

ORGANISATION INTERNATIONALE
ET
RELATIONS INTERNATIONALES

41

INSTITUTIONS EUROPÉENNES
ET
IDENTITÉS EUROPÉENNES

SOUS LA DIRECTION DE
MARIE-THÉRÈSE BITSCH
WILFRIED LOTH
RAYMOND POIDEVIN

=====
EXTRAIT
=====

BRUXELLES
ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT
1 9 9 8

**LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,
LA CONSTITUTIONNALISATION DU TRAITÉ DE ROME
ET SON IMPACT SUR L'ÉMERGENCE
D'UNE IDENTITÉ EUROPÉENNE (*)**

PAR

JÖRG GERKRATH

Après avoir pris connaissance des contributions consacrées aux institutions « politiques » de l'Union européenne, le lecteur pourrait nourrir quelques doutes quant à la capacité d'une cour de justice à contribuer à l'émergence d'une identité européenne. Comment s'expliquer en effet que cette institution dont ni ses modes de saisine, largement fermés aux individus, ni sa fonction, d'assurer le respect du droit, ni encore sa composition, d'éminents magistrats peu connus du public, ne la prédestinaient à jouer un rôle générateur d'identité a su néanmoins le faire ?

Le titre retenu pour cette contribution contient déjà la réponse à cette question : la Cour de Luxembourg a « constitutionnalisé » le traité de Rome, et ce faisant elle a contribué à doter l'Europe communautaire d'une sorte de loi fondamentale commune dans laquelle les peuples des quinze États membres peuvent trouver certains éléments d'une identité commune.

Plus précisément cela signifie qu'au fil des ans, la Cour a su accentuer les aspects constitutionnels inhérents aux traités fondateurs tout en estompant les éléments qui rapprochaient la Communauté d'un ordre international classique. Ainsi que le souligne le professeur Rasmussen, « le caractère constitutionnel du traité est essentiellement un sujet de savoir-faire judiciaire. La métamorphose

(*) La présente contribution est issue de ma thèse. Pour de plus amples développements ainsi que pour des références bibliographiques complémentaires veuillez vous reporter à Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, pp. 203-226.

du traité en constitution a eu lieu lorsque, d'affaire en affaire, la Cour interpréta ses dispositions, combla ses lacunes et silences et lorsqu'elle s'employa, de temps en temps, à réécrire certaines de ses clauses » (1).

Ce processus, à travers lequel les traités communautaires se transforment progressivement en une constitution, a par conséquent été désigné par le terme d'origine anglo-saxonne de *constitutionnalisation* (*constitutionalization* ou, en allemand, *Verfassungswerdung*) (2). Suivant Joseph H.H. Weiler cela « implique un processus combiné et circulaire par lequel les Traités ont été interprétés à l'aide de techniques utilisées pour les documents constitutionnels plutôt qu'à l'aide de celles utilisées pour les traités multilatéraux et à travers ce processus les traités (...) ont revêtu les qualités d'un 'droit supérieur', à l'instar d'une Constitution » (3).

On relève en outre qu'il s'agit là d'un processus *in fieri*, dans lequel le traité « est interprété par la Cour de justice selon une méthode systématique, téléologique et surtout dynamique, similaire à celle utilisée par les juges constitutionnels des États membres » (4).

Mais, d'aucuns feront objecter qu'une Constitution – et *a fortiori* une charte constitutionnelle de provenance jurisprudentielle – ne fait pas encore une identité européenne. Il convient donc de se pencher un instant sur le lien qu'il peut bien y avoir entre identité et constitution.

La notion d'identité européenne renvoie à une idée susceptible de recouvrir des significations multiples et variées (5). Une identité collective des Européens, complémentaire aux diverses identités natio-

(1) Hjalte RASMUSSEN, « The court of justice of the European Communities and the process of integration », in E. ORBAN (éd.), *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 201. Toutes les traductions vers le français ont été effectuées par l'auteur.

(2) Gerhard CASPER, « The emerging constitution of the European Community », *The Law School Record*, University of Chicago Law School, vol. 24/1978, pp. 5-12 ; Eric STEIN, « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *American Journal of International Law*, 1981, pp. 1-27 ; G. Federico MANCINI, « The making of a constitution for Europe », *Common Market Law Rev.*, 1989, p. 595 ; Joseph H.H. WEILER, « The transformation of Europe », *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403-2483 ; Benedikt WECHSLER, *Der Europäische Gerichtshof in der EG-Verfassungswerdung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, 241 p.

(3) Joseph H.H. WEILER, « Supranationalism revisited – a retrospective – The European Communities after 30 years », in W. MAHOFER (éd.), *Non si mura*, Selected working papers of the European University Institute, 1986, p. 382, note 28.

(4) Jose Luis DA CRUZ VILAÇA et Nuno PIÇARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés Européennes ? », *Cahiers de Droit Européen*, 1993, p. 10.

(5) Voir la Revue *Projet* n° 250, « Comment peut-on être Européen ? », juin 1997.

nales qui demeurent, ne peut se forger que sur la base d'éléments communs aux peuples européens. La culture, la langue, l'histoire, la patrie et la religion, qui contribuent largement à déterminer l'identité nationale d'un peuple ne peuvent donc jouer ce rôle au niveau européen tant la diversité y est grande. Ce qui peut cependant unir les Européens est le sentiment d'appartenir à une civilisation commune, d'avoir une conception commune de la vie en société, de partager certaines valeurs communes.

Dans un discours prononcé le 24 avril 1997 devant le Bundestag allemand, Václav Havel, le Président de la République tchèque, appelait ainsi à ce que l'Europe devienne la « petite patrie (die Heimat) de nos valeurs communes ainsi qu'elles sont issues de nos meilleures traditions spirituelles et des expériences historiques vécues ». Ces valeurs communes sont bien évidemment en premier lieu les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. Ainsi, d'après le Président tchèque, tôt ou tard les Européens vont devoir ressentir l'Europe comme une « petite patrie » (Heimat) commune englobant leurs patries respectives.

L'identité européenne doit être considérée comme complémentaire aux identités nationales et fondée sur l'attachement à des principes et valeurs qui se trouvent consacrés dans les constitutions nationales. On peut alors affirmer avec Dominique Rousseau que « l'identité de l'Europe sera constitutionnelle ou ne sera pas », car en exposant clairement les valeurs sur lesquelles les hommes décident, à un moment donné, de construire leur vie commune et en esquissant un projet de société partagé, le texte d'une constitution européenne construit aussi une identité qui « ne trouve pas ses racines dans le sang, le sol, l'ethnie ou la tradition, mais provient d'une adhésion et d'une conviction dans un ensemble de principes universalisables que se partagent et dans lesquels se reconnaissent et se pensent les peuples européens » (6).

On pourrait alors objecter que « les constitutions n'ont jamais suffi à créer les sentiments » ainsi que le laissait entendre Raymond Aron en 1952 à propos du projet de constitution d'une Communauté politique européenne. Une constitution, lorsqu'on n'y voit pas que le document juridique mais l'incarnation d'un ordre libéral et démocratique, peut cependant être en mesure d'éveiller des sentiments

(6) Dominique ROUSSEAU, « Pas d'Europe sans constitution », *Le Monde* du 19 novembre 1996.

d'attachement et de loyauté de la part des citoyens. Ce phénomène générateur d'unité politique a été observé en Allemagne fédérale à l'égard de la Loi fondamentale de 1949. Dolf Sternberger l'a conceptualisé sous le nom de « patriotisme constitutionnel » (7). D'après l'auteur, ce patriotisme d'un nouveau type se serait développé au fur et à mesure que la « Loi fondamentale » a perduré donnant naissance à des organes vigoureux et garantissant de façon efficace les droits et libertés des citoyens.

On ne voit pas pourquoi une constitution européenne précédée d'une déclaration des droits et des libertés et fondant une entité commune sur le respect des principes de l'État de droit et de la démocratie ne pourrait pas contribuer à faire naître un patriotisme européen sur la base d'un sentiment d'appartenance à une Communauté de valeurs (8). De différentes manières, une constitution peut en effet remplir une fonction d'intégration. Son grand âge lui confère ainsi une forte valeur d'intégration. Les textes plus récents peuvent réaliser leur fonction d'intégration en mettant en place des institutions capables de provoquer chez les citoyens une identification quant aux valeurs et buts poursuivis. Dans le texte de la constitution ce sont précisément les dispositions sur les valeurs, les droits de l'homme et les buts de l'État qui servent d'orientation. Pour reprendre une expression chère à Georges Burdeau, c'est « l'idée de droit » exprimée dans la constitution qui peut permettre à la constitution d'exercer une fonction charismatique.

Sans un minimum d'homogénéité sociale, la constitution ne peut cependant pas remplir ce rôle. Elle doit refléter un consensus fondamental qui s'est réalisé au moment de son élaboration et permettre le renouvellement de ce consensus à travers les procédures qu'elle établit. La constitution et l'identité collective de la communauté qu'elle régit se trouvent donc dans un rapport d'interaction et la constitution est en quelque sorte « l'âme de la cité » à laquelle se référerait le philosophe grec Isocrate.

En s'attachant à dégager et à enrichir la substance constitutionnelle du traité de Rome, la Cour de justice expose les principes et valeurs auxquels adhèrent les citoyens européens et participe ainsi

(7) Voir son allocution prononcée en 1979 à l'occasion du trentième anniversaire de la Loi fondamentale. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 23.05.1979. Le texte est reproduit dans DOLF STERNBERGER, *Schriften*, tome X, Insel Verlag, 1990, pp. 43 et s.

(8) Sur cette question voir le numéro spécial de la revue *Objetif Europe*, n° 41-42 1996 intitulé *Y a-t-il un patriotisme européen ?*, pp. 2-52.

à la détermination d'une identité européenne, d'une conscience constitutionnelle européenne qui n'est rien d'autre que l'âme de l'Europe. On tentera de décrire les grandes étapes de ce processus de « constitutionnalisation » et de faire apparaître les facteurs qui l'ont favorisé.

I. - LES GRANDES ÉTAPES DE LA CONSTITUTIONNALISATION

Pour mesurer le chemin parcouru depuis les débuts de la construction communautaire, il faut souligner tout ce qui faisait défaut au traité de Rome, qui, comparé à une constitution au sens strict du terme, se présente en 1957 comme une constitution pour le moins très imparfaite.

Il ne contient notamment aucune clause générale de suprématie à l'image de celles qu'on rencontre habituellement dans les constitutions des systèmes de type fédéral. Il ne contient pas non plus de disposition claire relative à la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres. Il n'assure pas plus la garantie des droits fondamentaux qu'il ne détermine une séparation des pouvoirs au sens classique. Le libellé de la plupart de ses dispositions semble enfin indiquer que l'intention de ses auteurs était simplement d'établir des obligations à la charge des États.

Si la transformation du traité en une charte constitutionnelle assumant les caractéristiques d'une « loi supérieure » apparaît aujourd'hui comme assez largement accomplie, les grands arrêts constitutionnels se situant entre 1963/64 et 1991, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un processus qui est toujours en cours ce qui rend son évaluation provisoire.

Dans son avis 1/91 qui constitue à certains égards le point d'orgue de la constitutionnalisation du traité, la Cour a elle-même synthétisé sa jurisprudence dans une formule réactualisée par rapport aux arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa* du début des années soixante :

« Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants. Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont en particulier sa primauté par rapport aux droits des États

membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (9).

La Cour insiste donc sur les aspects formels à savoir la création d'un nouvel ordre juridique, la limitation des droits souverains des États membres, l'attribution aux individus de la qualité de sujets de cet ordre juridique ainsi que sur la primauté et l'effet direct. La jurisprudence comporte également des éléments substantiels qui sont venus enrichir la constitution communautaire. On examinera successivement la « constitutionnalisation formelle » (A.) et la « constitutionnalisation substantielle » (B.).

A. – La constitutionnalisation formelle

Par constitutionnalisation formelle on entend, dans ce contexte, tous les apports jurisprudentiels qui ont contribué à rapprocher le traité de Rome d'une constitution au sens formel. Pour ne pas alourdir inutilement l'exposé, on évoquera ici que les éléments les plus significatifs.

L'affirmation de la spécificité et de l'autonomie de l'ordre juridique de la Communauté peut être considérée comme le véritable « acte fondateur ». En établissant cette autonomie tant à l'égard des droits nationaux qu'à l'égard du droit international, la Cour a préparé le terrain pour la constitutionnalisation.

L'autonomie du droit communautaire par rapport à l'ordre juridique national des États membres a été clairement affirmée par la Cour dès 1963 dans l'affaire *Van Gend en Loos*. Le droit communautaire, dit-elle, est « indépendant de la législation des États membres » (10). En 1970, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour est encore plus explicite en déclarant que la validité des actes arrêtés par les institutions « ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire ; qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait en raison de sa nature se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base de la Communauté elle-même » (11).

(9) CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, Espace économique européen, *Rec.*, I, p. 6079.

(10) CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, pp. 3 et s.

(11) CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1135.

L'indépendance de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international a également été soulignée avec force. Si dans l'arrêt *Van Gend en Loos* la Cour le qualifie encore de « nouvel ordre juridique de droit international », elle a toujours considéré que le traité « constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre États contractants » et elle vient très vite à le considérer comme un « ordre juridique propre » issu d'une « source autonome » dans l'affaire *Costa contre ENEL* (12).

Elle déduit de la nature spécifique du traité l'exclusion du jeu de la réciprocité en ce qui concerne l'application du traité et des règles du droit international pour ce qui est de la révision du traité. La préoccupation de la Cour de sauvegarder l'originalité de la construction communautaire la conduit ainsi « à rejeter des principes ou des institutions qui sont la traduction du moindre degré d'intégration juridique de la société internationale » (13).

La doctrine judiciaire de l'effet direct est l'étape suivante du processus de constitutionnalisation. Il convient cependant de ne pas confondre à cet égard *l'applicabilité directe* qui signifie que le droit communautaire s'insère automatiquement dans l'ordre interne sans dépendre d'une mesure de réception nationale et *l'effet direct* qui traduit la propriété de certaines de ses règles de créer des droits et des obligations pour les particuliers que les tribunaux nationaux sont chargés de sauvegarder.

Compte tenu de cette distinction, c'est donc bien l'effet direct qui paraît être déterminant. Dans son célèbre arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour de justice insiste en effet particulièrement sur le fait que le traité a créé un ordre juridique « dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » avant d'indiquer que le droit communautaire « de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».

La reconnaissance de l'effet direct aux dispositions du traité qui énoncent des obligations claires, précises, complètes et inconditionnelles à la charge des États offre donc au particulier la faculté d'invoquer ces dispositions devant les tribunaux internes et oblige ceux-

(12) CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

(13) Robert KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Rec. des cours de l'Académie de droit européen (RAE)*, 1993, vol. IV, book 1, p. 16.

ci à sauvegarder les droits subjectifs qui en résultent. La raison fondamentale pour le développement de la doctrine de l'effet direct ne réside pas tant dans les caractères techniques des règles en question que dans la conviction que les particuliers jouissent de la qualité de sujets de l'ordre juridique communautaire. La Cour de justice a ainsi apporté « une contribution essentielle au développement de la constitution communautaire en faisant apparaître qu'il ne s'agit pas d'une simple communauté d'États mais aussi d'une communauté de peuples et de personnes » et qu'il y a là sans aucun doute « un élément de la constitution et une part de jurisprudence constitutionnelle » (14).

Une constitution au sens formel se caractérise par le fait qu'elle est placée au sommet de la hiérarchie des normes. En ce sens les traités institutifs peuvent être qualifiés de normes suprêmes car la Cour leur reconnaît non seulement la primauté sur le droit interne des États membres, mais elle assure aussi efficacement leur prééminence à l'égard de l'ensemble du droit communautaire dérivé.

La consécration du principe de la primauté du droit communautaire sur l'ensemble des règles de droit interne des États membres, y compris sur les règles constitutionnelles, et ceci en l'absence d'une clause explicite en ce sens, constitue à l'évidence une étape essentielle dans le processus de constitutionnalisation en même temps qu'il s'agit « d'un coup solide porté à la souveraineté nationale » (15). La doctrine judiciaire de la primauté est bien mise en lumière dans le premier arrêt qui l'a énoncée, à savoir l'arrêt *Costa c. ENEL* du 14 juillet 1964. On peut y lire que « la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures sans mettre en péril la réalisation des buts du traité ».

Car « en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souve-

(14) Voir en ce sens Pierre PESCATORE, « Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht ein Kapitel Verfassungsgeschichte in der Perspektive des europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet », *Festschrift für Hans Kutscher*, Nomos, Baden-Baden, 1981, p. 326.

(15) Jean-Paul JACQUE, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, n° 1/1991, p. 128.

rains ». Il en résulte l'impossibilité pour les États « de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux (...), une mesure unilatérale ultérieure ».

Dans l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978 la Cour combine ensuite la primauté avec l'effet direct pour démontrer qu'« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions (...) directement applicables (...) font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres » (16). Renaud Dehousse souligne à ce propos qu'en vertu de ce raisonnement audacieux, « toute norme communautaire, quelle qu'elle soit, jouit d'une primauté absolue sur les règles nationales, fussent-elles même d'ordre constitutionnel. D'un trait de plume, la Cour conférerait ainsi au traité une autorité semblable à celle de la constitution dans un système de type fédéral » (17).

Il reste alors à la Cour d'assurer la pleine prééminence du traité au sein de l'ordre juridique communautaire lui-même, que ce soit à l'égard des actes pris par les institutions communautaires, de certains accords conclus en forme simplifiée entre les représentants des États membres réunis au sein du Conseil, ou encore à l'égard des accords internationaux conclus par la Communauté. La prééminence du traité institutif sur les actes des institutions découle incontestablement de leur nature originaire. Tout acte pris par les institutions doit en effet trouver sa base juridique dans une disposition du droit originaire. Car comme l'indique couramment la Cour, le traité constitue « le fondement, le cadre et les limites » (18) du pouvoir normatif des institutions qu'elle n'hésite pas par ailleurs à qualifier de « pouvoir législatif de la Communauté » (19).

La conséquence logique de la suprématie du traité est que ni les États membres ni les institutions « n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité » (20). La Cour a en outre déclaré à plusieurs reprises que les traités fondateurs ne pouvaient être modifiés que conformément

(16) CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 609.

(17) Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Collection Clés Politiques, Paris, 1994, p. 49.

(18) Voir par exemple CJCE, 7 mai 1969, *Torrekens*, aff. 26/68, *Rec.*, p. 135 ; CJCE, 5 octobre 1978, *Viola*, *Rec.*, p. 1771.

(19) CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.

(20) CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, aff. 294/83 du 23 avril 1986, *Rec.*, p. 1365, pt. 23.

à la procédure de révision qu'ils prévoient et que notamment des accords conclus en forme simplifiée par les États membres, réunis ou non au Conseil, ne sauraient apporter des modifications aux traités ni prévaloir sur eux.

Le rôle du traité comme Constitution apparaît ainsi clairement à travers le contrôle de « constitutionnalité » exercé par la Cour. Dans la mesure où le traité ne contient cependant pas de dispositions claires relatives à la distribution des compétences, la Cour a en outre été amenée à trancher de nombreux litiges impliquant la détermination préalable des compétences respectivement détenues par les États membres et la Communauté. Ce contentieux lui a permis de bâtir un système de répartition par la voie jurisprudentielle (21).

L'affirmation explicite de la nature constitutionnelle du traité, constitue en quelque sorte l'aboutissement des phases précédentes. Annoncée par l'avis 1/76 du 26 avril 1977 où la Cour évoque le risque d'une modification de la « constitution interne de la Communauté » (22), elle ressort de l'arrêt *Les Verts* du 23 avril 1986 lorsque la Cour souligne « que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

Dans l'avis 1/91 du 14 décembre 1991, la Cour insiste plus particulièrement sur la différence de nature entre un traité international classique et le traité CEE qui « bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit ».

La nature intrinsèquement constitutionnelle du traité et spécialement de certaines de ses dispositions est ainsi mise en valeur par la Cour qui confirme par là même qu'il ne faut pas conclure de la forme extérieure du traité à son essence véritable. Mais cela n'est pas la seule conséquence de l'affirmation de la qualité constitutionnelle du traité. Car, ainsi que le souligne Vlad Constantinesco, caractériser le traité de charte constitutionnelle d'une Communauté

(21) Pour une étude approfondie sur la délimitation des compétences par le juge communautaire voir KOEN LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 245-594.

(22) CJCE, avis 1/76 du 26 avril 1977, *Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, *Rec.*, pp. 741 et s., point 12.

de droit « c'est aussi pour la Cour se désigner comme juridiction constitutionnelle » (23).

Les termes employés par la Cour de justice dans son avis 1/91 peuvent faire penser qu'elle a voulu mettre l'article 164 TCE et plus généralement les « fondements mêmes de la Communauté » hors d'atteinte d'une révision « accidentelle » sur la base de l'article 238 TCE. Il est légitime de se demander si la Cour n'a pas voulu aller plus loin, considérant les fondements de la Communauté comme un noyau dur liant le pouvoir de révision du traité.

Si tel était le cas, on serait alors en présence d'une nouvelle étape dans le processus de constitutionnalisation du traité, à savoir l'introduction de limites matérielles implicites à sa révision. Pour l'instant, il est peut être prématuré de considérer que l'avis 1/91 consacre le principe d'une limitation matérielle du pouvoir de révision des traités. Les indications précises sur ce qu'il faut considérer comme les fondements de la Communauté ne peuvent par ailleurs être fournies que par la jurisprudence de la Cour elle-même. Un examen superficiel de cette jurisprudence révèle que la Cour s'est référée à plusieurs reprises aux « fondements » ou aux « bases » de la Communauté.

En dehors de l'article 164 TCE, doivent ainsi être considérés comme entrant dans cette catégorie les principes de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire car leur méconnaissance mettrait en question « les bases mêmes de la Communauté » (24). Les principes de l'égalité des États membres, de la « solidarité » et de la « loyauté communautaire » font aussi partie des fondements de la Communauté. La Cour a en effet jugé que « le fait pour un État membre, de rompre unilatéralement, selon la conception qu'il se fait de son intérêt national, l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de son appartenance à la Communauté, met en cause l'égalité des États membres devant le droit communautaire et crée des discriminations à charge de leurs ressortissants ; ce manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de

(23) Voir sa note sous l'avis 1/91 dans la chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *Journal de Droit International*, 1992, p. 425.

(24) Voir notamment CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141 et CJCE, 9 mars 1978, *Société d'Al. aff. 106/77*, *Rec.*, p. 629.

leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire » (25).

On le voit à travers ces exemples, la notion de fondements de la Communauté renvoie d'ores et déjà à un certain nombre de principes matériels. Pierre Pescatore fait remarquer à cet égard que les arrêts portant sur ces principes fondamentaux laissent paraître de la part de la Cour une « conscience constitutionnelle » (26). Celle-ci se manifeste à travers la jurisprudence qui a contribué à enrichir la substance constitutionnelle du traité.

B. — La constitutionnalisation substantielle

La constitutionnalisation substantielle a pour effet de combler certaines lacunes du traité et d'y insérer des principes qui sont habituellement considérés comme faisant partie de la constitution au sens matériel. Il s'agit donc essentiellement de la jurisprudence relative à la consécration d'un certain nombre de principes constitutionnels et de valeurs fondamentales. L'expression de valeurs et de principes fondamentaux qui régissent la vie d'une communauté forment certainement un ensemble normatif typique du droit constitutionnel en général. A cet égard, la différence entre le traité de Rome et une constitution nationale est peut-être l'exemple le plus flagrant. En dehors du principe de non-discrimination, de la libre circulation des travailleurs et de l'égalité de rémunération entre l'homme et la femme, le traité CE ne contient en effet guère de dispositions de ce type. Il s'agit comme le souligne Pierre Pescatore d'une « constitution sans catalogue de 'droits' » (27). La jurisprudence de la Cour a pu pallier ce déficit, au moins partiellement.

La protection des droits fondamentaux constitue ainsi une étape essentielle de la constitutionnalisation du traité. Saisie de questions préjudicielles portant sur le problème de la méconnaissance par des actes communautaires des droits de l'homme garantis sur le plan national, la Cour a d'abord adopté une position défensive en estimant que « le droit communautaire ne saurait être invalidé sur la base du droit interne, fut-il constitutionnel ». Sous la pression des

(25) Voir CJCE, 7 février 1973, *Commission c. République italienne*, aff. 39/72, *Rec.*, p. 101 et CJCE, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 178/78, *Rec.*, p. 419 (spec. p. 429).

(26) Pierre PESCATORE, *op. cit.*, pp. 335-338.

(27) Voir Pierre PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 629.

juridictions nationales elle s'est cependant décidée quelques années plus tard à combler cette lacune du droit communautaire en ayant recours aux principes généraux du droit.

Annoncée par l'arrêt *Stauder* (28), la doctrine de la Cour en matière de droits de l'homme est clairement exprimée dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* où la Cour affirme que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ». Quant aux sources de ces droits, la Cour précisera ultérieurement qu'elle est « tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres » tout en soulignant que les « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte » et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme qui est expressément visée à partir de 1975 (29).

Désormais, la Cour exerce donc un contrôle sur la protection des droits de l'homme non prévu à l'origine par le traité, contrôle qui s'étend par ailleurs non seulement aux actes des institutions communautaires, mais peut aussi porter sur les actes pris par les États membres en exécution du droit communautaire et plus généralement sur toute réglementation nationale qui entre dans le champ d'application du droit communautaire.

L'affirmation du principe général de la prééminence du droit relève aussi du processus de constitutionnalisation. Dans des arrêts de 1979 et 1982, la Cour a en effet considéré que « le principe fondamental de l'État de droit constitue l'un des fondements du Traité de la CEE ». Ainsi, lorsque la Cour de justice affirme en 1986 dans l'arrêt *Les Verts* que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité », elle justifie l'élargissement du cercle des institutions dont les actes peuvent faire l'objet d'un recours en annulation sur la base de l'article 173 TCE, en se référant notamment « à l'esprit du traité tel qu'il a été exprimé dans l'article 164 ».

(28) CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 22/69, *Rec.*, p. 419.
(29) CJCE, 28 octobre 1975, *Italica*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1419.

En disposant en termes généraux que « la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité », l'article 164 TCE assigne à la Cour de justice la mission de sauvegarder « la légalité communautaire ». L'article 164 du traité instituant la Communauté européenne ne signifie dès lors rien d'autre que la soumission de la Communauté et de ses institutions au droit. Le principe de la prééminence du droit se trouve donc implicitement inscrit dans les traités fondateurs.

La définition de la Cour met l'accent sur deux composantes de la notion de « Communauté de droit » : la soumission des autorités publiques à des normes supérieures (la charte constitutionnelle) et l'existence d'un contrôle juridictionnel des actes de ces autorités permettant de garantir le respect des normes supérieures.

La Communauté de droit se caractérise par le respect de principes objectifs tels que le principe de proportionnalité et le principe de la sécurité juridique, et par la garantie des droits subjectifs de la personne. La reconnaissance du principe de la prééminence du droit se manifeste donc au niveau communautaire par l'existence d'une Communauté de droit dans laquelle le respect de l'ensemble des normes de rang constitutionnel est assuré par l'existence d'un système complet de voies de recours juridictionnelles ainsi que par le respect des droits fondamentaux.

Par ailleurs, la jurisprudence de la CJCE se réfère également au principe démocratique. Dans des arrêts de 1980 et 1991, la Cour de Luxembourg a fait référence à la participation du Parlement européen dans le processus normatif en disant qu'elle est « le reflet bien que limité, au niveau de la Communauté, d'un principe fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative » (30). Dans un arrêt du 11 juin 1991, la Cour a ensuite abandonné l'adjectif « limité » en caractérisant la participation du Parlement européen dans la procédure de coopération mise en place par l'Acte unique (31).

Ainsi se trouvent consacrées dans la charte constitutionnelle communautaire les valeurs qui forment le patrimoine constitutionnel commun de l'Europe : les droits de l'homme, l'État de droit et la

(30) CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette Frères SA c. Conseil*, aff. 138/79, *Rec.*, p. 3333 (3360).

(31) CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.*, I, p. 2867 (2900). Voir aussi plus récemment CJCE, 30 mars 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-65/93, *Rec.*, p. 643, point 21.

démocratique. Mais la constitutionnalisation substantielle a également mis en exergue deux principes structurels plus spécifiques.

Le premier, celui de l'équilibre institutionnel, a été déduit par la Cour de l'économie du système établi par les traités et peut être considéré comme une « déterminante structurelle » des Communautés (32). On trouve la première mention au principe de l'équilibre institutionnel dans l'arrêt *Meroni*. La Cour y explique en effet qu'elle voit dans l'équilibre des pouvoirs « caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le traité aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique » (33).

Ce principe indique que chaque institution doit exercer « tous les pouvoirs que le traité lui confère sans subir d'empiètements et sans en défaire » (34). Sa première fonction est donc d'assurer l'exclusivité des pouvoirs respectifs des institutions. D'une manière générale, la Cour a jugé dans l'affaire dite *Tchernobyl* que les traités « ont mis en place un système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté, qui attribue à chacune sa propre mission dans la structure institutionnelle de la Communauté et dans la réalisation des tâches confiées à celle-ci. Le respect de l'équilibre institutionnel implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres. Il exige aussi que tout manquement à cette règle, s'il vient à se produire, puisse être sanctionné » (35). Elle érige ainsi ce principe en véritable principe « constitutionnel » de l'ordre communautaire dont le juge se reconnaît compétent pour assurer le maintien.

Le deuxième principe, celui de la coopération loyale entre les États membres et la Communauté, trouve son expression écrite dans l'article 5 du traité de Rome qui dispose très laconiquement que « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils

(32) Waldemar HUMMER, « Das 'institutionelle Gleichgewicht' als Struktur-Determinante der Europäischen Gemeinschaften », in *In las humanitatis, Festschrift für A. Erdross*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, pp. 459-485.

(33) CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9/56, *Rec.*, p. 11.

(34) Vlad CONSTANTINESCO, « Les institutions communautaires. Présentation générale », *Juris Classica Europ.*, fasc. 200, n° 97.

(35) CJCE, 22 mai 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-70/88, *Rec.*, I, p. 2041.

s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

Si d'après ses termes cette disposition ne semble guère aller au-delà d'une simple affirmation du principe de la bonne foi dans l'exécution des traités, la jurisprudence de la Cour de justice lui a conféré une portée tout à fait autre. La Cour a en effet peu à peu élargi son interprétation de l'article 5 CE dont le texte ne vise que les obligations des États membres pour en déduire l'existence d'une obligation de coopération loyale pesant à la fois sur les États membres et sur les institutions communautaires (36). Elle a notamment considéré que l'article 5 « est l'expression de la règle plus générale imposant aux États membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération et d'assistance loyale » (37).

Tel qu'il ressort d'un examen de la jurisprudence de la Cour de justice, le principe de coopération loyale constitue un élément d'interprétation important. Ainsi que le fait apparaître *Ole Due*, la Cour voit dans l'article 5 « l'expression d'un principe plus général, imposant une obligation réciproque de coopération loyale entre les institutions communautaires et les autorités nationales et entre ces dernières autorités en vue de promouvoir les objectifs du Traité » (38). La majeure partie de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'obligation de coopération loyale concerne les devoirs des autorités des États membres. Plus récemment, la Cour de justice a néanmoins estimé que le devoir de loyauté incombe également aux institutions communautaires que ce soit vis-à-vis des États membres ou dans leurs relations mutuelles. Le devoir de coopération loyale s'apparente ainsi au principe de fidélité fédérale bien connu dans les systèmes fédéraux.

Prise dans son ensemble, la jurisprudence examinée a donc considérablement accentué le caractère constitutionnel du traité de Rome que ce soit au niveau de la forme ou au niveau du contenu. Reste à expliquer comment cela était possible. Comment peut-on en effet s'expliquer qu'une poignée de juges « cachée au fond de ce 'fée-rique Duché du Luxembourg' ait pu réaliser ce que six États n'ont

(36) CJCE, ordonnance du 13 juillet 1990, *Zwartfeld*, aff. C-2/88, *Rec.*, p. 2965; CJCE, 28 février 1991, *S. Delimitis*, aff. C-234/89, *Rec.*, p. 977.

(37) CJCE, 5 avril 1990, *Commission c. Belgique*, aff. C-6/89, *Rec.*, p. I, p. 1595.

(38) *Ole Due*, « Article 5 du traité CEE. Une disposition de caractère fédéral? », *RAE*, Vol. II, book I, p. 24.

pas pu ou n'ont pas voulu faire, à savoir construire un cadre constitutionnel pour une structure européenne de type fédéral ? » (39).

II. — FACTEURS AYANT FAVORISÉ LA CONSTITUTIONNALISATION JUDICIAIRE

Parmi les conditions qui ont pu favoriser le processus de constitutionnalisation par la voie judiciaire, deux méritent particulièrement l'attention. Elles tiennent premièrement au caractère des traités fondateurs et deuxièmement à la place assignée à la Cour de justice dans le système institutionnel communautaire.

Lorsqu'on examine le contenu des traités fondateurs tels qu'ils ont été rédigés dans les années cinquante, on s'aperçoit rapidement que les représentants des six États membres de la Communauté se sont en effet bornés à poser les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde et à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens. Les pères fondateurs de la Communauté n'ont pas voulu rédiger une constitution de type fédéral qui n'avait de toute façon aucune chance d'être adoptée. Ils se sont limités à fixer le cadre général dans lequel les institutions communautaires étaient appelées à agir pour réaliser les objectifs communs.

Ceci est particulièrement flagrant en ce qui concerne le traité instituant la CEE lequel se remet pour l'essentiel à l'action des institutions qu'il met en place. Il énonce en effet des objectifs et des principes et il prévoit les procédures selon lesquelles les institutions devront les mettre en œuvre. Pour ces raisons il a été qualifié de traité-cadre. Il met l'accent sur l'affirmation de principes généraux et élargit le champ d'activité de la Communauté à toute l'économie. Il a ainsi permis à la Cour de justice, dont il renforce par la même occasion la place dans le système institutionnel, de devenir un facteur d'intégration de premier ordre.

On n'a pas manqué de souligner que « force est de reconnaître que le caractère programmatique du traité, joint à la relative imprécision de certaines de ses dispositions, laisse la part belle à l'interprète. Celui-ci aura beau jeu de faire valoir qu'il ne crée pas la règle

(39) Eric STEIN, « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *American Journal of International Law*, 1981, p. 1.

de droit, mais qu'il se borne à en mettre à jour l'interprétation correcte, en l'extrayant du faisceau des interprétations possibles. Bien souvent, cependant, la marge de manœuvre considérable dont il dispose lui permettra de faire œuvre créatrice » (40).

Mais il n'aurait pas été possible à la Cour de justice de procéder de cette façon si elle n'avait pas été expressément investie par les États membres de la mission d'assurer de façon générale « le respect du droit » dans l'interprétation et l'application du traité de Rome. En accordant à la Cour de justice une place éminente dans le système institutionnel communautaire la plaçant à égalité avec le Parlement, le Conseil et la Commission, les États membres ont souligné l'importance du rôle du droit dans l'intégration européenne conformément au concept d'État de droit qui est profondément ancré dans la culture juridique européenne (41).

En établissant un système complexe de voies de recours et en ouvrant très largement l'accès au prétoire communautaire, les États fondateurs ont également donné à la Cour les instruments qui lui ont permis de développer l'ordre juridique communautaire. La Cour exerce en effet trois types de compétences d'attribution, à savoir des compétences contentieuses, une compétence préjudicielle et une compétence consultative. C'est à travers ces compétences, et principalement à travers la procédure du renvoi préjudiciel, que la Cour a pu exercer un certain pouvoir normatif (42).

En étendant le recours préjudiciel, déjà présent dans le traité CECA, aux questions d'interprétation du traité lui-même, les États membres ont en effet abandonné leur pouvoir d'interprétation authentique du traité à un organe juridictionnel indépendant afin de garantir l'unité d'interprétation du droit communautaire.

Les méthodes jurisprudentielles d'interprétation du droit originaires utilisées par la Cour de justice permettent de tirer quelques conclusions quant à la conception qu'elle se fait de sa propre fonction. Nombreux sont les commentateurs qui soulignent le fait que la Cour exerce parmi d'autres fonctions celle d'une cour constitutionnelle. Ceci apparaît clairement lorsque la Cour contrôle la

(40) Renaud DENOUSSÉ, précité, pp. 72-73.

(41) Ulrich EVERLING, « Die Stellung der Judikative im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft », *Revue de droit suisse*, 1993, pp. 337 et s.

(42) Jean BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public*, Mélanges Marcel Waline, Paris, LGDJ, 1974, t. I, p. 157.

conformité du droit dérivé avec la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité », œuvre pour le maintien de l'équilibre institutionnel, statue sur la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres, assure le respect des droits fondamentaux ou se prononce sur la conformité par rapport au droit originare d'un accord que la Communauté envisage de conclure avec un État tiers (43).

Le rappel prononcé en 1819 par le Chief Justice Marshall dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland* selon lequel « nous ne devons jamais oublier que c'est une constitution que nous avons à interpréter » semble aussi avoir été présent à l'esprit des juges communautaires. Si toutes les méthodes d'interprétation généralement admises sont employées en droit communautaire, on constate en effet de la part de la Cour une nette préférence pour les méthodes fonctionnelles d'interprétation, c'est-à-dire « la prise en considération de la finalité générale des traités en vue d'en reconstituer l'esprit » (44).

Bien que la Cour parte généralement des termes mêmes de la disposition à interpréter, elle favorise en dernier ressort le recours à la méthode d'interprétation téléologique en prenant notamment en considération l'objectif et la finalité poursuivis. Dans le célèbre arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 elle applique cette méthode à laquelle elle est demeurée fidèle depuis, en considérant que pour savoir si une disposition du traité a un effet direct dans l'ordre interne il faut en examiner « l'esprit, l'économie et les termes ». On le voit, l'ordre des mots résume bien la méthode d'interprétation de la Cour et sa volonté de ne pas s'en tenir à la seule interprétation littérale du traité (45).

Plusieurs raisons justifient cette interprétation plus téléologique que littérale des traités communautaires. Il y a d'abord la coexistence de non moins de onze versions linguistiques faisant également foi. En présence d'une telle multitude de versions linguistiques de chaque disposition, il peut en effet s'avérer inadéquat de se fonder uniquement sur les termes du traité car ceux-ci varient nécessairement d'une version à l'autre. Il faut en outre souligner que les traités communautaires et spécialement le traité de Rome sont

(43) Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS, « Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht », *Europarecht*, 1992, pp. 227 et s.

(44) Jean Victor LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, OPOCE, 1996, p. 60.

(45) Voir en ce sens Renaud DENOUSSÉ, précité, p. 43.

fondés sur une logique d'objectifs à atteindre. Pierre Pescatore remarque pour cette raison que la méthode téléologique n'est pas simplement une méthode d'interprétation parmi d'autres : loin s'en faut, mais elle constitue une méthode particulièrement bien adaptée aux caractéristiques des traités communautaires (46).

Parallèlement aux méthodes d'interprétation téléologique et systématique, la Cour a également eu recours aux principes généraux du droit qui s'imposent aux institutions communautaires ainsi qu'aux États membres. La conjonction de ces deux méthodes lui permet ainsi de statuer même en absence d'une disposition expresse dans le traité.

Il est indéniable qu'à travers la réception jurisprudentielle de principes venant d'autres ordres juridiques et la construction de principes déduits de la logique propre du système communautaire comme les principes d'égalité, d'unité, de liberté et de solidarité, la Cour érige les principes généraux du droit en source formelle complémentaire du droit constitutionnel communautaire dont elle assure le respect (47).

Comme tout organe juridictionnel, la Cour de justice des Communautés européennes n'est cependant pas en mesure de statuer de sa propre initiative. La « révolution tranquille » que constitue la transformation du traité CEE en une charte constitutionnelle de base d'une communauté de droit n'a pu être accomplie qu'avec la complicité de certains des interlocuteurs privilégiés de la Cour (48).

Parmi ceux qui peuvent saisir la Cour à travers les différentes voies de recours définies aux articles 169 à 184 TCE, ce sont principalement la Commission et les juridictions nationales qui se sont avérées être des alliées puissantes de la Cour, ce qui s'explique aisément pour la première qui est investie par l'article 155 TCE de la mission de gardienne des traités et qui assume aussi le rôle d'*amicus curiae*.

(46) Voir Pierre PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, Bruxelles, 1972, tome II, spéc. pp. 326-328.

(47) Pour une présentation détaillée des principes généraux consacrés par la jurisprudence communautaire, voir Joel RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 140-142.

(48) Ce que démontre très clairement Joseph H.H. WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, n° 32, 1995, pp. 119-138, trad. française de « A quiet revolution : The European Court of justice and its interlocutors », *Comparative Political Studies*, 1994.

Le développement d'un contentieux interinstitutionnel nourri apparaît notamment comme un facteur important qui contribue à renforcer le rôle du juge. On a ainsi pu écrire que « c'est donc l'incomplétude du droit originaire ainsi que l'appel fait au juge pour combler ces lacunes qui donnent à celui-ci une fonction centrale en matière institutionnelle, comparable à certains égards, à celle qu'occupent certaines juridictions constitutionnelles nationales lorsqu'elles tranchent des conflits 'inter-organes' » (49).

L'évolution qui a donné le plus grand élan à la constitutionnalisation du traité instituant la Communauté résulte de la mise en œuvre de la procédure du renvoi préjudiciel par les juridictions nationales ainsi que de la coopération judiciaire qui s'est développée sur cette base. On souligne en effet à juste titre que les renvois de l'article 177 occupent du point de vue quantitatif et qualitatif une place de toute première importance dans les mécanismes de contrôle juridictionnel et peuvent être considérés comme « les instruments privilégiés de l'édification du droit communautaire jurisprudentiel » (50).

Ceci n'a pu se faire qu'avec la complicité des juridictions nationales et le concours de particuliers vigilants cherchant à faire prévaloir à l'encontre d'une administration nationale récalcitrante une règle communautaire qui leur est favorable sur une norme interne contraire. L'article 177 est en effet basé sur une division du travail qui attribue à la CJCE le rôle de l'interprète du droit communautaire, laissant à la juridiction nationale auteur du renvoi le soin d'appliquer l'interprétation obtenue au litige sur lequel elle doit statuer.

La Cour ne se limite pas pour autant à la seule interprétation du droit communautaire. Elle prend simplement la précaution de rendre la question abstraite et se base sur une règle nationale hypothétique ayant le contenu de celle dont le juge national souhaite savoir si elle est conforme au droit communautaire. Ce faisant, et en suivant une méthode aussi courtoise que didactique, tout en montrant une grande patience vis-à-vis des juges nationaux et prenant le soin de reformuler au besoin les questions posées par ceux-

(49) Vlad CONȘTANȚINESCU, « Les Institutions communautaires - Présentation générale », *Juris Classicae Europae*, fasc. 200, n° 43.

(50) Voir Jean BOULEAUX, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 318.

ci, la Cour de justice a pu gagner la confiance de ses collègues nationaux. L'avocat général G.F. Mancini écrit à cet égard que ce gain de confiance a permis aux juges communautaires de « transformer la procédure de l'article 177 en un instrument avec lequel des individus peuvent mettre en question leur législation nationale pour cause d'incompatibilité avec le droit communautaire » (51).

Ce contrôle, pour indirect qu'il soit, n'en est pas moins efficace et peut être comparé à celui exercé par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique et les cours constitutionnelles de certains États membres. Son efficacité se trouve renforcée par la vigilance des particuliers, car comme la Cour l'a indiqué dans l'affaire *Van Gend en Loos* : « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres ».

Le caractère lacunaire du traité de Rome, la place éminente de la Cour dans le système institutionnel communautaire, le recours à des méthodes dynamiques d'interprétation et la complicité de certains interlocuteurs privilégiés de la Cour sont donc les principaux facteurs qui ont favorisé le processus de constitutionnalisation.

Pour conclure, il se pose la question des limites du développement prétorien du droit. On s'aperçoit alors que celle-ci est liée à la question de son acceptation par les autres organes constitutionnels ou plus généralement par les autres acteurs dans un système politique et constitutionnel donné. Il s'agit donc en dernier ressort d'un problème de légitimité du juge en général et du juge constitutionnel et de son rôle d'interprète de la constitution en particulier dont « la véritable sanction est donnée ou apportée par l'opinion publique » (52).

Il ne faut donc pas seulement s'interroger sur le comportement de la Cour mais aussi sur l'accueil qui lui a été réservé, notamment dans les États membres. Au terme de cette démarche on ne peut qu'être frappé par ce que Renaud Dehousse nomme le « paradoxe de l'acquiescement » (53). En dépit du fait que certains aient cru pou-

voir déceler dans la jurisprudence communautaire « la poursuite d'une véritable politique jurisprudentielle bien établie visant à promouvoir un fédéralisme européen » (54), l'accueil réservé à l'œuvre jurisprudentielle de la Cour a été en effet très largement positif.

Certes, des critiques ont été formulées parfois de façon virulente et des résistances se sont fait sentir, de la part notamment de certaines juridictions nationales, mais, pour l'essentiel, les États membres ont accepté les interprétations « intégrationnistes » de la Cour. On en veut pour preuve que – loin de mettre en cause le rôle joué par la Cour – ils ont renforcé ses pouvoirs et sa position en créant le Tribunal de première instance pour décharger la Cour d'une partie du contentieux et en lui permettant dorénavant de prononcer des sanctions pécuniaires à l'égard d'États membres récalcitrants.

Lors de la dernière révision des traités fondateurs par le traité de Maastricht, les États membres ont même formellement entériné certaines des « révisions judiciaires » que la Cour avait entreprises. La reprise de ces jugements sous la forme d'amendements formels des traités signifie premièrement que les États membres estimaient qu'ils étaient contraires au texte du traité et deuxièmement que les modifications qu'ils ont entraînées étaient souhaitables sur le fond. Dans la mesure où les États membres détiennent donc le dernier mot en matière de révision des traités, il leur est loisible de reprendre ou de rejeter les interprétations adoptées par la Cour. Pour cela ils doivent cependant procéder à une révision formelle exigeant l'unanimité.

En dehors du danger que les arrêts « législatifs » (ne faudrait-il pas dire « constituants » ?) ne puissent plus être remis en cause faute d'un accord entre tous les États membres, il faut également prendre conscience des inconvénients de cette situation. Pour le dire avec les mots d'un membre de la Cour constitutionnelle espagnole : « L'affirmation, maintes fois répétée par la CJCE, que le Traité de Rome est une vraie Constitution, a fait obstacle à une perception adéquate de la situation réelle et a contribué à créer une illusion dangereuse : que l'activisme judiciaire pourrait faire le miracle de donner nais-

(51) Voir G. Federico MANCINI, « The making of a constitution for Europe », *Common Market Law Rev.*, 1989, p. 606.

(52) Louis FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, pp. 557-581.

(53) Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes, op. cit.*, pp. 103 et s.

(54) Trevor C. HARLEY, « The European Court, judicial objectivity and the constitution of the European Union », *The Law Quarterly Review*, 1996, p. 95.

sance à un corps politique nouveau, qu'il pourrait produire une Constitution qui n'est pas l'œuvre d'un pouvoir constituant » (55).

(55) Contribution au colloque « L'espace constitutionnel européen », Lausanne, 10-12 avr. 1995, manuscrit p. 4.
