Източна Европа. Съдът в Люксембург играе ключова роля в процеса, бих го определил, на обучение за спазване на правата на човека в съответствие с правото на ЕС. И това обучение, което и предхожда самия акт на присъединяване, никак не е еднозначен и лесен процес. Например в България, която продължава, беше казано вече, да е обект

на засилен контрол именно в областта на правосъдието и вътрешните работи. Нека дам един пример. Основен за правото на ЕС е принципът за пропорционалност. Този принцип не е познат в българската съдебна практика преди промените. Едва през 2006 г. новият административно-процесуален кодекс възприема в чл. 6 подробна уредба на този принцип. Тази уредба, разбира се, спазва изискванията на чл. 5 от ДЕО и на допълнителния протокол към договора относно прилагането на принципа на пропорционалност и на субсидиарност. А в свои решения от 2007 г. и 2008 г. ВАС вече пряко се позовава на интерпретацията и прилагането на принципа на пропорционалност в съответствие с практиката на Съда в Люксембург.

Разбира се, налице е и съпротива от страна на националния съдия. Съпротива, значи, спрямо наложения от Съда в Люксембург прочит на зачитането на човешките права. Класически пример за тази съпротива, той всъщност беше вече посочен, дава Конституционният съд на Германия в широко известните дела Соланге 1 и 2, съответно от 1974 г. и от 1986 г.

По тези дела немският конституционен съд възприема примата на общностния правен ред, но си запазва правото да проверява дали в своето развитие общностното право гарантира ниво на защита на човешките права еквивалентно с това, което осигурява немската конституция.

През третия, настоящ период Съдът в Люксембург вече започва, а подобна е впрочем и позицията на Италианския конституционен съд да признава и отказва дължимото на това право. Ярък пример за това дава делото Омега от 2004 г., вече споменато от проф. Жаке.

Формално в това дело Съдът в Люксембург само прилага чл. 30 от Договора за ЕО, като се основава на предвидените от него изключения от свободното движение на стоки. Но по същество тук той признава правото на Германия на собствен национален прочит на правото на човешко достойнство. И този прочит позволява в случая да се ограничи една от свободите на движение като основа на един-

ния общ пазар. Всъщност в делото Омега в съответствие с чл. 6 от ДЕС се поставя негласно именно въпросът за зачитане на националната идентичност в областта на правата на човека. На това зачитане му предстои да се превърне в ефективно и действащо задължение на всички институции по силата на конституционния договор от 2004 г.

Задължението за зачитане на националната идентичност, такава каквато тя всъщност се прилага от националния съдия, се възприема и от Лисабонския договор. Разширена е и правната основа на зачитането на националната идентичност по силата на чл. 4, § 2 от новия договор за ЕС. Това без съмнение ще задълбочи прочита, вече направен по делото Омега, въпреки превръщането на Хартата за основни права в правнозадължителна и със същата сила като договора. Съдът получава възможност да се произнася вече въз основа на така утвърдената материална конституция на Съюза.

Без да забравяме обаче, че Хартата задължава Съюза и ДЧ само доколкото става дума за прилагане на правото на ЕС и не разширява по никакъв начин определените по договора области на компетентност на ЕС. Нещо повече, по силата на протокол 30 към договора националният съдия на Обединеното кралство и на Полша, а вече и на Чехия, се ползва от изключението да прилага Хартата, най-общо казано, само дотолкова, доколкото съответните ѝ разпоредби са вече приложими в националното право на всяка една от тези държави. Оттук въпросът за единното прилагане на правото на ЕС в областта на правата на човека, както и въпросът за създаването на единна, йерархизирана система за тяхната защита не могат да получат еднозначен отговор, но явно се налага тенденцията за все по-равностойно и пълно съчетаване на позициите на Съда в Люксембург с тези на националния съдия. Бъдещето ще покаже дали утвърждаването на тази тенденция може да бъде безконфликтно.

Същевременно Съдът в Люксембург във вече споменатото дело Кади срещу ЕК от 2008 г. приема като своя една традиционна позиция на националния съдия. Така той определя отношенията между международното право и право-

то на ЕС, както националният съдия определя отношенията между международното и националното право. За Съда в Люксембург именно правовият ред на ЕС е този, който трябва да определи отношенията между международното право и правото на ЕС в областта на правата на човека.

Разбира се, той не поставя под въпрос примата на международното право и в частност задължителните резолюции на Съвета за сигурност на ООН (в случая става дума за борбата срещу тероризма). Но Съдът в Люксембург си запазва правото, по примера на всеки конституционен съдия, да контролира зачитането на човешките права от мерките, приети от институциите на Съюза, по прилагане резолюциите на Съвета за сигурност.

И този контрол, допълва Съдът в Люксембург, ще продължи дотогава, докогато ООН не предложи достатъчни, с оглед на европейските стандарти, гаранции за човешките права.

И нещо повече, в случая Съдът в Люксембург заявява, че задължение на страните – членки на Съюза, членки на Съвета за сигурност, постоянни или не, е да работят за приемането на такива стандарти, съобразени с европейското право за защита правата на човека в резолюциите на Съвета за сигурност.

В заключение нека спомена само това, че сътрудничеството или по-скоро взаимодействието между Съда в Люксембург и националните съдилища се превръща в едно от основните средства за изграждането и утвърждаването на единния европейски публично-правен ред. Правата на човека логично се налагат като основополагащ елемент на този правен ред. И ако искаме процесът да продължи, взаимодействието между Съда в Люксембург и националния съдия трябва както да съчетава различията, напълно легитимни, между визиите на тези две нива, така и да утвърждава единното. Трудна задача, но в противен случай ние се връщаме на т. нар. „Je t’aime, moi non plus”...

LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LE DÉVELOPPEMENT D’UN DROIT ADMINISTRATIF EUROPÉEN

Prof. Dr. S. Wyckaert
Université libre de Bruxelles

Le thème que nous avons choisi pour cette courte contribution est le rôle que la Cour de Justice Européenne a joué dans le développement d’un droit administratif européen. Il serait plus juste de parler non seulement du rôle du juge communautaire, mais aussi de celui qu’a joué le juge national. Effectivement constatera-t-on que le développement des principes du droit administratif européen est le résultat d’une interaction entre les deux niveaux – national et communautaire – et on verra que cet influencement mutuel existe depuis longue date.

Tout d’abord, il sied d’expliquer ce que nous entendons sous la notion de « droit administratif européen ». *Grosso modo*, deux approches existent : on peut entendre sous « droit administratif européen » cette partie du droit de l’Union européenne que l’on peut tenir pour du droit administratif, la seconde étant d’inclure dans son champ d’étude non seulement ce qui vient d’être évoqué, mais aussi ce qui a trait aux liens entre le droit communautaire et les droits administratifs nationaux. Nous pensons que c’est la deuxième approche qui doit être retenue, et il est naturellement – ainsi le pensons-nous – plus intéressant de se poser la question dans quelle mesure le droit communautaire a exercé ou continue d’exercer ses influences sur le développement des droits administratifs nationaux, surtout au niveau des principes généraux. Tout cela ne se borne pas aux problèmes de transposition des réglementations et directives européennes, car il est bien évident que p. ex. quand une directive est adoptée, les Etats membres sont obligés à transposer la directive dans leur droit national et alors se posera le problème à quel point le droit national existant doit être modifié. Mais ce n’est pas cela ce que nous nous proposons d’exa-

miner ici. La question est plutôt de savoir comment les droits administratifs nationaux ont, au niveau des principes et des « grands chapitres » de la théorie du droit administratif, subi l'influence de l'ordre juridique européen et comment l'ordre juridique européen s'est développé, partiellement sous l'influence des principes retrouvés dans les systèmes juridiques des Etats membres.

C'est effectivement cela notre sujet. On a évoqué plus haut que l'influencement mutuel entre le droit communautaire et le droit national, tel qu'il émane de la jurisprudence de la CJCE, a une longue histoire. Au moment que le droit communautaire était jeune, la haute juridiction de Luxembourg était obligée de chercher dans le droit des Etats membres les techniques et les principes nécessaires afin de pouvoir se prononcer sur les questions qu'elle avait à trancher. Le juge ne peut se retrancher derrière le silence des règles et a l'obligation de se prononcer sur les affaires qui lui sont soumises.

L'approche de la haute Cour n'est pas seulement logique, mais elle trouve aussi des bases dans le droit communautaire dit « primaire », c-à-d. les traités. Effectivement on pouvait lire dans l'article 220 (ex-article 164) du traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) que la Cour a comme obligation d'assurer « le respect du droit » dans l'interprétation et l'application du traité.

Assurer le "respect du droit" est naturellement une notion très large : la reconnaissance du "droit" comme source de droit européen a autorisé aux juristes qui ont interprété le droit européen d'intégrer les principes généraux du droit dans l'application des règles de droit européen. De ce fait, le juge communautaire est obligé de tenir compte du règle de droit qu'il retrouve dans l'Etat membre et cette règle de droit est susceptible de devenir source de droit européen ou peut servir comme cadre de référence ou d'interprétation de la règle communautaire. On devra donc avoir égard aux principes – écrits ou non – que l'on retrouve dans les droits nationaux.

Un arrêt clé dans ce développement est sans aucun doute Arrêt ALGERA. Cet arrêt était rendu le 12 février 1957, alors que la

CJCE était toujours la cour de la CECA (Communauté européenne du charbon et de l'acier). On voit dans cet arrêt comment, au nom de la cohérence de la construction communautaire, le juge communautaire essaie de trouver une large inspiration dans « les règles reconnues par la législation, la doctrine et la jurisprudence des pays membres ». La Cour recherche les « tendances lourdes » correspondant au patrimoine juridique commun à l'ensemble des Etats membres et les reprend à la condition que cela soit compatible avec les caractéristiques communautaires et les objectifs du traité. Il s'agissait du problème de retrait des actes administratifs : *« Un acte administratif legal créant des droits subjectifs ne peut pas en principe être rapporté unilatéralement. Cette règle vaut notamment pour la nomination d'un fonctionnaire. Aucune disposition du traité n'indique à quelles conditions une institution de la communauté peut légalement rapporter un acte administratif créant des droits subjectifs, intervenu dans des conditions irrégulières. La cour de justice doit donc trancher cette question en s'inspirant des règles reconnues par les lois, la doctrine et la jurisprudence des Etats membres. En tout cas, le retrait d'un acte illégal de la nature indiquée peut en principe intervenir dans un délai raisonnable. »*

La règle inscrite dans l'article 220 du Traité CE est toujours applicable et on le retrouve dans la version consolidée du Traité sur L'Union européenne, tel qu'il existe après l'adoption et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne¹. Effectivement on lira dans l'article 19 dudit traité : *« La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».*

Tentons de dégager les grandes lignes de cette évolution : quels sont les règles et les principes de droit européen qui ont influencés le plus profondément les droits administratifs des Etats membres.

¹ Au moment que nous finalisons ce texte, tous les obstacles pour l'entrée en vigueur du traité semblent éliminés : il y a eu le référendum irlandais, ainsi que la ratification du traité par les républiques polonaise et tchèque. Le traité aura donc effet à partir du 1^{er} décembre 2009.

Il y a tout d'abord l'effet direct d'un grand nombre de règles de droit européen. Depuis l'arrêt Van Gend en Loos de 1963, la CJCE a maintenu l'idée que le droit communautaire peut être source de droits dont les citoyens des Etats membres peuvent se prévaloir devant le juge national, indépendamment de la législation des Etats membres. La CJCE confirme que le droit communautaire est un ordre juridique « autonome » qui crée des droits autonomes pour les administrés. Les conditions, initialement sévères, pour accorder l'effet direct que l'on peut encore lire dans Van Gend en Loos, sont graduellement devenues plus souples. P. ex. l'effet direct a aussi été accordé aux directives pour lesquels le délai de transposition était passé. Le législateur national doit aussi s'abstenir de prendre des mesures contraires aux mesures communautaires (principe de « loyauté communautaire ») quand cela pourrait porter préjudice à la réalisation des objectifs d'une directive communautaire, même quand le délai de transposition n'est pas encore expiré.

Même s'il n'y a pas moyen de se prévaloir d'une règle de droit communautaire qui a un effet direct, le citoyen ne reste pas les mains vides et n'est pas forcé d'attendre le moment où le législateur national aura adapté le droit national au droit communautaire. Le juge national est en effet contraint d'interpréter la règle de droit d'un Etat membre conformément au droit communautaire. Il doit, en d'autres mots, en cas de doute, expliquer sa propre règle en tenant compte du droit européen et d'utiliser ce dernier, le plus possible, comme cadre de référence. Cette obligation existe, mais n'est pas pour autant illimitée. On ne pourrait prétendre qu'elle donne le pouvoir au juge national de se substituer au législateur et de reformuler le droit national. A mesure que la différence entre le droit national et le droit communautaire est plus importante, il devient plus difficile pour le juge de procéder à une « interprétation conforme ». Il y a p. ex. aussi des limites découlant du principe de la sécurité juridique.

L'influence de la CJCE a été très significative dans le développement et l'évolution des principes généraux du droit

administratif. En droit communautaire, on a souvent vu que la Haute Cour Luxembourgeoise a « emprunté » quelque chose du droit d'un ou plusieurs Etats membres, pour le « rendre » ensuite – transformé ou non – au droit national.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a utilisé le droit administratif des Etats membres ainsi que la Convention Européenne des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales comme réservoir et source d'inspiration. En comparant les principes juridiques nationaux, la jurisprudence a tenté de chercher la solution la plus convenable au système juridique européen autonome, à la structure et aux objectifs de l'Union. Du fait de la reprise de ces concepts de droit national par le droit communautaire, c'était surtout le droit français qui a influencé le développement dans la période initiale.

Il y a aussi eu une influence du droit britannique, surtout quant aux principes du « fair play » et « fair procedure » dans la procédure administrative non contentieuse. P. ex. l'avocat général Warner a, dans ses conclusions pour l'affaire Transocean Marine de 1974, fait appel au droit d'être entendu.

Du droit allemand, on a surtout retenu le principe de la proportionnalité. Du droit scandinave, venait surtout le développement des principes de la publicité (le premier médiateur était d'ailleurs un Finlandais, J. Söderman).

La CJCE a reconnu comme principes juridiques généraux en particulier les principes de légalité des actes administratifs (arrêt Hoechst de 1989), la proportionnalité (arrêt Internationale Handelsgesellschaft de 1970), sécurité juridique (Bosch, 1962), confiance légitime (Algera), responsabilité (Lutticke, 1971), droit d'un recours effectif (Johnston, 1986), droits de la défense (Hoffman-Laroche, 1979), délai raisonnable (Limburgse Vinylmaatschappij N. V., 2002).

En droit belge (et français, et hollandais), on distingue souvent les « principes de bonne administration » compte tenu de la place qu'ils occupent dans le processus décisionnel, ou dans la chronologie de la procédure qui précède la prise d'une décision administrative, et on pose également certaines exigences qui ont trait au contenu même de la décision. Le droit commu-

nautaire connaît ses propres principes, p. ex. le principe de la primauté du droit communautaire.

Même si, en général, la juridiction européenne s'en tient à un catalogue « classique » de principes généraux de droit ou de bonne administration, elle peut essayer d'en expliciter le contenu (p. ex. Schröder, 1989 : le principe de proportionnalité a trois sous-éléments : « le choix de la mesure la moins contraignante lorsqu'il y a plusieurs alternatives », charges ne devant pas être démesurées, mesures doivent être appropriées et nécessaires aux objectifs visés ». Je peux vous dire que c'est aussi de cette manière que notre propre Conseil d'Etat voit le principe de proportionnalité.

Et certains principes ont été transformés en droit écrit, p. ex. le principe de proportionnalité en Angleterre ou en Italie, ou dans l'art. 5, § 3 du traité UE.

On constate donc l'existence et le développement d'une influence mutuelle. P. ex. au niveau des principes concernant le développement du droit de la responsabilité des pouvoirs publics, on ne peut passer outre les arrêts Francovich (1991), et Brasserie du Pecheur / Factortame III (1996).

L'arrêt Francovich et Bonifaci occupe effectivement une place importante dans le droit de la responsabilité des Etats : il concerne la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts si un Etat membre n'a pas rempli les obligations découlant d'une directive. Voici les éléments les plus significatifs : F. et B. étaient des travailleurs d'entreprises italiennes en état de faillite. En vertu d'une directive européenne, les Etats membres devaient constituer un fonds de garantie mais cette obligation n'avait pas été respectée. La CJCE dit dans son arrêt qu'un citoyen peut obtenir des dommages et intérêts d'un Etat membre s'il n'a pas rencontré une obligation qui lui était imposée en vertu du droit européen. En cas de non-implémentation (en temps utile) d'une directive, un droit de dédommagement naît si 1/ la directive a accordé un droit au particulier, 2/ le contenu de ce droit doit pouvoir être déterminé sur base de la directive et 3/ il doit y avoir un lien de causalité entre le dommage et le non-respect de l'obligation de droit européen.

S'appuyant sur les idées de son arrêt Francovich, la Cour de Justice a – en 1996 – rendu les décisions Brasserie du Pêcheur et Factortame. La Brasserie du Pêcheur, un producteur français de bières, ne pouvait pas importer de la bière en Allemagne en vertu du « Reinheitsgebot » qui s'opposait à l'utilisation de certains ingrédients. Mais le Reinheitsgebot était jugé contraire aux principes de droit européen dans une affaire de 1997, et le législateur allemand avait omis d'adapter la législation allemande. BDP assigna l'Etat allemand afin d'obtenir des dommages et intérêts. Les juges inférieurs refusaient d'accueillir la demande et le Bundesgerichtshof se voyait finalement contraint de poser des questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg. La règle devait viser la protection des droits d'un justiciable, mais du fait que c'était le cas – ainsi la Cour – l'Etat allemand était en tort.

L'arrêt Factortame avait trait à un régime d'enregistrement de bateaux de pêche en Angleterre, mais cette réglementation était estimée contraire au droit européen. Et dans une procédure d'infraction entamée par la Commission contre le gouvernement de la Grande Bretagne, la Commission obtint une condamnation du gouvernement Britannique.

Dans ces cas, la Cour de Justice rend clair que la responsabilité Francovich constitue une garantie minimale – à respecter par tous les pays, donc une harmonisation minimale des systèmes nationaux – pour le citoyen. Les juges nationaux peuvent donc – indépendamment d'une condamnation par la Cour de Justice – arriver à la conclusion qu'un Etat est responsable pour une infraction au droit européen.

L'influence du droit européen au droit national – y compris le droit administratif – aura été ressentie le plus profondément par les « nouveaux » Etats membres de l'Europe de l'Est adhérents depuis 2004 (et 2007 pour la Roumanie et la Bulgarie) et ayant vécu pendant des décennies sous le joug totalitaire ce qui avait profondément marqué le droit administratif – ont été contraints, avant de pouvoir adhérer à l'Union Européenne et depuis leur accès, d'intégrer l'acquis communautaire dans leur système juridique. Mais de cet « acquis communautaire »,

on ne peut dissocier la dimension politique de la construction communautaire qui repose sur un modèle européen de société comprenant la garantie de droits fondamentaux reconnus par tous les Etats membres règles propres à l'Etat de Droit doivent être respectées par tous les Etats membres. Tous les Etats membres de l'UE sont membres du Conseil de l'Europe et ont signé la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et cela comprend des obligations... aussi au niveau du droit administratif interne. Le régime administratif de chaque Etat membre doit prendre en compte les bases constitutionnelles de l'UE tels qu'elles émanent du Traité de Rome et des traités ultérieurs : p. ex. les traités de Maastricht et Amsterdam (principe de subsidiarité, principe de proportionnalité) et le traité UE : liberté, démocratie, droits de l'homme...

Une nouveau développement très significatif dans ce domaine sera l'entrée en vigueur de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne. Le droit communautaire ne connaissait, jusqu'à présent, pas de « catalogue » de droits fondamentaux. Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il faudra aussi prendre en compte ladite Charte. Les droits reconnus là-bas doivent tous être considérés comme faisant partie des « principes généraux du droit » de l'Union européenne. La Charte était déjà intégrée dans le projet portant Constitution pour l'Europe en ce qu'elle constituait sa deuxième partie. Le texte se voyait ainsi conféré une valeur juridique. Mais si elle est seulement mise « en annexe » du traité de Lisbonne, la Charte n'en conserve pas moins une force contraignante. Effectivement, le 12 décembre 2007, les présidents du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'UE ont proclamé et signé conjointement la Charte, et le Traité sur l'Union européenne (ainsi on lit dans l'article 6 modifié, issu de l'article I-8 du traité de Lisbonne), dispose notamment que « l'Union reconnaît les droits, libertés et principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, laquelle a même valeur juridique que les traités. »

La Charte prévoit de nouveaux droits qui s'ajoutent à ceux consacrés par la Convention européenne des droits de

l'Homme (CEDH) : la protection des données à caractère personnel, le droit d'asile, l'égalité en droit et la non-discrimination, l'égalité entre femmes et hommes, les droits de l'enfant et des personnes âgées ainsi que des droits sociaux importants, tels que la protection en cas de licenciement injustifié, l'accès à la Sécurité sociale et l'aide sociale. Il faut savoir que tous les Etats membres de l'Union européenne ont adhéré à la CEDH et que les principes généraux de la CEDH font depuis le début du processus d'intégration européenne partie du droit de l'Union. D'autres droits, déjà prévus par la CEDH, voient leur champ d'application étendu : le droit à l'éducation, le droit à un tribunal impartial.

L'effet potentiel n'est pas à sous-estimer. On peut effectivement déduire de l'article 52.5. de la Charte qu'elle offre de nouvelles possibilités aux législateurs européens et nationaux d'intervenir dans la vie du citoyen: « *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en oeuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives* ».

Dans la mesure où la Charte sera juridiquement contraignante, la Cour de Justice de l'Union européenne veillera à son respect. Et les juridictions nationales seront contraintes – directement ou indirectement – d'en tenir compte dans les litiges qu'elles auront à trancher. La Charte deviendra donc une nouvelle source de principes généraux auxquels les administrations des Etats membres devront se tenir.

Mais une fois de plus, l'influencement sera mutuel. L'article 52.4 de la Charte ne laisse aucun doute à ce sujet : on lira effectivement dans cet article que « *Dans la mesure où la (...) Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions.* » Ceci montre que, pour évaluer quelles seront les conséquences de la Charte sur le plan juridique, qu'il faudra toujours être attentif au régime constitutionnel de chaque Etat membre. Et du fait que l'ac-

tion administrative relève essentiellement d'une compétence attribuée - les autorités publiques n'ont aucune compétence, sauf celle qui a été accordée par le législateur en vertu de la constitution de chaque Etat - la Cour de Justice continuera de chercher dans les ordres juridiques des Etats membres les « principes généraux du droit », y compris les principes de bonne administration, afin de pouvoir se prononcer sur les questions qui lui sont soumises. Et ainsi la jurisprudence de la CJCE deviendra à nouveau une source de laquelle le juge et l'administrateur national pourront puiser.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

- J. B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (eds.), *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.
- R. BARENTS, *Het verdrag van Lissabon - achtergronden en commentaar*, Kluwer, Deventer, 2008, XXII + 735 p.
- P. CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 888 pages.
- A. DE MOOR-VAN VUGT, *Europees Bestuursrecht*, Bruna, 1998, 178 p.
- DE QUADROS, F., *Droit de l'Union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, XXI + 571 p.
- J. H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL & R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, 418 p.
- J. H. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL & R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Ars Aequi et Libri, Nijmegen, 2002, 478 p.
- K. LENAERTS, "Beginselen van behoorlijk bestuur in de Europese Unie", in I. Opdebeek & M. Van Damme, *Beginselen van Behoorlijk Bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 67-98.
- J. SCHWARZE (ed.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe*, Baden-Baden/Bruxelles, 1996, 845 p.
- J. SCHWARZE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1631 p.
- E. STEYGER, *Besturen in het Europese recht : over de invloed van het communautaire recht op de nationale bestuursrechtelijke tradities*, Den Haag, SDU, 2002, 35 p.

ПЪРВА ЧАСТ

СЕО И КОНСТИТУЦИОННИТЕ СЪДИЛИЩА

LE DOUBLE LANGAGE EUROPÉEN DES COURS CONSTITUTIONNELLES

Constance GREWE

**Professeure à l'Université de Strasbourg.*

*et Joël RIDEAU***

** Professeur émérite de l'Université de Nice-Sophia Antipolis.*

Membre honoraire de l'Institut universitaire de France.

Introduction

Le double langage fait partie de l'arsenal déjà traditionnel de la négociation politique et diplomatique ; à ce titre, il est pratiqué tant sur le plan interne qu'externe. Il permet de se ménager une marge de manœuvre en vue de concessions ou au contraire de réserves futures. A première vue, le langage juridictionnel n'appartient pas à ce registre, l'office du juge consistant à dire le droit et à trancher un litige. Mais déjà la métaphore du jugement de Salomon et surtout le pouvoir d'interprétation reconnu au juge de nos jours semblent indiquer que le langage juridictionnel ne se réduit pas à un choix clair – binaire – entre blanc et noir. Les techniques de motivation et d'argumentation ouvrent au juge tout un espace de persuasion, de temporisation et donc de négociation. Ce phénomène est encore plus accusé pour les Cours constitutionnelles nationales, non seulement parce que celles-ci, chargées de préserver les valeurs fondamentales de la société, doivent prêter une attention particulière à leur légitimité mais encore parce qu'elles se trouvent directement en prise avec d'autres systèmes juridiques, notamment les droits international et européen.

Si le double langage porte principalement sur le contenu – le signifié – et implique alors l'usage simultané d'éléments plus ou moins contraires, il peut également affecter la terminologie, le signifiant, en lui conférant un sens déterminé, différent des conventions jusque là admises. Ainsi on peut constater l'émer-

gence d'une sorte de langue euro-constitutionnelle utilisée tant par certaines Cours constitutionnelles que par la doctrine qui les fréquente. Ce langage se révèle double en ce qu'il n'attribue pas les signifiés que la Cour de justice des Communautés européennes¹ attache traditionnellement à ces signifiants. Les exemples sont d'ores et déjà nombreux, qu'il s'agisse de la primauté, de l'effet direct, de l'identité constitutionnelle, de la souveraineté, de l'État de droit, de la démocratie, des droits fondamentaux ou du fédéralisme. Chaque fois, ce langage parallèle se réfère à une conception ou une interprétation nationale de ces concepts qui ne coïncident pas totalement avec le sens qui leur a été donné par la jurisprudence européenne. Il est clair que l'emploi de cette langue euro-constitutionnelle n'est pas neutre et se prête particulièrement à une reprise par les autorités politiques, comme on l'a vu par exemple pour la *codification* en Allemagne de la jurisprudence *Solange* dans l'article 23 de la Loi fondamentale (LF)².

Mais le champ majeur du double langage est celui du contenu, du signifié. Les Cours constitutionnelles disposent de nombreuses occasions pour s'y livrer, que ce soit lors de la modification des traités de base³, par des révisions ou par la conclusion des traités d'adhésion ou au cours de l'application du droit de l'Union européenne. Encore faut-il qu'elles soient

¹ Devenue Cour de justice de l'Union européenne depuis le 1er décembre 2009.

² « (1) Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications. ».

³ Traité sur l'Union européenne, TUE ; Traité instituant la Communauté européenne, CE, devenu Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE, depuis le 1er décembre 2009.

saisies et qu'elles aient la possibilité et la volonté de s'aventurer sur le terrain du double langage.

Le contraste est, en effet, saisissant entre deux groupes d'États membres⁴, qu'ils soient d'ailleurs originaires ou d'adhésion récente :

- le groupe qui ne dispose pas d'une juridiction (Royaume-Uni, Finlande, Suède, Grèce), d'une jurisprudence (Lettonie, Lituanie, Slovaquie) ou de textes constitutionnels (Slovaquie, Belgique, Luxembourg) suffisamment développés pour permettre au double langage d'éclore

- et celui qui en est doté et qui seul nous intéresse donc ici. Mais l'émergence d'un double langage paraît également improbable lorsque la Constitution (ou son interprétation) exige clairement et de manière systématique une révision ou un référendum préalables, limitant d'autant les potentialités jurisprudentielles (Irlande, Malte, Bulgarie) ou lorsque la Constitution ou la jurisprudence, écartant tout double langage, optent sans ambiguïté ou bien en faveur d'une primauté européenne, même par rapport à la Constitution (P-B, Chypre, Estonie) ou bien en faveur d'une suprématie de toute la Constitution (Pologne).

Pour exister, ce langage requiert donc des prises de position relativement élaborées, faisant intervenir à la fois des éléments d'ouverture et de fermeture, en particulier sous la forme de réserves de constitutionnalité. C'est principalement le cas en France, en Italie et en Allemagne et, à un degré moindre, en République tchèque et en Espagne. La liste de ces exemples le montre, les situations nationales sont variables d'un État à un autre, faisant pencher la balance plutôt vers l'ouverture ou plutôt vers la fermeture.

Certes, ces deux éléments sont intimement liés et ceci dans la plupart des décisions ici analysées – sinon on ne parlerait d'ailleurs pas de *double* langage. En effet, les ouvertures doivent préparer, justifier et légitimer les fermetures et vice versa. Cela explique que certaines questions, comme celle de la sou-

⁴ Pour un aperçu de la situation dans les 27 États membres voir C. Grewe, « Constitutions nationales », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*, 2008.

veraineté, présentées habituellement au titre de la fermeture (France, Allemagne, Italie), peuvent également servir d'instrument d'ouverture (République tchèque⁵) si la Cour explique que la souveraineté se trouve renforcée par l'exercice commun des compétences.

En somme, si la distinction entre ouverture et fermeture est artificielle et en ce sens discutable, elle possède néanmoins la vertu pédagogique de la *caricature* qui permet de mieux faire ressortir le phénomène du double langage. C'est ce qu'on essaiera de faire ici en choisissant comme base de la comparaison les exemples les plus représentatifs du phénomène, à savoir l'Italie, l'Allemagne et la France, auxquels on ajoutera pour la représentativité géographique et chronologique un pays d'Europe centrale et orientale, la République tchèque. On soulignera d'abord les ouvertures ambiguës (I), puis les fermetures différenciées (II).

I. Des ouvertures ambiguës

La construction européenne s'est développée de manière essentiellement empirique en fonction des besoins, sans stratégie globale ou cohérente. Le compromis, par nature pragmatique et ponctuel, a souvent dominé son histoire. Celle-ci se caractérise ainsi par un décalage initial entre le silence des textes constitutionnels (A) et les développements du droit européen. Ce n'est qu'à la suite du passage de la Communauté à l'Union européenne que des dispositions plus spécifiques ont été insérées dans les constitutions (B).

⁵ Cour const. tchèque, Pl. US 1009/08 du 8 janvier 2009, traité de Lisbonne : « However, today sovereignty can no longer be understood absolutely ; sovereignty is more a practical matter. In this sense, the transfer of certain competences of the state, which arises from the free will of the sovereign and will continue to be exercised with the sovereign's participation, in a manner that is agreed on in advance and is reviewable, is not a conceptual weakening of the sovereignty of a state, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole ».

A) L'interprétation des silences

L'Italie et l'Allemagne ont connu une évolution divergente à partir d'une situation initiale assez proche : l'Italie (même après la révision de 2001 et le nouvel article 117) demeure dans le *silence* alors qu'en Allemagne, les autorisations explicites, qu'elles soient constitutionnelles, législatives ou parlementaires, tendent à se multiplier, rapprochant à cet égard l'Allemagne de la situation française.

1. Italie

L'adéquation italienne aux exigences de la construction européenne a été opérée progressivement par l'utilisation de l'article 11⁶ interprété par la Cour constitutionnelle comme légitimant les transferts de compétences au profit des Communautés européennes considérées comme des organisations supranationales et excluant le contrôle du droit communautaire doté d'effet direct appelé à écarter l'application du droit national.

Silence et dualisme de la Constitution italienne.

L'inadéquation de la Constitution italienne avait été mise en lumière à l'origine par l'arrêt *Costa*⁷, par lequel la Cour constitutionnelle, tout en retenant l'article 11 comme fondement de la participation italienne aux Communautés européennes, avait affirmé que la loi d'exécution du traité devait être considérée comme une loi ordinaire susceptible par conséquent d'être remise en cause (ainsi que le traité) par une autre loi.

De la légitimation des transferts des compétences aux conséquences tirées de l'exercice des transferts

Dans l'arrêt *Frontini*⁸, la Cour a jugé que la loi ordinaire d'exécution du traité CEE trouvait un fondement dans l'article 11.

⁶ « L'Italie ... consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales qui poursuivent un tel objectif ».

⁷ Cour. const, arrêt n° 14 du 7 mars 1964, *Costa c/ ENEL*, F.I. 1964, I, p. 465.

⁸ Cour. const, arrêt n° 183/73 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, F.I. 1974, I, p. 31.

Elle a confirmé et explicité son analyse dans l'arrêt *ICIC*⁹ justifiant la mise à l'écart du droit communautaire contraire qui jouit d'une couverture constitutionnelle résultant de l'article 11.

Le droit national contraire au droit communautaire sera écarté dans la mesure où il remet en cause l'exercice des compétences transférées.

Les compétences du juge ordinaire

Cette analyse a conduit la Cour constitutionnelle à conférer au juge ordinaire la compétence pour écarter le droit national contraire, ce qui exclut que le juge national lui renvoie l'examen de la loi au regard du droit communautaire. Après avoir dans un premier temps exclu de l'intervention du juge ordinaire l'examen et la mise à l'écart des lois postérieures contraires¹⁰, la Cour constitutionnelle va évoluer sous la pression de la Cour de justice des Communautés européennes¹¹. Elle a alors admis dans l'arrêt *Granital*¹² que le juge ordinaire puisse de manière générale écarter les textes nationaux contraires au droit communautaire directement applicable. La loi contraire au droit communautaire n'est plus considérée comme constitutionnellement illégitime (sauf dans l'hypothèse d'une violation volontaire) mais comme inapplicable au cas d'espèce.

On trouve une application particulièrement explicite de cette jurisprudence dans un arrêt de 2007¹³ qui insiste sur le rôle du juge ordinaire appelé à ne pas appliquer la loi contraire et rappelle que l'inapplication ne peut être écartée que lorsqu'est en jeu le respect des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et des droits inaliénables de la personne.

On peut évidemment s'interroger sur le contenu attribué par la Cour constitutionnelle à la notion d'effet direct qui com-

⁹ Cour. const, arrêt n° 232 du 30 octobre 1975, *ICIC*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 2211.

¹⁰ Préc.

¹¹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. CJCE*, p. 631.

¹² Cour. Const., arrêt n° 170 du 8 juin 1984, *Granital*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1098.

¹³ Cour. const., arrêt n° 284 du 4 juillet 2007.

mande le jeu de l'inapplication du droit national. L'examen de la jurisprudence dénote l'adoption par la Cour d'une conception large de la notion d'effet direct s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice.

Elle a ainsi étendu sa jurisprudence aux directives dotées d'effet direct¹⁴, aux normes du traité dotées d'un effet direct¹⁵, aux arrêts d'interprétation de la CJCE¹⁶, en particulier en ce qui concerne les principes généraux du droit.

La Cour constitutionnelle est allée jusqu'à reconnaître un rang constitutionnel aux normes communautaires. Elle a ainsi jugé que les normes communautaires se substituent aux lois internes et qu'elles doivent être considérées comme équivalentes à des dispositions de droit constitutionnel lorsqu'elles dérogent à ces dernières en vertu de l'article 11.

Son analyse la conduit à rejeter les demandes qui seraient formulées par des juges ordinaires l'interrogeant sur la légitimité constitutionnelle de textes nationaux prétendument contraires au droit communautaire lorsque les dispositions de celui-ci qui sont invoquées ont un effet direct, à moins que ne soit invoquée la réserve de constitutionnalité.

Les compétences du juge constitutionnel

La Cour constitutionnelle peut être saisie par le juge ordinaire lorsque celui-ci examine une affaire dans laquelle est en cause le respect par le droit national de dispositions communautaires n'ayant pas d'effet direct. Il devra alors interroger sur ce dernier point la Cour de justice avant un éventuel recours à la Cour constitutionnelle en fonction de l'interprétation donnée par la Cour de justice.

La Cour peut également être compétente pour se prononcer sur le respect de la réserve de constitutionnalité par les textes communautaires et les textes nationaux qui s'y rapportent.

¹⁴ Cour const, arrêt n° 168 du 18 avril 1991, *Industria dolciaria Giampaoli*.

¹⁵ Cour const., arrêt n° 389 du 11 juillet 1989, *Provincia autonoma di Bolzano*.

¹⁶ Cour const., arrêt n° 113 du 19 avril 1985 ; Cour const., arrêt n° 389 du 4 juillet 1989 ; Cour const., arrêt n° 284 du 4 juillet 2007.

La Cour peut, en fonction de l'étendue de ses compétences, statuer sur la légitimité dans l'exercice de son contrôle direct des lois nationales et régionales englobant l'examen du respect du droit communautaire.

Ses compétences ont été accrues dans le cadre de la réforme de l'Etat italien dans une perspective fédérale, opérée par la loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001 modifiant le titre V de la deuxième partie de la Constitution (et en particulier l'article 117), complétée par la loi La Loggia n° 131 du 5 juin 2003 pour l'adaptation de l'ordre de la République à la loi constitutionnelle de 2001¹⁷.

La Cour peut également se prononcer dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle à l'égard des référendums abrogatifs¹⁸, ainsi que dans l'examen des délégations législatives accordées au gouvernement pour la transposition des directives¹⁹.

2. Allemagne

L'inadéquation du silence constitutionnel n'a pas été perçue aussi vite et aussi nettement qu'en Italie alors que l'Allemagne est également adepte d'un système **dualiste**. La construction européenne a été assimilée au droit international, de telle sorte que les transferts de compétence paraissaient autorisés par l'article 24 1 LF²⁰, l'introduction interne des traités étant réglée par l'article 59 al. 2 LF²¹. Cette situation apparaissait comme

¹⁷ GURI n° 132 du 10 juin 2003. Voir également la loi n° 11 du 4 février 2005 sur les normes générales sur la participation de l'Italie au processus normatif de l'Union européenne et sur les procédures d'exécution des obligations communautaires, GURI n° 37 du 15 février 2005, modifiée par la loi communautaire de 2008, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee*.

¹⁸ Cour const., arrêt n° 31 du 7 février 2000, GURI du 11 février 2000.

¹⁹ Cour const., arrêt n° 44 du 25 février 2008.

²⁰ « (1) La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales ».

²¹ « (2) Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale. 2 Les disposi-

une ouverture d'autant plus généreuse que les transferts n'exigent que l'adoption d'une loi ordinaire et emportent l'application du droit communautaire par les juridictions ordinaires. Mais cette générosité se heurtera à partir des années 70 à une conscience toujours plus vive des valeurs consacrées par la LF sous la forme notamment des droits fondamentaux et apparaîtra alors comme une contrainte ou un piège.

Cette prise de conscience conduira la Cour constitutionnelle à réaffirmer sa compétence pour contrôler la constitutionnalité des actes communautaires (cf. II° Partie) tout en veillant à obliger les juridictions ordinaires à pratiquer le renvoi préjudiciel dès lors que le juge communautaire est considéré comme le juge naturel²². La coopération juridictionnelle n'ira cependant pas jusqu'à une saisine de la Cour de justice par la Cour constitutionnelle elle-même.

La logique du dualisme conduit enfin la Cour à concevoir les rapports de systèmes, de manière similaire au juge italien, comme la juxtaposition d'ordres autonomes dont celui de la Communauté serait dérivé des délégations consenties par les Etats membres. A cet égard, l'expression utilisée dans l'arrêt Maastricht²³, selon laquelle les Etats membres sont les maîtres des traités, est restée célèbre.

3. La France

Le Conseil constitutionnel exerce en principe un contrôle antérieur des accords internationaux au titre de l'article 54 de la Constitution²⁴ ou de l'article 61 qui lui permet de statuer sur

tions régissant l'administration fédérale s'appliquent par analogie aux accords administratifs. (2) 1 Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale. 2 Les dispositions régissant l'administration fédérale s'appliquent par analogie aux accords administratifs. ».

²² Cour const., arrêt du 8 avril 1987, *Kloppenburg/Bundesfinanzhof*, BVerfGE 75, p. 223.

²³ BVerfG, 12 octobre 1993, BVerfGE 89, p. 155.

²⁴ « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République,

la constitutionnalité des lois autorisant leur ratification ou leur approbation²⁵.

Le système français exclut (à la différence d'autres États, Allemagne et Italie notamment), le contrôle de constitutionnalité des engagements en vigueur qui ne peuvent pas davantage être remis en cause par les juridictions ordinaires.

Théoriquement, la constitutionnalité d'un traité liant la France est donc insusceptible d'être examinée par quelque juridiction que ce soit. Cette situation a permis jusqu'ici d'éviter la confrontation entre la Constitution et une norme internationale ou communautaire en vigueur, question sur laquelle s'affrontent les logiques contradictoires : celle de la Cour de Justice des Communautés européennes, qui prône la primauté du droit communautaire, et celle du droit interne qui repose sur la primauté de la Constitution.

La possibilité d'un contrôle indirect (par la *voie d'exception*) exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 54 ou de l'article 61 alinéa 2, à l'occasion des procédures nationales de ratification ou d'approbation relatives à des traités ou accords internationaux (à l'exclusion des actes communautaires) mettant en œuvre un traité en vigueur (cas de la décision du Conseil des ministres des Communautés européennes sur le financement de la Communauté par ressources propres et du traité sur l'augmentation des pouvoirs budgétaires du

par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. ».

²⁵ « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. ».

Parlement européen²⁶ ou de l'élection du Parlement européen au suffrage universel²⁷) paraît avoir été écartée par la décision relative au Traité sur l'Union européenne^{28 29}.

Le Conseil constitutionnel se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois par rapport aux traités internationaux. Il n'intègre donc pas ces derniers, ni le *droit communautaire dérivé*, dans ce qu'il est convenu d'appeler le *bloc de constitutionnalité* et ne veille pas au respect par le législateur de l'autorité supérieure des traités proclamée par l'article 55 de la Constitution (jurisprudence constante depuis la *décision sur l'interruption volontaire de grossesse*³⁰ mais au seul respect de l'article 55³¹).

Les juridictions françaises ont pendant longtemps refusé de faire prévaloir les traités sur les lois postérieures, en ne se reconnaissant pas le pouvoir de remettre en question la volonté postérieure du législateur, tout en cherchant à réduire les conflits potentiels par une interprétation favorable de la loi. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette question en 1975, à propos de la loi relative à l'interruption volontaire

²⁶ C.C., décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, *Rec. C.C.* p. 15.

²⁷ C.C., décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976, relative à l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct, *Rec. C.C.* p. 15.

²⁸ C.C., décision 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne Maastricht I*, *Rec. C.C.*, p. 76.

²⁹ Sous réserve du jeu éventuel de l'exception introduite dans l'article 61-1 par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, dont il est difficile pour le moment de déterminer l'impact sur les traités : « Article 61-1. [Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. ».

³⁰ C.C., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Rec. C.C.* p. 19.

³¹ C.C., décision n° 86-216 du 3 septembre 1986, *Conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *Rec. C.C.* p. 135.

de grossesse, en jugeant qu'il ne lui appartenait pas d'assurer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité le respect de l'autorité supérieure des traités, prévu par l'article 55 de la Constitution, en raison de l'autorité relative et contingente des traités internationaux³². Cette décision d'incompétence, objet d'amples controverses, est désormais considérée comme un acquis du droit constitutionnel confirmé à plusieurs reprises³³). Son aspect positif résultait du fait que le Conseil constitutionnel reconnaissait implicitement que les juges ordinaires étaient habilités à en connaître. Cette orientation a été confirmée ultérieurement.

Le Conseil constitutionnel ne contrôle pas les traités par rapport à d'autres traités internationaux ni par rapport au droit public international.

La Constitution française ne contenait pas jusqu'en 1992 de dispositions concernant l'Europe. Le Conseil constitutionnel s'est donc appuyé sur les dispositions générales qui y figu-

³² Cons. const., décision n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, préc.

³³ Cependant on trouvera une exception à cette attitude dans la décision relative à la loi transposant la directive relative au droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens dans les élections locales, l'article 88-3 conduisant le Conseil à vérifier le respect des modalités prévues par le traité, C.C., décision 98-400 DC du 20 mai 1998, *Rec. C.C.* p. 251. De plus, la jurisprudence sur le contrôle de la transposition des directives apparaît comme une nouvelle exception en conduisant le Conseil constitutionnel à déclarer éventuellement inconstitutionnelle, sur la base de l'article 88-1, la loi de transposition ne respectant pas les dispositions inconditionnelles et précises de la directive transposée : C.C., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec. C.C.*, p. 101. ; C.C., décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *Rec. C.C.*, p. 107 ; C.C., décision n° 2004-98 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *Rec. C.C.*, p. 122 ; C.C., décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *Rec. C.C.*, p. 126, cons. n° 20 ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec. C.C.*, p. 88 ; C.C., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec. C.C.*, p. 120, cons. n° 7 ; C.C., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Rec. C.C.*, p. 313

raient (notamment les alinéas 14 et surtout 15 du Préambule de la Constitution de 1946³⁴), en rendant des décisions de conformité sur les engagements examinés au titre de l'article 54³⁵.

C'est aussi sur la base de dispositions générales qu'il a examiné le traité sur l'Union européenne (TUE), signé à Maastricht le 7 février 1992³⁶.

Il a identifié à cette occasion des atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté rendant ainsi nécessaire la révision de la Constitution comme il l'a fait ultérieurement pour les traités d'Amsterdam³⁷, le traité établissant une Constitution pour l'Europe³⁸ et le traité de Lisbonne³⁹.

4. La République tchèque

La République tchèque, membre de l'Union depuis seulement 2004, fait partie des PECO qui – comme la Pologne ou encore la Slovaquie – refusent de reconnaître la spécificité de l'Union européenne dans leurs constitutions, en préférant une solution d'assimilation au droit international. Toutefois, le silence de la

³⁴ « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple.

Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. ».

³⁵ C.C., décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, préc. ; C.C., décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, préc. ; C.C., décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, déclarant conforme à la Constitution la ratification par la France du Protocole numéro 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort, *Rec. C.C.* p. 15 ; C.C., décision n° 91-294 DC du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, *Rec. C.C.* p. 71 ; C.C., décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, loi d'autorisation de ratification de la convention d'application Schengen, *Rec. C.C.* p. 91.

³⁶ C.C., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, préc..

³⁷ C.C., décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, préc.

³⁸ C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec. C.C.*, p. 173.

³⁹ C.C., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, *Rec. C.C.*, p. 459.

Constitution tchèque ne concerne que l'Union européenne et non pas le mécanisme des transferts de compétence qui sont prévus à l'article 10a, inséré en 2001 en vue de l'adhésion à l'Union européenne⁴⁰. Cette situation a donné lieu à une jurisprudence assez favorable à l'Union européenne. Ainsi, la Cour constitutionnelle non seulement considère qu'il convient d'interpréter le droit interne de manière favorable à l'Europe (interprétation *europhile*) mais elle a encore tiré de l'article 10a l'idée générale selon laquelle les effets internes du droit de l'Union sont en principe déterminés par ce dernier⁴¹) et non par la Constitution qui indique, quant à elle, les limites en ce domaine (II^e Partie).

- Les juridictions ordinaires sont chargées de l'application du droit de l'Union et doivent elles-mêmes résoudre les conflits éventuels avec le droit communautaire ; la Cour constitutionnelle refuse d'examiner les questions préjudicielles qui lui seraient soumises à ce sujet⁴². Toutefois, elle accepte maintenant de contrôler l'absence de renvoi préjudiciel à la CJCE, analysant cette passivité comme la violation du droit au juge et de l'Etat de droit si bien qu'une plainte constitutionnelle peut être dirigée contre cette omission⁴³. La Cour constitutionnelle est, en revanche, compétente pour se prononcer a priori et a posteriori sur la constitutionnalité du droit primaire ainsi que sur le droit national d'application ou de transposition, lequel doit alors être conforme à la fois à la Constitution et au droit de l'Union⁴⁴.

B) L'utilisation des dispositions spécifiques

De telles dispositions, comblant partiellement ou totalement le silence constitutionnel, ont été insérées dans les consti-

⁴⁰ « (1) Certain powers of Czech Republic authorities may be transferred by treaty to an international organization or institution.

(2) The ratification of a treaty under paragraph 1 requires the consent of Parliament, unless a constitutional act provides that such ratification requires the approval obtained in a referendum. ».

⁴¹ Cour const. tchèque, PS 50/04 du 8 mars 2006.

⁴² Cour const. tchèque, Pl.US 12/08 du 2 décembre 2008.

⁴³ Cour const. tchèque, Pl. US 1009/08 du 8 janvier 2009, préc.

⁴⁴ Cour const. tchèque, Pl.US 50/04, préc.

tutions allemande, française et italienne. En République tchèque, les seuls éléments spécifiques, introduits en 2002 dans la Constitution, concernent le référendum d'adhésion ainsi que le contrôle préalable obligatoire de la Cour constitutionnelle⁴⁵.

1. L'Allemagne

La tension perçue depuis quelque temps déjà entre les exigences de protection des droits fondamentaux nationaux et celles de la construction européenne s'est concrétisée lors de la ratification du traité de Maastricht. A cette occasion, a été inséré dans la Loi fondamentale un nouvel article 23 portant spécifiquement sur la construction européenne. Cette disposition qui reprend la substance de la jurisprudence constitutionnelle antérieure (II^e Partie) autorise la participation allemande, définit la Communauté et l'Union auxquelles l'Allemagne peut prendre part, indique enfin les modalités et les limites de cette participation.

L'article 23 comporte tout d'abord ce qu'on peut nommer une clause européenne générale. Ce type de clause autorise l'Etat membre à contribuer à la construction et au développement de l'Union européenne, la formulation impliquant que toute modification du traité de l'Union ne requiert pas une nouvelle habilitation constitutionnelle. En dehors de l'Allema-

⁴⁵ Art. 62 « The President of the Republic:

1) shall call a referendum on the Czech Republic's accession to the European Union and declare the result thereof. ».

Art 87 « (1) The Constitutional Court has jurisdiction:

1) over remedial actions from a decision of the President of the Republic declining to call a referendum on the Czech Republic's accession to the European Union;

m) to determine whether the manner in which a referendum on the Czech Republic's accession to the European Union was held is in harmony with the Constitutional Act on the Referendum on the Czech Republic's Accession to the European Union and with the statute issued in implementation thereof.

(2) Prior to the ratification of a treaty under Article 10a or Article 49, the Constitutional Court shall further have jurisdiction to decide concerning the treaty's conformity with the constitutional order. A treaty may not be ratified prior to the Constitutional Court giving judgment. ».

gne, trois constitutions ont adopté ce type de déclarations : la Bulgarie, le Portugal et la Suède.

La Loi fondamentale dans sa version de 1992 (art. 23) autorise ainsi l'Allemagne à participer de manière générale à la construction et au développement de l'Union européenne et non seulement au traité de Maastricht. Toutefois, elle exige de l'Union – et en ce sens sa participation est conditionnée – que celle-ci réponde aux critères de l'État de droit démocratique, fédéral et social, qu'elle prenne en compte les impératifs de la subsidiarité et qu'en matière de droits fondamentaux, elle adopte un standard comparable à celui de la Loi fondamentale alors que les exigences sont nettement moindres à l'égard du droit international. La sévérité de cette clause constitue la contrepartie de l'ouverture réalisée par l'autorisation des transferts de compétence s'étendant à toute la construction européenne correspondant aux structures indiquées.

La Cour constitutionnelle a bien entendu utilisé cette disposition pour perfectionner son double langage. Le système allemand a pu ainsi se vanter de n'avoir dû procéder à aucune révision constitutionnelle entre l'adoption du traité de Maastricht et celle du traité de Lisbonne dans l'hypothèse de sa ratification, contrairement, par exemple, à la France qui a recouru à cette technique tant pour le traité d'Amsterdam que pour l'introduction du mandat d'arrêt européen. En outre, l'interprétation de l'article 23 a donné lieu à nombre de déclarations d'ouverture dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2009⁴⁶.

La Cour insiste d'abord sur l'objectif constitutionnel exprimé tant dans le Préambule que dans l'article 23 d'intégrer l'Allemagne dans un ordre de paix international et européen (219) à titre de membre égal en droits aux autres (222) ; elle souligne que cette intégration n'équivaut pas à une subordination à des puissances étrangères (219) mais qu'elle repose sur des valeurs communes, en particulier la liberté, l'égalité et la dignité (221), de telle sorte que l'influence de chaque État

⁴⁶ Cour const. allemande, BVerfG, 30 juin 2009, en anglais : http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html

va croissante en coopérant avec les autres (221). Il en résulte une nouvelle conception de la souveraineté, comprise comme une liberté ordonnée et liée par le droit international (223). Ce mandat constitutionnel en faveur de la construction européenne ne comporte pas seulement une habilitation mais également une obligation. Les organes constitutionnels allemands sont donc tenus de participer à cette intégration (225). La Cour tire de cette obligation le principe de « faveur envers le droit européen » ou principe de l'*Europhilie* (Europarechtsfreundlichkeit), fondement du contrôle qu'elle exerce sur le respect de l'identité constitutionnelle allemande (II^e Partie) par le traité de Lisbonne. Elle estime (339) enfin que la reconnaissance des structures politiques et constitutionnelles nationales par le traité de Lisbonne ne peut être assurée dans un régime d'intégration croissante que par ce contrôle. En ce sens, elle constate une synergie entre les garanties nationales et européennes de l'identité constitutionnelle et va jusqu'à considérer que même des déclarations d'inconstitutionnalité qu'elle pourrait éventuellement adopter ne seraient pas contraires au principe d'*Europhilie* (340).

2. La France

La révision de 1992 marque l'entrée de l'Europe dans la Constitution. Cette révision a été suivie par six autres. Cinq des sept révisions intervenues ont à l'origine des décisions du Conseil constitutionnel, l'une a été jugée nécessaire à la suite d'un avis du Conseil d'Etat, seule la dernière a été opérée spontanément

L'article essentiel est l'article 88-1 introduit en 1992 et qui a subi quelques modifications depuis en gardant toutefois le cœur de son contenu⁴⁷.

⁴⁷ « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences.

Elle peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007. ».

Son utilisation croissante par le Conseil constitutionnel pour l'ouverture de l'ordre juridique français témoigne de son importance. Celle-ci s'est avérée toutefois plus importante en ce qui concerne les transferts de compétences pour lesquels joue la référence à l'article 88-1 qu'en ce qui concerne le statut du droit de l'Union européenne pour lequel le Conseil constitutionnel n'a pas opéré le changement qui consisterait à abandonner la référence à l'article 55 au profit de l'article 88-1.

Transferts de compétences

La décision sur le traité d'Amsterdam a innové puisqu'à la référence à ces textes s'est ajoutée une mention de l'article 88-1 introduit par la révision de 1992⁴⁸.

La décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe est encore plus nette en rappelant les textes (al. 14 et 15 du Préambule de 1946, art. 53 et 88-1 Const. 1958) sur la base desquels la France peut participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente⁴⁹. La même position est reprise, en dernier lieu, par la décision sur le traité de Lisbonne avec une accentuation de la référence à la spécificité⁵⁰.

Au terme sans doute provisoire de cette évolution, les transferts de compétences reposent sur les alinéas 14 et 15 du préambule de 1946 ainsi que sur l'article 88-1 dont la montée en puissance est incontestable. On ne peut non plus oublier l'article 88-2 couvrant certains transferts opérés en 1992 et 1997 ainsi que le mandat d'arrêt européen introduit par la révision

Depuis l'entrée en vigueur le 1er décembre 2009 du traité de Lisbonne, l'article 88-1 est ainsi rédigé : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. ».

⁴⁸ C.C., décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, préc.

⁴⁹ C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. n° 6.

⁵⁰ C.C., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, préc.

de 2003 qui est d'ailleurs le seul point visé depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁵¹.

Il reste qu'en dépit de cette évolution la France ne dispose pas d'une clause générale de transfert comme le montrent les modifications successives de l'article 88-1 faisant référence aux traités européens successifs et que la réserve de constitutionnalité ne figure pas dans la Constitution mais a été mise en lumière par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Statut du droit communautaire dans l'ordre juridique interne

Les décisions du Conseil constitutionnel sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004⁵² et celle sur le traité de Lisbonne en 2007⁵³ ont donné au Conseil l'occasion d'affirmer la primauté de la Constitution dans l'ordre interne français.

Le Conseil constitutionnel ne pouvait manquer en 2004 de s'interroger sur la compatibilité avec la Constitution du principe affirmant la primauté du droit de l'Union sur le droit des Etats membres (art. I-6).

Il a rappelé que le traité, en raison de ses stipulations relatives à son entrée en vigueur à sa révision et à la possibilité de le dénoncer, conservait le caractère d'un traité international, que sa dénomination était, comme cela résulte notamment de son article I-5 relatif aux relations entre l'Union et ses Etats membres, sans incidence sur la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; cette dernière motivation, non explicitée à ce stade du raisonnement, a été ultérieurement reprise de façon un peu plus élaborée (cons. n°s 9 et 10).

Citant les termes de l'article 88-1, le Conseil a estimé que le Constituant avait consacré « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (cons. n° 11).

⁵¹ Depuis le 1er décembre 2009 l'article 88-2 se lit ainsi « La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne. »

⁵² C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, préc.

⁵³ C.C., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, préc.

S'appuyant ensuite sur les dispositions des articles I-1 (principes de base de la Constitution), I-5 (respect de l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles) et I-6 du traité, et sur la déclaration de la CIG de juin 2004, selon laquelle ce dernier article ne conférait pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance, le Conseil constitutionnel a repris son analyse en vertu de laquelle l'absence de changement de la nature de l'Union et la limitation de la portée du principe de primauté conduisaient à constater l'absence d'incompatibilité de l'article I-6 avec la Constitution et l'absence de nécessité de révision sur ce point.

La décision sur le traité de Lisbonne confirme « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne » (cons. n° 6).

Dans ses décisions de 2004 et 2006 sur la transposition des directives le Conseil constitutionnel a, en quelque sorte, concilié la suprématie constitutionnelle avec le respect des principes communautaires dégagés des traités par la jurisprudence communautaire, en constitutionnalisant une obligation communautaire et en l'assortissant de limitations.

3. Italie : La fin relative du silence

L'article 117

Le silence total de la Constitution italienne a pris fin en 2001 par le jeu d'une révision de l'article 117. Le nouvel article concerne essentiellement les rapports Etats régions mais s'ouvre par un premier alinéa selon lequel « *Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordre communautaire et des obligations internationales.* ». Le mérite de cet article est sans doute d'énoncer clairement ces obligations et de distinguer les obligations communautaires des obligations internationales en mettant en valeur leur spécificité déjà sous-jacente dans l'interprétation de l'article 11. On ne saurait pour autant en

exagérer les conséquences pratiques en ce qui concerne l'application du droit communautaire. Les principes déjà énoncés concernant la répartition des compétences respectives de la juridiction constitutionnelle et des juridictions ordinaires demeurent inchangés dans l'attente d'éventuelles indications complémentaires de la Cour constitutionnelle qui éclairciraient les rapports entre l'article 11 et l'article 117.

L'article 117 ne saurait donc être interprété comme une norme générale s'appliquant indépendamment de l'article 11 et se substituant à lui s'agissant des rapports entre le droit communautaire et le droit italien, ce qui aurait remis en cause les conséquences tirées de celui-ci en ce qui concerne les rapports du droit communautaire doté d'effet direct avec les règles constitutionnelles. Il implique aussi la prise en compte de l'article 10 se référant aux normes du droit international généralement reconnues auxquelles doit se conformer l'ordre juridique italien.

Il a, par contre, le mérite, en soulignant les obligations du législateur national et régional, de confirmer les conséquences tirées de l'article 11 en ce qui concerne le droit communautaire doté d'un effet direct et de fournir une base constitutionnelle plus solide pour le respect des actes communautaires sans effet direct et des actes du troisième pilier, constatation qui ressort en particulier de la lecture des arrêts n° 348 et 349 de 2007.

Il permettra, en outre, à la Cour constitutionnelle de contrôler le respect par le législateur des obligations internationales.

Si la Cour constitutionnelle est saisie d'un recours direct visant le respect d'une norme communautaire par une loi nationale ou régionale, la norme sera intégrée par le jeu de l'article 117 dans le paramètre de constitutionnalité et le texte national déclaré constitutionnellement illégitime.

La Cour constitutionnelle n'a cependant pas pour l'instant déclaré inconstitutionnelle une loi en se fondant sur la violation de l'article 11 et de l'article 117 mais une telle hypothèse ne semble pas devoir être exclue.

Elle a jugé que la violation des normes communautaires constituait une violation par norme interposée de l'article 117, al. 1. Selon elle, cette norme constitutionnelle se rattache au

principe fondamental contenu dans l'article 11 de la Constitution et présuppose le respect des droits et des principes fondamentaux garantis par la Constitution italienne⁵⁴.

L'article 117 s'inscrit donc dans la détermination du paramètre de constitutionnalité auquel se réfère la Cour constitutionnelle dans les cas dans lesquels elle examine les rapports entre le droit interne et le droit communautaire non doté d'effet direct.

Vers une nouvelle conception des rapports entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique italien ?

Malgré le développement d'une jurisprudence largement favorable au jeu du droit communautaire, la Cour est restée fidèle jusqu'en 2007 à une analyse présentant les ordres juridiques italien et communautaire comme distincts et autonomes bien que coordonnés, comme elle l'avait affirmé notamment dans l'arrêt *Granital*⁵⁵. Cette formule s'est avérée être de façon croissante en porte-à-faux par rapport à ses positions relatives aux rapports entre droit communautaire et droit national qui en soulignaient l'artifice.

On a de même pu souligner la situation toujours plus délicate dans laquelle la plaçaient ses refus d'utiliser le renvoi préjudiciel communautaire fondés sur son absence autoproclamée de caractère juridictionnel au sens de l'article 234 TCE.

Des formules nouvelles ont été adoptées en 2007 à l'occasion d'affaires dans lesquelles la Cour a été amenée à distinguer la Convention européenne des droits de l'homme et le système de l'Union européenne, en soulignant la spécificité irréductible de ce dernier, sans pourtant que la Cour constitutionnelle assimile la Convention européenne des droits de l'homme à l'ensemble des traités internationaux⁵⁶. Elle a, en effet, reconnu à cette dernière un rôle particulier dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux.

⁵⁴ Cour const., arrêt n° 129/2006.

⁵⁵ Préc.

⁵⁶ Cour const., arrêt n° 348 du 24 octobre 2007 ; arrêt n° 349 du 22 octobre 2007, *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 197.

La Cour a affirmé dans l'affaire n° 348 qu'avec l'adhésion aux traités communautaires l'Italie était entrée dans un ordre plus large de nature supranationale en cédant une partie de sa souveraineté, y compris en ce qui concerne le pouvoir législatif, dans les matières faisant l'objet des traités avec la seule limite de l'intangibilité des principes et des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Au contraire, la Convention européenne des droits de l'homme ne crée pas un ordre supranational et ne produit pas de normes immédiatement applicables dans les Etats membres. Elle peut être qualifiée de traité international multilatéral dont dérivent des obligations pour les Etats contractants mais non l'incorporation de l'ordre juridique italien dans un système plus vaste dont les organes peuvent adopter des normes obligatoires par elles-mêmes pour toutes les autorités internes des Etats membres.

On retrouve des formules analogues dans la jurisprudence de 2008 qui semble ainsi confirmer que la terminologie utilisée ne se réduit pas à un simple accident judiciaire.

Dans l'ordonnance n° 103 de 2008⁵⁷ saisissant la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, la Cour a jugé qu'en ratifiant les traités communautaires, l'Italie est entrée dans l'ordre juridique communautaire qui est un ordre juridique autonome, intégré et coordonné avec l'ordre interne et a transféré sur la base de l'article 11 l'exercice de pouvoirs dont certains normatifs dans des domaines définis des traités. Elle a également rappelé les limites traditionnelles des transferts.

Force est de constater – au-delà du caractère bizarre de l'affirmation de l'intégration d'un ordre national large dans un ordre plus restreint reposant sur le principe d'attribution – que les formules utilisées semblent peu compatibles avec différents aspects du système traditionnellement appliqué aux rapports entre les normes italiennes et les normes communautaires. Il serait donc logique d'attendre de l'évolution jurisprudentielle ultérieure que des conséquences concrètes soient tirées de cette entrée de l'Italie dans un ordre de nature supranational.

⁵⁷ Cour const., ord. n° 103 du 13 février 2008, faisant suite à l'arrêt n° 102 du 13 février 2008.

Le recours au renvoi préjudiciel

A cette évolution s'ajoute le changement d'attitude de la Cour constitutionnelle à l'égard du renvoi préjudiciel auquel elle se refusait de manière constante en considérant qu'elle n'était pas une juridiction au sens du traité CE. Dans l'arrêt n° 102 suivi de l'ordonnance n° 103⁵⁸, la Cour constitutionnelle a décidé de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question d'interprétation en invoquant les difficultés de l'interprétation du droit communautaire. Sans doute faut-il y voir la prise de conscience de sa marginalisation croissante face au dialogue entre les juges ordinaires et le juge communautaire.

Elle a estimé que la légitimité constitutionnelle de la norme censurée ne pouvait être examinée en référence à l'article 117 sans procéder à l'évaluation de sa conformité au droit communautaire.

Elle a considéré qu'elle constituait, malgré sa position particulière d'organe suprême de garantie de la constitutionnalité, une juridiction nationale au sens de l'article 234 CE, qu'elle était en particulier s'agissant des recours directs une juridiction d'instance unique dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Elle est donc de ce fait, dans les recours de légitimité constitutionnelle introduits de manière principale, habilitée à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles. A la différence des procédures incidentes, la Cour est pour les recours principaux l'unique juge pouvant poser des questions préjudicielles. Faute d'une telle possibilité serait mis en cause l'intérêt général qui s'attache à l'application uniforme du droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice.

II – Des fermetures différenciées

Les fermetures apparaissent différenciées en ce sens qu'elles sont plus ou moins immédiates, définitives ou surmontables ; si le discours a donc une coloration générale homogène, son contenu et ses conséquences concrètes peuvent varier considé-

⁵⁸ Cour const., ord. n° 103 du 13 février 2008, faisant suite à l'arrêt n° 102 du 13 février 2008, préc.

ablement. Le contenu du discours jurisprudentiel se traduit essentiellement dans quelques grands thèmes typiques (A), alors que les conséquences se reflètent principalement dans la technique des réserves de constitutionnalité (B).

A) Les thèmes

Quelques grands thèmes traversent, en effet, la plupart des jurisprudences européennes, ce qui montre d'ailleurs l'intensification des influences réciproques, la véritable circulation des modèles et des raisonnements juridiques. On rappellera cependant également que les thèmes sont parfois réversibles, ce qui est le plus patent pour la souveraineté, laquelle n'est plus seulement un argument de fermeture mais peut apparaître comme un élément d'ouverture lorsqu'elle est présentée comme un exercice commun des compétences et donc comme une action plus efficace. Les thèmes les plus typiques sont évidemment ceux tout d'abord de la souveraineté et du fédéralisme, puis celui du principe démocratique et enfin, ce qui en est assez proche, ceux de l'État de droit et de la protection des droits fondamentaux.

1. Fédéralisme, souveraineté, identité constitutionnelle

Si l'identité constitutionnelle tend à devenir un thème commun, ne serait-ce qu'en raison de sa reconnaissance par le droit primaire, associée au rejet du fédéralisme et à la mise en valeur de la souveraineté, elle constitue un thème développée avant tout par le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle allemande.

France : Il n'est pas surprenant que le Conseil constitutionnel français ait attaché une importance particulière au respect de la souveraineté.

Tout en reconnaissant de façon toujours plus accentuée la spécificité de l'ordre juridique communautaire et en affirmant que le Constituant avait consacré « *l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* », il semble toutefois écarter toute référence à une évolution de la construction européenne vers

le fédéralisme. Le Conseil a rappelé à propos de la Constitution européenne que le traité, en raison de ses stipulations relatives à son entrée en vigueur à sa révision et à la possibilité de le dénoncer, conservait le caractère d'un traité international, que sa dénomination était, comme cela résulte notamment de son article I-5 relatif aux relations entre l'Union et ses Etats membres, sans incidence sur la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne⁵⁹.

Le rappel constant de la primauté de la Constitution française paraît être de même caractéristique d'une volonté de conserver un puissant levier de fermeture potentielle de l'ordre juridique français.

Le Conseil considère également de façon plus ponctuelle comme inconstitutionnelles les atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Ces atteintes peuvent se matérialiser soit par l'objet des compétences transférées et leur ampleur, soit par les modifications des modalités de l'exercice des compétences transférées dans des domaines où la souveraineté nationale est en cause, soit par une combinaison de l'objet et des modalités ayant des répercussions sur l'exercice de la souveraineté nationale, soit par les modalités de transferts potentiels des compétences excluant un nouvel examen de constitutionnalité lors de la matérialisation des transferts.

A ces thèmes traditionnels s'est ajouté avec la jurisprudence de 2006 sur la transposition des directives celui du respect de l'identité constitutionnelle de la France dont le contenu demeure largement à définir⁶⁰.

– **Allemagne** : Aux débuts de la jurisprudence constitutionnelle en matière européenne, souveraineté et fédéralisme ne faisaient pas partie des discours de fermeture de la Cour constitutionnelle. Celle-ci se montrait beaucoup plus souci-

euse de la protection des droits fondamentaux. Au contraire, l'ouverture internationale et européenne de l'Allemagne favorisaient une vision modérée de la souveraineté ainsi que l'acceptation d'une évolution de l'Union européenne vers le fédéralisme. qu'illustre le discours du ministre des Affaires étrangères, Fischer à l'Université Humboldt de Berlin. Cette conception très favorable à l'intégration a été intégrée dans l'article 23 en 1992. Cette disposition décrit en effet l'Union européenne comme étant tenue par les principes tant de l'État de droit démocratique et social que par ceux du fédéralisme, etc., ce qui tend à être oublié aujourd'hui.

Paradoxalement, dès lors que le droit écrit recueille cette potentialité, la jurisprudence, fidèle au précepte du double langage, referme cette porte. Ainsi, appelée à contrôler et à interpréter l'article 23 dans l'arrêt Maastricht d'octobre 1993⁶¹, la Cour constitutionnelle se garde bien d'épouser la même vision de l'Union européenne. Celle-ci est au contraire qualifiée d'association ou d'union d'États (Staatenverbund) et la Cour préfère à cet égard citer l'article 88-1 français plutôt que l'article 23 LF.

C'est donc dans l'arrêt Maastricht que ces thèmes deviennent des éléments de fermeture. La Cour constitutionnelle s'élève contre toute tentative de transformer l'Allemagne d'un État souverain en État membre d'une Fédération. Elle insiste sur le principe d'attribution des compétences de l'UE, menace d'exercer un contrôle de l'ultra vires et rappelle ses propres compétences.

Dans son arrêt sur le traité de Lisbonne, elle reprend le qualificatif d'association ou d'union d'États et s'emploie à empêcher toute évolution *fédéraliste* vers un peuple européen ou une légitimité proprement européenne. A cet effet – on le verra infra – elle rend le principe démocratique intangible et renvoie toute évolution plus importante dans un système constitutionnel autre que celui de la LF. L'identité constitutionnelle acquiert alors un nouveau relief.

⁵⁹ C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, préc.

⁶⁰ C.C., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, préc. ; décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, préc. Voir également C.C., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *préc.*

⁶¹ BVerfG, 12 octobre 1993, *BVerfGE* 89, p. 155.

- **République tchèque** : La Constitution tchèque assimile l'Union européenne à une organisation internationale relevant du droit international, ce qui constitue un rejet du fédéralisme. Dans le même esprit, la Cour constitutionnelle tchèque reprend la jurisprudence allemande sur les États membres, maîtres des traités. Pour le reste, la Cour constitutionnelle privilégie la sauvegarde des principes constitutionnels fondamentaux (identité constitutionnelle) sur la souveraineté (redéfinie) mais insiste, d'une part, sur le caractère conditionné des transferts de compétence et, d'autre part, sur le principe d'attribution des compétences.

- **Italie** : On peut noter que la Cour constitutionnelle **italienne**, tout en admettant la participation de l'Italie à un ordre constitutionnel supranational, réserve toutefois les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien considérés comme intangibles.

2. Le principe démocratique

L'insistance sur ce thème devient, surtout depuis l'arrêt sur le traité de Lisbonne⁶², une spécialité allemande. La Cour constitutionnelle avait déjà consacré des développements substantiels à ce thème dans l'arrêt Maastricht, en acceptant notamment le recours constitutionnel qui lui était soumis. En effet, seule la violation d'un droit fondamental peut justifier le dépôt d'un tel recours. Dans l'affaire Maastricht, les requérants s'étaient appuyés sur l'article 38 LF relatif au droit de vote et avaient prétendu que ce droit, lié au principe de la représentation et à la participation des citoyens aux affaires publiques, implique un pouvoir de décision substantiel réservé en tout état de cause aux représentants des citoyens allemands. Le transfert de compétences importantes du Bundestag à l'Union européenne apparaissait dans cette perspective comme une atteinte au droit de vote. La Cour constitutionnelle avait fait sienne cette analyse qu'elle a poussée encore beaucoup plus loin dans l'arrêt sur le traité de Lisbonne.

⁶² Cour const. allemande, BVerfG, 30 juin 2009, préc.

Elle déclare ainsi par exemple que « l'élection perdrait son sens si l'organe étatique élu ne disposait pas d'un volume de missions et de compétences suffisantes ». Elle va jusqu'à considérer qu'il existe un lien de légitimité entre le titulaire du droit de vote et la puissance étatique que la LF aurait, par la combinaison des articles 23, 79-3 (intangibilités) et 20 rendu intangible, donc soustrait à toute révision (175). Il s'ensuit, d'une part, que le principe démocratique devient absolu, c'est-à-dire insusceptible de se voir appliqué le principe de proportionnalité et, d'autre part, que même le pouvoir de révision ne peut accepter des transferts de compétences dont le résultat serait de porter atteinte à ce pouvoir de prendre les décisions essentielles pour la communauté étatique. Or ces décisions sont nombreuses, elles concernent tant l'économie que la culture (le droit pénal et les langues) ou le domaine social. La Cour cite en particulier l'espace privé, la sécurité politique et sociale et les décisions politiques. Dans ces domaines, les transferts permis doivent faire l'objet d'une interprétation étroite.

Si l'analyse du principe démocratique part d'un raisonnement très substantiel sur la réserve de la loi, il se présente cependant en fin de compte comme une argumentation très formelle, comme une construction presque mécanique où tout pouvoir, pour être légitime, doit émaner du ou se rattacher au Parlement allemand. On peut s'étonner de l'absence d'une analyse plus matérielle de la démocratie comme étant un système fondé sur certaines valeurs, ainsi la dignité humaine et les droits fondamentaux, alors qu'on pouvait croire jusqu'à présent que la démocratie allemande reposait davantage sur ce genre de contenu que sur le mécanisme de la représentation et les liens de rattachement successifs entre le citoyen et le pouvoir.

Il est significatif que ni en France ni en Italie le principe démocratique n'ait été inclus dans les paramètres des organes investis du contrôle de constitutionnalité ou encore qu'en Tchéquie ce principe ait été utilisé au titre de l'ouverture⁶³.

⁶³ Association des Parlements nationaux.

3. État de droit et droits fondamentaux

- **Allemagne** : L'État de droit mais surtout les droits fondamentaux ont été des thèmes mis en valeur par la Cour constitutionnelle au titre de la fermeture et donc des limites de l'*intrusion* du droit communautaire dans le droit interne essentiellement à l'époque des jurisprudences *Solange*, c'est-à-dire à un moment où les droits fondamentaux paraissaient sous développés dans le droit communautaire. Le thème a été repris, en particulier sous l'aspect de la confiance du citoyen dans son système juridique et ses droits fondamentaux lors de la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi allemande transposant le mandat d'arrêt européen⁶⁴. Mais il ne joue pas un rôle majeur dans l'arrêt sur le traité de Lisbonne.

- **France** : Le Conseil constitutionnel a intégré dans la réserve de constitutionnalité la condition de respect des droits et libertés des citoyens qui pourrait l'amener à déclarer incompatible un traité international portant atteinte à ces droits et libertés. Son examen de la Charte des droits fondamentaux dans sa décision sur la Constitution européenne apparaît caractéristique à cet égard dans la mesure où son raisonnement tend à intégrer la Charte dans un cadre statique par l'utilisation d'un certain nombre d'arguments dont certains fallacieux⁶⁵.

- **Italie** : La réserve italienne se réfère au respect des droits inaliénables de la personne humaine.

- **République tchèque** : Dans la Constitution de ce pays, le noyau intangible est précisément composé de ces deux éléments. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle insiste régulièrement sur le fait que l'État de droit et les droits fondamentaux constituent le noyau substantiel et infranchissable de l'ordre constitutionnel tchèque.

⁶⁴ BVerfG, 18 juillet 2005, n° 2 BvR 2236/04, DVBl. 2005, pp. 1119.

⁶⁵ C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, préc.

B) La technique des réserves

Les réserves de constitutionnalité constituent l'instrument par excellence de la fermeture. Leur signification est toutefois ambiguë dans la mesure où elles peuvent être en même temps des justifications des ouvertures acceptées. Elles peuvent être exprimées dans des occasions différentes : engagement initial de l'État dans la construction européenne ; ratification de nouveaux traités modificatifs ; application des traités existants. Si elles restent parfois purement potentielles, elles ont dans certains cas des conséquences effectives sur l'attitude de l'État. Leur mise en œuvre dépend aussi largement des possibilités de les surmonter par des révisions en fonction de l'existence de noyaux durs constitutionnels que l'on trouve en Allemagne, en Italie et en République tchèque mais pas en France où règne la liberté du pouvoir constituant.

1. L'Italie

La jurisprudence constitutionnelle a dégagé de la Constitution italienne une réserve de constitutionnalité appelée de manière significative *controlimiti* constituant en quelque sorte le corollaire et – si l'on peut dire – la légitimation des limitations de souveraineté acceptées sur la base de l'article 11 pouvant aller jusqu'à la mise à l'écart de règles constitutionnelles de procédure à l'exception des règles matérielles. Ces réserves jouent d'ailleurs aussi en matière de révision constitutionnelle excluant ainsi une révision qui leur porterait atteinte.

Dans l'arrêt *Frontini et Pozzani*⁶⁶(), la Cour a énoncé une réserve de constitutionnalité en excluant que les limitations de souveraineté « puissent, de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ». Dans cette dernière hypothèse, le contrôle de constitutionnalité pourrait être réactif et aboutir à la mise en cause de la constitutionnalité de l'application du droit communautaire.

⁶⁶ Cour const., arrêt n° 183/73 du 27 décembre 1973, préc.

Cette réserve a été maintenue et précisée par la jurisprudence ultérieure qui a confirmé la constitutionnalité des transferts de compétence. Elle est rappelée de manière constante par la jurisprudence dont elle constitue un leitmotiv, le juge constitutionnel affirmant ainsi le rôle qui lui est dévolu de défenseur des valeurs suprêmes de la Constitution.

Force est cependant de constater le caractère très largement théorique de cette réserve dont on s'accorde, dans l'ensemble, à penser qu'elle restera une simple potentialité, au caractère opérationnel d'autant plus hypothétique que la jurisprudence tient compte des protections assurées au niveau européen. La Cour constitutionnelle s'est reconnue compétente pour exercer le contrôle de la constitutionnalité de la loi n° 1203 de 1957 relative à l'exécution du traité CEE, en vérifiant si une norme de ce traité, telle qu'elle était interprétée et appliquée par les institutions communautaires, n'entraînait pas en conflit avec les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien ou si elle ne portait pas atteinte aux droits inaliénables de la personne humaine, dont fait partie le droit à la protection juridictionnelle garanti par l'article 24 de la Constitution⁶⁷. En exerçant ce contrôle, la Cour a admis qu'une limitation dans le temps des effets des arrêts préjudiciels de la Cour de justice pourrait, dans certains cas, être considérée comme une violation du droit garanti par l'article 24 de la Constitution, tout en ne retenant pas l'existence de cette violation dans le cas d'espèce, compte tenu de la jurisprudence de la Cour. Elle a, par conséquent, évoqué ainsi l'éventuelle menace qui pourrait peser sur l'application du droit communautaire par le jeu de la référence à des concepts italiens.

Le développement de la construction européenne, en particulier dans le cadre des affaires du 3^e pilier aurait pu susciter la mise en jeu de la réserve. On pense en particulier au mandat d'arrêt européen que la Cour constitutionnelle s'est jusqu'ici

⁶⁷ Cour. const., arrêt n° 232 du 21 avril 1989, *Fragd*, *Rivista di diritto internazionale* 1989, p. 103.

gardée de remettre en cause⁶⁸. Toutefois, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 soumet les affaires de l'ancien troisième pilier aux règles applicables à l'ancien pilier communautaire et devrait donc modifier la problématique.

2. L'Allemagne

Jurisprudence avant l'article 23

Dès les années 70, la Cour constitutionnelle allemande propose une interprétation limitée ou fermée de la primauté en se réservant la compétence de contrôler la constitutionnalité du droit communautaire, plus exactement la conformité de ce dernier aux droits fondamentaux allemands.

C'est la fameuse jurisprudence Solange I de 1974 qui exige de la Communauté une protection des droits fondamentaux selon des standards comparables à ceux de la LF⁶⁹. Cette réserve est cependant conçue de manière temporaire : *tant que...*

Au vu des progrès du droit communautaire, cette jurisprudence est suivie d'un arrêt Solange II de 1986⁷⁰ levant la réserve *tant que...* En conséquence, la Cour refuse les recours fondés sur l'inconstitutionnalité du droit communautaire dont elle serait saisie.

En 1993, en examinant le traité de Maastricht⁷¹, la Cour a précisé et limité l'ouverture effectuée par la jurisprudence *Solange II*, en affirmant sa compétence de principe pour contrôler et surveiller le respect du standard général de protection des droits fondamentaux alors que la CJCE aurait la mission d'examiner les cas d'espèce ; c'est ce que la Cour constitutionnelle appelle un rapport de coopération. Elle inaugure également une autre fermeture en condamnant très explicitement la jurisprudence dynamique de la CJCE tendant à élargir les compétences communautaires. Elle menace d'initier un contrôle

⁶⁸ Cour const., arrêt n° 143 du 7 mai 2008 ; ord. n° 109 du 14 avril 2008 ; ord. du 23 octobre 2008, n° 347.

⁶⁹ BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, p. 271.

⁷⁰ BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, p. 339.

⁷¹ BVerfG, 12 octobre 1993, préc.

de l'*ultra vires* des actes communautaires et d'ordonner la non application de tels actes en RFA.

Conformément à la stratégie du double langage, la Cour a, par la suite, eu le souci de faire retomber la tension provoquée par l'arrêt Maastricht. C'est la jurisprudence sur le marché des bananes rendue en 2000⁷². Ce retour à *Solange II* est ensuite codifié par l'article 23. Disposition qui marque le passage de la technique des réserves d'une consécration purement jurisprudentielle vers sa reconnaissance textuelle.

La jurisprudence sur l'article 23

Désormais donc, les réserves allemandes sont écrites. Elles sont d'abord comprises comme une ouverture, limitée *seulement* par les intangibilités de l'art. 79-3. Aujourd'hui, cependant, elles apparaissent bien davantage comme une fermeture, non plus seulement potentielle quoique insurmontable mais également effective quoique plus ou moins surmontable. Cette nouvelle étape des réserves résulte de l'arrêt du 30 juin relatif au traité de Lisbonne⁷³.

Si l'on essaie de résumer l'esprit de cette jurisprudence, on peut la caractériser par le fait que le Bundestag se voit chargé d'une responsabilité particulière en matière d'intégration européenne. Il ne suffit donc plus que les représentants des exécutifs allemands approuvent de nouvelles actions ou politiques au sein du Conseil mais, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, ces décisions doivent être précédées ou accompagnées par une approbation parlementaire sous la forme d'une loi ou d'un accord.

C'est en ce sens que l'interprétation de la clause européenne allemande tend à évoluer d'une clause générale vers une clause plus ponctuelle. Ainsi, les réserves ne portent plus seulement sur les intangibilités de l'article 79-3 ; elles ne sont plus seulement potentielles et insurmontables mais elles portent aussi sur

les compétences et responsabilités parlementaires, devenant de ce fait effectives tout en étant souvent surmontables.

3. La France

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a progressivement mis en lumière la réserve de constitutionnalité française concernant la participation aux Communautés européennes puis à l'Union et aux Communautés. Après quelques hésitations dans sa jurisprudence antérieure à 1992, le Conseil constitutionnel a donné sa formulation actuelle à la réserve par les décisions Maastricht I, Amsterdam, traité établissant une constitution pour l'Europe⁷⁴. La décision relative au traité de Lisbonne l'énonce de la manière suivante : « 9. Considérant, toutefois, que, lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »⁷⁵.

Dans le système français la réserve de constitutionnalité est de toute façon surmontable par le jeu de révisions constitutionnelles dont témoignent les révisions de 1992, 1999, 2004 et février 2008.

Cette réserve joue pour les nouveaux engagements à l'occasion de leur contrôle antérieur. Pourrait-elle être reprise par le Conseil constitutionnel dans le contrôle d'un acte national intervenu en application d'un engagement international ?

Cette question ne peut pour l'instant attirer qu'une réponse partielle dans le droit positif découlant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2004 et de 2006 par laquelle le Conseil constitutionnel a dégagé de l'article 88-1 une obligation constitutionnelle de transposition des directives⁷⁶.

⁷² Cour const. allemande, ord. du 7 juin 2000, 2 BvL 1/97, *Zeitschrift für Wirtschaft* 2000, p. 1456.

⁷³ Cour const. allemande, BVerfG, 30 juin 2009, préc.

⁷⁴ C.C., décision 92-308 DC du 9 avril 1992, préc. ; C.C., décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, préc. ; C.C., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, préc.,

⁷⁵ C.C., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, préc..

⁷⁶ C.C., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, préc. ; C.C., décision n°

Le Conseil constitutionnel a exclu le contrôle des lois de transposition transposant les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Il a toutefois réservé l'hypothèse d'une disposition expresse contraire à la Constitution (version 2004) ou d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (version 2006), cas dans lequel il réactiverait son contrôle.

Pourrait-on envisager une éventuelle unification des réserves au profit de la référence à l'identité constitutionnelle qui s'appliquerait aussi bien en ce qui concerne les engagements nouveaux que les engagements en vigueur ?

Le Conseil constitutionnel a exclu, par ailleurs, le renvoi préjudiciel⁷⁷ : « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel ».

4. La République tchèque

Les réserves de constitutionnalité tchèques reflètent très précisément l'état du droit constitutionnel : la Tchéquie est en effet l'un des rares pays d'Europe de l'Est à avoir adopté une conception substantielle de la Constitution, en introduisant une hiérarchie interne aux normes constitutionnelles et

en déclarant certaines intangibles. Cette intangibilité ne peut être surmontée ni par le droit interne – sauf à adopter une nouvelle Constitution – ni par le droit de l'Union. Le noyau constitutionnel se transforme alors en réserve de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle n'hésitant pas à conclure que si ce noyau était méconnu, les pouvoirs transférés à l'Union devraient revenir à l'État tchèque. Toutefois, la Cour note également à plusieurs reprises que cette limite n'est pas actuellement atteinte. En somme, cette réserve se présente tout à la fois comme insurmontable et comme essentiellement potentielle ou dissuasive. Cette tendance est particulièrement accentuée dans l'arrêt relatif au mandat d'arrêt européen.

Conclusion

Comment s'étonner que les cours constitutionnelles de certains Etats membres utilisent un double langage dans une Union européenne dans laquelle coexistent – plus ou moins bien d'ailleurs – vingt et une langues officielles ? La lisibilité du droit de l'Union européenne s'en trouve cependant d'autant plus compromise qu'une partie de la doctrine – et en particulier certains constitutionnalistes – adhère à ce double langage en brouillant artificiellement le signifiant et le signifié par une démarche faisant des auteurs la bouche des juges. Il revient donc au reste de la doctrine de rétablir la réalité de ce double langage en le traduisant pour mettre en lumière le sens véritable du signifiant et du signifié de certaines jurisprudences.

2004-497 DC du 1er juillet 2004, préc. ; C.C., décision n° 2004-98 DC du 29 juillet 2004, préc. ; C.C., décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, préc. ; C.C., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, préc. ; C.C., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, préc. ; C.C., décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, préc.

⁷⁷ CC, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, préc. Voir également CC, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, préc.

LES JUGES CONSTITUTIONNELS ET L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE: LA TRANSFORMATION DU RENVOI PRÉJUDICIEL COMMUNAUTAIRE

*par Marie –France Christophe Tchakaloff
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne*

Les renvois sur questions préjudicielles des cours constitutionnelles à la Cour de justice montrent que leur pratique est subrepticement en train de changer le sens et l'objectif de ce recours. Il participe à la demande des juges constitutionnels de prendre en compte l'identité constitutionnelle des Etats membres. Faisant bouger en ce sens les lignes du mécanisme de leur recours.

Le développement des renvois démontre que la résistance passive des juges constitutionnels à l'égard de cette procédure n'est pas partagée par tous, même s'ils restent encore limités. Que la fonction de ces juridictions, fixée dans leur ordre juridique interne, de garantir l'ordre constitutionnel dont ils sont les interprètes suprêmes, ne les placent pas hors du champ de la coopération judiciaire et des obligations de renvoi énoncées par le juge communautaire dans l'arrêt CILFIT¹. Treize renvois ont eu lieu à ce jour. La Cour constitutionnelle belge, anciennement Cour d'arbitrage, n'hésite pas à interroger la Cour de Justice : elle l'a fait à sept reprises². Le Verfassungsgerichtshof

¹ 6 octobre 1982 aff. 283/81.

² Fédération belge des chambres de syndicales de médecins aff. C-93/97, arrêt CJCE du 16 juillet 1998; Hugo Clerens, b.v.b.a. Valkeniersgilde, aff. C-480/03, ordonnance du 1^{er} octobre 2004 ; Ordre des barreaux francophones et germanophones e.a. aff. C-305/05, arrêt CJCE du 16 juillet 1998; Gouvernement de la Communauté française et du Gouvernement wallon aff. C-212/06, arrêt CJCE du 16 juillet 1998; Nicolas Bressol et C. Chaverot aff. C-73/08 concl. Mme Sharpston, en cours; Base S.A., Euphony Benelux S.A., Mobistar S.A., Unitet International S.A., T2 Belgium S. A. et KPN Belgium S aff. C-389/08, en cours ; Association belge des consommateurs Test-achat ASBL, Yann van Vugt, Charles. Basselier/Conseil des ministres aff. C-236/09 en cours.

autrichien a interrogé la Cour à trois reprises dès 1999, quatre ans après l'adhésion de l'Autriche³. La Cour constitutionnelle italienne, par revirement de jurisprudence a adressé son premier renvoi en 2008⁴. La Cour constitutionnelle lituanienne, Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, a interrogé la Cour de justice dès 2007⁵. Et la juridiction constitutionnelle du Land de Hesse avait inauguré la procédure en 1997⁶.

Mais surtout les juges constitutionnels font évoluer la procédure de recours en l'utilisant. De règlement des réserves de constitutionnalité, elle devient un instrument de discussion d'ensemble avec le juge communautaire sur les rapports entre les droits constitutionnels nationaux et le droit communautaire. De défensif le renvoi devient un mécanisme de dialogue.

I. Le renvoi préjudiciel, outil de règlement des réserves de constitutionnalité

Les juges constitutionnels, au nom de leur compétence de contrôler et garantir les principes et les règles de leur constitution nationale, ont d'abord fait valoir, au cas par cas, à l'interprète unique du droit communautaire qu'est la Cour de Justice les difficultés qu'engendrait l'application du droit communautaire. Il s'agissait d'éviter un conflit radical entre juges.

1) Rappelons rapidement au préalable, avant d'examiner leur requête, les justifications aux difficultés des juges.

En premier lieu, l'antériorité du texte constitutionnel sur les traités communautaires. En Allemagne, la Loi Fondamentale de 1949 consacre ses dix neuf premiers articles à la pro-

tection des droits fondamentaux des individus, pour remédier définitivement à tout régime autoritaire, après le nazisme. En France, la Constitution de 1958 n'a été révisée que tardivement en juin 1992, en insérant un titre XV spécifique sur les Communautés et l'Union européenne ; au nom de l'exigence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a alors reconnu sa compétence à contrôler la constitutionnalité des lois aux traités communautaires⁷ cf. les décisions n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 et n° 2004-496, n° 2004-497, n° 2004-498 et n° 2004-499. Peut-être la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui prévoit une possibilité de saisine directe du Conseil constitutionnel par voie de question préjudicielle, à l'occasion d'un procès en cours-article 61-1⁸, alors qu'il ne pouvait pas être saisi directement par les justiciables au cours d'un procès, accoutumera-t-elle le juge au système préjudiciel.

En deuxième lieu, la culture étatique propre à chaque Etat peut induire des positions des juges constitutionnels déterminées par des dispositions politiques: tel le rejet du fédéralisme en France et la mise en exergue de la souveraineté nationale.

2) Les juges constitutionnels ont différemment exprimé leurs positions à l'égard du renvoi préjudiciel.

Parfois dans le cadre attendu d'une coopération effective avec le juge communautaire, ils interrogent la CJCE sans autolimitation lorsqu'un doute ou une difficulté apparaît entre une disposition constitutionnelle nationale et un acte ou une disposition communautaire. C'est la pratique décontractée de la Cour constitutionnelle belge. Il est vrai que dans le système juridictionnel belge le renvoi préjudiciel apparaît en intermédiaire incontournable puisque tout juge, ayant un doute sur la constitutionnalité d'une norme législative applicable au litige dont il est saisi, est tenu de soumettre le problème à la Cour constitutionnelle ex Cour d'Arbitrage.

³ Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke aff. C-143/99, arrêt CJCE du 8 novembre 2001; Wählergruppe Gemeinsam aff. C-171/01, arrêt CJCE du 8 mai 2003 ; Österreichischer Rundfunk e.a. aff. C-465/00, C-138/01, arrêt du 20 mai 2003.

⁴ Presidente del Consiglio dei Ministri contra Regione autonoma della Sardegna, aff. C-169/08 concl. Mme J. Kokott, 2 juillet 2009 en cours.

⁵ Julius Sabatauskas e.a, aff. C-239/07, arrêt du 9 octobre 2008.

⁶ Badeck aff. C-158/97 arrêt du 28 mars 2000.

⁷ Sur ce point cf. M.F. Christophe-Tchakaloff, François Luchaire et l'Euro-pe, in Un républicain au service de la République pub. La Sorbonne 2004.

⁸ Procédure encadrée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, dont les dispositions entrent en vigueur le 1^{er} mars 2010.

De même la Cour constitutionnelle autrichienne interroge autant que nécessaire la Cour de Justice et, fidèle au monisme kelsenien, proclame que la Constitution autrichienne entièrement révisée en vue de l'adhésion à l'UE, n'a pas à proprement parlé de noyau constitutionnel, constituant une limite à l'intégration.

Sinon, par stratégie juridictionnelle, pour éviter le prétoire communautaire, les juges constitutionnels limitent leurs renvois. La Cour constitutionnelle italienne a longtemps refusé, au nom de la nature de sa fonction, d'être assimilée à une juridiction nationale⁹. Elle a radicalement changé de position, en avril 2008 en saisissant la CJCE sur le fondement de l'article 234 TCE *Presidente del Consiglio dei Ministri contre Regione autonoma della Sardegna* aff. C-169/08. Elle limite toutefois sa saisine au seul recours par voie principale de constitutionnalité des lois (diligenté par certaines autorités), pour lequel elle est l'unique juge à devoir trancher une controverse normative entre le droit interne et le droit communautaire¹⁰. Laissant encore aux juges ordinaires le soin d'interroger le juge communautaire pour les recours incidents de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel français argue également de la spécificité de son contrôle. Il déduit de son contrôle a priori, qui le fait statuer avant la promulgation de la loi, ne pouvoir saisir la CJCE par question préjudicielle¹¹. Il déclare en conséquence ne pouvoir déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. Il y ajoute un argument d'opportunité: le caractère dirimant du délai d'un mois dont il dispose pour prononcer ses décisions rendant impossible une demande à la CJCE et surtout une réponse à en

⁹ Voir notamment: l'arrêt n° 13 de 1960; l'arrêt n° 384 de 1994, et surtout l'ordonnance n° 536 du 29 décembre 1995.

¹⁰ Karine Roudier, L'évolution des rapports entre la Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire : le dialogue direct entre les juges finalement instauré, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008.

¹¹ La position du juge irlandais est identique, sauf si l'article 29 de la Constitution peut permettre une dérogation à ses règles de délai.

tirer. Il charge ainsi les juridictions ordinaires des deux ordres judiciaires du soin de saisir la Cour de Justice¹².

Le Tribunal constitutionnel allemand a distingué les recours directs qui n'ont pas eu lieu des recours indirects, laissés aux juridictions de droit commun. Ce qui expliquait le jeu subtil du tribunal administratif de Francfort, dans l'affaire *So Lange*, lequel avait d'abord saisi la Cour de Karlsruhe sur une question d'interprétation du droit communautaire, avant d'interroger pour confirmation la Cour de Luxembourg sur la validité de règlements communautaires¹³. Mais le Tribunal constitutionnel affirme désormais, en s'opposant à toute coopération avec la Cour de Justice, avoir seul la compétence de procéder au contrôle de la réserve d'identité des actes juridiques de l'Union européenne au regard de la Loi Fondamentale 30 juin 2009, 2BvE 2/08.

Pour autant, les juges constitutionnels ne se privent pas de faire valoir à la Cour de Justice sans la saisir, par une sorte de fugue musicale à plusieurs voix, les limites plancher que son interprétation du droit communautaire doit respecter¹⁴. Méthode initiée (et poursuivie) par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe dans les affaires *So Lange*¹⁵ et, reprise par d'autres à l'occasion de leur contrôle de constitutionnalité des traités communautaires.

Mais au fond, la limitation de compétence à l'égard du renvoi préjudiciel semble plus révélatrice que déterminante dans trois cas. Lorsque les juges constitutionnels vérifie que les juridictions internes assurent bien leur obligation de renvoi – Cour constitutionnelle italienne arrêt n° 206 de 1976. Lorsque le juge constitutionnel s'estime lié par les arrêts préjudiciels rendus par la CJCE – le Tribunal constitutionnel allemand avait indiqué être lié par les arrêts préjudiciels rendus dans

¹² Décision IVG du 15 janvier 1975.

¹³ La Cour de Justice dans sa décision *Internationale Handelsgesellschaft* du 11 décembre 1970, aff. 11/70 avait rétabli la question.

¹⁴ Certaines de leurs décisions, énoncées hors du recours communautaire, le confirment.

¹⁵ Cf. plus loin.

les cas d'espèce dont il est saisi dans l'ordonnance du 25 juillet 1979 *Vielleit Beschlung*. Et, lorsque le juge constitutionnel contrôle en régulateur privilégié, en cas de conflit de normes, l'application du droit communautaire au regard de la jurisprudence de la CJCE – cf. sur ce point l'étrange censure du Tribunal constitutionnel espagnol à l'encontre d'un arrêt du tribunal supérieur de Catalogne qui avait écarté l'application d'une loi au motif qu'elle était incompatible avec la 6^e directive sur la TVA sans poser de question préjudicielle à la Cour de Justice, par sentence du 19 avril 2004, « oubliant » l'arrêt Simmenthal de 1978. Il s'agissait néanmoins d'un progrès puisque jusque là le Tribunal avançait que la procédure incidente de renvoi préjudiciel est une faculté dont dispose le juge, toutefois non sans ajouter que le renvoi préjudiciel n'est pas un paramètre de constitutionnalité.

L'essentiel, au moins à court terme, de conserver un échange, fut-il indirect, avec les juges constitutionnels pour que le droit de l'Union produise les mêmes effets juridiques dans tous les Etats membres, conduit le juge communautaire à leur « répondre » avec prudence. En évitant de se prononcer sur l'obligation de renvoi auxquelles sont soumises les juridictions nationales, en cas de doute sur l'interprétation du traité ou sur la validité des actes des actes communautaires, il reconnaît aux juges constitutionnels la qualité de juridiction susceptible de la saisir au titre de l'article 234CE – cf. l'arrêt Vaasen Göbbels du 30 juin 1966, aff. 61/65 en dépit de l'absence de contradictoire, dès lors que la procédure n'est ni administrative ni consultative Corsica ferries, 17 mai 1994 aff. C-18/93; Greis Unterweger ordonnance du 5 mars 1986, aff. C-318/85.

Il ne revient pour ces juges sur sa jurisprudence constante qui laisse au seul juge national d'apprécier la nécessité d'une décision préjudicielle pour rendre son jugement Preussen Elektra, 13 mars 2001, C-379/98; Rüffler 23 avril 2009 aff. C-544/07. Et examine dans des circonstances exceptionnelles, les conditions dans lesquelles il est saisi par le juge national en vue de vérifier sa propre compétence 16 décembre 1981, Foglia/Novello, 244/80; PreussenElektra, et Rüffler, précités-

3) Les réserves de constitutionnalité sont des réserves de fondamentalité¹⁶

Dispositions de la constitution ou principes de rang constitutionnel dégagés par les Cours elles mêmes comme signification essentielle de la constitution nationale les cours constitutionnelles s'en portent garantes au nom du respect de leur système constitutionnel.

Elles se dressent en irréductibles limites du système étatique que le droit communautaire ne doit pas franchir, à moins qu'il ne les surmonte par son propre rehaussement juridique.

Sur la base de ces réserves constitutionnelles, les cours dégagent leur marge d'autonomie d'appréciation à l'égard de l'interprétation de la Cour de Justice de l'Union. Leur formulation s'exprime, en tous cas, en retrait de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Elle manifeste l'hostilité des juges constitutionnels à une hiérarchie entre juges au nom de leurs compétences propres et donc leurs réticences à l'égard d'un renvoi préjudiciel en interprétation et implique leur appréciation partielle de la primauté du droit communautaire. En effet, les revendications avancées portent en menace des contre-limites à la primauté du droit communautaire, en assurant la supériorité des règles constitutionnelles sur ce droit.

La Cour constitutionnelle italienne, tout en reconnaissant la primauté du droit communautaire, s'était réservé la possibilité d'assurer la sauvegarde des principes suprêmes de l'ordre juridique italien le 13 avril 1989 société Fragd. Considérant qu'elle ne saurait être privée de sa compétence pour vérifier par le contrôle de constitutionnalité de la loi, si une disposition du traité interprétée et appliquée par les institutions communautaires, n'était pas contraire aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ou aux droits inaliénables de la personne humaine: « On ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel se retrouvent parmi les principes communs aux ordres ju-

¹⁶ cf. Eric Carpano, Europe de droit et droits européens, l'Harmattan-2005.

ridiques des Etats membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire ».

On se souvient que par jugement direct, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, liant la reconnaissance des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire à son acceptation de la primauté sur le droit constitutionnel allemand, avait d'abord déclaré n'accepter cette primauté que si les standards européens étaient aussi élevés que ceux dont il assure la protection jurisprudence *So Lange*, décision du 29 mai 1974.

Attentif, le juge communautaire a renforcé la protection des droits fondamentaux. En élargissant la source des principes généraux du droit dont ils émanent des traditions constitutionnelles communes des Etats membres aux instruments internationaux sur la protection des droits de l'homme de l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft de 1970 précité à l'arrêt Nold 14 mai 1974, aff. 4/73, et, en se référant tout particulièrement à la Convention européenne des droits de l'homme, arrêt ERT du 18 juin 1991 aff. C-260/89 ; plus tard Roquette frères du 22 octobre 2002 aff. C-94/00. Et considérant ensuite que le respect des droits fondamentaux s'impose tant à la Communauté qu'aux Etats membres la CJCE a admis le droit d'un Etat membre de restreindre des activités au nom de la dignité humaine Omega Spielhallen contre Oberbürgermeisterin des Bundesstadt arrêt du 14 octobre 2004 aff. C-36/02.

Le juge constitutionnel allemand a alors déclaré présumer l'équivalente protection des droits fondamentaux communautaires et allemands et n'exercer son propre contrôle qu'à titre exceptionnel – arrêt du 22 octobre 1986, *So Lange II*. Avant de réaffirmer sa compétence juridique pour examiner la compatibilité du droit communautaire dérivé – 22 octobre 1993, *Maasticht*. En 2000, le Tribunal a semblé abandonner les réserves de 1986 pour se soumettre au droit communautaire – arrêt du 7 juin 2000 dit *So Lange III*.

Mais tout récemment, il vient d'affirmer sa compétence pour procéder dorénavant à un « contrôle d'identité » du droit communautaire dérivé, contrairement à ce qu'il avait admis en

1986¹⁷ afin de garantir la protection des droits fondamentaux substantiellement comparables. Il s'estime seul légitime pour vérifier si les principes structurels de la Loi fondamentale sont enfreints ou non. Cette décision ne peut pas apparaître comme un simple durcissement de position, tant elle est argumentée et développée déc. 2BvE 2/08 du 30 juin 2009, relative à la constitutionnalité du traité de Lisbonne.

Elle démontre un changement de posture à l'égard du juge communautaire. Changement d'autant plus important qu'il est partagé par les autres cours constitutionnelles.

II. Le dialogue recherché avec la Cour de Justice sur l'identité constitutionnelle nationale

Les réserves de constitutionnalité se sont progressivement transformées. Il ne suffit plus aujourd'hui que le droit communautaire proclame et rassemble des « principes communs aux Etats membres » ou des « traditions constitutionnelles communes »¹⁸. Il doit au contraire consacrer la spécificité, l'identité constitutionnelle, de chacun des Etats membres.

1) Les réserves des juges constitutionnels sont concomitantes.

De la position propre à chaque constitutionnelle se dégage aujourd'hui une pétition conjuguée de reconnaissance de l'identité constitutionnelle nationale. Qu'elle mette en exergue le respect des droits fondamentaux – Allemagne, Italie, des principes structurels de l'Etat Italie, Espagne ou des valeurs propres France, Espagne, Allemagne les cours constitutionnelles expriment toutes aujourd'hui la même demande: que l'Union européenne respecte la substance de leur autorité étatique, leur caractère d'Etat nation.

Les valeurs nationales de chaque Etat membre marquent la limite actuelle de l'intégration. Ce n'est qu'à partir de la con-

¹⁷ Et contrairement au Conseil constitutionnel français cf. O. Dutheil de Lamothe, Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire, in Mélanges en l'honneur de J.P. Puysssochet, Paris, Pédone 2008.

¹⁸ Notamment article 6 § 2 du traité d'Amsterdam.

sécration de ce pluralisme juridique qu'un patrimoine constitutionnel européen pourra ensuite aboutir.

La demande s'appuie sur les traités communautaires qui, au fil de leur développement, reconnaissent le pluralisme des ordres juridiques nationaux intégrés dans l'ordre juridique d'une Union, encore imparfaite. L'article I-5 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe spécifiait déjà que l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales et constitutionnelles¹⁹. Et le traité de Lisbonne article 4 § 2 UE reprend le respect de l'identité nationale, inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des Etats membres, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. L'Union doit respecter les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre. Non sans avoir rappelé précédemment au § 1 que toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.

Et le Tribunal constitutionnel espagnol s'est réjoui que le traité ait fini par adapter ses dispositions aux limites auxquelles se réfèrent les réserves des juridictions constitutionnelles au regard de leur Constitution: « Celles-ci sont désormais proclamées de manière non équivoque » D.T.C. 1/2004, précitée.

Le contenu des réserves d'identité conserve parfois des frontières indécises, voire mouvantes au gré des jurisprudences. Il en est ainsi lorsque le Conseil constitutionnel français entend contrôler que le droit communautaire dérivé n'aille pas à l'encontre « d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » cf. les décisions de 2004²⁰ et la décision du 30 novembre 2006 n° 2006-543 DC. S'agit-il de règles

¹⁹ Paul Cassia, « L'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », J. C. P. - La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales 2004, p. 1508.

²⁰ n° 2004-496 du 10 juin 2004; n° 2004-497 du 1^{er} juillet 2004; n° 2004-498 du 29 juillet 2004 ; n° 2004-499 DC du 30 novembre 2004.

inhérentes à l'identité constitutionnelle, de principe spécifique au bloc de constitutionnalité, ou de valeurs fondamentales ? Le même constat s'impose lorsque le Tribunal constitutionnel espagnol limite le transfert constitutionnel que permet l'article 93 de la Constitution espagnole²¹ dans un vaste fourre tout, allant : « du respect de la souveraineté de l'Etat, aux structures constitutionnelles de base, au système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés par la Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre » - 13 décembre 2004, D.T.C. 1/2004 sur la conformité à la Constitution du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Fort étendu le contenu de la réserve identitaire allemande est nettement plus précis - 30 juin 2009 déc. 2 BvE 2/08, précitée.

Le Tribunal de Karlsruhe pose le principe démocratique en noyau identitaire du texte suprême, intangible et absolu, résistant de ce fait à l'intégration. Les droits que ce principe consigne dans les articles 1 et 20 de la Loi Fondamentale sont protégés par la clause d'éternité de l'article 79 § 3 L. F qui soustrait à l'action du pouvoir constituant dérivé la disposition sur l'identité de l'ordre constitutionnel. Les principes structurels de l'article 20 LF englobent la démocratie, l'Etat de droit, le principe d'Etat social, la République, l'Etat fédéral ainsi que la substance des droits fondamentaux élémentaires, indispensable pour le respect de la dignité de l'être humain, sont, dans leur qualité fondamentale, en tout état de cause soustraits à toute modification.

Et pour justifier son analyse le Tribunal s'appuie, fort habilement, sur la position même du juge communautaire dans l'arrêt Kadi où, comme le font les cours constitutionnelles nationales, la CJCE s'est fondée sur des principes structurels de la Communauté européenne, en l'occurrence les droits fondamentaux, pour

²¹ « Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités par lesquels est attribué à une organisation ou institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il appartient aux Cortes générales ou au Gouvernement, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences. »

annuler un règlement communautaire mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité de Nations Unies 3 septembre 2008, Kadi / Conseil et Commission C. 402/05 et C.415/05.

La reconnaissance des spécificités étatiques, au delà de leurs valeurs communes, suppose une réflexion d'ensemble sur l'ordonnancement juridique de l'Union. Celle ci contribuerait à ce que la construction européenne, en perpétuelle mouvance, se renforce et se stabilise en trouvant un équilibre entre le droit qu'elle façonne et le droit constitutionnel existant.

2) La demande paraît a priori paradoxale.

En effet elle s'adresse à la Cour de justice pour réclamer son incompétence et dénoncer son absence de légitimité dans le domaine de l'identité constitutionnelle des Etats. Mais le paradoxe n'est qu'apparent. Il révèle la soumission des cours constitutionnelles au droit communautaire, sachant que le pouvoir constituant national ne s'est pas expressément prononcé sur ces points précis et que le juge communautaire interprète unique du droit de l'Union s'arroge la fonction de juge constitutionnel, en ce qui concerne les attributions de compétence de l'Union, les transferts de compétence opérés et les délimitations des compétences entre l'ordre juridique national et l'ordre communautaire. Au fond, les juges constitutionnels cherchent à établir un cadre de conciliation avec la Cour dans la Communauté de droit existante. Mais au moyen d'un nouveau cadre constructif de loyauté et d'ouverture. Une reconstruction de l'ordonnancement communautaire sur la base d'un pluralisme ordonné. D'ailleurs, une application sélective et discriminatoire des normes communautaires sur le territoire de l'Union, altère la conformité même de l'ordre juridique communautaire aux traditions constitutionnelles communes des États membres.

Il reste à savoir si la réorientation engagée par les cours constitutionnelles sera prolongée par la CJCE. Acceptera-t-elle la prise en compte du dialogue pour aboutir à une convergence avec les cours ou risquera-t-elle une fracture d'interprétation du droit communautaire ? Sachant que la cohérence des ordres juridiques nationaux et communautaire engage la sécurité juridique du droit de l'Union.

La réponse de la CJCE est fort attendue. Cependant, officiellement le symposium organisé par la CJCE avec les présidents des cours constitutionnelles et des cours suprêmes des Etats membres, les 30 et 31 mars 2009, n'a visé qu'à améliorer l'efficacité de la procédure préjudicielle en général. Notamment la procédure préjudicielle d'urgence dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Pour l'instant seuls certains avocats généraux démontrent dans leurs conclusions leurs préoccupations. Pour Madame J. Kokott il importe de savoir dans un recours constitutionnel quelle marge de liberté, contrôlable par le juge constitutionnel, un acte laisse au législateur national – conclusions du 2 juillet 2009 dans l'affaire *Presidente del Consiglio dei Ministri contre Regione autonoma della Sardegna* aff. C-169/08, précitée.

M. Maduro, allant plus loin, a souligné que la congruence structurelle entre les valeurs fondamentales de la constitution et celles de l'ordre juridique communautaire ne saurait être garantie que sur un plan systémique et par le biais des mécanismes prévus par le traité. « Cette identité systémique, rappelée dans l'article 6 TUE, garantit qu'il ne soit pas attenté aux constitutions nationales, même si celles-ci ne peuvent plus être utilisées comme normes de référence du contrôle de la légalité des actes communautaires » – Conclusions présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire *Arcelor* C-127/07, § 16, § 17²².

La parole appartient maintenant à la Cour de Justice.

²² Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres contre Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie Demande de décision préjudicielle formée par le Conseil d'État de France.

ОБЩНОСТНАТА ЮРИСДИКЦИЯ И НАЦИОНАЛНИТЕ КОНСТИТУЦИОННИ ЮРИСДИКЦИИ (СЪЖДЕНИЯ, МОТИВИРАЛИ ЕДНО РАЦИОНАЛНО ПРЕДЛОЖЕНИЕ)

Проф. д-р Снежана Начева

Вместо въведение

Конституционализмът като многоаспектно, многосъщностно явление е своеобразно триединство от доктрина, юридически модел и практика по приложението му, взети в тяхната динамика във времето и в пространството.

Конституцията – правният феномен, материализиращ определени теоретико-доктринерни конструкции, преведени с езика на правото и оформени като принципи и институции в акт с висша юридическа сила, има определящо значение в това триединство.

Но въпросната материализация създава само конституционния модел. Същностната му реализация в политическата практика по осъществяване на държавната власт, фактическата приложимост на конституционните норми в реалните взаимоотношения, преценени като конституционносъобразни, вече може да обеме конституционализма в неговата цялост.

Ако добавим и обстоятелството, че трите взаимосвързани влияещи си компоненти не са статични, а се моделират под влиянието на различни фактори, ще добием относително точна представа за сложността на проблема.

В резултат на такива влияния се наблюдава оформилят се еволюционен процес, характеризиращ съвременния конституционализъм като еволюиращ конституционализъм.

Еволюционният процес, разбиран като развитие на оформено явление, който не го извежда отвъд неговата същност, но без да довежда до другост, т.е. до ново явление, чувствително влияе на характеристиките, дефиниращи явлението през времето на съществуването му до

момента на въздействието, което започва да изменя тези характеристики.

Еволюционното влияние върху конституционализма в неговата цялост, независимо от провокатора или причинителя си, се опосредява и изразява преди всичко по два взаимосвързани начина: чрез конституционноправната уредба и чрез конституционната юриспруденция. Днес те са пулсиращото сърце на еволюиращия конституционализъм, повлиян и на свой ред силно влияещ както върху доктрината, така и върху практиката.

За да стигна до същността на изложението си, задължително трябва да отчета еволюцията в концепцията за конституционност, предизвикана от европейския интеграционен процес.

1. По повод и във връзка с присъединяването към Европейския съюз или в процеса на членството в него националните конституции и националните юрисдикции моделираха конституционализма по начин, довел до съществена промяна в самата концепция за конституционност. До голяма степен това се налагаше от изискването на принципа за примата на общностното право, създаден и последователно прилаган от Съда на европейските общности (СЕО), преди да има юридическо основание за това, както и от предхождащите и следващите го въпроси, предопределили неговата ефективност.

На първо място самите конституции чрез съответни промени, направили възможен присъединителния процес, допуснаха трансфера на суверенитет на наднационално ниво. Договорът за присъединяване към ЕС не само предполага, но задължително включва този съществен елемент на договарянето. Тъй като този трансфер означава прехвърляне на конституционно установени правомощия на национални институции на наднационални такива за съвместно осъществяване, въпросът за правната същност на този договор става конституционно значим.

С конституционно предвидената чрез съответни промени възможност да има такъв договор – нещо конституционно недопустимо дотогава, този договор става конституционно допустим. Поради предметното си съдържание той притежава конституционна значимост. В резултат на това конституционните съдилища, осигуряващи върховенството на съответните конституции, вече отчитат факта, че всяка от тях включва имплицитно и нови моменти, привнесени чрез присъединяването. Въпросът за конституционносъобразността, решаван най-често от конституционните съдилища, си остава основен. Но неговото съдържание е променено – преценката за конституционност се основава на констатирано съответствие на закон с оформилия се своеобразен конституционен блок, ако си позволя тази заемка от конституционализма на V-ата френска република. Този блок включва заедно с тялото на националната конституция и договора за присъединяването към ЕС. Преценката за конституционност вече включва и отчита и правните последици от влезлия в сила присъединителен договор. С това националните конституционни съдилища по силата на самите конституции, направили възможен такъв договор, стават пазители на върховенството на конституции в един еволюирал под влияние на европейския интеграционен процес конституционализъм, допуснал и търпящ определена степен на влияние на общностното право. Точно тук според мен, в степента на влияние е точката на напрежение, преодолима чрез институционалния диалог, който все още е дефицитен.

От една страна, е разбираема позицията на СЕО той да решава този въпрос по еднакъв за всички държави – членки на ЕС, начин.

От друга – логична и разбираема е позицията на един конституционен съд да продължава да гарантира върховенството на съответната конституция, вече повлияна и от присъединителния договор, което включва и преценката му дали общностното право не надхвърля рамката на договореност относно трансферираните правомощия.

Според мен решението на този въпрос трябва да се търси и намери в институционален диалог между СЕО и националните конституционни съдилища. Това вече не е толкова въпрос за примата на общностното право, който малко или повече е приложим в 27-те държави-членки, колкото за съдържанието на това доминиращо право и механизма на въздействието му като такова върху националното право на държавите-членки, отстояващи своята конституционна идентичност.

Но съвременната конституционна идентичност е повлияна от факта, че държавите – членки на ЕС, са участници в интеграционния процес, провокирал нови прояви форми на еволюиращия конституционализъм. Променена е самата идея за конституционност, която след присъединяването отчита и съобразяване с присъединителния договор. Нещо повече – това, към което сме се присъединили, с времето се развива, но вече с участието на присъединилите се, чрез институционалната рамка на ЕС. Всичко това трябва да бъде отчетено и зачетено както от СЕО, така и от националните конституционни съдилища. Едностранно този въпрос е нерешим.

Дори ако се наложи едностранно такова решение, то ще е недостатъчно убедително като легитимност и често, понякога периодично ще се появяват сигнали за напрежение между общностното и дадено национално право чрез нюансираните становища на националните конституционни съдилища по един или друг въпрос, произтичащ от членството в ЕС. И това ще се случва, защото националните конституционни съдилища и след присъединяването към ЕС продължават да бъдат гаранتي за върховенството на съответните конституции, отчитайки и факта на това присъединяване, и неговите последици чрез обособяване на блока за конституционност.

2. Институционалният диалог между СЕО и конституционните съдилища е необходим и трябва да бъде възможен чрез определени форми. А диалогът винаги е дву-

посочен. Чрез него е постижимо изработването на обща воля с дължимото отчитане на спецификата в характеристиката на участниците в него – в случая наднационалната общностна юрисдикция – СЕО, и националните конституционни юрисдикции. Форми на институционален диалог са търсени и изрично включени в Лисабонския договор по отношение на Парламента на ЕС и националните парламенти например.

Запознатите с тази материя, каквато е нашата аудитория, веднага могат да ме контрират с пример за подобен диалог и по поставения от мен въпрос – преюдициалните запитвания по чл. 234 от ДЕО, чрез които национални юрисдикции, включително и конституционни съдилища (чиято правна същност като юрисдикция е спорна дори и съгласно Решението на СЕО по дело № 61/65, тъй като в повечето производства, осъществявани от тях, отсъства състезателност), могат да предизвикат тълкуване на общностното право от СЕО. Точно за това и аз ще използвам този пример, за да развия виждането си за институционалния диалог при преюдициалното запитване в предлагания от мен аспект.

Като признавам и приветствам видимата промяна на юриспруденцията на СЕО след 90-те години на XX век, при която той вече често формулира критерии по приложение на общностното право, зададени от национални съдилища чрез преюдициално запитване, намирам необходимост от разширяване на диалога с малка, но съществена добавка към сега съществуващия модел: „Вие питате, ние отговаряме“. В рамките на този модел, без да се засяга въпросът за компетентността на СЕО, трябва да се зачете и обстоятелството, че националните конституционни съдилища са гаранتي за върховенството на съответните конституции, повлияни от присъединяването към ЕС. Това зачитане може да стане чрез конституирането на всички конституционни съдилища като заинтересувани страни в случаи, в които тълкувателното решение ще се отнася до принципи въпроси, засягащи съвременния еволюиращ

конституционализъм, повлиян от присъединяването и членството в ЕС.

По такива въпроси националното процесуално представителство чрез национален агент не е достатъчно. В позицията на националния агент се изразява виждането на изпълнителната власт по даден въпрос и в малко случаи се отива и към отчитане на конституционноправната проблематика. Възможността за присъединяване в такова производство е добра, но не винаги се реализира, а когато има такова представителство, то отново е чрез национален агент.

Конституирането на конституционните съдилища като заинтересувани страни от СЕО би било своеобразно признание за необходимостта от диалог с тези национални институции, констатирана от самия наднационален общностен съд. Предизвикването на този диалог от този съд по такива въпроси би бил добър знак. Той би бил убедителен аргумент за отчитането на особеностите на еволюиращия конституционализъм и моделирането на неговите проявни форми с участието на конституционните съдилища и в процеса на уеднаквяване на съдебната практика по приложението на общностното право.

Точно тук може да се възрази, че няма правен механизъм за това. Но СЕО вече няколко пъти, и то с видимо полезен за общността ефект, се е изживявал и проявявал като демиург на право, включително и с извеждането и формулирането на принципа за примата на общностното право. Ако отчете и внесе нов акцент в институционалния диалог, надхвърлил самия принцип и центриран около съдържанието на това първенстващо право и механизма на въздействието му върху националното право на държавите-членки, той би могъл „да се одързости“, първоначално като прецедент, да извърши такова конституиране. Ако резултатът от прецедента бъде насърчителен, чрез промени в Устава на СЕО би могло да се мисли и за институционализиране на този диалог. Така СЕО би придобил нов смисъл на диалога при преюдициални запитвания, отнасящи се до принципни въпроси, които засягат

съвременния еволюиращ конституционализъм, повлиян от присъединяването и членството в ЕС, който може да бъде изразен така: „Преди да отговорим, ние, гарантите за приложението на общностното право, желаем да изслушаме вас, гарантите на върховенството на конституциите, повлияни от общностното право“.

Разбираемо е, че такова конституиране би трябвало да бъде мотивирано от значимостта на преюдициалното запитване за практиката по приложението на общностното право от националните юрисдикции. Решаваща тук би била преценката на СЕО за конституционноправната значимост на въпроса или характера му на засягащ гранична проблематика – общностно право и еволюиращ конституционализъм, повлиян от неговия примат. Това според мен ще са случаите на действително „големите решения“ на СЕО, които ще отразят и изявят и съвременното състояние на еволюиращия конституционализъм, чието съществуване не само не се елиминира, но се зачита в практиката по приложение на общностното право.

Що се отнася до конституционните съдилища, веднъж конституирани като заинтересувани страни, те могат да преценят дали да дадат становища или да се въздържат. Тези становища нямат и не могат да имат обвързващо действие за СЕО. Но самото им изразяване преди произнасянето, констатираната близост или сходство в някои от тях могат да накарат СЕО след обсъждането им да вземе предвид, дори да се самообвърже с тяхната аргументация. Това ще направи и усещането, и оценката за европейското право като действително общностно право по-убедителни не само с оглед създаването му, но и с оглед на механизма за гарантиране на еднаквото му прилагане от държавите-членки.

Без да отнема нищо от компетентността и значимостта на СЕО, този начин на процедиране, отчитащ и зачитащ ролята и значимостта на конституционните съдилища и за приложението на общностното право, ще притъпи остротата на усещането, че има основание определянето на СЕО като диктатор, макар и „нежен“, а националните съдили-

ща като безценния „необходим грешник“. Дори преносният смисъл на тези изрази, впечатляващо образни като стилистическа находка, вече е в конфликт с основополагащата идея за ЕС като общност на суверенни държави-членки.

3. Ще дам и примери, изведени от практиката на СЕО, подкрепящи съжденията и предложението ми.

Първи пример:

По повод преюдициално запитване на Търговския трибунал в Брюксел по дело № 10/69 СЕО взема отношение и по принципа за правна сигурност, като справедливо отбелязва, че „правото само по себе си е сигурност“, а самите европейски общности са правни общности, т.е. основани на правото. В мотивите изрично се изтъква, че дори когато правната сигурност не се споменава, тя произтича от общи принципи, които не са нищо друго, освен неин специфичен и конкретен израз, между които и принципът: „защита на доверието в закона“. Става дума и за обосноваването очаквания на правните субекти, провокирани и мотивирани от действащото право. Едновременно с това СЕО отбелязва, че „институциите на общността разполагат със свободата на преценка относно начините за осъществяване на тяхната политика“. В този смисъл правните субекти не бива да обвързват доверието си в закона с поддържане на съществуващата правна уредба, която може да бъде променена от същите тези институции в рамките на правомощията им и правото за преценка.

Ако сега СЕО бъде провокиран с преюдициално запитване, директно отнасящо се до правната сигурност и доверието в закона, и би конституирал конституционните съдилища като заинтересувани страни, те непременно биха обогатили периметъра на неговите съждения. В тях би трябвало да влезе и проблематиката за правната същност на директивите и тяхното предметно съдържание, за динамиката на изменението и допълнението им и отражението на тази динамика върху националното законодателство

на държавите-членки чрез транспониращите закони. На основата на становищата на конституционните съдилища СЕО би констатирал, че директивите все повече и по-често поставят не само задължителни цели, но съдържат и задължителни средства за тяхното постигане. Регламентацията в тяхното съдържание видимо се доближава до съдържанието на един регламент. По този начин директивите стесняват домена на транспониращия закон, който в по-голямата си част възпроизвежда директивата „telle-quelle“.

Въз основа на становищата на конституционните съдилища СЕО би отбелязал също, че динамиката, с която се изменят и допълват някои директиви, водеща до срочно транспониране чрез национален закон, влияе върху принципа за правна сигурност и защита на доверието в закона по начин, не винаги оправдаващ преценката за целесъобразност на общностните институции.

Транспониращият закон влезе в системата на действащото право със своеобразие, силно повлияло върху правото на законодателна инициатива на правителството, както и върху самия законодателен процес с оглед преценката по същество, която се прави в различните му фази. Например по аналогия само с проекта за закон за държавния бюджет за съответната година правителството няма право на преценка за целесъобразност както по време, така и по отношение съществена част от съдържанието на проекта за транспониращия закон, който то е длъжно да внесе в парламента в определения от съответната директива срок. На свой ред парламентът е длъжен да съобрази този закон с Конституцията, едновременно с това съобразявайки го с общностното право, имплантирайки в законопроекта регламентационната част на директивата. По повод на обнародването президентът не би могъл да мотивира своето „veto“ по чл. 101 от Конституцията със съображения за целесъобразност на този закон с оглед на време. Всичко това са разбираеми за конституционните съдилища последици на присъединителния договор за съвременния еволюиращ конституционализъм. Но рационализирането на прецен-

ката на СЕО при даване на отговор на преюдициално запитване за правна сигурност предполага отчитането на наднационално ниво и на тези моменти, осезаемо влияещи на национално ниво при приложението на общностното право и констатирани от конституционните съдилища.

От висотата на своята камбанария СЕО едва ли може да види и отчете последиците от транспониращото законодателство, както ги виждат конституционните съдилища на държавите-членки.

Не виждам достатъчно основание на твърдението, че транспониращият закон в частта, в която дава националната уредба по приложението на една директива, не може да бъде обект на контрол за конституционност. Но този контрол вече трябва да включва преценка за съответствие на този закон с блока за конституционност – Конституцията и присъединителния договор с неговите последици. Досега СЕО се въздържах от произнасяне относно смисъла или значението на вътрешните разпоредби (дело № 78/70, № 10/71, № 95/79, № 12/86). Но същият съд приема, че е компетентен да се произнася относно вътрешноправни разпоредби, въвеждащи общностни правни норми (дело № 26/62), доколкото европейските общности са и нов правен ред в международното право, в полза на който държавите са ограничили суверенните си права, макар и в ограничени сфери. Ако тези общности са новаторски, а държавите-членки – новатори в общественно-политическото съвремие на Европа, ако действително тези общности се основават на идеята за институционален диалог, те трябва да предлагат надежден инструментариум за институционален диалог между СЕО и конституционните съдилища. Оформящите се тук въпроси, засягащи принципа за правна сигурност на национално ниво, привнесени от процеси, протичащи в общностното право, правят необходим институционалния диалог в името на безконфликтни решения по приложението на общностното право с отчитане на върховенството на конституциите, отчитащи последиците на присъединителните договори.

Според мен този пример демонстрира начина, по който конституционните съдилища, участвайки в диалога със СЕО по повод преюдициално запитване, засягащо и принципа за правна сигурност, биха могли да допринесат за задълбочаване на тълкувателния процес. Той би допринесъл за полезен за общностното право резултат в едно решение, отчетло цялата палитра на проблема, видян от наднационално и национално ниво.

Втори пример

Въпросът за отношението между първичното европейско право – учредителните договори и международните договори, сключени от държавите-членки, търси своя отговор чрез преюдициално запитване по дело № 812/79. В известен смисъл то логично се основава на предходната съдебна практика на Съда в Люксембург (дело № 10/61, № 22/70, № 3/76), която влияе на последвалата го такава (дело № 105/83, № 121/85, № C-3/91). Моделирането на отговора по този въпрос продължава и с решението по дело № C-216/01 на основата на разбирането за „общия характер на задължението за съобразно тълкуване (чл. 307 от ДЕО), чрез което националната юрисдикция би трябвало да направи усилие за преодоляване на очерталата се несъвместимост между учредителните договори и един двустранен договор чрез даване на тълкуване на последния, доколкото е възможно, при зачитане и на международното право“.

Ретроспекцията на актовете на СЕО по този въпрос води до няколко основополагащи положения, очевидно засягащи и конституционноправна материя. Те могат да бъдат резюмирани така:

а) От значение е дали става дума за споразумения между държави-членки или за споразумения между държави-членки с трети страни;

б) В последния случай от значение е кога е сключено съответното споразумение – преди или след влизането на съответната държава в Общността или преди влизане в сила на ДЕО;

в) Споразумения, сключени между държави-членки преди влизането в сила на ДЕО, нямат приложение между тях в частта, която противоречи на този договор;

г) ДЕО не отменя задълженията на дадена държава членка да зачита правата на трети страни, произтичащи от предходни споразумения, както и да изпълнява съответни свои задължения, но без да обвързва самата Общност със съответната трета заинтересувана страна;

д) В области, които урежда, ДЕО има предимство пред споразуменията, сключени от държави-членки преди влизането му в сила;

е) Споразуменията с трети страни, сключени от държави-членки след влизане в сила на учредителните договори, не трябва да съдържат клаузи, които противоречат на тези договори. Предпазен ефект в това отношение имат процедурите по уведомяване и правомощието на Общността да сключва договори с трети страни и с международни организации в рамките на общите политики (дело № 22/70), като сферата на това правомощие се разширява по-късно (дело № 2/91) и вече обхваща „всички сфери, които имат отношение към целите на Договора“;

ж) Когато държава-членка сключи споразумение, засягащо този разширен от СЕО периметър, макар и в съответствие с международното право, за да се изключи „възможността за конкурираща се компетентност на държавите-членки“, това споразумение не може да бъде противопоставено на Общността.

Ако спрем дотук, ще констатираме, че съдебната практика на СЕО по този въпрос засяга конституционноправна материя на държавите-членки.

За Република България тя се отнася към чл. 5, ал. 4, както и към чл. 85, ал. 1 във връзка и с чл. 22 и чл. 25, ал. 4 на Конституцията. С изключение на чл. 5, ал. 4 – предимството на нормите на международните договори, ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България, пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат, останалите посочени

конституционни норми бяха изменени, допълнени или новосъздадени през 2005 г. (ДВ, бр. 81/2005 г.) с оглед предстоящото присъединяване и членство на държавата в ЕС.

Така чрез новата т. 9 на чл. 85, ал. 1 се предвиди конституционната възможност за безпрецедентния дотогава договор, с който „се предоставят на Европейския съюз правомощия, произтичащи от тази Конституция“.

Предвид конституционната му значимост, за разлика от другите договори по ал. 1 – своеобразен каталог на подлежащите на ратификация по конституционен ред договори, нововъведеният с т. 9 договор се ратифицира със закон, приет с мнозинство 2/3 от всички народни представители.

Отношението между правните последици на този договор и установеното в чл. 5, ал. 4 е силно повлияно от проследената практика на СЕО. И тук би било коректно моделирането на тази практика да се осъществява в резултат на институционален диалог между СЕО и конституционните съдилища. Това е още по-наложително, когато по силата на съответните конституции те имат правомощието да дават задължителни тълкувания на Конституцията.

Националните конституции в редица случаи дадоха достатъчно за захранване с компетентност съответните общностни институции. Сега е ред общностните институции да развият практиката на институционалния диалог по начин, достатъчно уважителен за националните конституции. От това общностните институции и в частност СЕО ще спечелят, постигайки в по-голяма степен непротиворечива практика при приложението на общностното право чрез решения, ползващи се с убедителна легитимност. Последната ще бъде резултат на обстоятелството, че тези решения са взети от компетентен за това орган след изслушване и преценка и на становища на конституционни съдилища, възползващи се от конституирането им като заинтересувани страни.

А те наистина са заинтересувани, макар и лишени в случая от юридическа възможност да участват в един институционален диалог с наднационалната общностна

юрисдикция по приложението на принципа за примата на общностното право.

Самото изграждане на обща политика на ЕС по въпроса за отношението „учредителни договори – международни договори“ включва и презумпцията за ефекта на неписаната забранителна норма. Но пътят към тази презумпция задължително минава през изискванията на чл. 234 от ДЕО (нов чл. 304) за „прецизно, приемливо и легитимно решаване на този въпрос“. Това според мен би се постигнало, ако отговорите по преюдициалните запитвания по този въпрос бъдат давани след изслушване и на конституционните съдилища на държавите-членки, конституирани като заинтересувани страни.

4. Въпросният институционален диалог е наложителен и с оглед на правната терминология и понятийния апарат, използвани от общностното право и вътрешното право на държавите-членки.

Общностното право наред с понятийния апарат, който въвежда, често си служи със заемки от утвърдили се в националната държава правни понятия. С езика на СЕО, в тези случаи „Общността придава на всеки термин, с който си служи, изключително общностен смисъл и значение (дело № 283/81, № 75/65, № 298/87)“. Използвайки такова понятие, общностното право не се ръководи от един или друг национален правов ред при дефинирането му.

Този подход има своето оправдание. Но той не изключва докрай възможността за колизия на понятията, когато в правния мир на една държава-членка в процеса на приложение на действащото право – общностно, национално и международно, се сблъскат създадените по този начин омоними. Нещата се усложняват, когато един термин с неговия общностен смисъл се изправи пред същия термин с неговия конституционно установен национален смисъл.

Тук СЕО убеждава националния съдия да се възползва от възможността за ангажираща консултация с него чрез преюдициално запитване, ако има съществени колеба-

ния. Но как конституционните съдилища да убедят СЕО в сходна, макар и неангажираща консултация като възможност за самия него, когато става дума за съотнасяне на конституционни норми с норми на първичното общностно право в процеса на изграждане на практиката по еднаквото му приложение. В този процес участието на суверенните държави-членки на Общността, е логично, и то чрез гарантите за върховенството на съответните конституции във всяка от тях – конституционните съдилища.

„Особените трудности“ при реализацията на тълкуването, осъществено от СЕО, могат да бъдат чувствително облекчени, ако им се противопостави „особеният характер“ на съдебното сътрудничество при осигуряване на еднообразното приложение на общностното право във всички държави-членки и чрез незадължаващото консултиране с конституционните съдилища.

То е логично оправдано, когато СЕО действа като своеобразен наднационален квазиконституционен съд, осъществяващ тълкувателна компетентност по отношение на квазиконституционно право.

Надхвърляйки тази си компетентност, без да има общностно юридическо основание за това, в името на ефективността на общностното право СЕО обоснова, формулира и наложи приложението на три основополагащи принципа на общностното право: пряката приложимост, директния ефект и примата над националното право (дело № 14/68, № 106/77, № 157/86, № C-13/91). При действието на тези принципи въпросът за понятийния апарат надхвърля терминологичния спор и придобива изключително прагматични измерения. За СЕО тези принципи изключват или най-малкото правят несъстоятелен въпроса за колизията на общностното право и конституциите на държавите-членки. Така остава недостатъчно разбрано от СЕО усилието на един конституционен съд, констатирано съществуването на такъв проблем, да търси начин за разрешаването му.

Ако приемем, че конституционните съдилища вече се осмислят и действат не само като гаранتي на съответните

конституции, но заедно с това и като гаранتي за приложението на присъединителните договори и изпълнението на конституционно значимите ангажменти по тях, ще стигнем до извода, че те по функция са гаранتي за приложението и на общностното право. В този смисъл грижата за действието и приложението по еднакъв начин на общностното право във всяка от държавите-членки, основателно отстояващи своята конституционна идентичност, е грижа и на конституционния съд във всяка от тях. Ако се проследи сравнителноправно практиката им след присъединяването, ще се види как постепенно, но постоянно, понякога и противоречиво конституционните съдилища изграждат своето виждане за последиците от присъединяването към ЕС върху конституционализма на всяка от тях. Такъв прочит може да се направи и на решението на Конституционния съд на Федерална република Германия от юли 2009 г. – едно от последните засега силни решения в това направление. Тези усилия и техният резултат трябва да бъдат оползотворени и от СЕО, защото като направление съвпадат с преследването и постигането на общностни цели.

Запознаването на СЕО със становищата на конституционните съдилища в едно тълкувателно производство ще му предостави богат набор от правни и фактологични аспекти, които могат да се окажат от съществено значение за неговото произнасяне при тълкуването, като преценката за това си остава изцяло само негова.

Вместо заключение

Еволюиращият конституционализъм започва и се развива в търсене на отговор на библейския по своята същност въпрос: „Кой ще надзирава надзирателите?“ Той се изрази в разрастване и дифузиране на третата власт – съдебната, която от квазивласт придобиваше все по-властни правомощия – първоначално чрез административната юрисдикция, по-късно и чрез конституционните съдилища. Провокиран от европейския интеграционен процес, еволюиращият кон-

ституционализъм днес търси отговор на друг, не по-малко интригуващ въпрос: „Как да съвместим несъвместимото?“.

Предложението, което се опитвам да мотивирам – конституирането от СЕО на конституционните съдилища като заинтересувани страни при тълкуване, засягащо квазиконституционна общностна проблематика, би могло да бъде част от отговора.

За това са необходими и обща политическа воля, и съвременно разбиране от конституционните съдилища за конституционната идентичност, повлияна от членството в ЕС на съответната държава, и не по-малко усилие от страна на СЕО да види и възприеме в лицето на конституционните съдилища съмишленици в установяването на единна практика по приложението на общностното право, която зачита върховенството на Конституцията в системата на действащото във всяка държава-членка право.

Благодарна съм за възможността да говоря за това пред колеги, посветили научните си търсения в тази раждаща се пред очите ни нова научна сфера на правото със съществени практически последици за общностно-политическото развитие на Европа. Такава аудитория по дефиниция е отворена за мисловни провокации. Бих била и професионално удовлетворена, ако казаното тук, включително и моите съждения, както и предложението, което правя, имат по-голяма чуваемост. Но знам, че здравословните децибели, чрез които звучи гласът на науката, са разумно ограничени. Те са достатъчни, за да бъде доловен, чул и оползотворен този глас, ако нагърбилият се с ролята на двигател на процесите, оценявайки неговата значимост, осъзнае и необходимостта да го включи в работещия механизъм на идеите и тяхната реализация в името на общото ни европейско бъдеще.

ЗАКЛЮЧИТЕЛЕН ДОКЛАД

RAPPORT DE SYNTHÈSE

*Prof. Jean-Denis MOUTON
Professeur de Nancy-Université,
Docteur Honoris Causa de l'Université
de Sofia St Clément d'Ohrid*

C'est probablement un privilège de l'âge, de clore, comme l'année dernière, ce colloque. Et comme j'estime que j'ai droit à une certaine subjectivité, j'avais décidé, mais je ne le regrette pas, non pas de faire véritablement un rapport de conclusion, mais de m'attacher à un thème qui m'intéresse depuis quelque temps, qui est le thème de l'identité constitutionnelle. Je ne le regrette pas parce que la série d'interventions a finalement abouti à mettre en avant ce thème de l'identité constitutionnelle, comme révélateur des rapports entre la Cour de Justice de l'Union Européenne et les Cours constitutionnelles nationales.

Je commencerai par évoquer l'identité constitutionnelle nationale avant de parler d'une européanisation de cette identité constitutionnelle. Evidemment, mes voisins, Constance Grewe et Joël Rideau, pourraient parler d'un double langage au niveau national avant de passer au niveau européen. J'essayerai de montrer qu'il y a aussi autre chose là-dedans que du double langage.

I.

L'identité constitutionnelle nationale, je voudrais vous le montrer, a été une préoccupation croissante des deux ordres de juridiction. Mais et cela a été dit tout à l'heure, le mouvement est parti des cours constitutionnelles nationales pour être rattrapé par la CJCE. Il est parti des cours constitutionnelles nationales car on a assisté à une revendication de plus en plus explicite de la part des juridictions constitutionnelles nationales au respect de l'identité constitutionnelle des Etats.

On pourrait lire a posteriori les différentes réserves de constitutionnalité qui ont été posées par les différentes cours constitutionnelles nationales comme tournant toutes finalement autour du respect de l'identité constitutionnelle mais je distinguerai de ce point de vue-là probablement trois phases. Dans un premier temps c'est-à-dire dans les années 1970 - Solange I, mais aussi Solange II, et puis la position de la cour constitutionnelle italienne, en 1973, et qui sera répétée en 1984, le thème de la défense de l'identité constitutionnelle apparaît implicitement mais à partir d'abord de la préoccupation des droits fondamentaux. Si je prends la décision de la cour constitutionnelle de Karlsruhe en 1974, elle dit que la loi fondamentale ne permettrait pas que soit mise en cause la structure fondamentale de la Constitution qui confère à celle-ci son identité. Donc derrière la défense des droits fondamentaux allemands il y a déjà le rattachement de celle-ci au thème de l'identité constitutionnelle allemande.

Cette position sera réitérée en 1986, lorsque la cour constitutionnelle acceptant qu'il y ait une protection équivalente des droits fondamentaux, va ajouter que la loi fondamentale n'autorise pas à aliéner l'identité de l'ordre constitutionnel de la RFA. Donc on a bien ce thème de l'identité. Si on passe à la Cour constitutionnelle italienne, elle va dire que l'art. 11 de la Constitution dont on a parlé, ne pourrait être interprété comme permettant un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel italien, donc on est bien toujours dans cette défense de l'identité.

On va passer à une deuxième phase indiscutablement avec le Traité établissant une constitution pour l'Europe. Cette deuxième phase va donner l'occasion à plusieurs cours constitutionnelles d'explicitier beaucoup plus nettement que la limite à ne pas franchir, c'est l'identité constitutionnelle. Je donnerai deux exemples : c'est le cas du Tribunal constitutionnel espagnol qui va accepter qu'une norme communautaire soit insusceptible de contrôle de constitutionnalité, mais dans la mesure où elle est compatible avec les structures constitutionnelles de base et le système de valeurs et des principes fondamentaux de l'Etat dé-

mocratique et social consacrés par la Constitution espagnole ; d'ailleurs, ce qui rend pour le Tribunal constitutionnel espagnol le Traité établissant une Constitution pour l'Europe compatible avec la Constitution, c'est que ce Traité comporte un article 1-4 qui prévoit le respect par l'Union de l'identité nationale des Etats membres. Le Conseil constitutionnel français va être probablement celui qui le plus explicitement ira dans cette voie. Il va le faire en disant que d'abord, là encore, le fait que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit explicitement la primauté du droit communautaire, du droit de l'Union, sur le droit national, n'est acceptable que parce qu'il y a un article 1-4 qui prévoit que l'Union doit respecter l'identité nationale de ses Etats membres. Et il va en profiter pour dire que l'art. 88 de la Constitution française qui entraîne une renonciation de principe à l'exercice du contrôle de constitutionnalité, le fait sauf l'hypothèse où une norme communautaire porterait atteinte à une règle et à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Donc on est bien passé à une deuxième phase dans laquelle le thème de la défense de l'identité constitutionnelle devient très explicite.

On vient probablement de passer à une troisième phase, et ce que nous a dit Jean-Paul Jacqué hier concernant la décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, la Cour constitutionnelle non seulement fait référence à la défense de l'identité constitutionnelle comme étant une limite intangible au processus d'intégration européenne mais elle va définir de manière très large ce qu'il faut entendre par identité constitutionnelle. On l'a rappelé ce matin : cela concerne la démocratie, cela concerne l'Etat social, cela concerne l'identité culturelle allemande à laquelle on rattache le droit pénal. Donc on est là face à une définition large de l'identité nationale.

Passons maintenant à la Cour de justice des communautés européennes (CJCE).

J'évoquais tout à l'heure un mot : celui de réactivité. La CJCE, en somme, s'est adaptée à cette pression exercée par les cours constitutionnelles nationales.

Et on peut aussi, à mon avis, distinguer du point de vue de la Cour de justice, trois étapes.

Première étape, d'abord une acceptation très difficile, d'admettre que les juridictions constitutionnelles puissent fixer des limites à l'absence de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire. L'arrêt de 1970 qu'on a rappelé, *Internationale Handelsgesellschaft*, et qui va être d'ailleurs lui-même à l'origine de l'arrêt *Solange I*, exprime cette première phase où pour la Cour de justice il n'est pas question d'admettre qu'il puisse y avoir des contrôles de constitutionnalité du droit communautaire.

Une deuxième phase est annoncée par l'arrêt *Nold*, en 1974, où la CJCE va admettre que le droit communautaire ne saurait comprendre des mesures qui seraient incompatibles avec les droits fondamentaux garantis par les constitutions des Etats membres. Là, on peut évoquer ce qu'une partie de la doctrine appelle une congruence structurelle. Il ne s'agit pas de reconnaître explicitement le droit pour les Etats d'invoquer leur identité constitutionnelle, il s'agit simplement d'admettre qu'également au niveau communautaire, se fondant justement sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, il y a eu une protection équivalente des droits fondamentaux.

La troisième phase est, à mon avis, marquée par l'arrêt *Oméga*, parce que là on a un choc entre la libre prestation de services et le principe de dignité humaine, mais un principe de dignité humaine qui va être interprété d'une manière particulière par l'Allemagne sur la base de sa Constitution. Et la CJCE va accepter dans cette affaire que l'Allemagne puisse avoir, en effet, une conception particulière des modalités de protection de la dignité humaine. On est rentré là probablement dans une logique d'acceptation encore implicite, certes, du respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres mais qui marque une étape. On est en train, et c'est l'objet de mes recherches actuelles de rentrer, à mon avis, dans une phase de reconnaissance explicite. Un arrêt de la CJCE le fait d'ailleurs. C'est l'arrêt Royaume-Uni qui oppose le Royaume-Uni à l'Espagne à propos de Gibraltar.

La CJCE, dans un arrêt rendu en 2006, va accepter que pour des raisons liées à sa tradition constitutionnelle, le Royaume-Uni puisse donner une interprétation de la notion de citoyenneté de l'Union qui est différente de celle des autres Etats membres. Mais d'ailleurs la Commission devant la Cour se réfère directement pour défendre la position du Royaume-Uni à l'identité nationale des Etats membres de l'Union.

Et puis, on a une série d'arrêts depuis 2006 qui est absolument remarquable en ce que, les avocats généraux, (et ils sont aujourd'hui quatre à se rallier à ce thème), justifient des solutions par le respect de l'identité constitutionnelle des Etats. Et la CJCE, si elle ne se réfère pas forcément dans sa motivation au respect de l'identité, accepte la solution qui est proposée par les avocats généraux. C'est le cas dans l'affaire *Marrosu* qui était citée tout à l'heure dans laquelle la CJCE va accepter que sur la base de la Constitution italienne, la Cour constitutionnelle italienne ait pu donner une interprétation particulière d'une directive. Ce sont les exigences constitutionnelles propres à l'Italie qui expliquent cette interprétation particulière d'une directive.

Dans une affaire qui a été jugée en 2008, qui est très intéressante, *UGT-Rioja*, où est mis en cause le fait que la Constitution espagnole autorise des communautés historiques, telles que celle du Pays basque, à fournir, à aider les entreprises par des aides qui sont beaucoup plus avantageuses que celles qui sont accordées au niveau central ; le problème qui se pose est le suivant : est-ce que de telles aides sont incompatibles avec le droit communautaire parce que ce sont des aides d'Etat illicites ou pas ? Et évidemment ce qui compte pour les apprécier c'est le terme de référence ? Si la référence est envisagée au niveau national, elles sont illicites, mais si on accepte qu'il y ait des références propres au niveau régional elle est licite. La CJCE va l'admettre, en se fondant sur les conclusions de son avocat général, madame Kokott, qui a, elle-même, fondé la solution sur le fait que l'Union doit respecter l'identité nationale de ses Etats et notamment les structures constitutionnelles propres à cet Etat.

Et puis on a l'arrêt qui a été rappelé par monsieur le juge bulgare à la CJCE, qui est l'arrêt *Michaniki*, où la CJCE, s'ap-

puyant, là aussi, sur les conclusions de l'avocat Maduro qui se référait au respect de l'identité constitutionnelle des Etats, va admettre, même si ensuite elle juge l'acte disproportionné, mais elle va admettre qu'un Etat membre puisse s'appuyer sur sa Constitution pour introduire une clause d'exclusion à une passation de marché public qui n'a pas été prévue par une directive communautaire.

Et je citerai, même si l'arrêt n'est pas encore rendu, très explicitement les conclusions de Monsieur Colomer, rendues, en juin 2009, qui sont extrêmement intéressantes parce qu'il s'agit ici de définir si un organisme autrichien qui n'est visiblement pas une juridiction, peut poser une question préjudicielle. Et voici ce que dit l'avocat général.

« En ouvrant les portes du dialogue entre les juges à ceux qui sont en marge du pouvoir judiciaire au sens stricte, la Cour admet que les Etats de l'Union sont souverains, quant à la définition de la composition et de la répartition des pouvoirs voulues par leur Constitution. Si un pays membre attribue des fonctions juridictionnelles à des organes parajudiciaires et entérine cette attribution au moment constituant, il y a là une volonté intimement liée à l'identité et à l'autonomie constitutionnelles nationales que la Cour respecte » (affaire C-205/08).

On est vraiment rentré, à mon avis, dans une logique d'acceptation par la Cour que les Etats peuvent justifier devant elle du droit au respect de leur identité constitutionnelle.

II.

Mais alors, et ce sera le deuxième temps de ma conclusion, que signifie alors cette européanisation ou cette communautarisation de l'identité constitutionnelle et quelle signification pour les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire ?

Et tout d'abord, je voudrais dire qu'en tout cas, il semble que, ce respect de l'identité constitutionnelle ne remette pas en cause frontalement le principe de primauté ; il ne le remet pas en cause, d'abord, lorsque la Cour de justice, ces dernières an-

nées, s'est retrouvée face à une opposition frontale entre la revendication du respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres et sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle un Etat ne peut pas exciper de sa structure constitutionnelle pour ne pas appliquer le droit communautaire et elle va trancher au niveau des principes, en faveur de la prévalence du respect du droit communautaire. Une série d'arrêts récents le confirment et d'ailleurs les avocats généraux dans les affaires que je viens d'évoquer prennent tous soins de rappeler ce principe. Le respect de l'identité constitutionnelle ne peut pas remettre en cause dans son principe la primauté, c'est probablement le double langage...

En tout état de cause, le problème d'une confrontation directe, comme le rappelle l'avocat Maduro dans les conclusions *Michaniki*, ne vaut que pour les règles qui font partie de ce noyau de l'identité constitutionnelle, il ne vaut évidemment pas pour l'ensemble de la Constitution. Et la Cour a pris soin de rappeler que le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales.

Atanas Semov, qui nous a parlé de la dictature hier de la CJCE, nous a donné en appui de cette dictature de velours l'exemple de l'arrêt *Tanja Kreil*, là où la CJCE affirme effectivement qu'il ne s'agit pas de remettre en cause, de s'appuyer sur l'ensemble des règles constitutionnelles nationales.

Ceci dit, la décision de Karlsruhe, de 2009, qui montre une expansion du domaine de ce qui est considéré par l'Allemagne, comme étant des règles d'importance fondamentale qui font partie de l'identité constitutionnelle, pourrait évidemment nous amener à nous interroger sur ce qu'il en sera.

Autre méthode, pour éviter le choc entre les deux, c'est la technique bien connue de l'évitement. Chaque fois que la CJCE peut faire échapper une règle à une confrontation directe entre ce qui relèverait du droit communautaire et ce qui relèverait du droit constitutionnel, elle s'appuie évidemment sur cette possibilité - l'arrêt *Grogan*, en 1991, illustre le type même d'une technique dite de l'évitement.

Et puis autre technique, il y a ce que j'appelais, la congruence structurelle. Si on admet que les droits fondamentaux aujourd'hui sont respectés de manière équivalente au niveau communautaire comme au niveau national la question d'une confrontation ne se pose plus, le conflit ne se pose plus. Il est normal que les juridictions nationales, acceptent que la CJCE, elle-même, puisse traiter de ce genre de questions puisqu'elles ont les mêmes solutions.

Mais je pense qu'on est passé à une autre dimension, de ce point de vue, et c'est une thèse que je soutiens dans plusieurs écrits récents. Je pense que l'identité constitutionnelle est en train de devenir un véritable principe d'interprétation du droit communautaire. C'est-à-dire que la CJCE admet que les Etats membres puissent donner une interprétation qui sur la base de leur Constitution va leur permettre d'interpréter de manière singulière un droit fondamental (l'arrêt *Oméga*) ; une notion aussi importante que la citoyenneté (arrêt Gibraltar) ; une notion aussi importante que la notion d'aides d'Etat (arrêt *UGT-Rioja*) ; un principe, tel que le principe d'égalité de traitement (arrêt *Michaniki*). Et peut-être, attendons l'arrêt, une notion aussi importante que la notion de juridiction susceptible de faire un recours préjudiciel. Donc, on peut admettre aujourd'hui qu'est en train d'émerger une acceptation que les Etats membres puissent sur la base de leur Constitution et de leur identité constitutionnelle interpréter d'une manière particulière des droits fondamentaux, des principes fondamentaux du droit de l'Union et ainsi éventuellement limiter par là l'exercice des libertés fondamentales du marché intérieur ou des principes gouvernant la mise en œuvre de certaines politiques communautaires. Evidemment, il ne faut pas se cacher l'éventualité d'un conflit possible. Vous avez rappelé, Madame le juge Natcheva, ce matin, que la question importante est dans ce cas-là qui joue le rôle de surveillant du surveillant, en cas de conflit, qui a le dernier mot, et là on est, encore aujourd'hui, face à une possibilité d'un clash, comme cela a été rappelé ce matin.

Pour la CJCE, s'il y a un risque d'interprétation divergente de ce qu'il faut entendre par « respect de l'identité constitu-

tionnelle », il est clair que c'est elle qui en dernière instance et conformément aux droits et objectifs fondamentaux de l'Union va interpréter si ce respect de l'identité constitutionnelle nationale est acceptable.

Il semble, que la cour de Karlsruhe, dans sa décision 2009 dit exactement l'inverse. C'est-à-dire que, certes, qu'elle renverrait à la CJCE auparavant si problème il y a, mais en fin de compte, c'est elle qui aura le dernier mot. Alors reste, éventuellement, la possibilité d'un choc qui peut être tout à fait exceptionnel, mais qui est quand même là.

III.

Et cela m'amène à mon dernier point de mon dernier point, c'est-à-dire le respect de l'identité constitutionnelle révélateur, finalement, de la construction européenne. Finalement, le fait que la CJCE ait communautarisé, ou soit en voie de communautariser le respect de l'identité constitutionnelle est évidemment ambiguë. D'un côté, elle reconnaît aux Etats membres ce droit, (et moi je parle de droit fondamental des Etats dans un livre qui va bientôt sortir chez « Bruylant », qui sera un marqueur de la construction européenne par rapport au droit international), au respect de l'identité constitutionnelle.

Et donc le fait que la CJCE soit en voie d'accepter que les Etats puissent revendiquer un droit au respect de leur identité constitutionnelle est une reconnaissance de la prégnance du phénomène étatique dans la construction européenne. Mais c'est, en même temps, une européanisation, donc un endiguement, un contrôle. Cela veut dire qu'il ne faut pas opposer l'identité européenne à l'identité nationale, pour la CJCE. Cela va dire quoi ? Cela veut dire que dorénavant l'identité européenne se compose de deux éléments : les valeurs communes qui sont rappelées par les traités successifs : démocratie, respect des droits de l'homme, des minorités, Etat de droit etc., et puis, ce que j'appellerai avec d'autres une logique de différenciation ; acceptation que l'on puisse admettre au niveau européen des principes qui sont propres aux Etats mais qui,

étant communautarisés, font eux-mêmes partie des valeurs de l'Union. C'est après tout, une concrétisation de cette grande devise que rappelle le traité de Lisbonne, dans la foulée du Traité constitutionnel : « unité dans la diversité ». Alors, évidemment, « unité dans la diversité », comment régler encore une fois institutionnellement le problème, s'il y a un choc entre les deux ? Et bien, évidemment, vous avez émis, Madame le juge, des craintes, ce matin. Il y a quand même plusieurs techniques qui permettent d'éviter un choc. Beaucoup de domaines relèvent de la règle d'unanimité des Etats. Les domaines essentiels restent de l'unanimité des Etats. Les domaines qui risquent d'être au cœur du noyau dur de l'identité constitutionnelle sont des domaines qui même dans le traité de Lisbonne, pour la plupart, restent du domaine de l'unanimité.

Deuxièmement, cela serait un de ses avantages de ce point de vue, le traité de Lisbonne donne aux parlements nationaux un droit de surveillance au titre du principe de subsidiarité qui pourrait éviter certains de ces problèmes. Et puis, il y a le système juridictionnel proprement dit, tout ce qu'on a dit, Jean-Claude Gautron, sur le développement du recours préjudiciel, ou Marie-France Tchakaloff, ce matin, c'est évidemment un des moyens de ce dialogue. Atanas, vous avez eu une vue hier très dure, en parlant de dictature. L'élargissement du recours préjudiciel « serait la marque d'une dictature de l'Union ». On peut, à l'inverse, estimer que l'élargissement du recours préjudiciel serait une marque que le dialogue sur lequel est fondé le système juridictionnel européen est amené à s'étendre à ce genre de questions relatives à l'identité constitutionnelle.

Mais je vais terminer par la partie la plus théorique. Les universitaires aiment bien faire un peu de théorie.

Derrière tout cela, je pense que le respect de l'identité constitutionnelle est un révélateur de ce qu'est l'Union européenne très profondément. C'est que il y a une dimension dont je n'ai pas parlé jusqu'à maintenant. Je n'ai parlé que d'identité constitutionnelle. Mais sachez que la CJCE s'appuie sur cette clause du respect de l'identité nationale, apparue dans le Traité de Maastricht, de 1992. Elle s'appuie aussi pour lui

donner une dimension culturelle et il y a plusieurs arrêts de la CJCE dans ce sens : cela commence avec un arrêt de 1996 - Commission contre Luxembourg ; cela vient d'être éclatant, dans un arrêt rendu en 2008, l'arrêt UTECA. La CJCE dans l'arrêt UTECA se fonde sur le respect de l'identité nationale des Etats pour admettre que l'Etat Espagnol puisse imposer aux opérateurs de cinéma et télévision l'obligation de financer la diversité linguistique et notamment de financer la langue catalane qui n'est pas la langue officielle au sens de l'UE. Cela veut dire que se rattache également au respect de l'identité nationale devant la CJCE le respect non seulement de l'identité constitutionnelle mais aussi le respect de l'identité culturelle. Et je vais terminer par cela.

C'est précisément la jonction de ces deux aspects qui me semble particulièrement intéressante dans la perspective d'une réflexion, selon laquelle, si cette tendance de la Cour se confirmait, elle jetterait un éclairage nouveau sur la construction européenne. L'identité nationale se trouvant déclinée selon ces deux aspects, on ne peut s'empêcher de penser aux caractéristiques de l'Etat-Nation.

L'historien Gellner a montré comment les Etats modernes étaient apparus par un processus de centralisation économique et de centralisation culturelle. Autrement dit, la référence par la CJCE à l'identité nationale ne fait-elle pas écho à l'anxiété des parties contractantes de préserver l'Etat-Nation face aux avancées du processus d'intégration européenne. On peut donc conclure, selon moi, qu'implicitement la CJCE reconnaît que l'UE est fondée sur l'existence politique des Etats-Nations.

Mais alors, cela m'évoque la réflexion qu'un de nos amis, juristes français, a brillamment exposé dans un ouvrage, paru en 2007, sur la théorie de la fédération, Olivier Beaud. Un des marqueurs d'une Fédération, c'est précisément, la reconnaissance pour les Etats membres qui la composent de défendre le droit à leur existence politique et à leur essence politique. Autrement dit, il me semble que ce mouvement, c'est la reconnaissance implicite que l'UE a vocation à être une Fédération, mais non pas au sens d'un Etat fédéral, mais au sens

que, à l'origine, avant que la Fédération ne soit assimilée à l'Etat fédérale, elle avait, c'est-à-dire une association d'Etats qui arrivent à combiner la souveraineté des Etats et pourtant l'appartenance à un ensemble avec une interdépendance très forte. Et c'est pourquoi, je considère que le respect de l'identité constitutionnelle des Etats, c'est peut-être du double langage, mais c'est surtout l'acceptation implicite que l'on est dans un entre-deux, un entre-deux qui remet en cause la classification binaire, trop binaire des juristes, entre, d'un côté, l'Etat fédéral et, de l'autre, une simple organisation internationale.

Il y a probablement un entre-deux qui s'appelle la Fédération. Le droit au respect de l'identité constitutionnelle est, pour moi, le marqueur de cet entre-deux et je pense personnellement et là peut-être que Jean-Paul Jacqué s'écartera de moi, que cet entre-deux est durable, car dans la région du monde qui a vu la naissance des Etats-Nations, il me semble très difficile que ceux-ci puissent, eux-mêmes, un jour, constituer un Etat-Nation.

Международна конференция
ВЗАИМООТНОШЕНИЯТА МЕЖДУ
НАЦИОНАЛНИЯ СЪД И СЪДА НА ЕО
Под патронажа на Министър-председателя на Република
България и Посланика на Френската република
и със специалното домакинство на хотел
С подкрепата на



ПРОГРАМА

Първо заседание

Председател: проф. Тенчо Колев, Декан на ЮФ

Официално откриване

Проф. Тенчо КОЛЕВ, Декан на Юридическия факултет на Софийския университет „Свети Климент Охридски“

Проф. Иван ИЛЧЕВ, Ректор на Софийския университет „Свети Климент Охридски“

Г-жа Маргарита ПОПОВА, Министъра на правосъдието на Република България

Н. пр. Етиен ДЪО ПОНСЕН, Извънреден и пълномощен посланик на Френската република в България

Г-н Константин ПЕНЧЕВ, Председател на Върховния административен съд на Република България

Г-н Димитър ПЕНКОВ, Директор на Института по публична администрация

Встъпителни доклади

Д-р Атанас СЕМОВ, Заместник председател на Народното събрание на Република България, Ръководител на международната магистърска програма „Право на ЕС“ на Софийския университет, Изпълнителен директор на Центъра по Европейско и сравнително право за Югоизточна Европа

Нежната диктатура на CEO

Проф. Жан-Пол ЖАКЕ, Почетен генерален директор в Съвета на Европейския съюз, Почетен професор на Университета на Страсбург,

Droit constitutionnel et droit communautaire : une vision générale

I ЧАСТ. СЕО И НАЦИОНАЛНИТЕ СЪДИЛИЩА

Проф. Жан-Клод ГОТРОН, Почетен професор на Университета „Монтескьо“ Бордо, Франция, Почетен председател на Асоциацията за изучаване на Европейските общности

Преюдициалното запитване – традиции и нововъведения

Проф. Яник ДАВИД, Висш католически институт, Ла-Рош-сюр-Йон, Франция

Съдебната власт в Лисабонска Европа – СЕО и европейската прокуратура

Христо ХРИСТО, Институт по Европейско право, България

Сътрудничеството между СЕО и националните съдилища в материята на наказателното и наказателнопроцесуалното право

Второ заседание

Председател: проф. Мари-Франс КРИСТОФ-ЧАКАЛОВ, Университет Париж-І „Пантеон-Сорбона“

Доц. Иван БОЕВ, Университет на Страсбург, Франция

Правата на човека в сътрудничеството между националния съдия и съда в Люксембург

Проф. Стефан ВИКЕРТ, Свободен университет в Брюксел, Белгия

Развитието на европейско административно право – влиянието на практиката на СЕО за принципите на административното право в държавите-членки

Проф. Алфред КЕЛЕРМАН, Главен секретар на Асер Институт – Хага, Холандия

Правата на гражданите на страни извън ЕС съгласно Споразуменията за асоцииране

Д-р Диана ОЛАР, преподавател по Европейско право в Университета „Бабеш-Боляй“, Клуж-Напока, Румъния

PETROM Case

Евгения НЕДЯЛКОВА, адвокат, Софийска адвокатска колегия, България

Практиката на българския съд по отношение принципа на примата – критичен поглед

II ЧАСТ. СЕО И КОНСТИТУЦИОННИТЕ СЪДИЛИЩА

Трето заседание.

Председател: доц. Юлия Захариева, ЮФ на СУ

Г-н Георге АРЕСТИС, Съдия в СЕО, Кипър

Общностната юрисдикция и някои национални съдилища

Г-н Александър АРАБАДЖИЕВ, Съдия в СЕО, България

Конституционният съдия и СЕО

Проф. Жоел РИДО, Университет София-Антиполис, Ница, Франция и **проф. Констанс ГРЕВ**, Университет в Страсбург

Двойната европейска лексика на конституционните съдилища на държавите-членки

Проф. Евгени ТАНЧЕВ, Съдия в Конституционния съд, България

Видове конституционен контрол

Проф. Мари-Франс КРИСТОФ-ЧАКАЛОФ, Университет Париж-І „Пантеон-Сорбона“, Франция

Конституционният съдия и преюдициалното запитване

Проф. Снежана НАЧЕВА, Съдия в Конституционния съд, България

Общностната юрисдикция и националните конституционни юрисдикции

Димитър Стефанов, реферандер в Първоинстанционния съд на ЕО, България

Проблеми на функционирането на Първоинстанционния съд

Заклучителен доклад

Проф. Жан-Дени МУТОН, Европейски университетски център – Нанси, Франция, Почетен доктор на Софийския университет



Проф. Анелия Мингова – представляващ Висшия съдебен съвет, Константин Пенчев – председател на ВАС, Маргарита Попова – Министър на правосъдието, д-р Атанас Семов – Заместник-председател на Народното събрание, проф. Тенчо Колев – Декан на Юридическия факултет на СУ, проф. Иван Илчев – Ректор на СУ, н. пр. Етиен дьо Понсен – посланик на Франция

Проф. Жан-Пол Жаке – Почетен генерален директор на Правната служба на Съвета на ЕС, проф. Мари-Франс Кристоф-Чакалов – Директор на Центъра за продължаващо обучение на Сорбоната, проф. Жан-Дени Мутон – Нанси, Франция, проф. Алфред Келерман – Асер Институт, Холандия



Анна Караиванова – Началник на Инспектората при Висшия съдебен съвет, проф. Димитър Токушев – конституционен съдия, Мая Кипринска – член на ВСС, влясно: Проф. Стефан Уикарт – Брюкселски свободен университет, Белгия

Проф. Жан-Дени Мутон, народните представители Дарин Матов, Кристияна Петрова и Бисерка Петрова и доц. Мария Шишиньова – заместник-ректор на СУ





Проф. Констанс Грев – Страсбург, Франция, конституционен съдия в Босна и Херцеговина и проф. Жоел Ридо – Ница, Франция

Адв. Маргарита Манолова, проф. Мутон и проф. Жан-Клод Готрон – Бордо, Франция





Атанас Семов разговаря с министър Маргарита Попова,
заместник-министъра на правосъдието Даниела Машева и съдия Вера Кънева

Съдиите Слава Гьошева и Калин Баталски
и много други магистрати в препълнената зала на хотел „Метрополитан“



СЪДЪРЖАНИЕ

ОФИЦИАЛНО ОТКРИВАНЕ

Встъпителни думи на проф. д-р Тенчо Колев,
Декан на Юридическия факултет
на Софийския университет „Свети Климент Охридски“ / 7

Приветствие на
проф. дин Иван Илчев,
Ректор на Софийския университет „Свети Климент Охридски“ / 9

Маргарита Попова,
Министър на правосъдието / 11

Son Excellence Etienne de Poncins
Ambassadeur de la République française / 15

Н. Пр. Етиен дьо Понсен,
Посланик на Френската република / 18

Константин Пенчев,
Председател на Върховния административен съд / 21

Димитър Пенков,
Директор на Института по публична администрация / 23

ВСТЪПИТЕЛНИ ДОКЛАДИ

Нежната диктатура да CEO
Националните съдилища – безценният „необходим грешник“
Д-р Атанас СЕМОВ / 27

Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques
Jean Paul Jacqué / 59

ПЪРВА ЧАСТ

CEO И НАЦИОНАЛНИТЕ СЪДИЛИЩА

The interplay between Community and national jurisdictions
George Arestis / 111

Le renvoi préjudiciel. Changements et continuité
Jean-Claude Gautron / 123

The Role of the Court of the European Union within the System of Legal Protection provided for by the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union
Heribert Franz Koeck / 143

**Правата на човека в сътрудничеството между националния съдия
и съда в Люксембург**

Доц. Иван Боев / 167

**La Cour de Justice des Communautés européennes et le développement
d'un droit administratif européen**

Prof. Dr. S. Wyckaert / 175

ПЪРВА ЧАСТ

СЕО и КОНСТИТУЦИОННИТЕ СЪДИЛИЩА

Le Double Langage Européen Des Cours Constitutionnelles

Constance GREWE, Joël RIDEAU / 187

**Les juges constitutionnels et l'identité constitutionnelle: la transforma-
tion du renvoi préjudiciel communautaire**

par Marie –France Christophe Tchakaloff / 225

**Общностната юрисдикция и националните конституционни
юрисдикции (съждения, мотивирали едно рационално
предложение)**

Проф. д-р Снежана Начева / 239

ЗАКЛЮЧИТЕЛЕН ДОКЛАД

Rapport de synthèse

Prof. Jean-Denis Mouton / 259