

LE CONTRÔLE DE « COMMUNAUTARIÉTÉ » DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE REALISÉ PAR LE JUGE NATIONAL ET SES CONSÉQUENCES SUR LE SYSTÈME CONSTITUTIONNEL

Prof. dr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Université Complutense – Madrid
Docteur honoris causa de l'Université de Messine (Italie)

1.- L'ordre juridique communautaire. Ses principes structurels.

I. Dans sa célèbre sentence *Van Gend & Loos* (5 février 1963), la Cour de justice des Communautés européennes considérait que la Communauté constituait « un nouvel ordre juridique de Droit international (...) dont les sujets sont, non seulement les Etats membres, mais aussi leurs nationaux ». Par conséquent, ainsi, le Droit communautaire, autonome par rapport à la législation des Etats membres, « de même qu'il crée des obligations à la charge des particuliers, est également destiné à engendrer des droits qui s'incorporent à son patrimoine juridique ». Cela impliquait la reconnaissance que l'ordre juridique communautaire était appelé à établir des relations juridiques non seulement entre l'Etat et ses citoyens, mais aussi de ces derniers entre eux.

Dans une autre sentence non moins connue, celle dictée dans l'affaire *Flaminio Costa contre ENEL* (Ente Nazionale de Energia Elettrica) (15 juillet 1964), la Cour indiquait qu'« à la différence des Traités internationaux ordinaires, le Traité de la Communauté économique européenne créa un ordre juridique propre, intégré dans le système juridique des Etats membres (...) qui lie ses organes juridictionnels ».

En remplaçant par la qualification « ordre juridique propre » l'expression « nouvel ordre juridique de Droit international » qu'emploierait initialement la Cour, cette dernière, comme l'indiquait Guy Isaac, voulait marquer tout particulièrement l'autonomie de l'ordre juridique communautaire en rapport avec l'ordre juridique international et souligner le degré avancé de centralisation dans la création de normes, et aussi, très probablement, comme allait le dire Paul Craig, permettre la position juridique différente des individus à l'égard du Droit communautaire, car dans le cadre du Droit international public, tout au moins il y a plusieurs années, les individus n'acquerraient pas des droits même pas lorsqu'ils étaient manifestement les bénéficiaires des normes établies dans un Traité international, situation bien différente de celle émanant du Droit communautaire.

En définitive, le Droit communautaire, en plus d'être un ordre juridique autonome, ayant son propre système de production normative, possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique interne des Etats membres, née de sa propre nature, qui se manifeste dans les deux principes qui articulent les relations entre le Droit communautaire et les Droits nationaux: 1) le principe d'effet direct ou d'applicabilité immédiate, et 2) le principe de primauté.

II. La Cour a consacré pour la première fois l'efficacité directe dans la Sentence citée précédemment *Van Gend & Loos*, et il l'a fait en objectivant au maximum la volonté des parties contractantes, qu'il a considéré comme prétendant impliquer non seulement les gouvernements respectifs mais aussi les citoyens à travers la recherche d'une union de plus en plus étroite entre les peuples. Dans ses fondements la Sentence a recouru à l'art. 177 du Traité constitutif de la Communauté signé à Rome en 1957, qui pose la question préjudicielle, « dont le but consiste à garantir l'unité d'interprétation du Traité par les organes juridictionnels nationaux », ce qui venait confirmer que « les Etats ont reconnu au Droit communautaire une efficacité susceptible d'être invoquée par leurs nationaux auprès de ces organes ».

Dans sa Sentence *Franz Grad* (6 octobre 1970), la Cour étendrait l'efficacité directe aux Décisions, car « bien que les effets d'une Décision puissent ne pas être identiques à ceux d'un Règlement, cette différence n'exclut pas que le résultat final soit le même que celui d'un Règlement directement applicable: la possibilité que les justiciables les invoquent auprès de leurs propres organes juridictionnels ».

Quatre ans plus tard, dans la Sentence *Van Duyn* (4 décembre 1974), la Cour a admise que les Directives, la source la plus caractéristique du Droit communautaire, pouvaient contenir des préceptes qui conférerait aux particuliers des droits alléguables auprès des Tribunaux d'un Etat membre et que ces derniers devaient protéger. Il est bien vrai que le Tribunal de Justice a maintenu jusqu'à présent que les Directives n'ont qu'un effet direct vertical. Autrement dit, tandis que les normes des Traités et des Règlements octroient aux individus des droits qui peuvent être utilisés aussi bien vis-à-vis de l'Etat (effet vertical direct) que des particuliers (effet horizontal direct ou effet direct *inter privatos*), les Directives n'ont qu'un effet direct vertical, comme le dirait le Tribunal, entre autres dans l'affaire *Marshall versus Southampton* (Sentence du 26 février 1986), ce qui n'empêche pas que ce soit une doctrine certainement discutable.

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour est venue exiger aux Directives un ensemble de critères auxquels il y a lieu de prêter attention pour ce qui est du fait que la norme communautaire aurait cet effet direct, notamment: que les dispositions, du point de vue de leur contenu, soient inconditionnelles et suffisamment précises (Sentence *Becker*, du 19 janvier 1982), qu'elles soient claires et précises (Sentence *Lück*, du 4 avril 1968), et qu'elles soient complètes et juridiquement parfaites (Sentence *Molkerei Zentrale*, du 3 avril 1968).

Il semble donc évident, compte tenu de tout ce qui a été précédemment exposé, que l'effet direct du Droit communautaire est la conséquence inexcusable de sa prétention d'uniformité dans l'ensemble du territoire de la Communauté (actuellement Union) et de son même but d'intégration.

III. Quant à la primauté du Droit communautaire, elle veut dire, inutile de dire, que ses normes ont une préférence sur celles du Droit national, de manière qu'en cas de collision ou de conflit entre les unes et les autres, ce sont les normes communautaires qui doivent prévaloir, quel que soit le rang des normes internes, et indépendamment du fait qu'elles aient été approuvées par la suite, c'est-à-dire, en marge de tout critère de rang ou de temps.

La primauté du Droit communautaire émane de manière immédiate de son propre effet direct; il est évident que ce dernier serait sérieusement affecté si les normes communautaires pouvaient se trouver déplacées par d'autres de Droit interne contraires aux normes communautaires. Par conséquent, la primauté est la résultante logique de l'effet direct.

Déjà dans sa Sentence *Flaminio Costa* (1964), la Cour en est venue à établir ce principe sur la base, entre autres, de ces deux arguments incontestables: a) que lors de l'institution d'une Communauté de durée illimitée, dotée d'Institutions propres, de personnalité, de capacité juridique et de pouvoirs réels dérivés d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ces derniers ont limité leur souveraineté dans des matières spécifiques, sans la possibilité de qu'un acte étatique, et pour cela unilatéral, ultérieur incompatible avec le concept de Communauté puisse-t-il de prévaloir face à cette limitation, et b) que la force d'obliger du Droit communautaire ne peut pas varier d'un Etat à l'autre, sans que soit mise en danger la réalisation des objectifs du Traité et sans causer de discrimination contraire à ce dernier.

En vertu du principe de primauté, comme allait le dire la Cour de justice dans l'affaire *Simmenthal* (Sentence du 9 mars 1978), « les dispositions du Traité et les actes des Institutions directement applicables ont pour effet dans leurs relations avec le Droit interne des Etats membres, non seulement de rendre non applicable *de iure*, par le fait même de sa entrée en vigueur, toute disposition de la législation nationale existante qui serait contraire au Droit communautaire ci-dessus, mais aussi, d'empêcher la formation valide de nouveaux actes

législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec les normes communautaires. »

IV. Il existe un problème particulier et différent suscité par la relation complexe entre le Droit communautaire et l'ordre juridique constitutionnel des Etats membres, dont la force normative supérieure, en règle générale, est défendue par d'importants secteurs de la doctrine, ainsi que par les Tribunaux constitutionnels ou par les organes juridictionnels nationaux suprêmes. Ainsi, Jorge Miranda, dans ce sens, a soutenu qu'« uma coisa vem a ser, porém, a conveniência ou a necessidade de adequação da ordem jurídica interna, incluindo a Constituição, à ordem jurídica comunitária; outra coisa, proclamar um princípio de primado de normas provenientes das instituições comunitárias sobre as normas constitucionais. Afirmar tal primado é logicamente absurdo ». Du reste, comme le dirait Alonso García, une chose est que le paramètre de validité du Droit communautaire dérivé doit être le propre ordre juridique communautaire – et non les ordres juridiques nationaux –, avec les Traités constitutifs au sommet, et une autre chose bien différente est que ces derniers soient imposés face à leur raison d'être, qui n'est rien d'autre que la cession de souveraineté opérée par les Etats membres à l'abri de leurs Constitutions respectives.

Très significatif à cet égard est le cas du Tribunal constitutionnel espagnol, dont la position pourrait être condensée dans sa considération que l'infraction du Droit communautaire par des normes étatiques ou autonomes (provenant des *Comunidades Autónomas*) postérieures n'implique pas un litige constitutionnel, mais il s'agit seulement d'un conflit de normes infraconstitutionnelles qui doit se résoudre par la juridiction ordinaire, et non au siège constitutionnel. Cette affirmation allait se heurter frontalement avec la jurisprudence de la Cour de justice, pour laquelle la primauté du Droit communautaire ne peut se heurter à aucun obstacle juridique, pas même à caractère constitutionnel.

Quelques positions jurisprudentielles, qui nous semblent probablement plus raisonnables, ont-elles identifié une sorte de « noyau matériel dur » dans les ordres juridiques constitutionnels respectifs trouvant leur base ultime dans l'axiologie constitutionnelle et dans les droits dérivant de cet ordre de valeurs. Dans ces cadres, les ordres juridiques constitutionnels prévaudraient en tous cas et les juridictions constitutionnelles respectives pourraient toujours assumer leur sauvegarde ultime. Ainsi, la *Corte Costituzionale* italienne, déjà dans sa Sentence numéro 183/1973, a indiqué que dans le cas, très improbable et plus bien académique comme l'affirme à juste titre Mannino, où une norme communautaire violerait des principes fondamentaux de l'ordre juridique italien ou les droits inaliénables de la personne humaine, la garantie du contrôle juridictionnel de constitutionnalité sur la compatibilité du Droit communautaire avec ces principes ou droits serait toujours assurée par la Cour même.

La position du *BVerfG* allemand a été très semblable pendant assez longtemps. Le *BVerfG* a parlé d'un standard minimum de droits équivalent à celui de la *Grundgesetz*, que doit être inexcusablement respecté dans le cas où des droits de souveraineté sont transmis à des organisations internationales; la clause de protection juridictionnelle prévue par l'art. 19.4 *GG* allait être particulièrement importante à cet effet. Cependant, de sa jurisprudence se dégage l'idée que le *BVerfG* n'a jamais exigé que le système de protection judiciaire contre des résolutions d'une organisation internationale devrait correspondre exactement à celui prévu par l'ordre juridique de la République fédérale allemande, car cela pourrait mener, entre autres conséquences, à l'impossibilité que l'Etat allemand conclurait des traités internationaux.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas nous cacher que nous nous trouvons devant une problématique plus théorique et spéculative que réelle. S'il en a toujours été ainsi, cela l'est encore bien plus à notre époque pendant laquelle l'Union a déjà une Charte propre de Droits fondamentaux. Pour le reste, l'Union européenne, et en particulier la Cour de justice, a extraite sa jurisprudence relative aux droits des traditions constitutionnelles communes des Etats membres. Ainsi, d'une certaine manière, l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux ont une pleine harmonie dans ces domaines matériels, même ils sont complémentaires.

En ce qui concerne l'Espagne, et en rapport avec le Droit communautaire originaire, Sánchez Rodríguez a pu dire qu'il est l'objet d'une présomption de constitutionnalité extraordinairement forte, entre autres causes, parce que son dernier support constitutionnel se trouve dans l'art. 93 de notre Charte suprême, et ce professeur est dans le vrai. Quant au Droit dérivé, après ce qui vient d'être dit, il nous semble qu'il n'y a aucune raison de penser à sa contradiction avec notre ordre juridique constitutionnel ni, en général, avec aucun autre ordre juridique national. Pour le reste, la prévision de l'article I-5 du Traité par lequel est établie une Constitution pour l'Europe, est très bien significative. Selon l'article I-5, numéro 1: « L'Union respectera l'égalité des Etats membres devant la Constitution, ainsi que son identité nationale, inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles de ces derniers, également pour ce qui est de l'autonomie locale et régionale. » L'obtention de ces buts, qui ne sont nullement nouveaux dans l'Union, requiert d'une interprétation intégrative au plus haut niveau juridictionnel, c'est-à-dire d'une interprétation *pro constitutione* des Traités par la Cour du Luxembourg et d'une interprétation *pro communitate* des Constitutions de la part des Tribunaux constitutionnels respectifs ou organes juridictionnels suprêmes des Etats.

2. Le contrôle de « communautariété » de l'ordre juridique interne effectué par les Juges nationaux. Ses conséquences sur le propre système constitutionnel.

I. La doctrine de la Cour de justice sur la primauté du Droit communautaire a pour destinataires originaires les Juges nationaux. Cela ne deviendra cependant pas manifeste dans la jurisprudence de la Cour du Luxembourg, mais pas avant la deuxième Sentence dictée dans l'affaire *Simmenthal*, en mars 1978.

Évidemment, certains entendent que strictement parlant le principe de primauté ne prédéterminerait pas par lui-même quel devrait être le mécanisme juridictionnel pour faire face à la loi nationale contraire au Droit communautaire. C'est le cas de Ferreres en Espagne.

Cependant, à notre avis, le fait que la Communauté, Union actuellement, soit circonscrite essentiellement à la création juridique, dans le sens de l'élaboration de normes générales et abstraites, en liaison, d'une manière totalement cohérente avec cela, avec le caractère essentiellement décentralisé de l'exécution administrative du Droit communautaire et de son contrôle juridictionnel, ferait que soit un peu moins qu'inexcusable la collaboration des Juges nationaux, avec leur rôle de premier plan subséquent dans ce que nous pourrions très bien appeler « contrôle de communautariété », et plus encore si l'on tient compte du fait que le Tribunal de Justice ne dispose que d'une compétence limitée à la connaissance des matières que les Traités constitutifs lui confèrent expressément.

Et si l'on rajoute à tout cela que le Droit communautaire –comme nous l'avons déjà dit, et c'est d'ailleurs une doctrine réitérée de la Cour –, intégré dans les systèmes juridiques des Etats membres, crée des droits qui s'inscrivent dans le domaine du patrimoine juridique des particuliers, avec la conséquence logique que ce Droit puisse être invoqué par les citoyens européens, la conclusion est manifeste: le Juge communautaire de droit commun est le Juge national.

Déjà dans ses premières Sentences, la Cour de justice avait soulignée, tout au moins implicitement, quelle devait être la fonction du Juge national en tant que Juge communautaire ; ainsi, en soulignant (dans la Sentence *Commission contre la France*, du 4 avril 1974) le fait que les autorités internes avaient l'obligation de protéger les droits engendrés par l'ordre juridique communautaire en faveur des citoyens.

Et c'était néanmoins dans la Sentence de l'affaire *Simmenthal* mentionnée précédemment que la Cour allait extraire du jeu combiné du principe de primauté et de l'effet direct des conséquences qui, comme le dit Ruiz-Jarabo, on emportent beaucoup plus loin que celles qui allaient émaner seulement du premier de ces principes; en effet, après la Sentence *Simmenthal*, les normes communautaires reçoivent *ipso iure* le statut de Droit positif dans l'ordre juridique interne des pays membres. En raison de sa supériorité dans la hiérarchie normative, c'est le Juge national

qui doit les appliquer, en dépit de l'existence de toute autre norme interne contraire. Cette doctrine allait avoir une transcendance énorme.

II. Rappelons les hypothèses de fait de cette affaire. Depuis 1973 la société italienne Simmenthal importait de la viande bovine de France et payait des droits d'inspection sanitaire que l'Administration lui exigeait en vertu d'une Loi de 1934 modifiée en 1970. La société avait fait appel auprès du *Pretore* de Susa du fait de comprendre qu'elle n'avait pas d'obligation de payer ces droits dans la mesure où ces derniers impliquaient un obstacle à la libre circulation de marchandises, contraire au Droit communautaire.

La question préjudicielle soulevée par le *Pretore* de Susa donna lieu à la Sentence du 15 décembre 1976, dans laquelle la Cour considérait que les droits d'inspection sanitaire perçus à la frontière par l'Administration italienne étaient des mesures équivalentes à des « restrictions quantitatives à l'importation », interdites par l'art. 30 du Traité de Rome. Par conséquent, le *Pretore* prononça une décision comminatoire en ordonnant à l'« Amministrazione delle Finanze dello Stato » le remboursement des droits non dûment perçus, en plus des intérêts.

L'« Amministrazione delle Finanze » s'opposa et au vu des arguments allégués par les parties au cours de la procédure qui suivit cette opposition, le *Pretore* constata l'existence d'une contradiction entre certaines normes communautaires et une Loi nationale postérieure, la Loi n° 1239/1970 mentionnée. Et bien qu'à ce moment-là une jurisprudence réitérée de la *Corte Costituzionale* (ainsi, les Arrêts 205/1975 et 232/1975) tendait vers une solution de ces problèmes reposant, avec à l'appui l'art. 11 de la Constitution, sur la saisine de la propre *Corte Costituzionale* par l'intermédiaire d'une question d'inconstitutionnalité sur la Loi controversée, doctrine qui brisa, comme nous le verrons par la suite, le très important Arrêt de la propre *Corte* n° 170/1984 (affaire *Granital*), le *Pretore* opta pour saisir la Cour de Luxembourg, en soulevant une nouvelle question préjudicielle, dans le sens de savoir si l'art. 189 du Traité constitutif et la jurisprudence sur l'effet direct et la primauté du Droit communautaire qui en dérivent, signifiaient que les éventuelles dispositions nationales postérieures contraires devaient être considérées *de iure* comme étant inapplicables.

La réponse de la Cour de justice dans sa deuxième Sentence de l'affaire *Simmenthal* (9 mars 1978) fut catégorique et inéquivoque: « Le Juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du Droit communautaire, a l'obligation de garantir la pleine efficacité de ces normes en laissant, le cas échéant, non appliquées, par sa propre initiative, toutes dispositions contraires de la législation nationale, même si elles étaient postérieures, sans devoir demander ou attendre la dérogation préalable de ces dernières par voie législative ou à travers toute autre procédure constitutionnelle ».

La non-application est donc la solution que doit adopter le Juge national face aux normes internes contraires au Droit communautaire. En principe, cette solution est appliquée indépendamment du fait que la norme de l'Etat soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la norme européenne à laquelle elle s'oppose. Cependant, les choses étant ainsi, dans la même Sentence, comme nous l'avons indiqué précédemment, la Cour de justice semble suggérer une solution plus draconienne à l'égard des normes internes postérieures, en indiquant que la primauté produit l'effet d'« empêcher la formation valide de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec les normes communautaires » évidemment antérieures. Cette précision semble être orientée vers une absence radicale d'efficacité juridique de la part de ces normes du Droit interne.

III. L'énorme impact de cette doctrine dans l'ordre constitutionnel des Etats membres a été souligné à l'unanimité par tous les auteurs qui se sont penchés sur la question. On peut ainsi

parler d'une modification de facto des systèmes constitutionnels nationaux, qui allait être donnée par celle que Theo Öhlinger appelle l'« américanisation structurelle du Droit européen continental », qui est la résultante du changement du rôle des tribunaux, qui se transforment d'organes d'application du Droit créé par le Parlement, du Droit légal, en des organes de révision, de fiscalisation de ce dernier. Ainsi, la mise sur le même pied d'égalité traditionnelle eurocontinentale entre le Droit et la loi, même si elle est discutable à partir d'une optique théorico-juridique, cesse d'être valable également du point de vue pragmatique.

Pour le reste, cette conception du « contrôle de communautariété » a un fort impact sur les hypothèses mêmes sur lesquelles repose le « contrôle de constitutionnalité » dans les systèmes où ce contrôle est concentré sur un organe unique, en Europe, bien que pour donner un exemple contradictoire, pas dans beaucoup de pays d'Amérique latine, normalement, un Tribunal constitutionnel. Nous trouvons ici un nouvel argument sur lequel on peut faire reposer la thèse, que nous avons défendu autre part, selon laquelle il est inexcusable d'abandonner la traditionnelle opposition paradigmatique utilisée depuis plusieurs décennies pour l'étude comparée des différents systèmes de justice constitutionnelle, qui est appuyée, comme tout le monde le sait, sur la bipolarité système américain/système euro-kelsenien, ou, plus improprement, sur l'opposition système diffus/système concentré.

Certes, il serait possible de défendre la thèse selon laquelle le « contrôle de communautariété » est également, dans une large mesure, un contrôle concentré, dans la mesure où il existe dans le Droit communautaire un instrument analogue à l'institut de procédure de la *pregiudizialità*, connu en Espagne sous l'appellation de la question d'inconstitutionnalité, et que nous trouvons, sous un nom ou autre, entre autres pays, en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Italie, en Pologne, en République tchèque, en République slovaque ou en Espagne. Cet instrument procédural communautaire serait logiquement la question préjudicielle, initialement prévue par l'art. 177 du Traité de Rome, plus tard par l'art. 234 du Traité de la Communauté européenne, avec les modifications qui y ont été introduites par le Traité d'Amsterdam, et, en vue de l'avenir, par les articles I-29 et III-369 de la Constitution européenne.

Etant donné que nous allons nous occuper par la suite de la question préjudicielle, nous nous limiterons maintenant à indiquer à cet égard que bien qu'il soit évident que la question préjudicielle est une technique centralisatrice qui tend à concentrer dans la Cour de justice le « contrôle de communautariété », les différences que cette technique nous montre par rapport à la question d'inconstitutionnalité sont plus que remarquables. Pensons seulement à l'une des différentes divergences que l'on peut apprécier: tandis que les Tribunaux constitutionnels, en général, se prononcent sur la question de savoir si la loi de l'Etat est contraire à la Constitution, exception faite de certains types particulières de sentences comme par exemple les interprétatives, la Cour du Luxembourg se limite à se prononcer sur la manière dont on doit interpréter le Droit communautaire, en ayant entendu, tout au long d'une jurisprudence dilatée, que la vérification de la compatibilité d'une législation nationale avec le Droit communautaire impliquerait autant qu'une application de ce dernier, tâche réservée au Juge national, raison pour laquelle la Cour de justice considère qu'elle doit se limiter à fournir les éléments d'appréciation nécessaires pour lui éclaircir le sens et la portée des normes qui l'intègrent. Cela se traduit, comme le dit Ruiz-Jarabo, par le fait que les Juges nationaux sont souverains dans leur ordre juridique quant à la réalisation du Droit communautaire. De ce qui précède, à notre avis, on déduit une différence plus que notable entre les deux instituts procéduraux auxquels nous nous sommes référés.

Pour le reste, le « contrôle de communautariété » effectué par les Juges nationaux peut être fourni comme un argument supplémentaire à plusieurs autres qui révèlent le glissement progressif du contrôle de constitutionnalité de la loi au contrôle effectué à l'occasion de son application, caractéristique tendancielle qui à son tour est étroitement liée au rôle principal de plus en plus grand d'une juridiction constitutionnelle de la liberté, en parfaite cohérence avec le

lieu réel de privilège, avec la centralité, que les droits et les libertés occupent dans les codes constitutionnels de notre époque.

IV. Le « contrôle de communautariété » confié aux Juges nationaux a provoqué d'autre part, comme le rappelle Ruiz-Jarabo, ce qui a été appelé « la rébellion des Juges inférieurs contre leurs supérieurs », car, conscient du fait que les décisions des Tribunaux de dernière instance ne permettraient pas d'assurer pleinement l'application intégrale du Droit communautaire dans l'ordre juridique interne, la Cour de justice invite « tout Juge national compétent » à ne pas appliquer « par sa propre autorité » toute loi de l'Etat, même postérieure, incompatible avec le Droit communautaire.

Cela a été lié à le renforcement progressif du caractère communautaire du titre habilitant de l'exercice de compétences juridictionnelles par les juges nationaux. Cette circonstance trouve sa raison d'être dans le fait que les Juges nationaux ont l'obligation logique d'exercer leur fonction juridictionnelle dans le cadre réglementé par la législation procédurale de l'Etat même, ce qui peut parfois arriver à conditionner la plénitude d'efficacité du Droit communautaire. Dans une telle situation, l'accentuation de la « communautariété » du titre peut contribuer à surmonter les conditionnements mentionnés. Un bon exemple de cela est constitué par la doctrine établie par la Cour de justice dans l'affaire *Marguerite Johnston versus Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* – autorité compétente pour la nomination des membres auxiliaires des forces de police d'Irlande du Nord – (Sentence du 15 mai 1986). Selon le Tribunal, la Directive 76/207, dont l'art. 1 prévoit l'application du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes pour ce qui est l'accès à l'emploi, oblige les Etats membres à introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour que toute personne qui se considère lésée par une discrimination « puisse faire valoir ses droits par voie juridictionnelle » (art. 6 de la Directive). Cette norme étant interprétée à la lumière de ce principe de contrôle juridictionnel, principe fondamental dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, la Cour de justice entend que « toutes les personnes ont le droit de saisir d'une manière effective à l'organe juridictionnel compétent à l'égard de ces actes allant, à leur avis, contre l'égalité de traitement entre hommes et femmes » prévue par la Directive mentionnée précédemment. On peut donc parler, à notre avis, d'un droit communautaire à la tutelle judiciaire effective, qu'on nous présenterait comme l'expression d'un principe général du Droit communautaire émanant des traditions constitutionnelles communes des Etats membres.

Cette doctrine s'avèrerait remarquablement renforcée par l'importante Sentence rendue dans l'affaire *Factortame* (Sentence du 19 juin 1990), dans laquelle la Cour du Luxembourg allait interpréter qu'« il incombe aux organes juridictionnels nationaux, en vertu du principe de coopération établi par l'art. 5 du Traité, fournir la protection juridique qui est dérivée pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du Droit communautaire ».

En définitive, la doctrine exposée corrobore parfaitement tout ce qui a été dit précédemment: les Tribunaux nationaux ont une juridiction générale sur les affaires de Droit communautaire. Et plus encore, comme l'affirme Paul Craig, il a été démontré que le rôle joué par les Tribunaux nationaux a été inestimable pour la Cour du Luxembourg. L'application des précédents existants de la part des Tribunaux nationaux non seulement a allégé la charge de travail de la Cour de justice, mais, ce qui est encore plus important, a amélioré l'exécution du Droit communautaire. En raison de tout cela, il n'est guère aventureux de dire que le système global de justice au sein de l'Union européenne pourrait ne pas avoir fonctionné comme il l'a fait si ce rôle d'applicateurs de l'ordre juridique communautaire par propre droit n'avait pas été accordé aux Juges nationaux.

Le dédoublement du Juge national, qui est, à l'unisson, Juge interne et Juge communautaire de droit commun, ne cesse de susciter un paradoxe, qui provient du fait que tout citoyen peut s'adresser au Juge, en tant que membre du complexe organique du Pouvoir judiciaire de l'Etat, avec la prétention de ne pas appliquer des normes de ce même Etat, duquel il reçoit son

propre pouvoir juridictionnel, ce qui pose des difficultés qui ne peuvent être surmontées qu'à partir de la vocation intégratrice que présente le Droit communautaire.

3. La question préjudicielle . Sa fonction dans le Droit communautaire.

L'application largement décentralisée du Droit communautaire est la dernière *ratio* à laquelle répond l'institution procédural de la question préjudicielle consacrée par l'art. 177 du Traité de Rome, en vertu duquel la Cour de justice sera compétent pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation du présent Traité; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté, et c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Dans une Communauté essentiellement législative comme l'était la Communauté économique européenne, avec un système d'application de son ordre juridique effectué par les organes juridictionnels nationaux, et pour la même raison remarquablement décentralisé, l'importance de sauvegarder un Droit uniforme dans l'ensemble de son territoire devenait consubstantiel à l'existence même de la Communauté. Comme allait l'indiquer Robert Lecourt, qui fut président de la Cour de justice de 1967 à 1976, la pierre angulaire de la Communauté n'était pas seulement une même norme commune, mais encore cette norme allait être interprétée et appliquée de la même manière sur toute son extension territoriale par les Tribunaux des Etats membres. D'où l'importance de l'institut procédural institué par l'art. 177, dont la fonction primitive consistait à garantir l'unité du Droit communautaire dans son application par les Juges nationaux, en encourageant ainsi une « application uniforme » qui se réfère, comme le disait Pierre Pescatore, non seulement au contenu matériel des dispositions du Droit communautaire, mais aussi, et même d'une manière particulière, à la détermination uniforme de leur portée, de leurs effets et de leur efficacité.

L'art. 177 fut en quelque sorte une formule de compromis qui vint, en mettant de côté la configuration de la Cour de justice en tant qu'organe juridictionnel de cassation européen – dessin qui n'aurait probablement pas été accepté par les Etats membres –, et sur la base d'une subtile distinction entre application et interprétation du Droit communautaire, établir le principe de coopération entre les organes juridictionnels nationaux et la Cour de justice. Tandis qu'il incombe aux premiers d'appliquer cet ordre juridique, il est confié à la seconde son interprétation, qui est certainement conditionnée aussi bien par les limites imposées à la Cour de justice par la question qui lui est formulée par le Juge national que par le caractère général objectif que la Cour du Luxembourg doit donner à son interprétation de sorte que celle-ci ne demeure pas excessivement contrainte aux circonstances particulières du cas dans lequel la question a été soulevée.

Le principe de coopération entre Juges nationaux et la Cour de justice qui a été rendu possible par l'art. 177 allait ainsi devenir la clé de voûte de la préservation de la « communautarité », ou autrement dit, de l'uniformité du Droit institué par le Traité constitutif et du Droit dérivé postérieur.

Déjà dans l'affaire *Schwarze* (Sentence du 1^{er} décembre 1965), la première Sentence dans laquelle la Cour s'est prononcée à ce sujet, on attribua à la question préjudicielle la fonction de « garantir l'application uniforme du Droit communautaire dans tous les Etats membres ». Dans l'affaire *Rheinmühlen-Düsseldorf* (Sentence du 16 janvier 1974), la Cour considéra que l'art. 177 a pour but de garantir le Droit communautaire, dans n'importe quelle circonstance, le même effet dans tous les Etats de la Communauté, en octroyant au Juge national un moyen pour éliminer les difficultés pouvant être créées à la suite de l'exigence de donner au Droit communautaire son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels respectifs des Etats membres.

D'autre part, il ne faut pas oublier que, comme l'a souligné un secteur de la doctrine (Pescatore, Everling, etc.), la question préjudicielle a une autre fonction spécifique d'importance très particulière : celle de protection juridique et judiciaire. En effet, à travers cet institut procédural communautaire est fournie aux justiciables une protection effective des droits et

intérêts que leur reconnaît l'ordre juridique de la Communauté, en leur offrant la possibilité de soumettre leurs litiges à l'examen de la Cour de justice par l'intermédiaire du Juge national.

En cohérence avec tout cela, la Cour du Luxembourg a défendue une interprétation antiformaliste en ce qui concerne l'encouragement de la coopération judiciaire établie par l'art. 177 et, logiquement, dans le but de permettre la protection juridique la plus efficace des citoyens européens.

La pratique révèle l'énorme transcendance que la question préjudicielle a acquise dans la construction de l'ordre juridique communautaire. La remarquable judicialisation du Droit communautaire a été acheminée par l'intermédiaire de cet institut procédural et a eu pour vertu le rôle principal très remarquable qu'a acquis la Cour de justice dans cette construction.

4. Le double aspect de la question préjudicielle.

I. En vertu de l'art. 177, la question préjudicielle présente deux aspects, à savoir d'interprétation et d'appréciation de validité de l'ordre juridique communautaire. L'importance de la distinction est remarquable non seulement parce que l'objet de chacun de ces aspects est différent, mais parce que la portée ou les effets de la sentence aussi le sont.

La divergence quant à son cadre normatif est nette: la question d'interprétation peut avoir pour objet aussi bien le Droit originaire que le dérivé; par contre, la question d'appréciation de validité, de par sa nature même, a pour objet seulement le Droit dérivé.

Il est bien vrai que les deux questions sont étroitement liées non seulement parce qu'il n'est pas possible de les poser en même temps mais aussi parce que, en général, la solution à toute question d'appréciation de la validité implique un problème préalable d'interprétation qui conditionne parfois l'existence juridique de l'acte controversé. La Cour de justice, tout comme les Tribunaux constitutionnels, recourt dans certains cas à la technique herméneutique de l'« interprétation conforme », en sauvegardant la validité de l'acte juridique controversé dans la mesure où il est interprété d'une certaine manière.

D'autre part, la Cour a entrelacé parfois les deux questions, en se déclarant compétent pour se prononcer sur la validité d'un texte même lorsque la question suscitée par le Juge national était relative seulement à son interprétation; c'est ainsi qu'il en arrivait, par exemple, dans l'affaire *Schwarze* (Sentence du 1^{er} décembre 1965).

Il convient en outre d'indiquer comme le fait Pescatore que le concept d'interprétation doit être entendu non seulement dans le sens d'éclaircissement du contenu matériel des dispositions communautaires mais aussi dans celui de détermination de sa portée et définition de tout ce qui caractérise son mode d'action et ses effets, tâche herméneutique de grande importance en ce qui concerne la réglementation, à travers la procédure préjudicielle, des relations entre le Droit communautaire et le Droit national.

II. Egalement les effets des Sentences de la Cour de justice peuvent être nuancés en fonction du type de question dont il s'agit. La sentence prononcée dans une question d'interprétation, loin d'avoir un caractère consultatif, lie le Juge national qui a posé la question, comme le disait la Cour dans l'affaire *Benedetti* (Sentence du 3 février 1977). Même lorsque ce genre de sentences ont des effets *inter partes*, elles acquièrent finalement *de facto* la valeur d'un précédent, en précisant le sens véritable d'une norme communautaire, ce qui, en fait, octroie à la sentence des effets généraux.

La Cour ne s'est jamais prononcée d'une manière concluante sur la force obligatoire générale, c'est-à-dire, à l'égard de toutes les juridictions nationales, au-delà par conséquent de l'organe judiciaire qui a soulevé la question, de ses sentences d'interprétation, mais comme le fait noter Alonso García, il convient de tirer cette conclusion à travers un rapprochement téléologique à sa jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire *Molkerei-Zentrale* (Sentence du 3 avril 1968) la Cour a signifié que « l'utilisation de l'art. 177 par les juridictions nationales, en permettant à la Cour

d'assurer l'interprétation uniforme du Traité, est susceptible de faciliter une application identique de ce dernier », qui ne pourrait dériver que de la force obligatoire de l'interprétation faite à l'égard de « tous » les organes juridictionnels des Etats membres.

Dans les sentences rendues dans une question de validité il faut différencier entre l'hypothèse la plus habituelle selon laquelle la Cour n'admet pas les doutes qui lui ont été présentés sur la validité d'un acte institutionnel, hypothèse qui laisse ouverte la possibilité de contestations postérieures reposant sur d'autres motifs, et le cas dans lequel la Cour déclarerait l'invalidité, cas dans lequel les effets généraux de la sentence ne semblent pas admettre de doute. Formellement, la sentence oblige seulement le Juge national à ne pas appliquer l'acte déclaré invalide; cependant, dans la pratique, comme l'admettait la Cour même dans l'affaire *International Chemical Corporation* (Sentence du 13 mai 1981), «constitue une raison suffisante pour que n'importe quel autre Juge considère l'acte également invalide, aux effets d'une décision qu'il devrait dicter ». On peut parler ici, par conséquent, d'un effet *erga omnes* dérivé de la nature même de la question sur l'appréciation de validité.

5. Les organes juridictionnels habilités pour soulever une question préjudicielle.

L'article 177 a introduit une importante innovation par rapport à l'art. 41 du Traité de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, qui lui a servi d'inspiration. Tandis que, conformément à ce dernier, la question préjudicielle était obligatoire pour n'importe quel organe juridictionnel auquel serait soulevé un litige sur la validité d'un acte de la Haute Autorité ou du Conseil, l'art. 177 a introduit une distinction entre la question préjudicielle facultative, qui peut être

soulevée par
n'importe quel
organe

juridictionnel, et la question préjudicielle obligatoire, qui est imposée aux organes juridictionnels qui doivent se prononcer en dernière instance. Et maintenant, nous allons nous référer à la question facultative.

La faculté de soulever une question préjudicielle auprès de la Cour de justice incombe, en vertu du paragraphe deux de l'art. 177, à tout organe juridictionnel de l'un des Etats membres. La délimitation de ce que l'on entend par « organe juridictionnel » a posé bon nombre de problèmes. La première chose à signaler à cet égard est que peu importe l'appellation de l'organe dans le Droit interne, car si la qualification était laissée aux Etats membres, on prendrait le risque que des secteurs entiers de la vie économique et sociale pourraient échapper au contrôle de la Cour du Luxembourg. Par conséquent, on peut parler à notre avis d'un concept communautaire d'« organe judiciaire ».

Pour délimiter ce concept, la jurisprudence de la Cour a prêté attention essentiellement à deux traits: d'une part, de l'indépendance et de l'obligation de se prononcer conformément au Droit, en tant que critère distinctif de l'« organe juridictionnel »; et d'autre part, au caractère d'organe public, lié organiquement à l'Etat.

Le premier prononcé dans lequel la Cour a abordé le problème a été l'affaire *Vaassen-Göbbels* (Sentence du 30 juillet 1966), résultat d'une question préjudicielle soulevée par un Collège d'arbitrage de la Sécurité sociale des Pays Bas, dont le statut juridique a été défini par la Cour comme étant celui d'un organe permanent constitué conformément à la législation nationale, auquel il a été attribué une compétence à laquelle est octroyée force d'obliger, soumis à des normes de procédure contradictoire analogues à celles qui régissent le fonctionnement des Tribunaux ordinaires, et qui doit appliquer des normes juridiques.

Il est bien vrai que la Cour n'a pas considérée nécessaire la concurrence de tous les traits mentionnés pour que l'on puisse qualifier un organe de juridictionnel. Par contre, comme l'affirme Ruiz-Jarabo, dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a suivie un critère très élastique et en réalité bien peu scientifique. Un exemple en est l'affaire *Pretore di Salò* (Sentence du 11 juin

1987), où malgré l'ambiguïté des fonctions exercées par le *Pretore* dans l'affaire qui a donné lieu à la question préjudicielle, qui ressemblaient, d'une part, à celles du Ministère public, et d'autre part, à celles du Juge d'instruction, la Cour a admise la question dans la mesure où « elle provient d'un organe juridictionnel qui a agi dans le cadre général de sa mission de juger, avec indépendance et conformément au Droit, dans des questions sur lesquelles la loi lui confère une compétence, même si l'une des fonctions qui incombent à cet organe juridictionnel dans la procédure qui a suscité la question préjudicielle n'ont pas un caractère strictement juridictionnel. »

En définitive, le concept communautaire d'« organe juridictionnel » n'inclut pas seulement les organes juridictionnels ordinaires mais aussi les organes spécialisés comme par exemple les contentieux-administratifs, les économiques, les sociaux et ceux de la Sécurité sociale. Il faut même inclure parmi ces organes les Tribunaux constitutionnels.

Bien que l'on pourrait déduire du texte de l'art. 177 que l'initiative de la saisine incombe seulement aux parties du procès *a quo*, la Cour du Luxembourg a admise à tout moment les questions préjudicielles présentées d'office par le Juge, même contre les objections formulées par l'une ou l'autre partie. Et plus encore, dans l'affaire *CILFIT* (Sentence du 6 octobre 1982) la Cour a considéré que l'art. 177 ne constitue pas un moyen de contestation offert aux parties dans un litige pendante devant un Juge national.

Il est également de la compétence exclusive du Juge national de décider à propos de la pertinence de la question soulevée, c'est-à-dire sur le sujet de savoir s'il requiert pour l'émission de sa décision que la Cour de justice se prononce sur un aspect déterminé du Droit communautaire. L'appréciation sur la pertinence est une prérogative exclusive du Juge dans laquelle ne peuvent s'immiscer ni les parties du litige ni les Gouvernements des Etats membres, ni, bien sûr, la propre Cour de justice non plus. Ce dernier s'est nettement manifesté dans ce sens dans l'affaire *Pigs Marketing Board* (Sentence du 29 novembre 1978), donnant ainsi réponse à une objection suscitée par le Gouvernement du Royaume Uni, embarrassé par les questions formulées par un Juge de première instance de l'Irlande du Nord.

Le Juge national jouit d'une liberté identique pour ce qui est du domaine matériel de la question.

6. Les organes juridictionnels obligés de soulever une question préjudicielle et les conséquences de ne pas la soulever

I. En vertu du paragraphe trois de l'art. 177, « lorsqu'une telle question (une question préjudicielle) est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ». Comme l'a indiqué Pescatore, l'expression « recours juridictionnel » doit être interprétée dans le sens qu'elle inclut les recours ordinaires, autrement dit, ceux qui peuvent être soulevés sans conditions requises spéciales par tous les justiciables, à l'exception par conséquent des recours extraordinaires tels que les constitutionnels ou le « recours en révision » du Droit français.

Cette obligation de saisir la Cour de justice l'on peut s'expliquer par la transcendance des sentences des organes juridictionnels mentionnés, qui non seulement, du fait d'acquiescer de l'autorité de la chose jugée, ne peuvent plus être révisées, mais encore, en outre, créent une jurisprudence au niveau national avec ce que cela pourrait impliquer de grave impact sur l'unité d'application dans l'ensemble de la Communauté de Droit communautaire. La clause normative qui nous occupe essaye donc, tout spécialement, d'éviter l'établissement de divergences jurisprudentielles à l'intérieur de l'Union européenne sur des sujets de Droit communautaire.

La portée de cette obligation a posé des problèmes délicats par suite de la résistance de certains Tribunaux nationaux à se soumettre aux critères d'interprétation de la Cour du Luxembourg, en alléguant la dénommée doctrine de l'« acte clair » ou du « sens clair », ou aussi

l'exigence d'un « doute raisonnable », conformément auquel il est nécessaire que concoure une difficulté réelle qui pourrait en raison de sa nature susciter un doute dans un esprit illustré, pour que l'organe national qui décide en dernière instance pourrait se considérer tenu de saisir la Cour de justice.

La pratique révèle que moyennant l'invocation de cette doctrine, quel que soit le nom qui serait donné à cette dernière, on a remplacé le prononcé de la Cour de justice à propos d'un nombre important de questions interprétatives au travers d'appréciations *a priori* de différents organes juridictionnels suprêmes.

La doctrine de l'« acte clair » est apparue dans une ancienne Sentence de la Cour de Cassation française (du 13 mai 1824), en ayant été développée par la suite par Laferrière en 1896. La naissance de cette doctrine est étroitement liée à la distribution des pouvoirs entre l'Exécutif et le Judiciaire à propos de l'interprétation de Traités internationaux. En France, comme le rappelle Charles Rousseau, sur la base de l'idée selon laquelle l'Exécutif est le seul compétent pour la direction des relations internationales, il a été entendu que les Tribunaux devaient montrer une grande réserve dans tout ce qui concerne à l'interprétation des Traités; ainsi, sauf dans les litiges d'intérêt privé, il a été entendu que les Tribunaux administratifs devaient suspendre tout prononcé jusqu'à ce que leur fut apportée une « interprétation officielle » du Traité donnée par le Ministère des Affaires étrangères. Afin de limiter la fonction de l'Exécutif dans ce domaine, avec l'influence que cela lui permettait d'exercer sur la même jurisprudence, les Tribunaux développèrent la doctrine de l'« acte clair », en se réservant le contrôle de l'existence ou non de véritables difficultés d'interprétation, et, pour cette même raison, une considérable faculté d'appréciation.

La projection de cette doctrine à l'interprétation du Droit communautaire par certains organes juridictionnels suprêmes des Etats membres –de ce qui constitue un exemple paradigmatique la Sentence du Conseil d'Etat français du 19 juin 1964– mena la Cour de justice à intervenir, ce qui se produisit à l'occasion d'une question préjudicielle soulevée par la *Corte di Cassazione* italienne sur l'interprétation du paragraphe trois de l'art. 177, qui fut résolue dans la dénommée affaire *CILFIT* (Sentence du 6 octobre 1982). La Cour aborde le problème en raisonnant que « l'application correcte du Droit communautaire peut s'imposer avec une telle évidence que la solution de la question suscitée ne laisse pas lieu à un doute raisonnable ». Cependant, avant de parvenir comme il le désire à une telle situation, « l'organe juridictionnel national doit en arriver à la conviction que la même évidence serait imposée d'une manière égale aux organes juridictionnels nationaux des autres Etats membres, ainsi qu'à la Cour de justice ». Ce n'est que dans ces conditions que pourra s'abstenir l'organe juridictionnel national de saisir la Cour de justice et décider sous sa propre responsabilité.

La nécessité d'arriver à cette sorte de certitude intersubjective, qui exige au Tribunal national de consulter la jurisprudence importante des organes juridictionnels d'autres Etats membres semble plutôt académique, car en réalité, tout comme le croit la plus grande partie de la doctrine, ce que la Sentence *CILFIT* implique c'est que la Cour de justice a adoptée la doctrine de l'« acte clair » probablement en l'entourant d'une plus grande garantie.

La réalité révèle cependant que sous la doctrine de l'« acte clair » se cache un problème qui touche l'efficacité du Droit communautaire. En fait, comme le fait noter Pescatore, les organes juridictionnels nationaux ont rarement fait usage de la doctrine de l'« acte clair » ou de la non-existence d'un « doute raisonnable » pour éviter des renvois inutiles; dans la plupart des cas, on a employé l'argument dans un but tout à fait différent: pour décider unilatéralement, au profit des Etats membres, sur des discussions à propos de la portée de leurs engagements communautaires. Le cas français est tout à fait significatif, cas dans lequel la doctrine du « sens clair » se transforma en un mécanisme national de défense contre l'efficacité légitime du Droit communautaire.

Très révélatrice de ce but allait être la Sentence du Conseil d'Etat français du 22 décembre 1978, rendue dans la célèbre affaire *Cohn-Bendit*, dans laquelle l'on affirmait que les autorités nationales, bien qu'étant obligées d'adapter la législation et les normes réglementaires des Etats membres aux Directives communautaires, « elles sont les seules compétentes pour

décider la forme nécessaire pour exécuter les Directives et pour fixer par elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens appropriés pour leur faire avoir des effets en Droit interne », sans que ces Directives, quelles que soient les précisions qu'elles contiendraient envers les Etats membres, ne puissent être invoquées par les citoyens de ces Etats en appui d'un recours soulevé contre un acte administratif individuel. Cette doctrine impliquait l'établissement, à propos de la non-exécution d'une Directive communautaire, d'une distinction certainement arbitraire, comme allait le considérer à juste titre Pescatore, entre des décisions individuelles et des actes réglementaires, distinction qui bien qu'elle permettait d'affronter le problème d'une adaptation incorrecte du Droit interne à une Directive, empêchait, par contre, de résoudre le problème, certainement plus grave par l'affectation de droits individuels, de la non-exécution d'une Directive, comme cela

allait être le cas de l'affaire en question, dans lequel le Conseil d'Etat rejetterait la demande de M. Daniel Cohn-Bendit, d'annulation d'une résolution de sanctions adoptées contre lui par le Ministre de l'Intérieur en raison de son rôle dans les événements universitaires de mai 68, sur la base du fait que cette résolution administrative ignorait les dispositions de la Directive n° 64/221, prise par le Conseil le 25 février 1964, dont l'art. 6 prévoyait la communication à l'intéressé des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui justifient la décision qui l'affecterait.

L'interprétation du Conseil d'Etat allait s'avérer encore plus choquante avec le Droit communautaire si l'on rappelle que la Cour de justice, dans l'affaire *Roland Rutili* (Sentence du 28 octobre 1975), avait octroyé un effet direct aux normes de la Directive mentionnée qui, pour la même raison, imposaient des obligations aux Etats membres, en incombant à leurs juridictions respectives, dans l'hypothèse d'actes législatifs ou réglementaires non conformes, faire prévaloir, sur les dispositions de Droit interne, les règles de Droit communautaire susceptibles d'être invoquées. Il est bien vrai que depuis 1989, en vertu en grande partie du changement de jurisprudence du Conseil d'Etat, la doctrine précédente a subi un revirement remarquable.

Et en dernier lieu, la doctrine de l'« acte clair » est loin de pouvoir être considérée comme l'expression d'une volonté de coopération loyale, requise par l'art. 5 du Traité constitutif, qui exige des Etats membres, et cela concerne, manifestement, aussi leurs organes juridictionnels, qui s'abstiennent de toutes ces mesures qui peuvent mettre en péril la réalisation des buts du Traité.

Inutile d'indiquer que l'obligation de soulever la question préjudicielle s'accroît davantage lorsque le domaine matériel de la question se réfère à la validité de l'acte d'une institution communautaire. Dans l'affaire *Foto-Frost* (Sentence du 22 octobre 1987), la Cour déclara catégoriquement que les organes juridictionnels nationaux n'ont pas la faculté de déclarer non valides les actes des institutions communautaires. L'unité de l'ordre juridique communautaire et l'exigence essentielle de la sécurité juridique exigent qu'il en soit ainsi d'une manière impérieuse. Par conséquent, l'organe juridictionnel national peut débouter les motifs d'invalidité d'un acte communautaire allégués par les parties, en concluant que l'acte est pleinement valide, mais ce qu'il ne peut pas faire c'est de déclarer son invalidité sans obtenir avant une décision dans ce sens de la part de la Cour de justice.

II. Il est d'un intérêt tout particulier de faire une référence à la position des Tribunaux constitutionnels en rapport avec la question préjudicielle, position qui pourrait être résumée par l'abstention; il n'y a néanmoins aucun doute que, comme l'affirment parmi tant d'autres Rodríguez Iglesias et Pescatore, les Tribunaux constitutionnels doivent être qualifiés en tant qu'« organes juridictionnels » dans le sens de l'art. 177, norme dans laquelle ils devraient être situés dans son troisième paragraphe, c'est-à-dire, dans la catégorie des organes qui seraient tenus de saisir la Cour. La réalité révèle cependant que pendant très longtemps les Tribunaux

constitutionnels ont abordé des sujets de Droit communautaire sans faire usage de la possibilité de dialogue avec la Cour de justice offerte par l'art. 177.

Ainsi, pour donner un exemple, le Tribunal constitutionnel espagnol a refusé à plusieurs reprises la possibilité de se considérer comme organe juridictionnel communautaire aux effets d'être tenue de saisir la Cour de justice, position qui a fondé sur le fait que le Droit communautaire n'est pas un canon direct de constitutionnalité ainsi que sur le fait que sa mission consiste à sauvegarder la Constitution, et non celle de garantir le respect du Droit communautaire.

Au cours de ces dernières années, les Tribunaux constitutionnels ont cependant nuancé leurs position, dans ce qui constitue un changement de cap significatif, soit en marge du cadre de coopération judiciaire établi par l'art. 177, soit dans ledit domaine de coopération.

A) Les Sentences prononcées dans l'affaire *Kloppenburg* par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) (Sentence du 8 avril 1987) et dans l'affaire *Granital* par la *Corte Costituzionale* italienne (Sentence n° 170/1984, du 8 juin) constituent un bon exemple de ce changement d'orientation même lorsque ce dernier se serait produit en marge de l'art. 177. Nous ferons une brève allusion à la doctrine fixée dans l'affaire *Granital* pour nous référer ultérieurement à la Sentence de 1987 du *Bundesverfassungsgericht*.

En vue de sa meilleure compréhension, il convient de rappeler d'une manière sommaire l'évolution jurisprudentielle de la *Corte* italienne au cours de vingt ans.

Dans sa Sentence n° 14/1964, du 7 mars (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 144 et suiv.), la *Corte* s'est prononcée sur les reproches de légitimité constitutionnelle réalisés à l'égard de la Loi du 6 décembre 1962, créatrice de l'Entité Nationale pour l'Energie électrique, pour violation, entre autres, de certaines normes du Traité de Rome de 1957 et, par reflet, pour violation de l'art. 11 de la Constitution sur lequel reposent les limitations à la souveraineté de l'Etat italien. La *Corte* allait rejeter la thèse selon laquelle la violation par l'Etat des limitations imposées à la souveraineté même déterminait un vice d'inconstitutionnalité pour violation de l'art. 11. La lésion du Traité entraînait une responsabilité de l'Etat au niveau international mais n'affectait nullement la pleine efficacité de la loi interne.

Dans sa Sentence n° 98/1965, du 27 décembre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, p. 1322 et suiv.), se référant à l'ordre juridique de la Communauté économique du Charbon et de l'Acier, la *Corte*, même sans modifier sa doctrine antérieure, conformément à laquelle la loi d'exécution d'un Traité, même dans le cas où elle serait basée sur l'art. 11 de la Constitution, n'avait aucune efficacité supérieure à celle des lois ordinaires postérieures, allait introduire une nuance importante dans cette doctrine : le principe de la distinction radicale entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne, qui ne l'aurait pas « inserito nel suo sistema » mais seulement « riconosciuto » afin de rendre opérationnelle la coopération internationale qui figure parmi les buts de la Communauté, ce qui entraînerait l'intangibilité de l'ordre juridique communautaire de la part du Droit interne, une rigide séparation que Mazziotti di Celso allait considérer insatisfaisante.

Huit ans plus tard, dans la Sentence n° 183/1973, du 27 décembre (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2401 et suiv.), la *Corte* abordait de nouveau la question, cette fois-ci à propos du Traité constitutif de la Communauté économique européenne. Après avoir confirmé que la base constitutionnelle de cette norme se trouvait dans l'art. 11 de la Constitution, la *Corte* admettait que les Règlements émanant des organes de la Communauté appartenaient à l'ordre juridique communautaire après quoi, réitérant la doctrine établie en 1965, elle précisait que le Droit communautaire et celui des Etats membres pouvaient être configurés « come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita del Trattato », après quoi la *Corte* affirme que: « esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie – non qualificabili come fonte di diritto internazionale, nè di diritto straniero, nè di diritto interno dei singoli Stati – debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di

recezione e adattamento, come atti aventi forza e valeur de legge in ogni Paese della Comunità ». Avec cette Sentence, allait dire Barile, la *Corte* avançait remarquablement dans son discours communautaire.

Dans sa jurisprudence successive (Sentences n° 232/1975, du 30 octobre –*Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 2211 et suiv.– et n° 163/1977, du 29 décembre – *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, p. 1524 et suiv.), la *Corte* allait aborder le problème délicat qui était posé avec la reconnaissance de l'efficacité directe de l'ordre juridique communautaire: le problème de la succession temporaire des lois dans les relations entre le Droit communautaire et le Droit interne. Pour la *Corte*, il est bien clair que lorsqu'il y a contradiction entre le Droit communautaire et le Droit interne, c'est le premier qui doit prévaloir. La suprématie de l'ordre juridique communautaire devait se matérialiser à travers deux modes différents, selon que la norme interne fût antérieure ou postérieure dans le temps à la communautaire. Dans le premier cas, la norme interne devait être entendue comme étant dérogée par l'effet d'une norme communautaire postérieure et contradictoire avec elle. Dans le deuxième cas, par contre, il fallait entendre que la norme interne avait enfreinte l'art. 11 de la Constitution et, par conséquent, exigeait pour sa déclaration de nullité de saisir la *Corte costituzionale* en soulevant d'une question d'illégitimité constitutionnelle.

Cette dernière interprétation allait être rejetée par la *Corte* dans sa très importante Sentence n° 170/1984, affaire *Granital* (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1098 et suiv.). A partir du principe selon lequel les ordres juridiques communautaire et interne sont différents mais sont, en même temps, coordonnés, la *Corte* entend que les normes qui dérivent du système de sources communautaire « vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne; e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento ».

La conclusion finale de la *Corte* est que « il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che siga, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato ».

« Insomma, il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, è lasciato alla cognizione del giudice ordinario. L'effetto della diretta applicazione delle norme comunitarie non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte del giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario. »

B) Dans le domaine de la coopération judiciaire de l'art. 177, nous trouvons également au cours de ces dernières années certaines nuances dans la jurisprudence des Tribunaux constitutionnels européens. Quelques exemples peuvent être rappelés à cet égard.

La *Cour d'Arbitrage* belge a soulevé la première question préjudicielle devant la Cour de justice pour ce qui concerne de ces organes constitutionnels, en rendant possible la Sentence du 16 juillet 1998, dictée dans l'affaire *Fédération des chambres syndicales de médecins*. Elle allait être suivie par le *Verfassungsgerichtshof* autrichien (affaire *Adria—Wien Pipeline*, décidé par la Sentence du 8 novembre 2001). Le Tribunal constitutionnel portugais a admis la possibilité de soulever une question de ce genre en termes obligatoires dans sa Sentence n° 163/1990, du 23 mai. Et la propre *Corte Costituzionale* italienne a laissé ouverte la même possibilité dans sa Sentence n° 168/1991, du 18 avril, affaire *Industria dolciaria Giampaoli* (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1991, I, p. 1409 et suiv.), dans l'*obiter dictum* du point 6 de la « motivazione in diritto », « circa la facoltà – piuttosto il dovere – della Corte di sollevare le questioni pregiudiziali di cui all'art. 177 del Trattato di Roma ».

III. Le non-accomplissement de l'obligation de soulever la question préjudicielle constitue un manquement de l'Etat membre contre lequel la Commission, après avoir émise un

avis motivé à ce sujet, l'Etat ne se conformant à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice à l'abri de l'art. 169 du Traité constitutif (art. 226 du Traité de la Communauté européenne), malgré quoi la Commission s'est longtemps abstenue de saisir la Cour par ce sujet.

En 1983, la Commission allait justifier sa position en affirmant que la procédure pour non-accomplissement « ne constitue pas la base la plus adéquate pour une coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice » et, étant donné que cette procédure n'est pas conçue comme un moyen de révision de sentences des juridictions suprêmes nationales, celle-là ne serait pertinente que dans le cas d'un refus systématique et délibéré du respect à l'art. 177 du Traité.

Récemment il a été rendue une Sentence de la Cour de justice en décidant un recours de manquement, dans l'affaire *Commission contre Italie* (Sentence du 9 décembre 2003) qui peut, comme le fait noter Cobreros, annoncer ou signifier un changement d'attitude de la Commission.

La Commission demanda à la République italienne auprès de la Cour de justice pour que cette dernière déclarât le non-accomplissement des obligations communautaires du fait de maintenir en vigueur dans son ordre juridique un certain précepte légal qui, comme l'interprètent et l'appliquent l'Administration et les organes juridictionnels, s'avère contraire au Droit communautaire. La Cour allait estimer ce recours, en considérant que la République italienne n'avait pas accompli ses obligations communautaires en ne modifiant pas une norme légale qui était interprétée et appliquée par l'Administration et une partie significative des organes juridictionnels, à l'inclusion de la *Corte suprema di cassazione*, « d'une manière qui rend extrêmement difficile au contribuable d'exercer le droit au remboursement des impôts perçus contrevenant les normes communautaires ».

La Sentence formule un reproche assez clair à l'interprétation faite par les organes juridictionnels italiens, et tout spécialement, par la *Corte suprema di cassazione*, bien que le non-accomplissement dérive non seulement de la conduite juridictionnelle mais aussi de la pratique administrative et de la propre inhibition du législateur.

Pour le reste, il convient de ne pas oublier que dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur* (Sentence du 5 mars 1996), en développant la doctrine fixée dans l'affaire *Francovich y Bonifaci* (Sentence du 19 novembre 1991), la Cour a pu catégoriquement affirmer que le principe de responsabilité de l'Etat pour dommages causés aux particuliers « est valable pour toute hypothèse de violation du Droit communautaire de la part d'un Etat membre, indépendamment de l'organe de l'Etat membre à l'action ou l'omission duquel est dû le non-accomplissement ». Et plus récemment encore, dans l'affaire *Köbler* (Sentence du 30 septembre 2003), en avançant dans le même sens, la Cour a reconnue la responsabilité de l'Etat lorsque le non-accomplissement du Droit communautaire serait imputé à un organe judiciaire dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles.

IV. Précédemment, nous avons fait allusion au changement de cap qui finit par signifier dans la jurisprudence constitutionnelle allemande la Sentence du *Bundesverfassungsgericht* du 8 avril 1987 et c'est à elle que nous allons nous référer maintenant.

Cette résolution a eu un précédent important dans la Sentence du 22 octobre 1986 (affaire *Solange II*), dans laquelle la Cour a considéré qu'« entretemps » (de là le terme *Solange* qui identifie cette Sentence, puisque cette parole allemande l'on peut en traduire en français par « entretemps ») la Communauté compte sur un « standard » de protection des droits au même niveau que la *Grundgesetz*, il n'incombe pas au Tribunal constitutionnel d'examiner la conformité du Droit communautaire avec le Droit allemand. Cependant, dans ce que nous sommes maintenant intéressés, la décision la plus importante de cette Sentence a consisté à inclure la Cour de justice dans la catégorie constitutionnelle interne de « juge légal » aux effets de l'art. 101.1, sous-alinéa 2 de la *Grundgesetz*, circonstance ayant une transcendance énorme dans la mesure où elle implique, comme le dit López Castillo, l'établissement d'un assemblage fonctionnel entre la juridiction nationale et la juridiction communautaire chargée de se prononcer avec un caractère préjudicielle sur l'interprétation du Droit communautaire, et à partir de là s'ouvrait la voie du

Verfassungsbeschwerde (recours en plainte constitutionnelle ou recours constitutionnel) dans les cas où ne serait pas respectée l'obligation de soulever cette question préjudicielle. Les citoyens allemands voyaient ainsi consacrée une garantie d'accès, par l'intermédiaire du Juge national, à la Cour du Luxembourg.

Une première application de la garantie antérieure se trouve dans la Sentence du 8 avril 1987. Rappelons brièvement les faits qui lui servent d'hypothèse. Le *Bundesfinanzhof* (Tribunal fédéral du contentieux-tributaire), sur la base de la Sentence *Cohn-Bendit* du Conseil d'Etat, refusait, par une Sentence du 25 avril 1985, de suivre la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'efficacité, en faveur des particuliers, de Directives non exécutées par les Etats membres. Cette Sentence du *Bundesfinanzhof* était précédée de la Sentence de la Cour de justice prononcée dans l'affaire *Kloppenburg* (Sentence du 22 février 1984), après avoir soulevé dans le même procès d'une question préjudicielle par le Juge d'instance allemand.

Face à cette situation, l'appelant a présenté un recours en plainte constitutionnelle (*Verfassungsbeschwerde*) pour violation de l'art. 101 de la *Grundgesetz* sur la base du fait que le *Bundesfinanzhof* n'avait tenu compte que de la législation allemande, en ne faisant aucun cas de l'interprétation établie par la Cour de justice dans la question préjudicielle que le Juge d'instance avait soulevé à un moment antérieur.

Le Tribunal constitutionnel allemand a estimé le recours sur la base d'un double argument: a) d'une part, le *Bundesfinanzhof* était dans l'obligation de suivre l'interprétation soutenue par la Cour de justice dans la question préjudicielle soulevée par le Juge d'instance; b) d'autre part, si le *Bundesfinanzhof* estimait irrecevable de suivre l'interprétation donnée par la Cour du Luxembourg il était tenu de saisir de nouveau la Cour de justice. En ne faisant ainsi, le *Bundesfinanzhof* ne respectait pas d'une manière objectivement arbitraire cette obligation, enfreignant pour cette raison le droit au juge légal reconnu par l'art. 101 de la *Grundgesetz*.

C'est dans ce même sens jurisprudentiel, qui a pour axe vertébral le critère de l'arbitrairie, que se situerait l'importante décision du 11 novembre 1987 du *Bundesverfassungsgericht*. Dans cette décision, le Tribunal précisera d'une manière plus concrète les cas caractéristiques d'une méconnaissance arbitraire de l'obligation de soulever la question préjudicielle à la Cour de justice, cas qui peuvent cependant être reconduits aux deux hypothèses que considérerait le Tribunal même dans sa Sentence du 8 avril de la même année, c'est-à-dire: a) lorsque, en ayant des doutes manifestes à propos de l'interprétation d'une norme communautaire, le Juge national ne souleve pas la question à la Cour de justice, et b) lorsque le Juge national se séparerait de l'interprétation fixée par la Cour du Luxembourg sans soulever une nouvelle question préjudicielle. Un secteur de la doctrine (Alonso García, Baño León) ajoute à cette double hypothèse une troisième probablement plus difficile à préciser: l'affaire dans laquelle peut être discutée l'opportunité d'une décision de la Cour de justice, hypothèse dans laquelle, logiquement, le Juge national jouit d'un niveau de discrétion qui ne sera constitutionnellement refusable que lorsqu'il y aurait une « erreur manifeste d'appréciation ».

Cette doctrine a également été admise par le *Verfassungsgerichtshof* autrichien depuis sa décision du 26 juin 1997, dans laquelle il avait considéré violé le paragraphe 2 de l'art. 83 de la Constitution (qui stipule que: « Personne ne peut être privé de son juge légal ») de la part du *Bundesvergabeamt*, autorité fédérale compétente pour connaître des recours soulevés en matière d'adjudication de contrats publics, qui avait déjà été dans une résolution de 1995 du Tribunal constitutionnel autrichien même été considérée comme « organe juridictionnel » aux effets de l'art. 177.3.

V. Dans la doctrine espagnole la position est tout à fait claire et majoritaire en rapport avec la connexion nécessaire entre l'art. 24.2 de la Constitution, qui considère le droit au Juge ordinaire prédéterminé par la loi, et l'art. 177 du Traité constitutif, actuellement art. 234 du Traité de la Communauté européenne. La norme communautaire doit être considérée comme un précepte selon lequel est déterminée, d'une manière très précise, la compétence judiciaire pour

l'interprétation du Droit communautaire, compétence attribuée, à caractère exclusif, à la Cour de justice de sorte que tous les organes judiciaires qui décident en dernière instance doivent saisir la Cour du Luxembourg sur l'interprétation des normes communautaires devant être appliquées dans une affaire pendante devant la juridiction nationale même. Certes, comme il a été dit précédemment, la Cour de justice même a nuancé la portée de cette obligation, qui doit être exclue dans les hypothèses dans lesquelles il existerait une jurisprudence consolidée et les autres dans lesquelles les termes clairs de la norme seraient imposés, avec une telle évidence, que la question préjudicielle devienne inutile, du fait d'être superflue.

Ainsi, le fait d'ignorer les conséquences émanant de l'enchaînement entre la norme communautaire et l'art. 24 de la Constitution, serait attaquant par la voie du recours d'amparo constitutionnel dont est compétent pour le connaître le Tribunal constitutionnel, et ce aussi bien pour violation du droit au Juge ordinaire prédéterminé par la loi considérée par l'art. 24.2 que par violation du droit à la tutelle judiciaire effective à laquelle se réfère l'art. 24.1 de la Norme suprême, car il semble clair que le non-accomplissement d'une norme communautaire en vigueur impliquerait une contravention du système de sources du Droit opposée au droit à la tutelle judiciaire effective, qui s'avèrerait également violé lorsque le Juge national déciderait contre l'interprétation soutenue par la Cour du Luxembourg.

Il n'a guère manqué d'auteur (notamment Córdoba Castroverde) qui, répondant au fait que l'obligation de soulever la question préjudicielle à la Cour de justice implique que l'organe judiciaire avait un doute raisonnable à propos de l'interprétation de la norme communautaire, croit nécessaire de reconduire le problème à une question de simple délimitation de compétences entre le Juge national et la Cour de justice, et dans ce cas le Tribunal constitutionnel ne pourrait pas se mettre à réviser la plus ou moins grande réussite de la décision sur la compétence adoptée, thèse que nous ne pouvons pas partager.

Le Tribunal constitutionnel, lors de la première occasion à laquelle lui fut soulevé ce genre de problème (Sentence 111/1993, du 25 mars), en prenant pour point de départ sa doctrine réitérée (déjà fixée dans la Sentence 28/1991, du 14 février) selon laquelle ni le Traité d'Adhésion aux Communautés européennes ni le Droit de ces dernières ne constitue *per se* un canon de constitutionnalité, entendit qu'il n'y a aucune violation du droit à la tutelle judiciaire effective sans manque de défense de l'art. 24.1 de la Constitution lorsque le Juge estimerait, « d'une manière raisonnée », qu'il n'aurait pas de doutes sur l'interprétation qu'il faut donner à une norme communautaire ou sur sa non-application en rapport avec les faits jugés dans le litige. À l'instar de ce qui se produit dans le cas de la question d'inconstitutionnalité, la décision de soulever la question préjudicielle incombe exclusivement et sans possibilité de révision à l'organe judiciaire, bien que n'empêchant pas la défense du droit fondamental des parties devant le Tribunal constitutionnel à travers le recours *d'amparo*.

Cette doctrine semblait déjà mettre l'accent sur la «raisonnabilité» de ne pas soulever la question préjudicielle. Cette doctrine allait être largement développée par une autre Sentence de la même année (STC 180/1993, du 31 mai). Dans cette sentence, le Tribunal entend, à partir de la considération que la sélection de la norme applicable et son interprétation incombent aux Juges et aux Tribunaux ordinaires, que cela ne signifie pas que cette détermination de la norme applicable manque dans tous les cas d'importance constitutionnelle. Au contraire, le Tribunal réclame pour lui la réalisation d'un contrôle lorsque la sélection serait arbitraire ou manifestement irraisonnable, ou serait le fruit d'une erreur manifeste, ou lorsque cette sélection aurait entraîné un tort à un autre droit fondamental différent de celui de la tutelle judiciaire mais aussi susceptible d'être sauvegardé à travers la voie du recours *d'amparo* constitutionnel. Cela veut dire que le recours *d'amparo* serait pertinent pas tant contre la manquement de la supposée obligation de soulever une question préjudicielle devant la Cour du Luxembourg, mais plutôt contre l'« irraisonnabilité », l'arbitrarité ou l'erreur manifeste de la décision judiciaire quant au fond de l'affaire. Ainsi, l'absence de motivation du non-soulevement de la question préjudicielle, alors

qu'il existe une obligation dans ce sens, violerait les droits de l'art. 24 dans la mesure où il s'agirait d'une décision judiciaire volontariste et, pour la même raison, arbitraire.

C'est dans ce même sens qu'allait se prononcer le Tribunal constitutionnel dans sa Sentence 35/2002, du 11 février, bien qu'en rapport avec la question d'inconstitutionnalité, même si l'interprétation du Tribunal est parfaitement valable pour la question préjudicielle. Après avoir rappelé que l'existence d'une motivation adéquate et suffisante, en fonction des sujets qui seraient suscités dans chaque cas concret, constitue une garantie essentielle pour le justiciable, le Tribunal précise que le fait que le soulèvement de la question d'inconstitutionnalité soit configuré comme une puissance exclusive des Juges et des Tribunaux « ne signifie nullement que ne doit pas être extériorisé, d'une manière suffisante et appropriée, le raisonnement qui a mené, depuis la perspective aussi factice que juridique, l'organe judiciaire à décider de soulever ou non cette question d'inconstitutionnalité, car il ne faut guère oublier que l'exigence de motivation des Sentences a un rang constitutionnel (art. 120 de la Constitution) ». Du fait de la non-extériorisation par le Juge *a quo*, dans l'affaire concrète, d'un raisonnement quelconque pour justifier sa décision de ne pas soulever la question d'inconstitutionnalité demandée par la partie plaidante dans le procès *a quo*, le Tribunal constitutionnel considère violé le droit à la tutelle judiciaire effective sans manque de défense de l'art. 24.1. *Mutatis mutandis*, à notre avis cette doctrine est parfaitement applicable à la question préjudicielle de l'art. 234 du Traité de la Communauté européenne.

VI. La position défendue précédemment a finalement atteint une reconnaissance jurisprudentielle en Espagne, dans une sentence constitutionnelle qui signifie un véritable jalon, la Sentence 58/2004, du 19 avril, rendue par la Deuxième Chambre du Tribunal constitutionnel lors du recours d'*amparo* n° 4979/1999, dans lequel, bien que le Tribunal, dans le même esprit que sa doctrine antérieure, considère que la décision de ne pas soulever une question préjudicielle à l'abri de l'art. 234 TCE – tout comme c'est le cas de la décision de ne pas soulever une question d'inconstitutionnalité à l'abri de l'art. 163 CE – n'implique pas *per se* la lésion des droits et des garanties de l'art. 24 CE, ni de celui qui en prétendant ce soulèvement n'a pas obtenu satisfaction à sa prétention, ni de celui qui, sans l'avoir demandé, pourrait se trouver avec un préjudice à cause de ne pas en soulever; ceci dit, il n'empêche que, dans certains cas, cette absence de soulèvement de la question entraîne la lésion desdits droits et garanties, comme cela se produit dans l'affaire qui fait l'objet de ce commentaire.

Certes, les circonstances de l'affaire sont trop anormales, et même exceptionnelles. Une Sentence de la Chambre du contentieux-administratif de la Cour supérieure de justice de Catalogne du 5 octobre 1999, en estimant partiellement un recours contentieux-administratif, annule des autoliquidations effectuées à titre de taxe fiscale sur le Jeu et la surtaxe autonome, c'est-à-dire imposée par la Communauté de la Catalogne, ce qui se justifie par le fait que la base sur laquelle est appliquée la surtaxe autonome, c'est-à-dire, la taxe fiscale même sur le Jeu, est contraire à l'art. 33 de la Directive 77/388/CEE du Conseil, de 1977, sixième Directive en matière d'harmonisation de législations des Etats membres relatives aux impôts sur le chiffre d'affaires. L'article mentionné vient indiquer que les dispositions de la Directive ne s'opposent pas au maintien ou à l'établissement par un Etat membre d'impôts sur les jeux et les paris, à condition qu'ils n'aient pas le caractère d'impôt sur le chiffre d'affaires.

La Cour suprême, dans une Sentence tout juste quelques mois avant (28 décembre 1998), avait entendu comme compatible avec ladite Directive la taxe sur le jeu, en se basant pour cela sur la Sentence de la propre Cour de justice du Luxembourg du 26 juin 1997, Sentence selon laquelle cette dernière donnait réponse à deux questions préjudicielles soulevées par l'Audience nationale sur le même problème, la Cour de justice signalant qu'il incombait au Juge national de vérifier si le tribut controversé grevait la circulation de biens et de services d'une manière comparable à la TVA. La Cour suprême interpréterait que la taxe sur le Jeu n'était nullement équivalente à la TVA. Malgré ces précédents, la Cour supérieure de justice de Catalogne, sans saisir la Cour de justice du Luxembourg, interpréterait tout juste le contraire.

Le Tribunal constitutionnel part de la considération, évidente d'ailleurs, que, conformément à l'art. 96 CE, le Traité de la Communauté européenne – et dans ce cas son art. 234 – fait partie de l'ordre juridique interne, raison pour laquelle la question préjudicielle prévue dans ce précepte « configure un instrument de plus au service des Juges et des Tribunaux pour l'épuration de l'ordre juridique ».

Il est bien vrai que, en insistant sur sa doctrine traditionnelle, le Tribunal indique ultérieurement que « la tâche de garantir l'application droite du Droit communautaire européen est (...) une question à caractère infraconstitutionnel et pour la même raison exclue aussi bien du domaine de la procédure d'*amparo* que des autres procédures constitutionnelles », position déjà soutenue, entre autres, dans sa STC 28/1991, du 14 février. En dépit de cela, comme nous l'avons dit précédemment, cette interprétation n'est pas un empêchement pour que, dans certaines hypothèses, le fait de ne pas soulever une question préjudicielle peut aller irrémédiablement de pair avec la lésion de l'art. 24 CE. Pour la même raison, le Tribunal constitutionnel considère qu'il ne peut pas rester incapable de réviser l'évaluation judiciaire de la contradiction possible entre le Droit communautaire et le Droit interne lorsque cette dernière aurait impliqué la lésion d'un droit fondamental.

En général, la Cour des droits fondamentaux, c'est-à-dire le Tribunal constitutionnel entend que « l'éventuel jugement d'incompatibilité d'une norme légale interne avec le Droit communautaire ne peut pas dépendre exclusivement d'un jugement subjectif du organe d'application du Droit, c'est-à-dire, de sa propre autorité, mais qu'il doit être revêtu de certaines précautions et garanties ». Le Tribunal considère qu'il ne lui incombe pas de décider sur la présumée contradiction entre la réglementation interne et le Droit communautaire, mais, seulement et exclusivement, si le Juge espagnol a adopté sa décision d'inapplication dans le cadre de sa juridiction, selon les formes que la loi a prescrite et avec toutes les garanties.

En projetant cette doctrine générale au cas concret, le Tribunal estime que lorsque la Chambre du contentieux-administratif de la Cour supérieure de justice de Catalogne, d'une manière isolée et étrangère au reste de la doctrine judiciaire retombée en la matière, elle apprécie la contradiction entre le Droit interne et le Droit communautaire introduit d'emblée un doute dans l'application du Droit communautaire là où il n'existait pas à ce moment-là. Par conséquent, l'organe judiciaire – même s'il exprimait son absence de tout doute – devait avoir soulevé, conformément à la doctrine de la propre Cour de justice des Communautés européennes, la question préjudicielle prévue dans l'art. 234 TCE. Et ce dans la mesure où « l'existence ou l'inexistence d'un doute – aux effets considérés à présent – ne peut pas être entendue en termes de conviction subjective du qui juge sur une certaine interprétation du Droit communautaire (une appréciation subjective) mais comme inexistence objective, claire et formelle, de doute quelconque dans sa interprétation ». « Il ne s'agit donc pas – ajoute le Tribunal – de la question de savoir s'il n'existe pas de doutes raisonnables, mais tout simplement s'il n'y a aucun doute ».

En raison de tout cela, le Tribunal entend qu'il s'est produit un excès de juridiction. « Si la loi postconstitutionnelle est contradictoire avec le Droit communautaire, elle peut seulement être inappliquée, vu les circonstances qui interviennent dans cette affaire, moyennant le soulèvement de la question préjudicielle de l'art. 234 TCE ». Si cela n'est pas fait ainsi, la conclusion est bien claire: l'organe judiciaire a altéré le système de sources de Droit relatif au contrôle de normes, en violant l'une des garanties qui intègrent le contenu du *due process of law*, en mettant l'appelant d'*amparo* dans une situation de manque de défense effective. En définitive, la décision judiciaire mise en question a violé aussi bien le droit à une procédure avec toutes les garanties que le droit de ne pas souffrir de manque de défense.

Nous coïncidons avec Baño León dans l'appréciation selon laquelle la STC 58/2004, en raison du caractère exceptionnel de l'hypothèse de fait et des propres nuances introduites par le Tribunal constitutionnel dans sa interprétation, ne résout guère le doute quant à savoir s'il acceptera résolument sa condition de juge communautaire, forcé à une collaboration loyale avec la Cour de

justice. Nous aurions même plutôt tendance à donner une réponse négative, malgré le contenu de la décision, mais l'importance du précédent ne peut pas passer inaperçue.

VII. Compte tenu de tout ce qui a été exposé précédemment, on peut bien conclure que non seulement les Juges nationaux sont devenus les Juges ordinaires ou « de droit commun » du Droit communautaire dans son application aux différents territoires des Etats, en acheminant leur relation avec la Cour de justice à travers la question préjudicielle, mais qu'au-delà de cela, la jurisprudence de la Cour du Luxembourg a configuré un « droit au juge » universel, sans zones exemptes, à l'égard de toutes les décisions des autorités nationales en matière de Droit communautaire. Ce droit au juge a été constitué en un véritable principe général du Droit communautaire que l'on a fait dériver des traditions communes aux Etats membres. L'importance de ce droit au Juge communautaire qui peut, dans certaines hypothèses, exiger l'intervention même de la Cour du Luxembourg, peut aisément être observé si l'on rappelle que l'ordre juridique communautaire engendre des droits qui sont incorporés au patrimoine juridique des citoyens européens dont la violation par les autorités étatiques génère l'obligation de réparation des dommages ou torts causés. Il est cohérent avec tout cela que dans les Etats qui disposent d'instruments procéduraux de garanties des droits de nature constitutionnel, comme par exemple le *Verfassungsbeschwerde* allemand ou le recours d'*amparo* espagnol, ces instruments sont progressivement utilisés aussi pour garantir ce droit au Juge communautaire.

Cette tendance doit s'accroître remarquablement dans l'avenir. Le Projet de Traité selon lequel est instituée une Constitution pour l'Europe, remis au Conseil européen de Rome le 18 juillet 2003, maintient logiquement l'institution de la question préjudicielle (art. III-274), la compétence pour connaître ladite question étant confiée à la Cour de Grande Instance (art. III-263), la modification introduite dans l'art. 225.3 du Traité de la Communauté européenne par le Traité de Nice étant ainsi reproduite dans ses aspects substantiels, mais il faut néanmoins signaler que son exercice s'avère disponible pour la Cour de Grande Instance, car lorsque cette dernière considérerait « que cette affaire requiert une résolution de principe qui peut affecter l'unité ou la cohérence du Droit de l'Union », pourra remettre l'affaire à la Cour de justice européenne pour que cette dernière décide, tout cela en marge de la possibilité réellement exceptionnelle que les sentences rendues par la Cour de Grande Instance dans l'exercice de cette faculté soient susceptibles d'être réexaminées par la Cour de justice européenne.

Une allusion a été faite précédemment à la Charte de Nice, dont l'incidence sur la structure du système juridictionnel de l'Union européenne a été considérablement importante, en introduisant un élément d'une complexité remarquable dans cette structure en contraste très net avec la simplicité préexistante, et en rendant également propice, comme le reconnaît la doctrine et demeure bien clair compte tenu de l'art. 225.1 du Traité de la Communauté européenne, après sa modification par le Traité de Nice, une évidente « déconstitutionnalisation » de la matière.

Pour ce qui est d'intérêt maintenant, après le Traité de Nice, c'est la Cour de Première Instance qui vient disposer la compétence pour connaître les questions préjudicielles, soulevées en vertu de l'art. 234 (art. 225.3 du Traité). En dépit de ce changement d'attribution de compétence, le législateur communautaire, comme l'a affirmé à juste titre García de Enterría, a agi avec une prudence tout particulière, en autorisant la Cour de Première Instance à remettre la connaissance de la question à la Cour de justice afin que ce soit cette dernière qui décide, et ce dans l'hypothèse selon laquelle « elle considérerait que cette affaire exige une décision de principe pouvant affecter l'unité ou la cohérence du Droit communautaire ». En outre, dans l'art. 225.3 même, dernier paragraphe, est envisagée une sorte de recours en cassation « dans l'intérêt de la Loi » pour que la Cour de justice puisse réexaminer exceptionnellement la décision rendue par la Cour de Première Instance sur une question préjudicielle « dans les conditions et dans les limites établies dans le Statut, en cas de risque grave que soit enfreinte l'unité ou la cohérence du Droit communautaire ». L'art. 62 du Protocole sur le Statut de la Cour de justice confie au premier Avocat général la faculté de proposer à la Cour de justice de réexaminer la décision de la

Cour de Première Instance rendue (dans les cas prévus dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 225 du Traité CE) « lorsqu'il considèrerait qu'il existe un risque grave que soit violée l'unité ou la cohérence du Droit communautaire ».

Les réformes au niveau de l'organisation juridictionnelle européenne, comme cela a été dit précédemment, ont été réceptionnées par le Projet de Traité en vertu duquel était instituée une Constitution pour l'Europe et de là elles sont passées, logiquement, au texte même du Traité en vertu duquel est établie une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004.

La future Constitution européenne, si disparaissent les gros nuages obscurs qui la menacent après les échecs des *referenda* de ratification en France et aux Pays Bas, comme cela a déjà été dit, considère l'institution de la question préjudicielle dans son art. III-369, en attribuant au point 3 de son art. III-358 la compétence pour connaître cette dernière à la Cour générale, en réitérant ce qui a déjà été établi – et indiqué précédemment – sur la possibilité que ce soit la Cour de justice qui connaisse, en première ou en dernière instance, une question déterminée.

Indépendamment du fait que la Constitution européenne prospère ou non, ce sur quoi il n'y a pas l'ombre d'un doute c'est que l'institution de la question préjudicielle doit s'avérer considérablement renforcée. La Constitution incorpore dans son texte une « Charte des Droits fondamentaux de l'Union » (II^e Partie). Et bien que finalement la Constitution ne prospérerait pas, ce qui est sûr c'est qu'une Charte très semblable, de laquelle la II^e Partie de la Constitution trouve ses origines, elle existe déjà depuis sa approbation à Nice. Tout cela doit accentuer très remarquablement le rôle des Juges nationaux en tant que Juges communautaires, car l'institution qui nous occupe peut devenir la clé de voûte pour que la Cour de Première Instance (ou Cour générale) et la Cour de justice, le cas échéant, établissent un minimum de contenus constitutionnels communs des droits fondamentaux en Europe, choisis évidemment de ce « dénominateur constitutionnel européen commun » qui est sous-jacent dans une bonne partie du Droit communautaire, contenus qui par le truchement de cette voie peuvent être progressivement élargis, avec ce que cela implique, en dernier terme, d'instrument de garantie supplémentaire pour les citoyens européens.

Symptomatique de la règle à laquelle nous venons de nous référer peut être la prévision du dernier paragraphe de l'art. III-369, du Traité en vertu duquel est établie la Constitution européenne, d'après laquelle: « Lorsqu'une telle question (une question préjudicielle) est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale en rapport avec une personne privée de liberté, la Cour se prononcera dans les plus brefs délais ».

En définitive, comme allait le faire noter García de Enterría, il est tout à fait possible de déduire de tout ce qui a été exposé que dans l'Europe communautaire a déjà été implanté le principe de *rule of law* ou d'Etat de Droit dans son sens de *justicia garantística* (justice garantistique), avec des règles juridiques qui ont fini par unifier sur ce point tous les systèmes nationaux. Le rôle joué par les Juges nationaux en tant que Juges communautaires a été réellement décisif pour ce qui est de parvenir à cet objectif. La Constitution européenne ne va faire que consolider le processus de formation d'un véritable *ius commune europaeum*.