

Ni hiérarchie, ni chaos : penser la contestation de la primauté dans un système européen polycentrique Un stage au barreau dans la matière du droit économique Une épreuve orale de simulation de plaidoirie en matière de droit économique

Auteur : Heinen, Colin

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2025-2026

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/27730>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Ni hiérarchie, ni chaos : penser la contestation de la primauté dans un système européen polycentrique

Colin Heinen

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en Droit économique et social

Année académique 2025-2026

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas Thirion

Professeur ordinaire

RESUME

La primauté du droit de l'Union, affirmée par la Cour de justice depuis *Van Gend en Loos* et *Costa c. ENEL* comme l'une des conséquences de l'autonomie d'un ordre juridique propre, constitué à la faveur d'une limitation des droits souverains des États, n'a jamais été reçue sans réserve par les ordres constitutionnels nationaux.

La première partie de ce mémoire retrace l'histoire de cette résistance longtemps contenue : des réserves italiennes et allemandes aux frictions françaises, puis au durcissement progressif perceptible à partir de Maastricht et jusqu'à la saga *Taricco*. Malgré l'affirmation de contre-limites et de réserves constitutionnelles, ces contestations demeurent alors largement contenues par le dialogue juridictionnel et n'aboutissent que rarement à une remise en cause effective de l'application du droit de l'Union. Dans un second temps, cette partie remet en évidence la rupture qui caractérise la période contemporaine. Avec l'arrêt *PSPP* du *Bundesverfassungsgericht* du 5 mai 2020, le contrôle *ultra vires* est effectivement mis en œuvre pour la première fois. Les évolutions ultérieures observées en Roumanie, puis surtout en Pologne, témoignent d'un passage de la réserve théorique à la contestation ouverte. Ces crises révèlent ainsi une tension fondamentale : envisagée depuis la perspective des ordres étatiques, la primauté proclamée par la Cour de justice demeure une prétention propre à l'ordre juridique de l'Union et ne déploie ses effets qu'à travers la reconnaissance que les ordres nationaux lui accordent.

Les deuxième et troisième parties proposent une lecture théorique de cette tension. À partir de l'institutionnalisme de Santi Romano - qui permet d'appréhender la pluralité des ordres juridiques et leurs rapports de relevance - et du pluralisme constitutionnel de Neil MacCormick, l'étude élabore une grille destinée à distinguer les contestations compatibles avec le maintien d'une coexistence pluraliste de celles qui en compromettent les conditions mêmes.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Nicolas Thirion pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire, pour la qualité de ses conseils et de ses observations, ainsi que pour la liberté laissée dans la conduite de cette réflexion.

Mes remerciements vont également à mes amis, pour leur présence et leurs encouragements au cours de cette dernière étape de mon parcours universitaire.

Je remercie enfin ma famille pour son soutien constant durant toutes ces années. Une pensée particulière va à mon grand-père, dont la disparition récente donne à l'achèvement de ce travail une résonance particulière. Sa sagesse, sa curiosité et la richesse de son expérience intellectuelle ont beaucoup contribué à façonner ma manière de réfléchir. Ce mémoire porte ainsi, à sa manière, une part de ce qu'il m'a transmis.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	4
Première partie - La primauté au sein de l'Union européenne	6
Chapitre 1 – De l'affirmation à la remise en cause : histoire contrariée d'un principe fondateur	6
Section 1 – Les origines de la primauté	7
Section 2 – Vers un nouvel équilibre : le traité de Maastricht	11
Section 3 – La primauté à l'épreuve du présent	13
Chapitre 2 – Les égéries de la désobéissance contemporaine : Allemagne, Pologne, Roumanie	18
Section 1 – Le cas allemand	18
Section 2 – Le cas polonais	22
Section 3 – Le cas roumain	27
Deuxième partie – Au-delà du monisme étatique : les fondements théoriques de la pluralité des ordres juridiques.....	32
Chapitre 1 – Santi Romano	32
Section 1 – Rupture.....	33
Section 2 – Un organisme social	35
Section 3 – Le pluralisme juridique	37
Section 4 – Les rapports entre ordres juridiques	39
Section 5 – Mise en perspective avec le droit international	42
Chapitre 2 – De Santi Romano à Neil MacCormick : la matrice institutionnaliste du pluralisme constitutionnel.....	44
Section 1 – Un instrument de transposition	44

Section 2 – Le pluralisme constitutionnel de Neil MacCormick	45
Section 3 – Le dépassement du paradigme souverain	46
Section 4 – Les conflits dans l’ordre international	47
Troisième partie – La primauté au prisme du pluralisme juridique : de la prétention normative à la typologie des contestations.....	51
Chapitre 1 – La résolution d’une tension méthodologique : pour une reconstruction romaniennne de MacCormick.....	51
Chapitre 2 – Une lecture romaniennne de la structure européenne : la primauté comme prétention normative.....	54
Section 1 – L’Union européenne comme ordre institutionnel autonome	54
Section 2 – La coexistence des ordres européens et nationaux	55
Section 3 – La primauté à la lumière de la relevance juridique	57
Section 4 – Conclusion : la normalité structurelle du conflit	59
Chapitre 3 – De la conflictualité structurelle à la pathologie : essai de typologie des contestations de la primauté.....	61
Section 1 – Les fondements théoriques de l’évaluation des contestations.....	61
Section 2 – Construction d’une grille d’évaluation.....	64
Section 3 – Excursus doctrinal : plaidoyer pour une typologie fondée sur le pluralisme.....	70
Section 4 – Typologie graduée des contestations	71
Section 5 – La confrontation de la typologie aux cas étudiés	73
Section 6 – Une conflictualité normale mais non indifférente.....	77
Conclusion	78
Bibliographie.....	81

INTRODUCTION

Le 5 mai 2020, pour la première fois de son histoire, le Bundesverfassungsgericht déclare qu'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu en réponse à ses propres questions préjudicielles, est ultra vires et ne lie ni les autorités ni les juridictions allemandes. Le 8 juin 2021, la Cour constitutionnelle roumaine dénie aux juges ordinaires le pouvoir d'écarter ses décisions au nom du droit de l'Union. Le 7 octobre 2021, le Tribunal constitutionnel polonais juge incompatibles avec la Constitution plusieurs dispositions du Traité sur l'Union européenne lui-même, dans l'interprétation qu'en retient la Cour de justice. En moins de dix-huit mois, trois juridictions constitutionnelles d'États membres ont ainsi refusé de tenir pour acquise la primauté du droit de l'Union - principe que la Cour de justice affirme depuis l'arrêt *Costa c. ENEL* de 1964 et qu'elle présente comme la condition de l'application uniforme et effective du droit commun.

Le phénomène n'est pas neuf en lui-même. Dès les premières décennies de la construction européenne, les juridictions constitutionnelles ont assorti la réception de la primauté de réserves tenant à la protection des droits fondamentaux, aux limites des compétences attribuées ou à l'identité constitutionnelle ; les séquences *Solange*, les *controlimiti* italiens ou la jurisprudence issue de Maastricht ont longtemps fonctionné comme des garde-fous dont les effets réciproques ont contribué à l'approfondissement des garanties européennes sans provoquer de rupture ouverte. Ce qui distingue les décisions contemporaines, c'est qu'elles ne se bornent plus à aménager la réception du droit de l'Union : elles en contestent, à des degrés divers, le principe même. Or ces trois contestations, souvent rassemblées sous une même bannière de " désobéissance ", procèdent de justifications, de contextes institutionnels, d'usages du dialogue préjudiciel et de suites contentieuses profondément distincts.

C'est cette hétérogénéité qui fait apparaître la limite de l'alternative dans laquelle le débat demeure trop souvent enfermé. Tenir toute contestation pour une anomalie appelée à être résorbée par la consolidation hiérarchique de l'ordre européen revient à effacer les conditions institutionnelles de son apparition ; y voir l'exercice indifféremment légitime d'une souveraineté revient à offrir au démantèlement de l'État de droit le vocabulaire respectable du pluralisme. Entre ces deux écueils, une voie plus exigeante suppose de dissocier deux plans : celui de la juridicité et celui de la légitimité des modalités par lesquelles cette prétention est formulée et poursuivie.

La question à laquelle ce mémoire entend répondre peut ainsi être énoncée explicitement : les contestations constitutionnelles de la primauté sont-elles structurellement admissibles dans l'espace juridique européen et, dans l'affirmative, à quelles conditions demeurent-elles légitimes au regard du système polycentrique qui rend possible la coexistence pluraliste ?

Le traitement de cette question repose sur un positionnement théorique assumé. Le cadre principal est emprunté à Santi Romano : son institutionnalisme identifie le droit à l'institution et pense la pluralité des ordres juridiques sans les suspendre à un centre normatif unique. Dans un second temps, précisément parce que Romano opère comme un test de recevabilité structurelle, et non comme un critère d'appréciation, le pluralisme constitutionnel de Neil MacCormick est convoqué - de manière ponctuelle et délibérément critique - permettant de dégager les critères d'évaluation de la manière dont chaque ordre exerce sa propre prétention.

L'originalité de la démarche tient moins à l'affirmation d'un nouveau fondement de la primauté qu'à cette dissociation, au sein d'une même analyse pluraliste, entre l'admissibilité structurelle du conflit et l'appréciation normative de ses formes.

La structure du mémoire suit cette progression. La première partie restitue la trajectoire du droit positif : l'affirmation jurisprudentielle de la primauté, les réserves historiques qui l'ont accompagnée, puis l'étude précise des trois contestations : allemande, roumaine et polonaise. La deuxième partie pose les fondements théoriques de l'analyse en exposant l'institutionnalisme de Romano, avant de situer l'apport de MacCormick et la tension que son modèle fait naître avec le cadre romanien. Enfin, la troisième partie résout cette tension par la reconstruction annoncée et en tire toutes les conséquences : une lecture polycentrique de la structure européenne, puis une grille d'évaluation à six critères dont l'application aux trois cas dégage trois profils gradués.

La démonstration ne conduit pas de la primauté à sa négation, mais de l'intelligibilité du conflit à la possibilité d'en évaluer les formes sans renoncer au pluralisme qui en révèle la structure.

Première partie. La primauté au sein de l'Union européenne

Chapitre 1. De l'affirmation à la remise en cause : histoire contrariée d'un principe fondateur

" J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises. Encore fallait-il proposer ces solutions et les faire appliquer " ¹.

Cette intuition doctrinale éclaire avec une acuité particulière la construction européenne. L'Union européenne se présente en effet comme un ordre juridique singulier - né de l'articulation de vingt-sept États membres aux traditions constitutionnelles et juridiques diverses - où se rencontrent les grandes familles du droit européen au sein d'un ensemble institutionnel qui échappe aux catégories classiques du droit public.

Pour assurer la cohérence et la fonctionnalité d'un tel ensemble, la jurisprudence a progressivement érigé des principes structurants, au premier rang desquels figure la primauté du droit de l'Union. Bien qu'absent des traités originels, ce principe affirme qu'en cas de conflit, la norme européenne prévaut sur la norme nationale afin de garantir l'application uniforme et effective du droit de l'Union.

Consacrée dès 1964 par l'arrêt *Costa c. Enel*², cette primauté a constitué l'un des axes structurants de l'intégration européenne, organisant l'ordre juridique autour d'une prétention hiérarchique souvent rapprochée du modèle kelsenien³. Cependant, ce fondement de l'intégration européenne traverse aujourd'hui une période de turbulences institutionnelles majeures.

Comme l'a rappelé la présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, lors de son discours sur l'état de l'Union en septembre 2021, les valeurs fondamentales de l'Union reposent sur un ordre juridique dont les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne assurent la prévalence de manière contraignante⁴.

¹ Jean Monnet, *Mémoires* (Paris: Librairie Arthème Fayard, 1976), p. 488.

² C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141, ECLI:EU:C:1964:66

³ Il convient cependant de garder en tête le terrain fertile qu'a créé l'arrêt : C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff.

26/62, Rec. 1963, p. 3, ECLI:EU:C:1963:1.

⁴ Ursula von der Leyen, " Discours sur l'état de l'Union 2021 ", Commission européenne, 15 septembre 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/speech_21_4701.

Pourtant, cette évidence juridique, théoriquement acquise depuis plus d'un demi-siècle, se heurte désormais à une contestation récurrente de la part de certaines juridictions constitutionnelles nationales.

En Allemagne, en Roumanie ou encore en Pologne, ces juridictions ne se limitent plus à aménager la réception du droit de l'Union : elles en contestent parfois le principe même. Ce phénomène, loin d'être anecdotique ou purement conjoncturel, questionne l'essence même du système juridique européen.

Avant d'analyser ces contestations contemporaines, il convient toutefois d'en restituer la profondeur historique. Car c'est dans l'évolution même du système européen - de sa fondation jusqu'à ses crises les plus récentes - que se révèlent les linéaments du désaccord.

Section 1. Les origines de la primauté

Le principe de primauté ne trouve pas sa source originelle dans les traités fondateurs, mais procède d'une construction prétorienne audacieuse⁵.

Le 15 juillet 1964, alors que l'architecture juridique européenne n'en est encore qu'à ses balbutiements, la Cour de justice des Communautés européennes prononce, dans l'arrêt *Costa c. ENEL*, des mots appelés à marquer un tournant décisif dans l'histoire du droit européen⁶ :

" Le droit né du traité [...] ne saurait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir opposer un texte interne [...] sans perdre son caractère communautaire " 7.

Par cette affirmation, la Cour consacre le principe de primauté du droit communautaire et affirme la prétention hiérarchique de l'ordre juridique européen sur les normes internes des États membres. Sans cette supériorité contraignante, le droit de l'Union deviendrait optionnel et s'apparenterait au droit international classique, souvent écarté lorsqu'il contredit les règles nationales⁸. Ainsi entériné, le principe de primauté consacre l'existence d'un ordre juridique propre, distinct du droit international ordinaire, au sein duquel les États ont accepté de limiter l'exercice de leur souveraineté.

⁵ Trstenjak, Verica. " National Sovereignty and the Principle of Primacy in EU Law and Their Importance for the Member States. " *Beijing Law Review* 4, n° 2 (2013) : p. 71-76. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2013.42009>.

⁶ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude pour la commission JURI, Parlement européen, Direction générale des politiques internes, PE 732.474 (Bruxelles/Luxembourg : Union européenne, mai 2022), <https://doi.org/10.2861/756165>.

⁷ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1158-1160.

⁸ Ophélie Omnes, " La primauté du droit de l'Union européenne : un principe cardinal dans la tourmente", billet de blog, Institut Jacques Delors, 6 octobre 2021, p. 2.

Toutefois, face à cette affirmation révolutionnaire, les plus hautes juridictions nationales ne tardèrent pas à réagir. Dès la fin des années 1960, et plus nettement au cours des années 1970, certaines cours constitutionnelles exprimèrent des réserves de constitutionnalité, soucieuses de préserver les droits fondamentaux et les principes essentiels de leurs ordres juridiques nationaux.

Ces tensions qu'on peut qualifier de fondatrices - notamment en Allemagne avec la jurisprudence *Solange* et en Italie avec la théorie des *controlimiti* - ont profondément nourri la construction juridique européenne et donné naissance à ce que la doctrine qualifie désormais de dialogue entre juges nationaux et juges européens⁹.

Sous-section 1. La jurisprudence allemande

En 1974, le Bundesverfassungsgericht rend l'arrêt *Solange I*, par lequel il affirme que " tant que " le droit communautaire n'offrira pas un niveau de protection des droits fondamentaux équivalent à celui garanti par la Loi fondamentale allemande, il se réserve la faculté de contrôler la conformité du droit dérivé de l'Union aux droits fondamentaux protégés par l'ordre constitutionnel national. Autrement dit, la juridiction constitutionnelle allemande admet en principe la primauté du droit européen, mais la subordonne au respect des garanties fondamentales essentielles¹⁰.

Ce dialogue ne tarda pas à porter ses fruits¹¹ : au cours des années 1970, la Cour de justice des Communautés européennes intègre progressivement la protection des droits fondamentaux au sein de sa jurisprudence, en se référant notamment aux traditions constitutionnelles communes des États membres ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'homme¹².

Prenant acte de ces évolutions, le Bundesverfassungsgericht infléchit sa position en 1986 lors de l'arrêt *Solange II*. Constatant que l'ordre juridique communautaire assure désormais un niveau de protection des droits fondamentaux jugé satisfaisant, il suspend la réserve qu'il avait précédemment formulée et accepte de ne plus contrôler les actes de l'Union sur ce

⁹ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 18, <https://doi.org/10.2861/122788>.

¹⁰ Ibid., p. 19-26.

¹¹ Ibid., p. 18.

¹² Cependant, dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970, la Cour manifestait son souci d'assurer la protection des droits fondamentaux et " n'a donc pas attendu l'arrêt *Solange I* " pour agir : Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, ÉTUDE PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 18.

terrain¹³, aussi longtemps que cette protection européenne demeure effectivement garantie¹⁴.

Sous-section 2. La jurisprudence italienne

De manière analogue, la Corte costituzionale accepte, dès l'arrêt *Frontini* de 1973, le principe de primauté tout en lui assignant des contre-limites¹⁵. Elle affirme ainsi qu'elle interviendrait si le droit communautaire devait porter atteinte aux principes constitutionnels suprêmes de l'ordre juridique italien ou aux droits inaliénables de la personne garantis par la Constitution¹⁶. Ces *controlimiti* constituent, en quelque sorte, le pendant italien de la réserve formulée par la jurisprudence *Solange* allemande¹⁷.

Dans les faits, toutefois, cette réserve demeura presque théorique : la Cour constitutionnelle italienne n'a que rarement censuré un acte de droit de l'Union sur ce fondement. Au contraire, l'ordre juridique italien s'est progressivement adapté afin de faciliter l'effectivité de la primauté.

À la suite de l'arrêt *Simmenthal* rendu par la CJCE en 1978 - qui impose à tout juge national de laisser inappliquée une loi contraire au droit communautaire - la Cour constitutionnelle admit, dans l'arrêt *Granital* de 1984, que le juge ordinaire puisse écarter une loi nationale incompatible avec le droit de l'Union sans recourir au contrôle de constitutionnalité¹⁸.

L'ordre juridique italien reconnaît ainsi la spécificité du droit de l'Union : tandis qu'une loi contraire à un traité international ordinaire doit être annulée par la Cour constitutionnelle, une loi incompatible avec le droit de l'Union peut être simplement laissée inappliquée par tout

¹³ On parle précisément du passage d'un contrôle de chaque acte individuel à un jugement d'équivalence global, "giudizio di equivalenza globale" ; Daniele Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 41.

¹⁴ Ibid., p. 20.

¹⁵ Perlo, Nicoletta. "Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne". *Revue de l'Union européenne*, n° 622 (2018): p. 569-576.

¹⁶ Daniele Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 31.

¹⁷ Martucci, Francesco. "Primauté, identité et ultra vires : forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit". *La Revue européenne du droit*, n° 3 (décembre 2021). <https://geopolitique.eu/articles/primaute-identite-et-ultra-vires-forger-lunion-par-le-droit-sans-aneantir-letat-de-droit/>

¹⁸ Auriel, Pierre. "Divergences d'interprétation et équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne". *La Revue des droits de l'homme*, n° 21 (2022), p. 4-5 <https://journals.openedition.org/revdh/13604>.

juge¹⁹. Là encore, les réserves initialement formulées à l'égard de la primauté ont joué un rôle structurant.

Le dialogue juridictionnel a prévalu, et la doctrine des *controlimiti* est demeurée une clause de sauvegarde dont l'activation est restée, en pratique, hypothétique²⁰.

Sous-section 3. Une séquence fondatrice pour la primauté

Ces premiers affrontements jurisprudentiels ont finalement débouché sur une issue largement constructive²¹. Les réserves exprimées notamment par les juridictions allemande et italienne ont notamment incité la Cour de justice à intégrer progressivement la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique européen, dissipant ainsi les craintes liées à une éventuelle insuffisance de garanties²².

Après une phase d'adaptation, les juridictions nationales concernées ont, pour leur part, reconnu l'autorité du droit communautaire, tout en se bornant à affirmer des garde-fous à la portée essentiellement symbolique²³. Cette période est ainsi marquée par ce que la doctrine a qualifié de " dialogue des juges " ²⁴ : loin de toute logique d'affrontement ouvert, les relations entre la CJCE et les cours constitutionnelles nationales se sont structurées autour d'ajustements et de concessions réciproques.

Rétrospectivement, la résistance des années 1970 apparaît dès lors moins comme une remise en cause du projet européen que comme une phase transitoire d'apprentissage. Si des oppositions existaient indéniablement, elles relevaient davantage de tensions constructives que d'un rejet frontal de l'ordre juridique de l'Union²⁵.

¹⁹ Martucci, Francesco. " Primauté, identité et ultra vires : forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit ". *La Revue européenne du droit*, n° 3 (décembre 2021). <https://geopolitique.eu/articles/primaute-identite-et-ultra-vires-forger-lunion-par-le-droit-sans-aneantir-letat-de-droit/>

²⁰ Cette affirmation doit toutefois être nuancée à la lumière d'affaires ultérieures, telles que l'arrêt *Taricco*, lequel aboutira néanmoins à un véritable dialogue des juges - Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 35.

²¹ Bobić, Ana. " Constructive Versus Destructive Conflict: Taking Stock of the Recent Constitutional Jurisprudence in the EU ". *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 22 (2020): p. 60.

²² Ibid., p. 67.

²³ Ce terme faisant explicitement référence à la rare apparition - à cette époque - de conflits ne s'atténuant pas par le biais d'un dialogue judiciaire.

²⁴ La paternité de cette expression revient à Bruno Genevois; voy. notamment : C.E., ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, n° 11604, *Rec. Lebon*, p. 524, concl. B. Genevois, *D.* 1979, jur.

²⁵ Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 150.

Section 2. Vers un nouvel équilibre : le traité de Maastricht

L'approfondissement de l'intégration européenne au cours des années 1990, notamment à la faveur du traité de Maastricht de 1992, a ravivé le débat sous une perspective renouvelée²⁶.

Les inquiétudes ne portent plus prioritairement sur la protection des droits fondamentaux, désormais mieux assurée au niveau européen, mais se déplacent vers la question de la souveraineté et de la délimitation des compétences : jusqu'où l'Union peut-elle étendre son action sans le consentement explicite des peuples ?²⁷

Dans ce contexte, les cours constitutionnelles réaffirment l'existence de certaines limites à l'intégration européenne, en mettant désormais l'accent sur le respect de l'identité constitutionnelle des États ainsi que sur le principe d'attribution des compétences.

Sous-section 1. Le traité de Maastricht

À l'occasion de la ratification du traité de Maastricht, le *Bundesverfassungsgericht* est saisi de recours soutenant que ce traité porterait atteinte à la Loi fondamentale. Par son arrêt du 12 octobre 1993, la juridiction constitutionnelle allemande valide la ratification, tout en posant un jalon doctrinal majeur : celui des compétences d'attribution limitées²⁸. Selon cette conception, l'Union européenne ne peut agir que dans les domaines que les États membres ont expressément choisi de lui confier, le respect de cette délimitation constituant une exigence indissociable du principe démocratique²⁹.

Dans cette perspective, la Cour se réserve la possibilité d'exercer un contrôle *ultra vires*, c'est-à-dire de sanctionner un acte des institutions européennes qui excéderait manifestement les compétences conférées par les traités. Elle évoque également la notion³⁰ d'identité constitutionnelle.

²⁶ Ce regain s'inscrit également dans le prolongement du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, notamment à travers la reconnaissance, à l'article 4, paragraphe 2, TUE, de l'identité nationale des États membres, étroitement liée à leur identité constitutionnelle. Cet aspect ne sera toutefois pas développé ici, par souci de concision.

²⁷ Pellegrini, *I controlimiti*, p. 26.

²⁸ Julianna Sára Traser et al., "The Principle of the Primacy of EU Law in Light of the Case Law of the Constitutional Courts of Italy, Germany, France, and Austria," *Central European Journal of Comparative Law* 1, n° 2 (2020), p. 164.

²⁹ Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 101.

³⁰ *Ibid.*, p. 108.

En effet, le traité sur l'Union européenne impose à l'Union - par le biais de son article 4(2)³¹ - de respecter l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures politiques et constitutionnelles fondamentales.

Érigée en ultime ligne de défense, l'identité constitutionnelle apparaît ainsi comme la frontière normative au-delà de laquelle l'intégration européenne ne saurait s'étendre sans porter atteinte à l'essence même de la Constitution.

Très commentée à l'époque, cette décision témoigne du fait que les résistances à la primauté n'étaient pas de simples vestiges des premières années de la Communauté : en l'espèce, la Cour de Karlsruhe rappelait qu'en dernière instance la Constitution allemande demeure la source première de légitimité, et qu'elle ne saurait se dessaisir de tout pouvoir de contrôle.

La Cour prit toutefois soin de préciser que ce contrôle ne serait exercé qu'en ultime recours et de manière exceptionnelle³², le cas échéant à l'issue d'un dialogue juridictionnel³³ avec la Cour de justice, notamment par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel³⁴.

Sous-section 2. Une séquence de pérennisation pour la primauté

Aujourd'hui, l'arrêt Maastricht rendu en 1993 par la juridiction constitutionnelle allemande apparaît comme une décision dont l'influence a largement dépassé le cadre national. Son retentissement a durablement marqué le paysage juridictionnel européen et s'est érigé comme une référence pour plusieurs cours suprêmes et constitutionnelles³⁵.

Parallèlement, au cours des années 1990 et 2000, l'acceptation pratique de la primauté du droit de l'Union s'est progressivement consolidée : les juridictions ordinaires des États membres en assurent désormais l'application courante et écartent, conformément notamment à la logique de l'arrêt *Simmenthal*, les dispositions nationales incompatibles. Cette intégration croissante de la primauté dans la pratique juridictionnelle a ainsi contribué à rendre les conflits ouverts plus rares.

³¹ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 21.

³² Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 109.

³³ Ibid., p. 45.

³⁴ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 33.

³⁵ Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 16.

Cette période peut ainsi être associée à une forme de stabilisation du cadre juridique européen et à la normalisation du rôle du juge national comme " juge de droit commun " du droit de l'Union³⁶.

À l'aube des années 2010, le dialogue juridictionnel amorcé dans les décennies précédentes semble avoir débouché sur un véritable " *modus vivendi* " ³⁷. La primauté du droit de l'Union apparaît, dans l'ensemble, largement admise dans la pratique, tout en demeurant assortie de réserves de principe - relatives notamment à la protection des droits fondamentaux, à l'identité constitutionnelle ou au contrôle *ultra vires*.

Pour l'essentiel, toutefois, ces réserves demeurent théoriques et n'ont que très rarement conduit une juridiction nationale à écarter concrètement une norme européenne en vigueur.

On évoque alors des garde-fous largement symboliques, qui - à quelques exceptions près, étroitement encadrées - n'ont guère été mobilisés dans la pratique contentieuse³⁸.

Il n'est pas encore question d'une remise en cause frontale et systématique de la primauté, mais plutôt de désaccords ponctuels, résolus par des ajustements réciproques, des révisions constitutionnelles ciblées ou des interprétations conciliatrices. L'effet principal de ces interactions a été d'approfondir et de raffiner le droit de l'Union.

C'est précisément cette capacité à anticiper et à désamorcer d'éventuels conflits, par l'échange argumentatif entre juridictions nationales et Cour de justice, que la doctrine a rassemblée sous l'expression désormais classique de " dialogue des juges " ³⁹.

Section 3. La primauté à l'épreuve du présent

Au cours des dernières années, de nouveaux épisodes de tension ont émergé. Si ces situations demeurent peu nombreuses au regard du volume considérable d'actes européens appliqués quotidiennement sans difficulté, leur portée tient surtout à leur valeur symptomatique : elles

³⁶ Ibid., p. 144.

³⁷ Julianna Sára Traser et al., "The Principle of the Primacy of EU Law in Light of the Case Law of the Constitutional Courts of Italy, Germany, France, and Austria," *Central European Journal of Comparative Law* 1, n° 2 (2020), p. 158.

³⁸ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 8.

³⁹ Daniele Pellegrini, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 42.

traduisent des frictions plus profondes entre l'ordre juridique de l'Union et certaines évolutions internes aux États membres.

Ces tensions présentent en outre la particularité de pouvoir nourrir, voire légitimer, certains courants idéologiques qui tendent à instrumentaliser ces conflits, leur conférant une portée politique et symbolique accrue - à la manière de l'écho qu'avait suscité, en son temps, l'arrêt *Maastricht* de 1993⁴⁰.

Par ailleurs, l'intensité de ces conflits contemporains demeure variable. Certains relèvent encore de désaccords jurisprudentiels ponctuels, survenant au sein d'États traditionnellement favorables à l'intégration européenne et généralement résolus par des ajustements ou des compromis. D'autres, en revanche, présentent un caractère plus inédit : ils prennent la forme de contestations frontales émanant d'États dans lesquels la primauté du droit de l'Union est désormais ouvertement remise en cause⁴¹.

Sous-section 1. Les contestations contemporaines contenues par le dialogue

Dans cette ère de nouvelles tensions, la saga *Taricco* (2015-2017) offre une illustration particulièrement éclairante des frictions pouvant surgir entre la primauté du droit de l'Union et la préservation des principes constitutionnels nationaux.

Dans son arrêt *Taricco* du 8 septembre 2015 (C-105/14), la Cour de justice considère que le régime italien de prescription applicable aux fraudes graves en matière de TVA est susceptible de méconnaître l'article 325 TFUE dès lors que, en raison de délais particulièrement courts, il conduit à l'impunité d'un nombre significatif d'infractions. Elle enjoint, par conséquent, aux juridictions italiennes de laisser inappliquées les dispositions nationales incompatibles, afin de garantir le caractère effectif et dissuasif des sanctions destinées à protéger les intérêts financiers de l'Union⁴².

Or, en droit italien, la prescription pénale est étroitement liée au principe de légalité des délits et des peines, consacré à l'article 25, §2, de la Constitution. Toute modification substantielle

⁴⁰ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 61.

⁴¹ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 8, 35.

⁴² Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 82-85.

rétroactive du régime de prescription est dès lors perçue comme une atteinte à ce principe constitutionnel.

Saisie par la Cour de cassation et la cour d'appel de Milan, la Corte costituzionale expose, dans une décision de renvoi⁴³ rendue en 2017, que l'interprétation retenue dans *Taricco I* risque de méconnaître ce principe fondamental et évoque la doctrine des *controlimiti*, c'est-à-dire les limites constitutionnelles opposables au processus d'intégration européenne lorsqu'est en cause le noyau dur de la Constitution.

Dans l'arrêt *M.A.S. et M.B. (dit Taricco II)*, 5 décembre 2017, C-42/17), la Cour de justice, attentive à ces préoccupations, infléchit sa position. Elle reconnaît qu'il appartient au juge national de ne pas appliquer l'obligation d'écarter les règles de prescription lorsque cela conduirait à une violation du principe de légalité des délits et des peines tel qu'il est garanti par la Constitution italienne, notamment en cas d'application rétroactive plus sévère. L'Italie se voit ainsi autorisée, dans de telles hypothèses, à ne pas tirer toutes les conséquences pratiques de l'arrêt *Taricco I*⁴⁴.

Cette solution a été largement interprétée comme une reconnaissance implicite des *controlimiti* et, surtout, comme une illustration particulièrement éloquente du dialogue des juges. Elle s'inscrit en effet dans un contexte de tension d'une intensité inhabituelle, où les garde-fous constitutionnels nationaux ont été effectivement mobilisés et où la perspective d'un affrontement frontal entre ordres juridiques apparaissait réelle.

Toutefois, la particularité décisive est que la Corte costituzionale n'a pas refusé d'appliquer le droit de l'Union mais a renvoyé la question préjudicielle à la CJUE en lui offrant une dernière chance de clarifier ou de corriger sa jurisprudence. Une dernière chance d'éviter un affrontement, formulée dans le langage du dialogue coopératif plutôt que dans celui de la supériorité constitutionnelle⁴⁵.

C'est pour cette raison qu'en dépit de sa forte portée symbolique, l'affaire *Taricco* - ainsi que les contentieux qui s'inscrivent dans une dynamique comparable - n'est généralement pas tenue pour l'exemple paradigmatique de l'intensification contemporaine de la désobéissance judiciaire au droit de l'Union.

⁴³ L'ordonnance n° 24 de 2017.

⁴⁴ Daniele Pellegrini, **I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti**, Premio Ricerca "Città di Firenze" 77 (Florence: Firenze University Press, 2021), p. 85-94.

⁴⁵ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 35.

Cette qualification est plus volontiers réservée à des décisions ultérieures, caractérisées par une remise en cause plus radicale du principe de primauté et, surtout, par l'absence - ou à tout le moins l'extrême raréfaction - du dialogue juridictionnel.

Sous-section 2. Les contestations frontales de la primauté

Parallèlement, au cours de ces mêmes années, les tensions se déplacent de plus en plus sur le terrain politique : la question de la primauté du droit de l'Union devient un enjeu de débat public et alimente des programmes ouvertement souverainistes, pour lesquels la " reprise du contrôle " passe par la remise en cause explicite de la supériorité des normes européennes.

Le Brexit⁴⁶, consacré par le référendum britannique de 2016, s'inscrit ainsi pour une part non négligeable dans un rejet de la subordination des lois et des juridictions du Royaume-Uni aux exigences issues du droit de l'Union et des arrêts de la Cour de justice.

Dans plusieurs autres États, des partis et responsables politiques promettent également de " rendre la primauté au droit national " ou d'ériger un " bouclier constitutionnel " permettant d'écarter certaines normes européennes au nom de la souveraineté ou de l'identité constitutionnelle, comme en témoignent, en France, divers projets ou propositions visant à modifier des articles de la Constitution afin de limiter l'effet de la primauté sur des lois jugées essentielles⁴⁷.

Le conflit change cependant de nature lorsque cette rhétorique trouve un écho au sein de certaines juridictions suprêmes. Au-delà des proclamations politiques, des cours constitutionnelles - notamment en Allemagne, en Roumanie ou encore en Pologne - franchissent, à partir de la fin des années 2010, un pas supplémentaire⁴⁸ en contestant frontalement l'autorité de certains arrêts de la CJUE ou la portée même du principe de primauté, marquant ainsi l'entrée dans une phase de désobéissance judiciaire sensiblement plus radicale.

Ces conflits frontaux se distinguent de ceux que le dialogue parvient à contenir⁴⁹ - déjà perceptibles lors des premiers battements de cœur de l'Union et toujours à l'œuvre dans l'écosystème juridique européen - en ce qu'ils se caractérisent par une fermeture au dialogue

⁴⁶ Guigue, Alexandre. " Le Brexit : une question de droit constitutionnel ". *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional* (Hors-série, novembre 2018) : p. 166.

⁴⁷ Jacques Ziller, *La primauté du droit de l'Union européenne*, étude PE 732.474 (Bruxelles : Parlement européen, 2022), p. 10, 14.

⁴⁸ Ibid., p. 19, 37-38.

⁴⁹ Voy. supra, partie 1, chap. 1, sect. 3, " Les contestations contemporaines contenues par le dialogue ".

juridictionnel et par leur capacité à détacher leurs " garde-fous " de leurs assises théoriques, pour les projeter directement dans la pratique des juridictions nationales⁵⁰.

En d'autres termes, il s'agit de conflits dans lesquels la primauté du droit de l'Union fait véritablement l'objet d'une contestation. Ces situations représentent les expressions les plus abouties des tensions pouvant fragiliser la cohérence de l'ordre juridique européen, dès lors qu'elles traduisent une opposition véritable entre les ordres juridiques concernés. Le présent mémoire se concentre précisément sur l'étude de ces hypothèses.

⁵⁰ Voy. supra, partie 1, chap. 1, sect. 1, " La jurisprudence allemande ", " La jurisprudence italienne ".

Chapitre 2. Les égéries de la désobéissance contemporaine : Allemagne, Pologne, Roumanie

Section 1. Le cas allemand

Parmi les manifestations contemporaines de résistance à la primauté du droit de l'Union, l'affaire PSPP occupe une place singulière. Elle constitue sans doute le cas le plus emblématique d'une désobéissance juridictionnelle assumée, sans pour autant s'inscrire dans une logique de rupture ouverte avec l'ordre juridique européen.

Sous-section 1. Le contexte

L'affaire débute en 2015⁵¹, lorsque la Banque centrale européenne (BCE) lance le PSPP⁵². Ce programme, pilier majeur du programme étendu d'achats d'actifs (EAPP), visait à contrer les risques de déflation en zone euro en achetant massivement des obligations souveraines sur les marchés secondaires. L'objectif affiché était clair : maintenir la stabilité des prix en stimulant l'investissement et la consommation via l'assouplissement des conditions de financement⁵³.

Cependant, en Allemagne, cette stratégie suscite une levée de boucliers. Des groupes de citoyens, des universitaires et des responsables politiques saisissent la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Selon eux, le PSPP n'est qu'une " politique économique déguisée ", une compétence réservée aux États, violant⁵⁴ ainsi le principe d'attribution des compétences et l'interdiction du financement monétaire des États⁵⁵.

Face à l'ampleur du défi, le Bundesverfassungsgericht suspend sa procédure en 2017 et pose des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁶.

⁵¹ BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.18. disponible sur www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵² Public Sector Purchase Programme.

⁵³ Georgios Anagnostaras, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss," *European Papers* 6, n° 1 (2021), p. 805.

⁵⁴ BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.16. disponible sur www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵⁵ Article 123 TFUE.

⁵⁶ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles :

C'est une invitation au dialogue, mais teintée d'avertissements : la Cour allemande soupçonne déjà que le programme outrepassa le mandat de la BCE.

En décembre 2018, la CJUE rend son arrêt *Weiss*⁵⁷. La décision consacre une validation sans la moindre réserve : le PSPP relève de la politique monétaire de la BCE car son objectif est la stabilité des prix et ses moyens sont prévus par les traités⁵⁸. Tout en soulignant qu'il n'existe pas de frontière absolue entre la politique monétaire et la politique économique, la Cour reconnaît au Système européen de banques centrales un large pouvoir d'appréciation⁵⁹. Elle considère, en conséquence, que les effets économiques secondaires d'une mesure, bien que prévisibles, ne suffisent pas à lui conférer la nature d'une politique économique⁶⁰.

Le 5 mai 2020, le Bundesverfassungsgericht rend sa décision finale. C'est un coup de tonnerre juridique : pour la première fois, la Cour de Karlsruhe déclare un arrêt de la CJUE et un acte de la BCE comme étant *ultra vires* et donc inapplicables en Allemagne⁶¹.

Sous-section 2. La construction argumentative de la Cour

L'argumentation allemande pour relativiser la primauté du droit de l'Union s'articule autour de plusieurs fondements essentiels.

L'élément central de cette justification s'articule autour du principe de démocratie et du droit de vote, en vertu de l'article 38 de la Loi fondamentale allemande. En effet, le droit des citoyens allemands de voter pour le Bundestag garantit qu'ils ne sont soumis qu'à une puissance publique qu'ils peuvent légitimer et influencer. Par conséquent, un acte européen pris hors des compétences déléguées manque de base légale et prive les citoyens de ce droit

Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 12.

⁵⁷ BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.26.

⁵⁸ Ibid., p. 30.

⁵⁹ Georgios Anagnostaras, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides *Weiss*," *European Papers* 6, n° 1 (2021), p. 807.

⁶⁰ Qui pour rappel traduirait un dépassement de ses compétences.

⁶¹ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 11.

à l'autodétermination démocratique, car ils seraient alors assujettis à un pouvoir qu'ils ne contrôlent plus⁶².

Cette justification se trouve, en outre, renforcée par l'interdiction, résultant de la Loi fondamentale, de transférer à l'Union européenne la " compétence de la compétence ". Les institutions de l'Union ne sauraient ainsi déterminer elles-mêmes l'étendue de leurs propres attributions⁶³. Dès lors, toute interprétation des traités conduisant, en pratique, à un élargissement des compétences de l'Union en dehors de toute procédure formelle de révision serait susceptible d'être regardée, dans l'ordre constitutionnel allemand, comme contraire à la Loi fondamentale.

Dans le prolongement de ce raisonnement, la Cour constitutionnelle fédérale mobilise également la " clause d'éternité ", consacrée à l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale, afin de préserver le noyau intangible de l'identité constitutionnelle allemande. Cette protection s'étend notamment à la souveraineté budgétaire du Bundestag, laquelle constitue une composante essentielle du principe démocratique. Par conséquent, un acte de l'Union qui aurait pour effet d'imposer au Parlement allemand d'assumer des engagements financiers résultant de décisions prises par des tiers serait susceptible de porter atteinte à cette identité constitutionnelle⁶⁴.

Ces différentes considérations trouvent leur traduction concrète dans l'exercice du contrôle ultra vires⁶⁵. La Cour estime, en effet, qu'elle ne saurait renoncer entièrement à contrôler le respect, par les institutions de l'Union, des limites des compétences qui leur ont été attribuées, dès lors qu'un tel renoncement reviendrait à leur reconnaître indirectement un pouvoir constituant⁶⁶.

⁶² BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.53, 55.

⁶³ Ibid, p. 54.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 12.

⁶⁶ BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.58.

Il incombe ainsi aux organes constitutionnels allemands de veiller au respect du programme d'intégration défini par les traités et, le cas échéant, de s'opposer aux dépassements de compétence suffisamment caractérisés.

Sous-section 3. Analyse et portée du cas

L'affaire PSPP marque une rupture historique en instaurant une forme de " Solange méthodologique " au sein du dialogue juridictionnel européen⁶⁷. Par cette doctrine, Karlsruhe conditionne désormais le respect de la primauté du droit de l'Union au respect, par la Cour de justice de l'Union européenne, de standards méthodologiques⁶⁸ notamment une mise en balance rigoureuse des intérêts dans l'examen de la proportionnalité⁶⁹.

Pourtant, cette opposition frontale n'a pas été immédiate et a d'abord emprunté les voies régulières de l'intégration. En 2017, la Cour de Karlsruhe avait en effet respecté les règles du jeu communautaire en suspendant sa procédure pour adresser des questions préjudicielles à la CJUE sur le fondement de l'article 267 TFUE⁷⁰.

Ce geste constituait une invitation explicite au dialogue, bien que teintée d'avertissements sur les excès de pouvoir potentiels de la Banque centrale européenne. Toutefois, face à l'arrêt *Weiss*, qui a validé sans réserve le programme PSPP, le BVerfG a estimé que le juge de Luxembourg avait trahi sa mission en pratiquant un contrôle juridictionnel si faible qu'il " vide de son sens le principe d'attribution " ⁷¹.

En déclarant l'arrêt de la CJUE " méthodologiquement insoutenable " et " objectivement arbitraire " ⁷², l'Allemagne s'est alors érigée en arbitre final de la légalité des actes de l'Union sur son territoire. Cette posture repose sur une vision doctrinale stricte de l'Union européenne : celle-ci n'est pas un État fédéral mais une association d'États souverains (*Staatenverbund*)⁷³.

⁶⁷ Georgios Anagnostaras, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides *Weiss*," *European Papers* 6, n° 1 (2021), p. 811.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ En l'espèce, une véritable mise en balance aurait dû être opérée entre l'objectif de politique monétaire poursuivi et les effets économiques et sociaux considérables de la mesure. La CJUE et la BCE n'ayant pas suffisamment pris en considération ces effets dans leur analyse, l'acte fut déclaré ultra vires.

⁷⁰ BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ", p.24.

⁷¹ Ibid., p. 66.

⁷² Ibid., p. 63-64.

⁷³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, *Arrêt relatif au traité de Lisbonne*, jugement de la deuxième chambre du 30 juin 2009, affaires jointes 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09, p. 1, 98.

Dans cette architecture, les États membres demeurent les " Maîtres des Traités " ⁷⁴, et la primauté du droit européen n'est qu'une primauté d'application concédée par les constitutions nationales, et non une supériorité hiérarchique absolue.

Cette décision de rupture a provoqué une onde de choc systémique, étant immédiatement saluée par des États aux dérives illibérales, tels que la Pologne et la Hongrie ⁷⁵. Ces gouvernements y ont vu une légitimation juridique de leur propre refus de se soumettre à la jurisprudence de Luxembourg, particulièrement en ce qui concerne l'indépendance de leur système judiciaire.

Pour les observateurs, l'arrêt de Karlsruhe a créé une brèche dangereuse dans laquelle peuvent désormais s'engouffrer toutes les cours nationales désireuses de contester l'autorité de la CJUE au nom d'une identité constitutionnelle nationale souveraine ⁷⁶.

En définitive, cette affaire incarne une véritable opposition à la primauté du droit de l'UE, bien qu'elle soit nuancée par un paradoxe : elle a débuté par une tentative sincère de discours préjudiciel pour s'achever par un arrangement pragmatique ⁷⁷. La crise a été apaisée lorsque la BCE a fourni les documents de justification nécessaires au Bundestag, permettant ainsi à la Bundesbank de poursuivre sa participation au programme ⁷⁸.

Cependant, si cet arrangement a évité une procédure d'infraction immédiate ou une rupture économique majeure, le standard de contrôle ultra vires instauré par le BVerfG demeure une menace permanente sur l'unité de l'ordre juridique européen. L'obstruction allemande s'analyse donc comme un acte de rébellion juridique techniquement sophistiqué, mais circonscrit et sans rupture durable avec l'ordre juridique de l'Union.

Section 2. Le cas polonais

L'affaire polonaise constitue l'une des expressions les plus radicales de la remise en cause de la primauté du droit de l'Union. Loin de se limiter à un désaccord ponctuel sur l'étendue des

⁷⁴ Ibid., p. 59.

⁷⁵ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 61.

⁷⁶ Ibid., p. 10.

⁷⁷ Georgios Anagnostaras, "Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides *Weiss*," *European Papers* 6, n° 1 (2021), p. 819.

⁷⁸ Niels Petersen et Konstantin Chatziathanasiou, *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*, ÉTUDE PE 692.276 (Bruxelles : Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021), p. 9.

compétences européennes, elle s'inscrit dans une confrontation plus profonde, touchant à l'autorité même du droit de l'Union, à la fonction de la Cour de justice et aux exigences fondamentales de l'État de droit.

Sous-section 1. Contexte

Le point de départ de l'affaire réside dans la réforme du système judiciaire entamée par le gouvernement polonais à partir de 2015, visant à modifier la composition et le fonctionnement du Tribunal constitutionnel.

Des irrégularités majeures ont entaché la nomination de trois juges en décembre 2015 : alors que la législature précédente avait déjà légalement élu trois juges pour pourvoir les sièges vacants, la nouvelle majorité parlementaire a procédé à l'élection de trois autres personnes⁷⁹. Le Président de la République reçoit immédiatement le serment de ces derniers, tout en refusant celui des juges élus par la législature précédente, en violation manifeste des règles constitutionnelles polonaises et de l'article 194, paragraphe 1, de la Constitution⁸⁰.

Cette phase de capture institutionnelle s'achève en décembre 2016 avec la nomination de Julia Przyłębska à la présidence du Tribunal constitutionnel⁸¹. Cette procédure a été marquée par de graves irrégularités, notamment la création législative d'un poste de " juge faisant fonction de président " non prévu par la Constitution, et une élection par une assemblée générale ne réunissant pas le soutien de la majorité⁸².

Parallèlement à l'affaiblissement du Tribunal constitutionnel, provoqué par les irrégularités ayant affecté sa composition, le gouvernement polonais engage une refonte en profondeur de l'appareil judiciaire, dont la création d'une chambre disciplinaire au sein de la Cour suprême constitue l'une des manifestations les plus emblématiques.

En mai 2021, ces événements ont conduit la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Xero Flor c. Pologne*, à conclure que le Tribunal constitutionnel, en raison de sa composition irrégulière, prive les justiciables du droit à un " tribunal établi par la loi " ⁸³.

⁷⁹ C.J.U.E., gde ch., 18 décembre 2025, Commission c. Pologne (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, pt 27-49.

⁸⁰ Pourtant, le Tribunal constitutionnel lui-même, par deux arrêts des 3 et 9 décembre 2015 (affaires K 34/15 et K 35/15), juge que l'élection des trois juges initiaux était parfaitement valide et que le Président était lié par l'obligation de recevoir leur serment. Voy. *ibid.*, pt 53-58.

⁸¹ *Ibid.*, pt 59-64.

⁸² *Ibid.*, pt 42-48, 67-70, 237-241.

⁸³ *Ibid.*, pt 59-64.

Quelque temps après, face aux mesures provisoires et aux arrêts de la CJUE visant à suspendre les réformes judiciaires polonaises pour protéger l'indépendance des magistrats, le Tribunal constitutionnel polonais bascule dans une opposition frontale. En réaction à cette jurisprudence, le gouvernement polonais invoque le pluralisme constitutionnel - s'appuyant notamment sur un " Livre blanc " publié en 2018 - pour contester la primauté du droit de l'Union et ériger l'identité constitutionnelle nationale en limite à l'intégration⁸⁴.

Le paroxysme de la crise constitutionnelle polonaise se cristallise en 2021, lorsque le Tribunal constitutionnel, agissant en opposition frontale à la jurisprudence de Luxembourg, rend deux arrêts qui ébranlent les fondements mêmes de l'ordre juridique intégré de l'Union. Ces décisions marquent le passage d'une résistance institutionnelle à une rupture doctrinale explicite, où la primauté du droit de l'Union est formellement écartée au profit d'une lecture souverainiste de la Constitution nationale⁸⁵.

La rupture s'amorce le 14 juillet 2021 avec *l'arrêt P 7/20*, par lequel le Tribunal constitutionnel polonais déclare ultra vires les mesures provisoires imposées par la Cour de justice à la chambre disciplinaire de la Cour suprême, les privant ainsi d'effet sur le territoire polonais. Moins de trois mois plus tard, le 7 octobre 2021, *l'arrêt K 3/21* marque une nouvelle étape dans cette défiance, le Tribunal constitutionnel polonais déclarant incompatibles avec la Constitution plusieurs dispositions essentielles des traités européens⁸⁶.

Cette contestation a rapidement suscité une réaction institutionnelle d'une ampleur exceptionnelle. Après l'envoi d'une lettre de mise en demeure le 22 décembre 2021, puis d'un avis motivé le 15 juillet 2022, la Commission a introduit, le 17 juillet 2023, un recours en manquement devant la Cour de justice dans *l'affaire C-448/23*, avec le soutien de la Belgique et des Pays-Bas⁸⁷. Elle reprochait à la Pologne non seulement d'avoir porté atteinte aux principes d'autonomie, de primauté, d'effectivité et d'application uniforme du droit de l'Union, mais également d'avoir maintenu un Tribunal constitutionnel dont la composition irrégulière ne permettait plus de garantir l'indépendance et l'impartialité⁸⁸.

L'aboutissement contentieux de cette confrontation intervient avec l'arrêt de grande chambre du 18 décembre 2025, par lequel la Cour constate l'ensemble de ces manquements. Elle

⁸⁴ Pavlos Eleftheriadis, " The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural ", *European Papers* 8, no 3 (2023) : p. 1256, 1263, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/717>.

⁸⁵ C.J.U.E., gde ch., 18 décembre 2025, Commission c. Pologne (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, pt 67-70.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid., pt 73-78.

réaffirme ainsi avec force l'autorité du droit de l'Union et le caractère contraignant de sa propre jurisprudence. Surtout, en jugeant que le Tribunal constitutionnel polonais ne répond plus aux exigences d'indépendance, d'impartialité et d'établissement préalable par la loi, elle sanctionne non seulement les arrêts de défiance rendus en 2021, mais également l'aboutissement d'un processus plus général de prise de contrôle institutionnelle engagé plusieurs années auparavant⁸⁹.

Sous-section 2. La construction argumentative de la Cour

L'argumentation développée par la République de Pologne repose sur une construction visant à subordonner l'autorité du droit de l'Union à la souveraineté nationale et à la suprématie constitutionnelle. Elle s'appuie principalement sur une conception radicale du pluralisme constitutionnel⁹⁰, sur le principe d'attribution des compétences⁹¹ ainsi que sur l'identité nationale⁹², présentée comme une limite ultime à l'intégration européenne⁹³.

Comme précédemment exposé, dès 2018, le gouvernement polonais expose cette doctrine qu'est le pluralisme constitutionnel dans un " Livre blanc " consacré à la réforme de la justice. S'inspirant de Neil MacCormick, il présente les ordres juridiques de l'Union et des États membres comme des systèmes distincts, dotés de sources de légitimité propres et placés dans un rapport d'interaction plutôt que de subordination. L'Union étant conçue comme davantage qu'une organisation internationale, mais moins qu'une fédération, la représentation kelsénienne d'une hiérarchie dominée par une norme suprême unique serait inadaptée⁹⁴.

Dans l'arrêt *P 7/20* du 14 juillet 2021, rendu à la demande de la chambre disciplinaire de la Cour suprême, le Tribunal constitutionnel déclare *ultra vires* les mesures provisoires par lesquelles la Cour de justice avait ordonné la suspension des compétences disciplinaires de cette chambre. Il juge que l'article 4, paragraphe 3, TUE, lu conjointement avec l'article 279 TFUE, est incompatible avec les articles 2, 7, 8, paragraphe 1, et 90, paragraphe 1, de la Constitution polonaise, dès lors qu'il permettrait à la Cour d'intervenir dans l'organisation des juridictions nationales. Les actes européens ainsi qualifiés d'*ultra vires* sont, en conséquence,

⁸⁹ Ibid., pt 1-3.

⁹⁰ Pavlos Eleftheriadis, " The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural ", *European Papers* 8, no 3 (2023) : p. 1263-1264, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/717>

⁹¹ Articles 4, paragraphe 1, et 5 TUE.

⁹² Article 4, paragraphe 2, TUE.

⁹³ C.J.U.E., gde ch., 18 décembre 2025, Commission c. Pologne (Contrôle *ultra vires* de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975.

⁹⁴ Pavlos Eleftheriadis, " The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural ", *European Papers* 8, no 3 (2023) : p. 1266, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/717>

soustraits aux principes de primauté et d'application directe et privés d'effet sur le territoire polonais⁹⁵.

L'arrêt *K 3/21* du 7 octobre 2021 étend cette logique au droit primaire lui-même. Le Tribunal déclare les articles 1er et 4, paragraphe 3, TUE incompatibles avec les articles 2, 8 et 90, paragraphe 1, de la Constitution lorsqu'ils sont interprétés comme permettant aux institutions européennes d'excéder les compétences attribuées, de remettre en cause la suprématie de la Constitution ou d'empêcher la Pologne de fonctionner comme un État souverain et démocratique⁹⁶.

La contestation vise également l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE. Le Tribunal refuse que cette disposition autorise les juridictions polonaises à écarter des normes constitutionnelles, à contrôler les résolutions du Conseil national de la magistrature ou à examiner la régularité de la nomination d'un juge par le président de la République. Ces contrôles sont déclarés contraires, notamment, aux articles 178, paragraphe 1, 179, 186, paragraphe 1, et 144, paragraphe 3, point 17, de la Constitution polonaise. La nomination présidentielle est ainsi élevée au rang de prérogative constitutionnelle soustraite au contrôle juridictionnel.

Enfin, et en guise de pilier dans l'argumentation polonaise, l'article 4, paragraphe 2, TUE est mobilisé comme fondement d'une réserve générale d'identité constitutionnelle. Pour Varsovie, l'organisation de la justice, la nomination des magistrats et la répartition des compétences entre les pouvoirs publics appartiennent aux structures fondamentales de l'État. Leur protection autoriserait donc la Pologne à écarter toute interprétation du droit de l'Union jugée incompatible avec son ordre constitutionnel⁹⁷.

L'argumentation polonaise transforme ainsi un contentieux relatif à l'indépendance judiciaire et à la protection juridictionnelle effective en un conflit portant sur la souveraineté et sur l'autorité ultime du droit applicable.

Sous-section 3. Analyse et portée du cas

L'affaire polonaise ne saurait être réduite à un simple désaccord relatif à l'étendue des compétences de l'Union. Elle révèle une rupture d'ordre systémique, en ce qu'elle tend à désarticuler les fondements mêmes de l'ordre juridique intégré. Là où l'arrêt *PSPP* de

⁹⁵ C.J.U.E., gde ch., 18 décembre 2025, *Commission c. Pologne* (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, pt 71.

⁹⁶ Ibid., pt 72, 148-152.

⁹⁷ C.J.U.E., gde ch., 18 décembre 2025, *Commission c. Pologne* (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle), C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975, pt 148-152, 185-196.

Karlsruhe entendait encore encadrer le conflit par une exigence méthodologique et maintenir, fût-ce difficilement, les conditions d'un dialogue juridictionnel, le Tribunal constitutionnel polonais a franchi un seuil supplémentaire en contestant directement l'autorité des traités et de leur interprétation par la Cour de justice⁹⁸.

La portée singulière de cette affaire réside notamment dans l'instrumentalisation du pluralisme constitutionnel au service d'une logique de défiance souverainiste. Conçu par des auteurs tels que Neil MacCormick⁹⁹ comme un mode d'articulation entre des ordres juridiques distincts mais interdépendants, le pluralisme est ici mobilisé comme un fondement de légitimation du refus unilatéral de se conformer à la jurisprudence de Luxembourg. Une telle lecture conduit toutefois à une impasse : si chaque État membre peut déterminer souverainement et définitivement les limites de son engagement européen, l'unité, l'effectivité et l'application uniforme du droit de l'Union se trouvent privées de leur fondement.

Par ailleurs, l'opposition polonaise se distingue également par le déplacement de l'objet du contrôle. Contrairement aux contestations antérieures, généralement dirigées contre un acte ou une interprétation déterminée du droit de l'Union, le Tribunal constitutionnel a déclaré certaines dispositions du droit primaire partiellement incompatibles avec la Constitution polonaise. Ce faisant, il ne s'est pas cantonné à dénoncer un exercice prétendument *ultra vires* des compétences européennes, mais a remis en cause les conditions mêmes de l'autorité du droit de l'Union tout en affirmant une primauté absolue de sa norme suprême.

En définitive, l'affaire polonaise marque le point où la contestation de la primauté cesse de relever d'un simple désaccord constitutionnel pour se muer en remise en cause de l'architecture même de l'ordre juridique de l'Union.

Section 3. Le cas roumain

L'affaire roumaine révèle une forme plus diffuse, mais non moins significative, de résistance à la primauté. Le conflit naît de la tension entre l'autorité contraignante des décisions de la Cour constitutionnelle et l'obligation, pour les juridictions nationales, d'assurer la pleine effectivité du droit européen. Il soulève ainsi une question centrale : celle de la faculté du juge ordinaire d'écarter une norme ou une décision interne lorsqu'elle fait obstacle à l'application uniforme du droit de l'Union.

⁹⁸ Pavlos Eleftheriadis, " The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural ", *European Papers* 8, no 3 (2023) : p. 1258, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/717>

⁹⁹ Ibid., p. 1263-1264.

Sous-section 1. Contexte

Ce conflit s'inscrit dans le prolongement de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne en 2007, laquelle s'est accompagnée de l'instauration, par la décision 2006/928, du mécanisme de coopération et de vérification destiné à remédier aux insuffisances persistantes en matière de réforme judiciaire et de lutte contre la corruption¹⁰⁰. Sur le plan constitutionnel, l'intégration européenne repose sur l'article 148 de la Constitution roumaine, introduit en 2003, qui reconnaît la primauté des traités constitutifs et des actes obligatoires de l'Union sur les dispositions contraires des lois nationales¹⁰¹. Une ambiguïté demeure toutefois au cœur de ce dispositif : la Cour constitutionnelle roumaine en a toujours retenu une interprétation restrictive, maintenant le droit de l'Union dans une position subordonnée à la Constitution, érigée en norme suprême de l'ordre interne¹⁰².

Le contentieux s'est cristallisé autour des réformes judiciaires adoptées entre 2017 et 2019, notamment la création d'une section spéciale chargée d'enquêter sur les infractions commises au sein de la magistrature et l'instauration d'un régime renforcé de responsabilité personnelle et disciplinaire des juges. Perçues par les institutions européennes comme susceptibles d'exercer une pression politique sur les magistrats, ces mesures ont conduit plusieurs juridictions roumaines à saisir la Cour de justice¹⁰³.

Dans son *arrêt Asociația " Forumul Judecătorilor din România "* du 18 mai 2021, celle-ci a affirmé le caractère contraignant du mécanisme de coopération et de vérification et rappelé que le droit de l'Union s'oppose à toute réforme susceptible de compromettre l'indépendance judiciaire. La Cour constitutionnelle roumaine a cependant répliqué, dans sa décision n°390 du 8 juin 2021, que la primauté ne saurait porter atteinte à l'identité constitutionnelle nationale et qu'un juge ordinaire ne pouvait écarter de sa propre autorité une norme préalablement déclarée conforme à la Constitution¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cour de justice de l'Union européenne, " La Cour de justice se prononce sur une série de réformes roumaines relatives à l'organisation judiciaire, au régime disciplinaire des magistrats ainsi qu'à la responsabilité patrimoniale de l'État et à la responsabilité personnelle des juges à la suite d'une erreur judiciaire ", communiqué de presse no 82/21, 18 mai 2021, p. 1.

¹⁰¹ Viorica Viță, " The Romanian Constitutional Court and the Principle of Primacy: To Refer or Not to Refer? ", *German Law Journal* 16, no 6 (2015) : p. 1631.

¹⁰² Anthony Michael Collins, conclusions dans l'affaire *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, présentées le 20 janvier 2022, ECLI:EU:C:2022:44, p. 2.

¹⁰³ Cour de justice de l'Union européenne, " La Cour de justice se prononce sur une série de réformes roumaines relatives à l'organisation judiciaire, au régime disciplinaire des magistrats ainsi qu'à la responsabilité patrimoniale de l'État et à la responsabilité personnelle des juges à la suite d'une erreur judiciaire ", communiqué de presse no 82/21, 18 mai 2021, p. 1-2.

¹⁰⁴ Ibid., p. 2

Cette opposition a provoqué une escalade juridictionnelle. Dans l'arrêt *Euro Box Promotion* du 21 décembre 2021, la Cour de justice a réaffirmé que la primauté s'impose à l'ensemble des organes de l'État, y compris aux juridictions constitutionnelles, et qu'aucune norme interne, même constitutionnelle, ne peut y faire obstacle¹⁰⁵. Elle a en outre condamné la possibilité d'engager la responsabilité disciplinaire d'un juge qui laisserait inappliquée une décision constitutionnelle afin d'assurer le respect du droit de l'Union¹⁰⁶.

Deux jours plus tard, la Cour constitutionnelle roumaine a toutefois soutenu que cette jurisprudence ne pourrait recevoir pleine application sans une révision préalable de la Constitution¹⁰⁷.

La finalité de cette affaire se traduit aujourd'hui par une fracture inédite au sein de l'appareil judiciaire roumain. Alors que des juridictions de rang inférieur, comme la Cour d'appel de Pitești ou de Craiova, continuent de solliciter la CJUE au péril de sanctions disciplinaires pour préserver l'État de droit, la CCR se mure dans une défense de l'identité constitutionnelle pouvant être perçue à bien des égards comme un bouclier contre les valeurs communes de l'Union¹⁰⁸.

Sous-section 2. La construction argumentative de la Cour

L'argumentation développée par la Cour constitutionnelle roumaine repose sur une conception exigeante de la souveraineté nationale et sur une hiérarchie des normes au sommet de laquelle la Constitution conserve une autorité absolue. Cette position s'appuie sur une lecture restrictive de l'article 148 de la Constitution : si la Cour admet que cette disposition consacre la primauté du droit de l'Union, elle en limite néanmoins la portée aux seules normes infra-constitutionnelles, soustrayant ainsi la Constitution elle-même à son emprise¹⁰⁹. Celle-ci demeure dès lors conçue comme l'expression souveraine de la volonté populaire, dont l'autorité ne saurait être minimisée par le processus d'intégration européenne¹¹⁰.

¹⁰⁵ Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre), *Euro Box Promotion e.a.*, arrêt du 21 décembre 2021, aff. jointes C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034, p. 59-60.

¹⁰⁶ Ibid., p. 61-64.

¹⁰⁷ Ferdinand Weber, "The Identity of Union Law in Primacy: Piercing Through *Euro Box Promotion and Others*", *European Papers* 7, no 2 (2022) : p. 751, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/597>.

¹⁰⁸ Anthony Michael Collins, conclusions dans l'affaire *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, présentées le 20 janvier 2022, ECLI:EU:C:2022:44, p. 7,18.

¹⁰⁹ Ibid., p. 2.

¹¹⁰ Mihaela Vrabie, "The Relationship between EU Law and Romanian Constitution. Recent Developments in the Case-Law of the Romanian Constitutional Court," in *Crises, Vulnerability and Resilience in Public Administration: The 30th NISPAcee Annual Conference e-Proceedings* (NISPAcee Press, 2022), p. 10.

Afin de consolider cette position, la Cour constitutionnelle roumaine érige l' " identité constitutionnelle nationale " en limite ultime à l'emprise du droit de l'Union¹¹¹. Se présentant comme la gardienne exclusive de ce noyau identitaire substantiel, elle soutient que les obligations découlant de l'adhésion ne sauraient conduire à l'effacement des structures politiques et juridiques fondamentales de l'État.

Cette ligne argumentative s'accompagne d'une contestation de la portée juridique des instruments européens de surveillance : s'agissant du mécanisme de coopération et de vérification, la Cour considère que les rapports de la Commission ne constituent que de simples recommandations dépourvues de force normative, dont la mise en œuvre relèverait des autorités politiques plutôt que des juridictions nationales¹¹².

Ensuite, de façon quelque peu paradoxale, la CCR invoque les principes de sécurité juridique¹¹³ et d'État de droit pour s'opposer aux injonctions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Elle soutient que permettre aux juges de fond de laisser inappliquées, de leur propre autorité, des normes nationales déclarées constitutionnelles provoquerait une fragmentation chaotique de la jurisprudence et une imprévisibilité du droit préjudiciable aux justiciables.

Enfin, la construction argumentative roumaine repose sur la défense d'une sphère de compétences exclusives, notamment en matière d'organisation de la justice et de structures de poursuites pénales (telle la SIIJ), domaines que la Roumanie considère comme relevant de la seule souveraineté de l'État membre¹¹⁴.

Sous-section 3. Analyse et portée du cas

L'affaire roumaine révèle une crise systémique dans laquelle la Cour constitutionnelle érige l'identité nationale en limite à la primauté du droit de l'Union, particulièrement dans les domaines sensibles de l'organisation judiciaire et de la lutte contre la corruption. Si le cas allemand se distingue par un contrôle dogmatique de l'ultra vires visant à borner les compétences européennes, et le cas polonais par une contestation radicale de la validité même de certaines dispositions des traités, la résistance roumaine adopte une logique davantage protectionniste, visant à préserver des structures internes malgré les obligations découlant du mécanisme de coopération et de vérification.

¹¹¹ Anthony Michael Collins, conclusions dans l'affaire *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, présentées le 20 janvier 2022, ECLI:EU:C:2022:, p. 5, 44.

¹¹² Ibid., p. 5.

¹¹³ Mihaela Vrabie, "The Relationship between EU Law and Romanian Constitution. Recent Developments in the Case-Law of the Romanian Constitutional Court," in *Crises, Vulnerability and Resilience in Public Administration: The 30th NISPAcee Annual Conference e-Proceedings* (NISPAcee Press, 2022), p. 11.

¹¹⁴ Ibid., p. 10.

Il en résulte une fracture au sein même de l'appareil judiciaire : tandis que les juridictions ordinaires poursuivent le dialogue avec la Cour de justice par la voie du renvoi préjudiciel, la Cour constitutionnelle tend à s'enfermer dans un véritable monologue, renforcé par la menace de sanctions disciplinaires.

La portée du cas roumain est alors double : elle confirme la fermeté de la CJUE dans la protection de la primauté et de l'indépendance juridictionnelle, tout en montrant que la résistance à l'ordre européen peut se déployer par des mécanismes plus techniques et contentieux, notamment au niveau de l'administration de la justice pénale, plutôt que par une contestation frontale et explicitement souverainiste de la hiérarchie des normes.

Partie 2. Au-delà du monisme étatique : les fondements théoriques de la pluralité des ordres juridiques

Les trois affaires précédemment exposées ne sauraient être appréhendées comme de simples anecdotes contentieuses isolées les unes des autres. Prises ensemble, elles révèlent une même interrogation trop souvent occultée par l'analyse strictement positiviste du contentieux européen : celle de savoir si la coexistence, au sein de l'espace juridique européen, d'un ordre juridique de l'Union et de plusieurs ordres constitutionnels nationaux revendiquant chacun l'autorité ultime constitue une anomalie à corriger, ou bien une caractéristique structurelle de cet espace, qu'il convient alors de penser pour elle-même.

Répondre à cette question exige de sortir, au moins temporairement, du seul commentaire de jurisprudence pour interroger la théorie générale du droit sur laquelle repose, implicitement, toute discussion relative à la primauté.

C'est précisément à cette exigence que répond le détour par la théorie du droit qui va suivre. Deux auteurs, que tout semble a priori séparer par leur époque et leur tradition juridique, offrent pourtant des instruments particulièrement précieux pour éclairer cette question : Santi Romano, dont l'œuvre a bouleversé, dès le début du vingtième siècle, la conception classique du rapport entre droit et État, et Neil MacCormick, dont la réflexion sur la souveraineté et le pluralisme juridique s'est développée au contact direct de la construction européenne elle-même. Leur lecture croisée permettra de reconsidérer un présupposé rarement interrogé dans l'analyse juridique de la primauté : celui selon lequel la coexistence de plusieurs ordres juridiques prétendant chacun à l'autorité ultime relèverait nécessairement du désordre, plutôt que d'une configuration que la théorie du droit aurait déjà, en réalité, largement anticipée.

Chapitre 1. Santi Romano

Santi Romano, éminent juriste italien du XXe siècle issu de la doctrine publiciste, développe sa réflexion dans un climat de profonde mutation qu'il qualifie de " crise de l'État moderne "¹¹⁵. Il observe que la structure étatique née de la Révolution française, fondée sur une conception unitaire et souveraine ne reconnaissant que l'individu face au pouvoir central, se heurte désormais à une réalité sociale devenue complexe et fragmentée¹¹⁶. Romano décrit

¹¹⁵ Santi Romano, " Lo Stato moderno e la sua crisi ", discours inaugural de l'année académique 1909-1910, Université de Pise, 4 novembre 1909, publié dans *Rivista di diritto pubblico*, no 3 (1910), version PDF, *Giustizia Amministrativa*, p. 1, 3. https://www.giustiziaamministrativa.it/documents/20142/38675/lo_stato_moderno_sr.pdf/ffb53aff-276e-57ab-f2e241b0a1eaa242/lo_stato_moderno_sr.pdf.

¹¹⁶ Ibid., p. 4-5.

l'émergence d'un mouvement corporatif et syndical où les individus se regroupent massivement selon leurs intérêts économiques et professionnels, créant ainsi une multitude d'organisations - syndicats, fédérations ou encore coopératives - qui agissent souvent en dehors, voire à l'encontre, de l'autorité étatique¹¹⁷.

Ce contexte de pluralisme social, marqué par la perte du caractère " atomistique " de la société et l'insuffisance des mécanismes juridiques traditionnels pour intégrer ces nouvelles forces, constitue le terreau de sa pensée¹¹⁸.

Pour Romano, l'enjeu est de transformer cette crise en une opportunité de construction, où l'État ne serait plus une simple fiction juridique mais une organisation supérieure capable d'harmoniser ces diverses institutions sociales. Un enjeu ayant ainsi pour principale conséquence de jeter les bases de sa future théorie de l'institutionnalisme¹¹⁹.

Section 1. La rupture

Santi Romano amorce son traité par un constat de carence : la quasi-unanimité des juristes s'accorde à réduire le concept de droit à celui de " règle de conduite " ¹²⁰. Si cette définition n'est pas rigoureusement inexacte pour la pratique quotidienne, elle s'avère " inadéquate et insuffisante " dès lors qu'il s'agit d'en saisir l'essence profonde¹²¹. L'auteur souligne que cette approche est le fruit d'un traitement unilatéral de la part de la science du droit privé. Pour le privatiste ou le juge, le droit se présente naturellement comme une norme de décision destinée à trancher un litige¹²². Or, cette perspective occulte la dimension proprement politique et structurelle du phénomène juridique, laquelle est principalement du ressort du droit public¹²³.

Pour Romano, définir le droit par la norme revient à confondre l'instrument de l'action avec l'entité qui agit. Cette " pauvreté du langage " ¹²⁴ juridique a conduit à une confusion conceptuelle majeure : on appelle " droit " une réalité partielle étant la règle au lieu de désigner par ce terme l'unité intégrale de l'ordre juridique¹²⁵. Dans cette entrée en matière,

¹¹⁷ Ibid., p. 4.

¹¹⁸ Ibid., p. 9.

¹¹⁹ Ibid., p. 7.

¹²⁰ Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. de la 2e éd. italienne par Lucien François et Pierre Gothot, introduction de Phocion Francescakis, 2e éd., rééd. présentée par Pierre Mayer (Paris : Dalloz, 2002), p. 1.

¹²¹ Ibid., p. 2.

¹²² Ibid., p. 4.

¹²³ Ibid., p. 5.

¹²⁴ Ibid., p. 6.

¹²⁵ Ibid., préface.

Romano décide d'opérer un déplacement épistémologique : passer du *quid juris*¹²⁶ au *quid jus*¹²⁷ afin d'introduire la suite de sa vision¹²⁸.

Par ailleurs, la rupture avec le normativisme repose sur un principe méthodologique radical : l'ordre juridique n'est pas la " somme arithmétique " des normes qui le composent. Romano s'oppose ici frontalement à une vision mécaniste du droit en soutenant qu'une entité juridique possède une nature propre qui transcende ses éléments matériels. En guise d'illustration, il utilise une métaphore organique puissante : de même qu'il est impossible de comprendre le fonctionnement des organes d'un corps ou les rouages d'une machine sans avoir une conception préalable de l'homme ou de la machine en tant que totalité, il est impossible de se faire une conception juste des normes sans une compréhension préalable de l'ordre juridique comme tel¹²⁹.

Dès lors, la juridicité d'une norme ne lui est pas intrinsèque, elle lui est conférée par son appartenance à un tout unitaire et vivant¹³⁰. Autrement dit, la juridicité ne réside pas dans la substance des commandements, mais dans l'unité organique de l'entité qui les produit

En ce sens, Romano est l'anti-Kelsen : là où Kelsen voit une hiérarchie de normes validées par une norme fondamentale hypothétique, Romano voit une réalité sociale concrète dont la norme n'est qu'un reflet¹³¹.

Dans le prolongement de cette réflexion, mais avec la volonté d'en pousser plus loin les implications, Romano adopte une position particulièrement audacieuse : selon lui il existe en réalité une antériorité logique de l'organisation sur la norme¹³². Pour prouver cette indépendance de l'ordre par rapport à la norme, l'auteur invoque plusieurs arguments, le plus incisifs d'entre eux se penche sur l'existence d'ordres sans normes. En effet, l'histoire et la pratique montrent qu'il peut exister des ordres juridiques dépourvus de règles générales et abstraites. Le cas du juge statuant en équité¹³³ en est probablement l'exemple le plus limpide.

En définitive, la norme n'est qu'une " manifestation tardive et subsidiaire " de l'ordre¹³⁴. Elle est un instrument, un rouage d'une grande architecture, que l'ordre juridique déplace selon

¹²⁶ Quelle est la règle applicable ?

¹²⁷ Quelle est l'essence du droit ?

¹²⁸ Romano, *L'ordre juridique*, préface.

¹²⁹ Ibid., p. 7.

¹³⁰ Ibid., p. 9.

¹³¹ Romano, *L'ordre juridique*, préface.

¹³² Ibid., p. 37.

¹³³ Ibid., p. 14.

¹³⁴ Ibid., p. 37.

ses besoins structurels¹³⁵. L'ambition de Romano est ainsi de " faire entrer dans le monde juridique ce fait de l'ordre social que l'on tenait généralement pour antécédent au droit "¹³⁶, affirmant l'identité parfaite entre l'organisation sociale organisée et l'ordre juridique¹³⁷.

Il convient désormais de se tourner vers le cœur de la pensée de Santi Romano et d'examiner la théorie qui en constitue l'apport majeur.

Section 2. Un organisme social

Nous voici désormais au cœur de la pensée romanienne. Si l'analyse s'est d'abord attachée à déconstruire le normativisme, cette première étape conduit logiquement à l'affirmation positive de l'identité entre le droit et l'institution.

Le pivot de la révolution juridique opérée par Santi Romano réside dans un principe fondamental : " tout ordre juridique est une institution, et inversement, toute institution est un ordre juridique "¹³⁸. Par ce coup de force conceptuel, l'auteur déplace le fondement de la juridicité de vers la sphère de la réalité sociale organisée. L'institution ne doit pas être entendue ici dans son sens civiliste restreint - comme une simple figure juridique telle que la donation ou la vente - mais dans son sens propre : un " être ou corps social " doté d'une existence objective et d'une individualité concrète¹³⁹.

Il résulte de cette identité que le droit n'est pas une simple émanation de l'entité sociale, mais qu'il se confond avec dès lors qu'elle est structurée¹⁴⁰. Pour Romano, un ordre juridique est un " corps vivant ", et le droit en est son essence. Par conséquent ils se confondent tout comme il serait risible d'essayer de différencier la vie d'un corps vivant¹⁴¹. Autrement dit, chez Romano, le droit est consubstantiel aux formations sociales, il est un fait social objectivé par l'organisation. Paradoxalement ces deux concepts ne peuvent être identifiés l'un à l'autre, mais sont inséparables.

Cependant, pour qu'un phénomène mérite la qualification d'institution, et donc d'ordre juridique, Romano identifie trois éléments essentiels qui s'imbriquent organiquement.

¹³⁵ Ibid., p. 10.

¹³⁶ Ibid., préface.

¹³⁷ Ibid., p. 19.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid., p. 25.

¹⁴⁰ Romano, *L'ordre juridique*, introduction à l'édition française, p. VI.

¹⁴¹ Ibid., p. 34.

En premier lieu, le concept de société : le droit ne peut exister dans la sphère purement individuelle¹⁴², il nécessite une entité distincte des individus qui la composent, constituant une unité effective¹⁴³. En second lieu, le concept d'ordre social : cet élément est introduit pour exclure du monde juridique l'arbitraire pur ou la force matérielle brute. L'ordre implique que toute manifestation de l'institution soit orientée et régulée, assurant ainsi la cohésion du corps social¹⁴⁴. En troisième, l'organisation, qui constitue le trait le plus caractéristique et le plus fondamental de la théorie. Pour Romano, le droit est organisation avant d'être règle de conduite. L'organisation est le processus par lequel une société s'érige en unité, en un " être existant par soi-même "¹⁴⁵.

C'est donc cette structure qui transforme un simple agrégat d'individus en une institution juridique. Romano affirme ainsi l'antériorité de la structure sur la prescription : la norme n'est qu'une manifestation ultérieure de l'organisation préexistante.

Enfin, avant de clore ce volet consacré au noyau dur de la pensée romaniennne, il convient encore de dégager les principaux traits de cette réalité vivante qu'est l'institution. En effet, cette dernière a la particularité de se définir par une individualité propre qui la distingue radicalement d'un simple rapport contractuel entre personnes. Alors que le rapport juridique postule la pluralité de sujets, l'institution est une unité stable et autonome¹⁴⁶.

Elle possède une nature " corporelle et spirituelle " : Romano utilise la métaphore organique pour expliquer que le droit est l'âme maintenant unis les divers éléments de l'institution¹⁴⁷. Cette nature organique confère à l'institution une stabilité remarquable : elle demeure une unité permanente et stable qui ne perd pas son identité malgré le renouvellement de ses membres ou la modification de ses règles¹⁴⁸.

Au bout du compte, au cœur de l'institutionnalisme de Santi Romano se trouve l'idée d'une correspondance fondamentale entre l'ordre juridique et l'institution. Toute force sociale qui parvient à s'organiser devient, par ce seul fait, un ordre juridique. Romano brise ainsi l'exclusivisme étatique : l'État n'est plus la source unique du droit, mais simplement

¹⁴² Santi Romano pose l'axiome " *ubi ius, ibi societas* " et ajoute son corollaire indispensable " *ubi societas, ibi ius* ". La première signifie que le droit ne peut exister sans une organisation sociale sous-jacente. Ce qui ne dépasse pas la vie du simple individu isolé n'est pas du droit. La seconde signifie que partout où existe une organisation sociale stable, il existe nécessairement du droit. Toute société organisée se donne un droit, elle ne peut exister sans. Voy. *ibid.*, p. 18.

¹⁴³ Romano, *L'ordre juridique*, p.18.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Romano, *L'ordre juridique*, p.19.

¹⁴⁶ Romano, *L'ordre juridique*, p. 48-49.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁸ Romano, *L'ordre juridique*, p. 28.

l'institution la plus complexe et la plus achevée¹⁴⁹. Qu'il s'agisse d'une église, d'une entreprise ou même d'une organisation illicite aux yeux de l'État, toute entité structurée constituée, " en soi et pour soi ", un ordre juridique authentique¹⁵⁰.

Section 3. Le pluralisme juridique

L'identité établie par Romano entre le droit et l'institution ne se limite pas à redéfinir la notion même d'ordre juridique, elle en transforme également les implications. En rompant avec l'identification traditionnelle du droit à l'État, Romano ouvre la voie à une conception pluraliste de la juridicité, dans laquelle plusieurs ordres juridiques peuvent coexister, chacun trouvant son fondement dans une institution autonome. L'institutionnalisme romanien ouvre ainsi directement sur son corollaire : le pluralisme juridique¹⁵¹.

Pour Santi Romano, l'idée que l'État posséderait le monopole de la création du droit est une " fiction " et une " clôture délibérée du champ d'observation " ¹⁵². L'auteur remet en cause ici une tradition doctrinale moniste profondément ancrée, influencée par le jusnaturalisme et surtout par la philosophie hégélienne qui voit dans l'État une sorte de divinité sur terre¹⁵³. Romano conteste cet aspect divin attribuée à l'État, soulignant que cette vision est le fruit d'une conjoncture historique spécifique - celle de l'affirmation de l'État moderne - plutôt qu'un postulat inébranlable de la science juridique¹⁵⁴.

L'État n'est donc, dans l'économie générale de sa théorie, qu'une " espèce du genre droit " ¹⁵⁵. S'il demeure l'institution la plus complexe et la plus achevée, il ne se distingue pas par sa nature vis-à-vis des autres entités sociales organisées¹⁵⁶. En niant que l'État soit l'unique système du monde juridique, Romano ouvre la voie à une analyse où la puissance étatique est elle-même un fait juridique interne à l'ordre, et non un préalable.

Dès lors, puisque l'institution est l'ordre juridique lui-même, Romano affirme que toute institution engendre son propre ordre juridique¹⁵⁷. Cette multiplicité des sources ne se limite

¹⁴⁹ Ibid., introduction à l'édition française, p. VIII.

¹⁵⁰ Ibid., préface.

¹⁵¹ Si le pluralisme juridique fait désormais l'objet d'un développement distinct, plusieurs de ses fondements apparaissent déjà en filigrane dans l'étude de l'institutionnalisme. En effet, dès lors que Romano reconnaît à toute institution suffisamment organisée la qualité d'ordre juridique, l'idée d'une pluralité de centres de production du droit s'impose déjà, même si elle n'est pas encore formulée de manière autonome.

¹⁵² Romano, *L'ordre juridique*, introduction à l'édition française, p. VIII.

¹⁵³ Ibid., p. 80.

¹⁵⁴ Ibid., introduction à l'édition française, p. XI.

¹⁵⁵ Ibid., p. 81.

¹⁵⁶ Ibid., introduction à l'édition française, p. X.

¹⁵⁷ Romano, *L'ordre juridique*, introduction à l'édition française, p. X.

pas à la sphère étatique, mais englobe l'ordre international, l'Église, les groupements professionnels, la famille, et même des organisations éphémères dès lors qu'elles possèdent une structure¹⁵⁸.

Par la suite, et dans l'optique de systématiser cette pluralité, Romano introduit une distinction cruciale entre les institutions *originaires* et les institutions *dérivées*¹⁵⁹. Une institution est originaire lorsqu'elle réalise un ordre juridique dont la source ne dépend pas d'un autre ordre ; c'est le cas de l'État ou de la communauté internationale. À l'inverse, une institution est dérivée lorsque son ordre est établi ou reconnu par une autre institution supérieure, comme c'est le cas des communes ou des provinces vis-à-vis de l'État¹⁶⁰. Cette distinction permet de répondre à la question " d'où l'ordre tire-t-il sa validité ? ".

Cet effort de typologie, Romano l'étend également à la distinction entre institutions " simples " et institutions " complexes ", ces dernières étant qualifiées d'" institutions d'institutions ". Dans cette configuration, une institution majeure englobe des institutions mineures sans que celles-ci ne perdent pour autant leur qualité d'ordre juridique¹⁶¹. L'exemple paradigmatique en est l'État moderne : bien qu'il constitue une unité globale, il comprend en son sein une multitude d'autres institutions qui conservent une existence propre au regard du droit administratif.

Tout aussi fondamentale est la distinction qu'il opère entre trois types de rapports entre institutions : les institutions indépendantes, qui affirment une autonomie réciproque complète et ne se reconnaissent pas de lien de nécessité ; les institutions coordonnées, dont les ordres se situent sur un pied d'égalité ; et enfin les institutions subordonnées, traduisant un rapport de suprématie d'un ordre sur un autre¹⁶².

Cette architecture permet de concevoir des ordres imbriqués ou coordonnés sans que l'existence de l'un n'absorbe nécessairement la juridicité de l'autre¹⁶³.

¹⁵⁸ Ibid., préface.

¹⁵⁹ Ibid., p. 103.

¹⁶⁰ La notion d'ordre dérivé est importante car elle illustre l'exception au principe selon lequel la relevance ne conditionne que la pertinence juridique d'un ordre sans toucher à son existence : dans le rapport de subordination complète qui caractérise les institutions dérivées, l'ordre supérieur ne se contente pas de qualifier l'ordre inférieur depuis l'extérieur, mais détermine directement sa validité même, de sorte que son existence dépend entièrement de la relevance que l'ordre supérieur veut bien lui reconnaître. Cependant bien que liés ces concepts ne doivent pas être confondus, la dérivation est un statut et la subordination est un type de rapport entre deux ordres. Voy. infra, partie 2, chap. 1, sect. 4, " Les rapports entre ordres juridiques ".

¹⁶¹ Romano, *L'ordre juridique*, p. 104-105.

¹⁶² Ibid., p. 106.

¹⁶³ Santi Romano admet également l'existence d'une catégorie intermédiaire, à la croisée des ordres originaires et dérivés. Tel peut être le cas de certains États dont l'ordre juridique ne procède pas d'une source unique, mais

En dernier point, il reste à examiner ce qui s'apparente à la rupture la plus radicale avec le positivisme classique. Elle réside dans l'affirmation que la juridicité d'un ordre est indépendante de sa licéité au regard d'un autre ordre. Pour Romano, un groupe peut être " anti-juridique " pour l'État (comme une association de malfaiteurs), tout en constituant un ordre juridique authentique en soi et pour soi¹⁶⁴. Cette entité illicite possède en effet ses propres organes et ses mécanismes de production normative qui s'imposent à ses membres.

Romano soutient que refuser le caractère juridique à de tels ordres relève d'un " jugement éthique " ¹⁶⁵ ou moral, lequel est étranger à la science du droit pur. L'illicéité n'est donc jamais un caractère intrinsèque de l'ordre, mais une qualification relative, portée par un ordre - généralement l'État - sur un autre qu'il combat ou ignore. Cette prise de position est particulièrement éclairante en ce qu'elle interdit de confondre la constatation d'une pluralité juridique avec la légitimation de toute revendication formulée au nom de cette pluralité.

En définitive, cette approche pluraliste permet d'expliquer pourquoi une multitude de prétentions à l'autorité ultime peut coexister dans un même espace social sans pour autant s'annuler conceptuellement. Des conflits d'autorité n'étant non pas des anomalies, mais des interactions structurelles entre sphères de domination autonomes.

Section 4. Les rapports entre ordres juridiques

L'existence d'une pluralité d'ordres juridiques étant désormais établie, il reste à s'interroger sur les rapports qu'ils entretiennent entre eux. En effet, reconnaître la coexistence de plusieurs ordres juridiques autonomes ne suffit pas, encore faut-il déterminer les modalités selon lesquelles ceux-ci s'articulent, interagissent et, le cas échéant, entrent en conflit.

Pour Santi Romano, les rapports entre ordres ne peuvent être saisis sans le concept de *relevance*. Il la définit par une formule ciselée : " Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre " ¹⁶⁶. En d'autres termes, un ordre juridique ne déploie d'effets au sein d'un autre que dans la mesure et selon les conditions déterminées par ce dernier.

Cette approche repose sur la métaphore de la parenthèse : chaque ordre juridique est une unité étanche qui communique avec les autres sans que son organisation interne ne soit

présente une nature composite : originaire pour certains de ses fondements, tout en demeurant dérivé pour d'autres. Voy. *ibid.*, p. 103.

¹⁶⁴ Romano, *L'ordre juridique*, p. 90-91.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 106.

matériellement absorbée¹⁶⁷. Dès lors, l'ordre observé n'est jamais reçu tel quel, il est " qualifié " par l'ordre observateur qui lui attribue une place et une valeur spécifiques.

Dès lors, la relevance¹⁶⁸ permet de traiter l'ordre étranger non pas comme un simple fait (sociologique ou physique), mais comme une réalité juridiquement significative au regard de l'ordre qui l'observe.

Au regard de cette notion centrale, Romano expose une typologie de titres¹⁶⁹ qui varie en intensité et en nature, trois d'entre eux sont particulièrement pertinents. Un titre de relevance peut d'abord résider dans un rapport de supériorité et de subordination¹⁷⁰. Ici, l'ordre supérieur définit les conditions de validité de l'inférieur, comme l'État belge le fait vis-à-vis d'une commune. Mais Romano apporte une nuance cruciale : même dans ce cas, l'ordre subordonné conserve une clôture interne, ses propres autorités et sanctions, que l'ordre supérieur peut choisir de reconnaître ou d'ignorer.

Un second titre, particulièrement fécond pour le droit international, est la présupposition¹⁷¹. En guise d'exemple, Romano démontre que le droit international ne crée pas les États, mais qu'il présuppose l'existence d'ordres étatiques préalables comme condition de sa propre existence. L'ordre étatique est ainsi assimilé par le droit international comme un fait juridique originaire. En troisième lieu, la relevance peut être unilatérale¹⁷² : un ordre parfaitement indépendant peut choisir de donner effet à un autre ordre - comme dans le droit international privé - sans y être contraint par une norme supérieure, par pur souci de coordination.

¹⁶⁷ Ibid., p. 115.

¹⁶⁸ Lorsqu'aucune relevance n'est accordée par un ordre juridique à un autre, il n'en résulte aucune réalité juridique significative à ses yeux : le premier ordre se comporte alors comme si le second n'existait tout simplement pas. Tel est le cas, par exemple, du rapport qu'entretient l'État avec les organisations mafieuses : celui-ci n'octroie à ces dernières aucune pertinence juridique et les ignore en tant qu'ordre dans la construction de sa propre réalité normative. Cette absence de reconnaissance ne remet toutefois nullement en cause l'existence, à part entière, de la mafia en tant qu'ordre juridique au sens de la théorie institutionnaliste : l'absence de relevance dont elle fait l'objet de la part de l'État n'affecte que la portée de cet ordre à l'égard de l'État, et non sa qualification d'ordre juridique en lui-même. Ce mécanisme de la relevance n'est donc en rien une contradiction avec l'autonomie d'un ordre. Voy. Romano, *L'ordre juridique*, p. 32.

¹⁶⁹ Le premier groupe (originaire/dérivé) fixe la nature de l'ordre en lui-même. Le deuxième groupe (indépendant/coordonné/subordonné) qualifie, indépendamment de cette nature, la position d'un ordre par rapport à un autre. Le troisième groupe (les types de relevance) décrit le mécanisme concret par lequel cette position se traduit dans la pratique - c'est-à-dire comment un ordre reconnaît effectivement l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un autre. Voy. *ibid.*, p. 103, 106, 107.

¹⁷⁰ Romano, *L'ordre juridique*, p. 107-108.

¹⁷¹ Ibid., p. 108.

¹⁷² Ibid., p. 109.

Dans le prolongement de cette analyse consacré au concept central de relevance, articulant les rapports entre ordres juridiques, il convient d'examiner son corollaire indispensable : celui de l'indifférence et ses implications¹⁷³. Puisque chaque institution est un ordre limité par ses propres fins, elle opère nécessairement une sélection des faits qu'elle considère comme juridiques¹⁷⁴. Tout ce qui n'est pas déclaré " relevant " tombe dans une sphère d'indifférence juridique.

Il est alors logique d'en déduire une certaine autonomie de perception dans le chef des ordres juridiques. Cette autonomie permet, dès lors, d'expliquer les conflits d'autorité : ce qui est une institution licite et souveraine pour ses membres peut être perçu comme un simple fait illicite ou non juridique par un autre ordre.

Chaque ordre est ainsi stable et indestructible de son propre point de vue interne, car il se conçoit comme la source ultime de sa propre juridicité¹⁷⁵. En un sens, chaque ordre crée son propre récit, sa propre histoire, lui permettant de se conceptualiser comme il l'entend, et ce tout en étant limité dans la réalité des interactions sociales. En d'autres termes, ce récit projette sur la réalité des qualités d'unité, de structure et de cohérence mais qui ne sont pas forcément présentes objectivement.

En conclusion, la relevance s'affirme comme l'instrument indispensable au pluralisme institutionnel, permettant de convertir le fait social d'une institution en une donnée juridiquement intelligible pour un autre ordre sans jamais rompre l'étanchéité de leurs structures organiques respectives. Elle assure la coordination nécessaire entre des sphères de domination autonomes en mesurant leur existence, leur substance normative ou leur efficacité¹⁷⁶ selon un titre souverainement qualifié par l'ordre observateur. Dans cette perspective, l'absence de relevance signifie simplement que l'ordre observé est un " néant " ou un pur fait pour l'ordre observateur, mais cela ne porte pas atteinte à sa réalité interne tant que celui-ci demeure effectivement constitué et organisé.

Cependant, si la survie d'une institution originaire est ainsi garantie par sa seule force intrinsèque face à l'indifférence étrangère, il en va différemment pour les institutions dérivées¹⁷⁷, dont la relevance constitue la condition de naissance et de validité, rendant leur existence précaire face au retrait éventuel de ce titre par l'ordre supérieur.

¹⁷³ Ibid., p. 144.

¹⁷⁴ Ibid., p. 149.

¹⁷⁵ Romano, *L'ordre juridique*, p. 71, 99.

¹⁷⁶ Ibid., p. 106.

¹⁷⁷ Ibid., p. 103.

Au demeurant, cette vision permet d'appréhender les rapports entre ordres juridiques non comme une pyramide kelsénienne¹⁷⁸ figée, mais comme un ensemble mouvant de sphères de domination en interaction constante.

Section 5. Mise en perspective avec le droit international

Alors que la section précédente portait sur le mécanisme par lequel un ordre juridique entre en rapport avec un autre et lui accorde ou refuse sa relevance, celle-ci explore la structure propre à ces développements dans le contexte international.

Comme déjà exposé, le fondement de la théorie des rapports entre ordres chez Santi Romano réside dans le principe de clôture. L'auteur utilise une métaphore mathématique décisive : chaque ordre juridique est une unité close, semblable à une expression placée " entre parenthèses ". Dès lors, le droit international (ou tout ordre supérieur) ne pénètre pas à l'intérieur de ces parenthèses ; il se borne à traiter l'ordre subordonné comme une unité globale¹⁷⁹.

De cette étanchéité découle l'impossibilité de l'invalidation directe. Romano affirme que la naissance, l'existence et la validité d'un ordre étatique sont entièrement indépendantes du droit international. Si une norme interne contredit une obligation internationale, cette dernière peut créer un devoir pour l'État dans l'ordre international, mais elle ne peut, par sa propre force, invalider la norme interne dans l'ordre national. L'ordre national reste un " objet étranger "¹⁸⁰ pour l'ordre supérieur tant que les deux structures ne communiquent pas par un titre de relevance spécifique. En somme, le droit supérieur ne peut ni supprimer ni déclarer nulle une manifestation de l'ordre inférieur qui se déploie dans sa propre sphère autonome¹⁸¹.

À la lumière de ces développements, Romano opère une distinction cruciale entre deux degrés de subordination. La subordination complète¹⁸² se vérifie lorsqu'un ordre domine l'autre absolument, au point de déterminer ses conditions mêmes d'existence et de validité, comme c'est le cas pour les communes vis-à-vis de l'État. Dans cette configuration, l'institution inférieure est une simple " ramification "¹⁸³ de l'institution supérieure, qui peut lui retirer son autonomie à tout moment.

¹⁷⁸ Ibid., préface.

¹⁷⁹ Ibid., p. 115.

¹⁸⁰ Romano, *L'ordre juridique*, p. 113.

¹⁸¹ Ibid., p. 108.

¹⁸² Ibid., p. 110.

¹⁸³ Ibid., p. 111.

À l'inverse, Romano théorise une supériorité limitée, dont le droit international est l'exemple type¹⁸⁴. Dans ce cadre, la supériorité n'implique pas une hiérarchie de type pyramidal où la norme inférieure tirerait sa validité de la norme supérieure. Il s'agit plutôt d'une relation entre ordres " originaires " qui, tout en étant soumis à un ordre plus vaste, conservent une existence propre que le supérieur ne peut supprimer. L'ordre de l'État est imperméable au droit international car ce dernier n'attribue à l'État aucun pouvoir d'autonomie interne ; il reconnaît simplement un pouvoir que l'État possède déjà par sa propre force organisée¹⁸⁵.

Parallèlement, il existe également le cas original de la supériorité par présupposition¹⁸⁶. Dans cette hypothèse, l'ordre supérieur ne crée pas les ordres inférieurs mais les présuppose comme condition de sa propre existence. Romano explique que le droit international se trouve dans une situation de " dépendance par rapport à l'ordre inférieur " car sans l'existence préalable des États, il n'aurait aucun objet. L'ordre étatique est assimilé par le droit international non pas comme une délégation, mais comme un fait juridique originaire et nécessaire.

L'aboutissement de ces développements nous démontre que la pensée romanienne est à certains égards l'affirmation que des ordres peuvent coexister comme " deux mondes juridiques " restant " distincts et autonomes " malgré leurs interactions matérielles. Un conflit de normes entre deux ordres n'est donc pas le signe d'une pathologie juridique ou d'une illégalité, mais la manifestation de l'indépendance résiduelle de chaque institution.

En définitive, chaque ordre est " éternel " et souverain de son propre point de vue interne, refusant de se laisser absorber par le récit d'un autre ordre¹⁸⁷. Si ce constat a déjà été exposé, il acquiert une portée particulière lorsqu'il est envisagé à la lumière du contexte international.

¹⁸⁴ Ibid., p. 112.

¹⁸⁵ Ibid., p.112-113.

¹⁸⁶ Ibid., p. 114.

¹⁸⁷ Sous réserve d'exceptions, voy. Romano, *L'ordre juridique*, p. 109, 110, 114.

Chapitre 2. De Santi Romano à Neil MacCormick : la matrice institutionnaliste du pluralisme constitutionnel

Section 1. Un instrument de transposition

L'institutionnalisme de Santi Romano offre un socle ontologique puissant : l'existence d'un ordre juridique ne procède pas nécessairement d'une norme supérieure inscrite dans une hiérarchie unique, mais résulte de l'organisation concrète de l'institution dont il constitue l'expression. ; il en résulte que la coexistence de plusieurs ordres juridiques, loin d'être une anomalie, constitue la condition normale du phénomène juridique. Ce cadre demeure cependant silencieux sur la configuration spécifique qu'a prise, depuis la seconde moitié du XXe siècle, l'articulation entre ordres étatiques et ordre supranational au sein de l'espace européen. C'est ici qu'intervient l'apport de Neil MacCormick, dont l'œuvre peut être lue, à certains égards, comme un prolongement contemporain de l'intuition institutionnaliste.

En réalité, cette convergence théorique n'est pas entièrement déduite : sans postuler une filiation doctrinale linéaire entre l'institutionnalisme de Hauriou et de Romano et le néo institutionnalisme de MacCormick et Weinberger, une partie de la doctrine justifie leur rapprochement¹⁸⁸. Ce n'est donc pas artificiellement que MacCormick est convoqué à la suite de Romano, mais en poursuivant un fil que la théorie du droit a elle-même déjà noué.

Cependant, la théorie institutionnaliste de Santi Romano demeurant le point d'ancrage de la présente étude, le recours à MacCormick, dont la pensée s'inscrit dans une même tradition pluraliste, ne tend pas à substituer à ce cadre une construction théorique concurrente.

Si le premier de ces auteurs permet une reconstruction romaniennne de l'ordre européen, le second répond lui à une double finalité¹⁸⁹.

D'une part, il vise à conforter la pertinence de l'approche retenue, dès lors que MacCormick applique précisément sa conception du pluralisme juridique à l'analyse d'institutions supranationales, au premier rang desquelles figure l'Union européenne. Sa mobilisation permet ainsi de montrer que l'étude de la structure juridique européenne à travers une grille de lecture romaniennne ne relève pas d'une transposition purement personnelle, mais s'inscrit dans une démarche doctrinale cohérente et déjà explorée. D'autre part, sa mobilisation permet de conduire la thèse de cette étude jusqu'à ses prolongements les plus concrets, en

¹⁸⁸ Voy. notamment, Massimo La Torre, " Institutionalism Old and New ", *Ratio Juris*, vol. 6, n° 2, 1993, p. 190.

¹⁸⁹ Une vigilance particulière s'impose sur ce point : il importe de ne pas confondre les conceptions pluralistes de Romano et de MacCormick, dont l'apparente proximité ne saurait masquer les différences substantielles.

précisant les formes que peut revêtir la conflictualité entre ordres constitutionnels autonomes.

Car si la construction théorique de Santi Romano - considéré par la doctrine comme un pluraliste constitutionnel avant la lettre¹⁹⁰ - fournit un cadre suffisamment large pour appréhender l'Union européenne comme un ordre institutionnel distinct, elle ne pouvait, pour des raisons historiques évidentes, s'attarder sur une configuration supranationale de cette nature ni, par conséquent, sur les conflits susceptibles d'y naître entre ordres juridiques concurrents.

En définitive, cette lecture croisée permettra de mettre en lumière une Union européenne qui ne se présente pas comme un ordre hiérarchique pleinement achevé, mais comme un système polycentrique, tout en offrant une grille de lecture des contestations récentes dirigées contre son autorité, et plus particulièrement contre la primauté juridique qu'elle revendique.

Désormais, il convient d'examiner de manière à la fois concise et précise les principaux développements des travaux de MacCormick.

Section 2. Le pluralisme constitutionnel de Neil MacCormick

Mis en regard de la pensée de Santi Romano, le projet de MacCormick révèle un geste anti-moniste comparable, contestant l'idée que le droit doive impérativement émaner d'une source de pouvoir unique et souveraine¹⁹¹. Il s'écarte ainsi d'une vision " monoculaire "¹⁹² qui réduit la validité juridique à l'obéissance envers un centre de commandement suprême.

L'auteur préfère qualifier le droit d'" ordre normatif institutionnel "¹⁹³. Pour être plus précis, un système normatif devient institutionnel lorsque le jugement porté sur la conformité des actions aux normes est organisé. De cette institutionnalisation résulte un droit caractérisé par une réelle autonomie conceptuelle vis-à-vis de l'État. Un droit qui, par ailleurs, est également décrit comme étant un système auto-référentiel¹⁹⁴ dans le sens où les juridictions reconnues comme compétentes déterminent, avec une autorité ultime au sein de leur propre ordre,

¹⁹⁰ Cormac Mac Amhlaigh, " Constitutional Pluralism *Avant la Lettre*? : On Santi Romano's *L'ordinamento Giuridico* ", *Jurisprudence* 11, no 1 (2020) : p. 113, <https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1699320>

¹⁹¹ Neil MacCormick, " Beyond the Sovereign State ", *The Modern Law Review* 56, no 1 (janvier 1993) : p. 8.

¹⁹² Ibid., p. 5.

¹⁹³ Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (Oxford : Oxford University Press, 1999), p. 7-11.

¹⁹⁴ Neil MacCormick, " Institutional Normative Order: A Conception of Law ", *Cornell Law Review* 82, no 5 (1997) : p. 1058.

quelles normes y sont obligatoires et comment elles doivent être interprétées, alors même que leur compétence procède de cet ordre¹⁹⁵.

À ce modèle, il substitue une approche " system-oriented "¹⁹⁶, centrée sur la nature systémique des normes plutôt que sur des rapports de force exclusifs. Au lieu de définir le droit par son origine, comme un souverain qui commande, on le définit par sa nature de système normatif. Toujours selon cette approche, l'essence du droit n'est pas le pouvoir ou la force brute, mais la manière dont des normes s'agencent pour guider la conduite humaine¹⁹⁷.

Cette analyse permet donc de concevoir le droit de manière plus diffuse, admettant que différents systèmes puissent se chevaucher et interagir sans qu'une hiérarchie formelle ou une subordination ne soit logiquement requise. Pour MacCormick, cette pluralité de légalités en interaction définit la réalité de l'ordre juridique européen actuel¹⁹⁸, rendant caduque la quête d'une souveraineté ultime.

En définitive, MacCormick rejoint ici l'intuition fondamentale de Santi Romano en démontrant qu'un ordre juridique tire sa validité de sa propre structure institutionnelle plutôt que d'une délégation descendante issue d'un sommet unique¹⁹⁹. Il en suit que la validité d'une norme devient alors relative au système concerné : une règle peut être reconnue comme valide par le droit national via ses propres critères internes tout en étant simultanément valide au sein de l'ordre européen selon les traités de base²⁰⁰.

Section 3. Le dépassement du paradigme souverain

En partant de ses développements sur le pluralisme, MacCormick aboutit à un constat empirique radical : au regard des réalités de l'intégration européenne, il n'existe plus d'États pleinement souverains en Europe de l'Ouest. Ce déclin de la souveraineté classique s'explique par un processus de mise en commun ou de fusion de pouvoirs étatiques au sein de l'ordre normatif communautaire²⁰¹.

Pour cause, le pluralisme refuse de concevoir la souveraineté comme une conversion mathématique où la perte de l'un signifierait nécessairement le gain de l'autre, et dès lors,

¹⁹⁵ Un parallèle est ici à faire avec la vision de Santi Romano ; Voy. supra, partie 2, chap. 1, sect. 2, " Un organisme social ".

¹⁹⁶ Neil MacCormick, " Beyond the Sovereign State ", *The Modern Law Review* 56, no 1 (janvier 1993) : p. 8.

¹⁹⁷ Ibid., p. 11.

¹⁹⁸ Ibid., p. 10.

¹⁹⁹ Neil MacCormick, " Institutional Normative Order: A Conception of Law ", *Cornell Law Review* 82, no 5 (1997) : p. 1058.

²⁰⁰ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 101.

²⁰¹ Ibid.

l'émergence d'un " super-État " européen²⁰². Au contraire, il envisage un partage de pouvoirs au sein d'un espace normatif commun, où la compatibilité entre les ordres est assurée par une pratique de coopération et de reconnaissance mutuelle plutôt que par une subordination formelle à un tiers système.

En posant ce diagnostic dès 1993, l'auteur fournit l'ancrage théorique nécessaire pour comprendre l'évolution de la primauté du droit de l'Union européenne : celle-ci ne repose plus sur une subordination hiérarchique traditionnelle, mais sur la gestion fonctionnelle de ces systèmes imbriquées caractérisant la condition post-souveraine de l'Europe contemporaine²⁰³.

Section 4. Les conflits dans l'ordre international

Ce versant théorique, venant clore cette brève présentation de la vision maccormickienne, constitue sans doute l'une des illustrations les plus probantes de l'intérêt de mobiliser la pensée de cet auteur comme cadre conceptuel permettant de transposer le pluralisme juridique à l'étude de la configuration européenne.

En effet, selon MacCormick, l'imbrication²⁰⁴ des systèmes juridiques porte en lui un risque structurel de conflit constitutionnel. L'auteur illustre cette tension par l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (notamment l'arrêt *Brunner*)²⁰⁵, qui refuse de reconnaître à la Cour de justice de l'Union européenne une " compétence-compétence ", c'est-à-dire le pouvoir de déterminer seule l'étendue de ses propres attributions²⁰⁶.

En se réservant le dernier mot sur les limites des compétences transférées et la protection des droits fondamentaux, la cour nationale conteste le statut d'autorité ultime de l'instance européenne au profit d'une souveraineté résiduelle du peuple allemand²⁰⁷. Pour MacCormick, ce point de friction révèle que la doctrine de la suprématie du droit communautaire ne doit jamais être confondue avec une " subordination totale et absolue " des droits des États membres²⁰⁸.

²⁰² Neil MacCormick, " Beyond the Sovereign State ", *The Modern Law Review* 56, no 1 (janvier 1993) : p. 16.

²⁰³ Ibid., p. 10.

²⁰⁴ L'auteur emploie le terme anglais *interlocking*, qui renvoie à l'idée d'ordres juridiques étroitement imbriqués et interdépendants.

²⁰⁵ Cet arrêt est également connu sous le nom d'" arrêt Maastricht ". Bundesverfassungsgericht, arrêt du 12 octobre 1993, *Brunner (Maastricht)*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155. Voy. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 99.

²⁰⁶ Voy. supra, partie 1, chap. 1, sect. 2, " Vers un nouvel équilibre : le traité de Maastricht ".

²⁰⁷ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 99-100.

²⁰⁸ Ibid., p. 117-119.

Cette distinction est capitale, car elle permet de comprendre certains épisodes de résistance nationale autrement que comme de simples anomalies affectant un ordre juridique unitaire. Dans un système pluraliste, de tels conflits peuvent constituer la conséquence structurelle de la coexistence d'ordres autonomes, dont les juridictions suprêmes revendiquent chacune une autorité interprétative ultime au sein de leur propre système²⁰⁹.

Dès lors, la résistance d'un ordre national peut devenir une contestation légitime d'un rapport de subordination absolue qui, selon MacCormick, n'a pas de fondement juridique nécessaire dans l'architecture polycentrique de l'Europe.

Toutefois, l'analyse des conflits susceptibles de traverser un ordre supranational tel que celui de l'Union européenne ne saurait se limiter au constat de leur existence. Elle impose également de s'interroger sur leur possible légitimité²¹⁰ ainsi que sur les mécanismes susceptibles d'en prévenir l'aggravation ou d'en favoriser le règlement.

C'est précisément à ces interrogations que répond une distinction qui traverse l'ensemble de la pensée pluraliste de MacCormick, mais qui revêt, dans le présent contexte, une pertinence toute particulière. Elle permet donc de dépasser l'unique l'idée selon laquelle les tensions entre ordres juridiques constitueraient des phénomènes inhérents - et non nécessairement anormaux - aux structures supranationales.

Cette distinction repose sur l'opposition établie par MacCormick entre deux conceptions du pluralisme, révélant ainsi que le paradigme pluraliste ne revêt pas, chez lui, une forme univoque, mais se décline selon plusieurs modalités dont les implications théoriques et pratiques diffèrent sensiblement.

Sous-section 1. Le pluralisme radical

Le modèle du pluralisme radical pousse la logique de l'autonomie systémique à son terme. Dans cette perspective, les ordres juridiques sont considérés étant totalement autonomes et auto-référentiels²¹¹. Chaque système définit ses propres critères de validité sans égard pour une autorité tierce ou un arbitre suprême qui pourrait réconcilier leurs prétentions divergentes.

²⁰⁹ Ibid., p. 119.

²¹⁰ Ainsi qu'il apparaîtra dans la suite des développements, cette distinction fournira également les fondements nécessaires à l'élaboration d'une typologie des différentes formes de contestation de la primauté, particulièrement manifestes dans le contexte européen contemporain.

²¹¹ Neil MacCormick, " Institutional Normative Order: A Conception of Law ", *Cornell Law Review* 82, no 5 (1997) : p. 1058.

C'est dans ce cadre que MacCormick introduit le concept crucial de " superfluité de réponses juridiques "²¹². Ce phénomène survient lorsqu'un même problème juridique - par exemple, la détermination de l'étendue des compétences transférées à l'Union - reçoit plusieurs réponses valides et logiquement cohérentes, mais mutuellement exclusives, selon le système de référence adopté. Dès lors, ce pluralisme radical explique précisément la nature des conflits constitutionnels : le conflit n'est pas une anomalie rectifiable par une règle de droit supérieure, mais une impasse logique inhérente à l'architecture pluraliste²¹³.

Ainsi, dans l'analyse de l'arrêt *Brunner*, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour constitutionnelle allemande peuvent avoir toutes deux " raison " au regard de leurs propres normes supérieures respectives, sans qu'aucune autorité logique ne puisse trancher la question de la " compétence-compétence "²¹⁴. Le problème n'est pas alors un manque de réponses juridiques, mais une surabondance de réponses valides mais incompatibles²¹⁵.

Selon MacCormick, cette conception du pluralisme implique de reconnaître que " tout problème juridique ne peut pas être résolu juridiquement "²¹⁶, et qu'une intervention politique est en réalité nécessaire pour la résolution d'une telle situation. À certains égards, cette conception est une impasse.

Sous-section 2. Le pluralisme sous l'égide du droit international

Le second modèle, le pluralisme sous l'égide du droit international, propose une alternative pour stabiliser ces interactions. Contrairement à une vision hiérarchique classique, ce modèle demeure fondé sur l'idée que les ordres nationaux et l'ordre de l'Union sont distincts, partiellement autonomes et coordonnés plutôt que subordonnés²¹⁷. Le droit de l'Union ne se situe donc pas, dans cette conception, au sommet d'une pyramide dont les droits nationaux seraient de simples sous-systèmes ; il n'y a aucune supériorité absolue d'un système sur l'autre.

En revanche, le droit international occupe une position normative particulière : il constitue le " fondement commun de validité "²¹⁸ qui conditionne les rapports respectifs de l'ordre de l'Union et des ordres étatiques. Il encadre les relations entre les différents ordres en leur

²¹² MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 119.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Voy. supra, partie 2, chap. 2, sect. 4, " Les conflits dans l'ordre international ".

²¹⁵ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 119.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid., p. 118.

²¹⁸ Ibid., p. 116.

imposant des obligations fondamentales, notamment le respect des traités, la bonne foi et le principe *pacta sunt servanda*²¹⁹.

Force est de constater que c'est précisément cette nécessité d'un point de validation supérieur et unique qui rapproche cette conception d'une forme de monisme au sens kelsénien, cependant il est important de garder à l'esprit que MacCormick l'applique à un contexte d'interaction horizontale entre systèmes²²⁰.

Pour comprendre comment ce pluralisme sous l'égide du droit international fonctionne concrètement dans la gestion des conflits, MacCormick invite à distinguer deux plans²²¹. Sur le plan interne, chaque ordre conserve ses propres critères de validité. Pour l'ordre étatique, c'est la Constitution nationale qui fonde la validité des normes, tandis que pour l'ordre européen, ce sont les traités et les normes constitutives de l'Union qui remplissent cette fonction auto-référentielle. Chaque système revendique ainsi légitimement sa propre suprématie.

Sur le plan de leurs relations mutuelles, le droit international constitue le cadre normatif commun. Il fonde les obligations réciproques des États membres, impose le respect des engagements contractés lors de la ratification des traités et encadre la manière dont les différents ordres peuvent exercer leurs prétentions concurrentes.

Bien que MacCormick admette avoir été longtemps séduit par le pluralisme radical, il finit par considérer que le pluralisme sous l'égide du droit international est " contextuellement plus persuasif et approprié " pour l'Europe. Ce modèle permet d'éviter le vide logique du pluralisme radical où les collisions normatives semblent insolubles par le droit²²².

En définitive, cette conception offre un fondement de validité partagé qui, sans instaurer de hiérarchie pyramidale entre l'État et l'Union, impose des obligations de cohérence issues du droit international.

²¹⁹ Ibid., p. 120.

²²⁰ Ibid., p. 116, 119.

²²¹ Ibid., p. 118.

²²² Ibid., p. 121.

Partie 3. La primauté au prisme du pluralisme juridique : de la prétention normative à la typologie des contestations

Chapitre 1. La résolution d'une tension méthodologique : pour une reconstruction romaniaque de MacCormick

L'arrimage de la pensée de Santi Romano à celle de Neil MacCormick, tel qu'il vient d'être exposé, ne saurait être présenté sans qu'une difficulté théorique soit expressément anticipée. Cette difficulté tient à ce que les deux auteurs, bien qu'appartenant à une même famille institutionnaliste, ne portent pas rigoureusement le même regard sur la nature des rapports entre ordres juridiques une fois ceux-ci mis en présence les uns des autres.

Chez Romano, l'autonomie des ordres demeure absolue : chaque institution détermine, selon ses propres critères internes, la relevance qu'elle reconnaît à un ordre tiers, sans qu'aucun point de validation commun ne soit requis pour que cette coexistence produise des effets juridiques. Le mécanisme de la relevance suffit à lui seul à rendre compte de l'ensemble des rapports possibles entre ordres - subordination, présupposition, indifférence - sans qu'il soit nécessaire de postuler un cadre englobant dont la validité de chaque ordre dépendrait en dernière instance. Or, c'est précisément ce présupposé que le second modèle développé par MacCormick, le pluralisme sous l'égide du droit international, paraît remettre en cause.

En affirmant que les rapports entre l'ordre de l'Union et les ordres nationaux se trouvent conditionnés par un fondement commun de validité, à savoir le droit international lui-même, l'auteur écossais réintroduit un point de référence supérieur dont l'existence rapproche cette construction d'une forme de monisme au sens kelsénien - il le concède d'ailleurs lui-même²²³. Une telle proximité avec le monisme, si elle devait être reprise sans réserve, entrerait en contradiction frontale avec le socle romaniaque mobilisé dans la présente étude, puisqu'elle subordonnerait, fût-ce indirectement, la validité des ordres national et européen à un troisième ordre dont la fonction excéderait celle d'un simple destinataire de relevance.

Il importe cependant de ne pas tirer de cette tension une conclusion prématurée qui inviterait à écarter purement et simplement l'apport de MacCormick. La théorie romaniaque, si elle permet d'établir avec une grande rigueur la structure pluraliste de l'espace européen et la nature nécessairement disputée de la primauté, ne fournit qu'imparfaitement les critères permettant de qualifier, une fois le conflit constaté, la nature des contestations qui l'expriment.

²²³ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 116, 119.

En réalité, cette limite s'explique d'abord par des raisons historiques : l'œuvre de Romano, élaborée dans les premières décennies du vingtième siècle, n'a pu anticiper la configuration propre à une organisation supranationale telle que l'Union européenne. De ce fait, elle se trouve dépourvue de tout instrument spécifiquement conçu pour cet objet.

Ensuite, elle résulte également d'une raison plus structurelle, tenant à la nature même du concept de relevance : celui-ci décrit un mécanisme de reconnaissance réciproque entre ordres, mais ne comporte aucun critère normatif permettant de jauger la légitimité d'une contestation.

Chez Romano, toute redéfinition de la relevance qu'un ordre accorde à un autre demeure un fait juridique parmi d'autres, jamais une faute susceptible d'être qualifiée comme telle. Cette neutralité devient toutefois un obstacle dès lors que l'analyse entend distinguer, au sein des contestations contemporaines de la primauté, celles qui relèvent d'une dynamique normale de la pluralité de celles qui, par leur radicalité ou leur instrumentalisation politique, en menacent l'équilibre.

C'est cette lacune que l'apport de MacCormick permet de combler, sans qu'il soit nécessaire, pour autant, d'endosser intégralement la solution finale qu'il propose. La présente étude n'entend pas reprendre le pluralisme sous l'égide du droit international dans sa dimension proprement moniste, ni faire du droit international le fondement commun de validité des ordres en présence - ce qui reviendrait à substituer au cadre romanien une architecture hiérarchique étrangère à son économie générale. Il s'agit plutôt de procéder à une reconstruction romaniennne des ressources normatives que MacCormick a dégagées pour qualifier les rapports entre systèmes imbriqués : notamment la bonne foi ou encore le respect des engagements mutuellement reconnus.

Ces critères, transposés dans le vocabulaire de la relevance, permettent d'apprécier non pas si un ordre détient, dans l'absolu, l'autorité ultime - question à laquelle ni Romano ni MacCormick ne prétendent apporter de réponse définitive - mais comment chaque ordre exerce sa prétention à la primauté au regard des rapports de relevance qu'il a lui-même antérieurement noués. Ainsi entendue, la démarche ne consiste pas à superposer deux théories concurrentes, ni à emprunter à MacCormick une conclusion dont il reconnaît lui-même la parenté avec le monisme, mais à extraire de son analyse des catégories fonctionnelles, réinterprétées à la lumière du seul mécanisme de la relevance, pour construire un instrument de qualification que Romano seul ne pouvait fournir.

Cette reconstruction appelle une précision structurelle quant à la place que le droit international y occupe. Il ne s'agit pas de nier l'existence de cet ordre, ni de le réduire à une simple construction de l'esprit dépourvue de réalité juridique propre : conformément au principe romanien selon lequel toute institution suffisamment organisée engendre son propre ordre juridique, le droit international constitue bien un ordre juridique distinct des ordres

national et européen. La question de savoir s'il doit à ce titre être classé comme originaire ou comme entretenant, à l'égard des ordres étatiques, un rapport de présupposition réciproque n'a pas à être tranchée ici²²⁴ : ce qui importe pour la présente reconstruction est seulement qu'il ne constitue pas, quelle que soit cette classification, un fondement commun de validité s'imposant aux ordres national et européen.

Ainsi reconstruit, le droit international existe en dehors de toute contrainte extérieure quant à sa validité propre, mais sa pertinence à l'intérieur de l'ordre national ou de l'ordre européen ne s'impose nullement de manière automatique : elle dépend entièrement de la relevance que chacun de ces ordres consent à lui reconnaître, conformément à ses propres critères de réception²²⁵.

Le droit international peut donc bien fournir des critères d'appréciation aux contestations de la primauté, non parce qu'il constituerait un socle commun de validité s'imposant aux ordres national et européen, mais parce que ces derniers lui ont eux-mêmes, et à des degrés différents, accordé une telle relevance.

Cette articulation ainsi précisée, la dernière partie de la présente étude peut désormais en tirer toutes les conséquences. Dans un premier temps, la théorie de Santi Romano sera mobilisée à titre principal pour appréhender la structure juridique européenne sous le prisme pluraliste. Dans un second temps, la pensée de Neil MacCormick sera convoquée de manière plus ponctuelle et délibérément critique, afin d'esquisser une tentative de typologie des contestations de la primauté. Une typologie qui, il convient de le souligner avec la plus grande clarté, ne constitue pas une classification directement formulée par cet auteur, mais une construction propre à la présente étude, inspirée de ses catégories sans en reprendre le fondement moniste qu'il assume lui-même.

En définitive, il est important de garder à l'esprit que cette double mobilisation ne dissimule en rien la tension qu'elle comporte, au contraire, elle l'assume et la circonscrit : Romano fournit le cadre permettant de penser la structure et la normalité du conflit, tandis que MacCormick, réinterprété à la lumière de ce cadre, fournit les ressources nécessaires pour en apprécier les formes et les éventuelles dérives.

²²⁴ En d'autres termes, le débat de volontarisme s'opposant à l'objectivisme.

²²⁵ Par exemple : clause constitutionnelle d'ouverture, jurisprudence interne ou disposition des traités.

Chapitre 2. Une lecture romaniaenne de la structure européenne : la primauté comme prétention normative

Afin d'appréhender les conflits de primauté comme l'expression possible d'une structure juridique polycentrique, il convient de relire l'architecture européenne au prisme d'une théorie pluraliste. À cet égard, la pensée de Santi Romano constituera le principal cadre d'analyse.

Bien que MacCormick soit également mobilisé dans la suite des développements, l'institutionnalisme romaniaen offre ici une grille plus fondamentale et englobante : sa théorie des ordres juridiques, particulièrement aboutie dans l'analyse de leur autonomie et de leurs rapports réciproques, fournit les catégories conceptuelles les plus pertinentes pour saisir la structure même de l'Union européenne avant d'en examiner les manifestations conflictuelles.

L'enjeu sera ainsi de montrer que l'espace juridique européen peut être appréhendé comme une configuration polycentrique au sein de laquelle la primauté ne constitue pas une donnée définitivement acquise, mais une prétention normative formulée par l'Union à l'égard d'autres ordres qui conservent leurs propres critères d'autorité. Une telle analyse conduira alors à reconsidérer la signification des conflits relatifs à la primauté : loin d'être les symptômes d'un dysfonctionnement de l'Union européenne, ils apparaissent comme la conséquence structurelle de la coexistence de plusieurs ordres juridiques susceptibles de revendiquer de façon concurrente l'autorité ultime.

Section 1. L'union européenne comme ordre institutionnel autonome

Avant d'interroger la portée et les conflits de la primauté, il convient de fonder la juridicité de l'Union européenne. Dans la perspective de Santi Romano, le droit ne se réduit pas à un système de normes ; il s'identifie à l'institution elle-même, conçue comme un " être réel " et un " corps social " organisé²²⁶. Dès lors, l'Union n'est pas juridiquement réelle parce qu'elle produit des normes s'imposant aux États membres, mais parce qu'elle réalise, en soi et pour soi, l'équation fondamentale entre institution et ordre juridique²²⁷.

Comme déjà exposé, cette juridicité immanente se vérifie par la réunion des trois éléments constitutifs de la théorie institutionnaliste. En premier lieu, l'Union repose sur un corps social effectif, lequel dépasse la simple addition contractuelle des États pour constituer une " unité concrète et réelle ". En second lieu, elle manifeste un ordre social, c'est-à-dire une structure qui exclut l'arbitraire pur et la force matérielle non ordonnée au profit d'une régulation

²²⁶ Romano, *L'ordre juridique*, p. 13.

²²⁷ Ibid., p. 19.

immanente à sa sphère de domination. Enfin, l'existence d'une organisation - l'appareil organique composé de la Commission, du Conseil, du Parlement et de la Cour de justice - parachève l'institution en lui conférant une volonté propre, distincte de celle de ses membres²²⁸. Pour Romano, cette organisation est " l'antécédent logique " ²²⁹ de la norme : une fois institutionnalisé, l'ordre juridique européen ne saurait être réduit à la somme des dispositions conventionnelles qui l'ont initialement organisé.

De plus, l'originalité structurelle de l'Union européenne trouve une résonance particulière dans la typologie romaniennne des ordres juridiques. Elle échappe aux catégories binaires pour s'inscrire dans la figure intermédiaire des ordres dont l'indépendance est à moitié originaire et à moitié dérivée²³⁰. Certes, l'Union est formellement instituée par un acte des États, ce qui semble lui conférer un caractère dérivé. Toutefois, une fois mise sur pied, elle développe une existence objective et une autonomie qui ne se réduisent plus à une simple délégation révocable. Elle constitue une " institution d'institutions " ou une " institution complexe ", au sein de laquelle l'ordre supérieur présuppose l'existence des ordres étatiques²³¹ comme condition de sa propre existence²³² tout en s'érigeant en une unité close, placée " entre parenthèses " juridiques.

Enfin, il convient également de préciser que le refus de l'exclusivisme étatique²³³ - ce postulat erroné qui lie indissociablement le droit à la souveraineté de l'État moderne - permet de reconnaître à l'Union une juridicité pleine et entière sans avoir à la qualifier d'État²³⁴.

Section 2. La coexistence des ordres européen et nationaux

Après avoir envisagé l'Union européenne comme un ordre juridique autonome, il est primordial de préciser ses rapports avec les nombreux autres ordres juridiques que représentent les États membres.

L'affirmation de l'Union européenne comme ordre institutionnel autonome ne saurait induire l'existence d'un rapport de hiérarchie qui absorberait la substance des États membres. Dans l'architecture théorisée par Santi Romano, la coexistence entre ordres ne se résout pas nécessairement par l'annihilation du subordonné. En effet, l'Union s'inscrit dans une

²²⁸ Ibid., p. 17-19.

²²⁹ Ibid., préface.

²³⁰ Ibid., p. 103.

²³¹ Des ordres étatiques qu'elle intègre, sans les absorber, préservant ainsi leur individualité objective. Voy. infra.

²³² Romano, *L'ordre juridique*, p. 104, 114-115.

²³³ Ibid., introduction à l'édition française, p. VIII.

²³⁴ Cette précision est importante, il ne faut pas percevoir dans cette notion " d'État " un quelconque obstacle à la juridicité d'un ordre comme l'Union européenne.

configuration polycentrique où les États, loin d'être réduits à de simples ramifications administratives, conservent leur nature d'ordres originaires.

Pour saisir la singularité de ce lien, il convient d'écarter le modèle de la subordination complète²³⁵, propre aux institutions dérivées. Contrairement à une commune dont l'autonomie est " intégralement attribuée par l'État " et dont l'existence peut être supprimée in toto²³⁶ par le législateur national, les États membres ne tirent pas leur source de l'ordre de l'Union. Ils demeurent des unités closes, dotées de leurs propres autorités et de leurs propres sanctions, dont la " clôture " structurelle est garantie par une Constitution qui préexiste à l'adhésion. Les États conservent ainsi une autonomie de source que l'Union présuppose mais qu'elle ne crée pas.

Cependant, cette autonomie n'implique pas une indépendance pure qui rendrait les ordres imperméables l'un à l'autre. La jurisprudence de la Cour de justice, dès l'arrêt *Costa c. ENEL* (1964), a établi que les États ont opéré un " transfert de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire ", entraînant une " limitation définitive de leurs droits souverains " ²³⁷. Dans le langage romanien, ce phénomène se traduit par une relevance massive de l'ordre européen pour les ordres nationaux. Cette relevance n'est pas une fusion, mais une condition par laquelle un ordre " vaut pour un autre à un titre défini par ce dernier " ²³⁸. L'ordre national accepte, selon ses propres critères de validité, de traiter les actes européens comme juridiquement significatifs en son sein.

Comme déjà amorcé dans les développements précédents, la notion de présupposition offre, par analogie, une clé de lecture particulièrement féconde. Ce modèle, Romano le réservait initialement aux rapports entre l'État et le droit international. Dans cette figure, l'ordre supérieur " présuppose l'existence " des ordres inférieurs comme la condition même de son objet et de sa propre vie. L'Union européenne constitue à cet égard une " institution complexe " ou une " institution d'institutions " ²³⁹. Elle mobilise et s'appuie sur les structures juridictionnelles et constitutionnelles nationales, lesquelles deviennent le support nécessaire de l'efficacité du droit européen²⁴⁰.

²³⁵ Romano, *L'ordre juridique*, p. 110.

²³⁶ Ibid., p. 114.

²³⁷ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141, ECLI:EU:C:1964:66, p. 1160.

²³⁸ Romano, *L'ordre juridique*, p. 106.

²³⁹ Ibid., p. 104, 114-115.

²⁴⁰ Il convient de préciser que l'application de ces catégories à l'Union européenne procède d'une transposition analytique et non d'une qualification directement formulée par Santi Romano. La catégorie intermédiaire entre ordres originaires et dérivés, de même que celle d'" institution d'institutions ", sont mobilisées en raison de leur aptitude à rendre compte de certains traits de la structure européenne, sans postuler une identité parfaite entre les configurations envisagées par Romano et celle de l'Union. En particulier, le recours à la notion d'" institution

La structure européenne ne peut donc être appréhendée comme un bloc unitaire, mais comme un système polycentrique. Elle repose sur une pluralité de centres de juridicité structurellement irréductibles les uns aux autres.

Section 3. La primauté à la lumière de la relevance juridique

L'Union européenne et les États membres constituant des ordres juridiques autonomes au sein d'une structure polycentrique, il convient d'interroger le mécanisme qui assure leur articulation. Pour Santi Romano, la communication entre deux systèmes clos ne procède jamais d'une hiérarchie naturelle ou d'une fusion organique, mais d'un mécanisme de médiation souveraine : la relevance. Selon ce principe fondamental, une institution ne vaut jamais pour une autre qu'à un " titre défini par cette dernière "²⁴¹.

Appliquée à l'architecture européenne, cette théorie permet de relire la primauté non comme un fait hiérarchique s'imposant mécaniquement, mais comme une prétention normative dont la portée réelle dépend du titre de relevance que l'ordre national accepte de lui concéder. Dans cette perspective, les ordres nationaux agissent comme des " ordres observateurs "²⁴². S'ils reconnaissent au droit de l'Union une autorité prééminente, ce n'est pas en vertu d'une supériorité intrinsèque de la norme européenne, mais en application de leurs propres critères de juridicité.

La primauté devient alors le produit d'un titre de relevance spécifique - tel que la clause constitutionnelle d'intégration ou l'autorisation de ratification - souverainement qualifié par l'État membre. Ce faisant, les jurisprudences de résistance - des arrêts Solange au contrôle ultra vires de la décision PSPP - cessent ainsi de pouvoir être appréhendées, du seul fait de leur opposition à la primauté, comme les manifestations nécessaires d'une pathologie du système. Dès lors, l'invocation de limites constitutionnelles peut ainsi être comprise comme l'exercice d'une prétention propre à l'ordre national, sans que cette qualification structurelle préjuge encore de sa légitimité²⁴³.

d'institutions " ne saurait conduire à assimiler les États membres aux institutions secondaires intégrées à l'État dans les exemples romaniens : ceux-ci demeurent des ordres juridiques originaires, dont l'Union présuppose l'existence sans en constituer la source. Il ne s'agit donc pas de faire entrer l'Union dans une catégorie romaniennne prédéterminée mais d'éprouver la pertinence explicative de ces catégories à l'égard d'une configuration institutionnelle que Romano n'avait naturellement pas vocation à envisager.

²⁴¹ Romano, *L'ordre juridique*, p. 106.

²⁴² Cette expression n'est pas propre à Santi Romano ; elle doit être entendue comme l'ordre juridique qui, depuis son propre point de vue interne et selon ses propres critères de validité, qualifie un ordre étranger et lui reconnaît, ou lui refuse, une signification juridique.

²⁴³ Ce passage laisse ainsi déjà entrevoir, en amont de la conclusion proprement dite, l'une des conclusions essentielles de la présente thèse.

Dans les faits, ce dialogue institutionnel repose sur l'imperméabilité organique des ordres, que Romano illustre par la métaphore mathématique des parenthèses. Chaque ordre demeure une unité close²⁴⁴, une expression placée entre parenthèses, à l'intérieur desquelles l'autre ordre ne peut pénétrer. Si l'Union peut prétendre à la primauté depuis son point de vue interne, elle ne peut pas pour autant invalider directement²⁴⁵ l'organisation interne de l'ordre étatique²⁴⁶. Cela permet de comprendre les récentes situations dans lesquelles un État protège un noyau de souveraineté que le droit de l'Union qualifie depuis l'extérieur sans jamais pouvoir l'absorber.

La relation n'est donc pas unidirectionnelle : l'Union qualifie juridiquement l'ordre national selon ses propres catégories, tout comme l'ordre national qualifie l'Union depuis sa Constitution. Aucun ne perçoit exactement l'autre tel que celui-ci se perçoit lui-même²⁴⁷.

D'un point de vue purement structurel, cette configuration demeure donc celle d'ordres clos et mutuellement impénétrables, dont aucun ne peut déterminer de l'extérieur les conditions de validité de l'autre. Leur articulation repose uniquement sur des rapports de relevance, dont chaque ordre fixe unilatéralement l'étendue, le contenu et les effets à partir de ses propres catégories. La coexistence ne procède ainsi d'aucune unité supérieure, mais de la rencontre de prétentions autonomes qui ne communiquent qu'à travers les effets qu'elles choisissent réciproquement de reconnaître²⁴⁸.

Il en résulte que la primauté ne constitue pas une valeur acquise, mais une dynamique mouvante de relevance quant au contenu et aux effets²⁴⁹. L'Union ne créant donc pas les États et ne déterminant pas leurs conditions d'existence, sa supériorité est structurellement limitée par l'indépendance originaire des ordres membres²⁵⁰. La structure européenne n'est pas une pyramide kelsénienne²⁵¹ dont la validité descendrait d'une norme fondamentale unique, mais une constellation de sphères de domination en interaction constante, où la primauté est une exigence de coordination dont l'efficacité est subordonnée au maintien des titres de relevance par les États.

²⁴⁴ Romano, *L'ordre juridique*, p. 115.

²⁴⁵ Ibid., p. 114.

²⁴⁶ L'Union peut déclarer une loi nationale contraire, mais elle ne peut pas l'annuler dans l'ordre interne de l'État.

²⁴⁷ En effet, aucun des deux ordres ne reçoit l'autre tel qu'il se définit lui-même ; chacun en construit juridiquement la pertinence à partir de ses propres catégories.

²⁴⁸ À titre de précision, et dans le prolongement de la complémentarité mise en évidence entre les deux auteurs, cette configuration correspond précisément à ce que MacCormick désigne, dans ses travaux, par la notion " d'interlocking ". Voy. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 102.

²⁴⁹ Romano, *L'ordre juridique*, p. 109.

²⁵⁰ Ibid., p. 120.

²⁵¹ Ibid., préface.

En fin de compte, le problème européen n'est donc pas l'absence de relevance, mais la concurrence entre les ordres quant à la détermination de son étendue.

Section 4. Conclusion : la normalité structurelle du conflit

L'analyse de la structure européenne au prisme de la théorie romanienne conduit à une reconsidération radicale de la nature des conflits de primauté. Si l'on s'écarte d'une vision normativiste traditionnelle pour embrasser l'institutionnalisme de Santi Romano, l'intégration européenne n'apparaît plus comme la réalisation d'une pyramide hiérarchique prédéterminée, mais comme une dynamique vivante d'ordres juridiques en mouvement.

Pour Romano, tout ordre juridique constitue en effet un " tout vivant ", un " organisme " doué d'une " force propre d'expansion et d'adaptation "²⁵². Dans cette perspective, l'espace juridique européen devient le théâtre d'une dynamique constante d'extension et de rétraction mutuelles, où la sphère d'autorité de l'Union s'élargit corrélativement aux titres de relevance que les ordres nationaux acceptent de lui concéder²⁵³. Dès lors, la primauté du droit de l'Union ne saurait être comprise comme valeur acquise s'imposant par sa seule existence. Elle n'est, au regard de l'ordre national observateur, qu'une prétention dont l'efficacité est subordonnée aux critères souverains de réception.

Cette structure et la notion de primauté qui en découle impliquent une possibilité de conflit : puisque chaque ordre demeure une unité close, une expression " entre parenthèses "²⁵⁴, le conflit n'est pas le symptôme d'une pathologie institutionnelle, mais la manifestation concrète de l'autonomie des centres de juridicité en présence. En d'autres termes, le conflit est la traduction naturelle d'une structure européenne fondamentalement polycentrique. Il en résulte que lorsqu'une cour constitutionnelle oppose son identité nationale ou ses propres critères de validité aux prétentions de l'Union, elle n'exprime pas nécessairement une mauvaise volonté, mais exerce la prérogative inhérente à tout ordre originaire de définir les limites de sa propre sphère de domination.

En synthèse, l'Union européenne se présentant comme un espace juridique polycentrique et donc pluraliste, la primauté y apparaît moins comme une donnée définitivement acquise que comme une prétention normative, de sorte que les conflits qu'elle suscite ne constituent pas une anomalie mais une conséquence structurelle de cette configuration.

Toutefois, si la théorie romanienne permet de valider la normalité structurelle du conflit quant à son existence, elle n'en épuise pas la dimension normative. Si le conflit est inévitable dans

²⁵² Ibid., p. 8.

²⁵³ Ibid., p. 107.

²⁵⁴ Ibid., p. 115.

un système polycentrique, la question de la légitimité de ses modalités et de ses conséquences sur la survie de l'ensemble institutionnel demeure entière. C'est sur ce basculement, de la structure vers la norme, que s'ouvrira l'examen des limites de cette prétention à l'autorité ultime.

Chapitre 3. De la conflictualité structurelle à la pathologie : essai de typologie des contestations de la primauté

Afin de prolonger les développements précédents, il convient désormais de dépasser le seul constat de la normalité structurelle des conflits de primauté pour s'interroger sur les formes concrètes qu'ils peuvent revêtir. Si la coexistence de prétentions concurrentes à l'autorité ultime ne constitue pas, en elle-même, une anomalie dans un système pluraliste, toutes les contestations ne sauraient pour autant être placées sur un même plan.

L'objectif de cette section sera dès lors d'élaborer une typologie des contestations de la primauté, construite à partir d'une grille d'évaluation dégagée sous l'inspiration de MacCormick.

Il ne s'agira plus de déterminer si le conflit est théoriquement admissible, mais d'apprécier les modalités selon lesquelles il se manifeste afin d'identifier les critères permettant de distinguer une contestation compatible avec le maintien de l'équilibre pluraliste d'une contestation susceptible d'en compromettre les conditions de fonctionnement.

Cette typologie sera appliquée aux trois principaux conflits précédemment étudiés - allemand, polonais et roumain²⁵⁵ - dont les différences permettront précisément de mettre en évidence que l'opposition à la primauté ne constitue pas une catégorie homogène. Leur confrontation devrait ainsi permettre de situer les différentes formes de résistance sur un spectre allant de la contestation structurellement admissible à la contestation véritablement pathologique²⁵⁶. En d'autres termes, répondre à une question : le conflit, bien que structurellement admissible, demeure-t-il légitime au regard du système polycentrique qui rend possible la coexistence pluraliste ?²⁵⁷

Section 1. Les fondements théoriques de l'évaluation des contestations

Sous-section 1. Les limites de l'analyse romaniennne

²⁵⁵ Cette grille demeure symétrique dans son principe : son application aux seules résistances nationales relève d'un choix d'objet, rien n'excluant qu'elle puisse également saisir les comportements de mauvaise foi ou de refus de dialogue imputables à l'Union.

²⁵⁶ À ce propos, il est crucial de ne pas confondre l'existence du désaccord avec l'appréciation normative qu'il convient d'en faire.

²⁵⁷ À cet égard, il importe encore de souligner que : cette typologie fournit une grille d'appréciation portant exclusivement sur la légitimité des modalités par lesquelles une contestation est formulée et poursuivie, sans jamais mettre en cause l'existence même de l'ordre qui revendique la prérogative contestée.

Le rapport entre l'Union et les États membres ne saurait être réduit à un rapport de dérivation dans lequel l'un des ordres ne disposerait d'aucune juridicité autonome susceptible d'être opposée à l'autre. Cette constatation constitue une condition préalable à l'analyse des contestations de la primauté : celles-ci peuvent être appréhendées comme les manifestations authentiques d'ordres juridiques distincts, et non comme les simples résistances d'institutions subordonnées à l'autorité dont elles contesteraient la suprématie.

C'est toutefois à ce stade que la contribution de Romano atteint sa limite pour les besoins de la présente étude. Cependant, il serait réducteur de clore l'analyse romaniennne sans souligner la pertinence particulière de son apport pour les développements qui vont suivre. Son apport intervient principalement en amont, comme une forme de test de recevabilité structurelle de la contestation : il permet d'expliquer pourquoi celle-ci peut surgir sans constituer, par sa seule existence, une anomalie dans une configuration pluraliste²⁵⁸.

En revanche, la théorie romaniennne fournit peu d'instruments permettant d'apprécier normativement les modalités selon lesquelles cette contestation est exercée. La distinction qu'elle opère entre juridicité et licéité est, à cet égard, révélatrice : reconnaître à une institution la qualité d'ordre juridique ne revient nullement à porter un jugement favorable sur son action.

Romano permet donc de constater l'existence juridique d'une prétention concurrente, mais non d'établir si son exercice doit être tenu pour acceptable ou, au contraire, pathologique.

L'exemple allemand permet d'en mesurer les conséquences. Réduire l'arrêt PSPP²⁵⁹ à une analyse strictement romaniennne conduirait essentiellement à constater que le Bundesverfassungsgericht, en revendiquant par son contrôle ultra vires la faculté ultime de vérifier le respect des compétences transférées, redéfinit les limites de l'autorité qu'il reconnaît à l'ordre de l'Union. La Cour constitutionnelle allemande a effectivement soutenu que, malgré la compétence attribuée à la CJUE par les traités, un renoncement absolu au contrôle ultra vires transférerait aux institutions de l'Union le pouvoir de déterminer elles-mêmes l'étendue de leurs compétences²⁶⁰. Si une telle qualification permet de rendre le

²⁵⁸ Neil MacCormick, dans sa conception radicale du pluralisme, rejoint - comme cela a déjà été exposé - une large part des développements de Romano relatifs à la structure du pluralisme. S'agissant du conflit, MacCormick considère également qu'il ne constitue pas une erreur, mais le résultat logique de la coexistence de deux ordres autonomes, en l'absence de toute autorité suprême susceptible de les départager. Voy. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 119.

²⁵⁹ Voy. supra, partie 1, chap. 2, sect. 1, " Le cas allemand ".

²⁶⁰ " La compétence de la compétence ", Voy. supra, partie 1, chap. 2, sect. 1, " Le cas allemand ".

conflit intelligible, elle ne suffit cependant pas à déterminer si les modalités de cette contestation sont normativement justifiables.

L'auteur italien rend ainsi possible l'introduction de l'hypothèse servant de socle à la dernière étape de cette étude : une manifestation peut être pleinement authentique en tant qu'expression d'un ordre juridique autonome tout en demeurant normativement problématique.

La normalité structurelle du conflit n'emporte donc aucune présomption quant à sa légitimité. C'est précisément sur ce second terrain que la pensée de Neil MacCormick sera désormais mobilisée afin de construire une typologie permettant de distinguer les formes de contestation compatibles avec la configuration pluraliste européenne de celles qui en compromettent les conditions mêmes de fonctionnement.

Sous-section 2. La mobilisation critique de MacCormick

Sans reprendre l'ensemble des développements précédents²⁶¹, il importe d'en rappeler brièvement les éléments essentiels afin de préciser la manière dont la pensée de MacCormick sera mobilisée dans la présente section.

Il ne s'agit pas ici d'adopter dans son intégralité le " pluralisme sous l'égide du droit international " qu'il finit par privilégier. Une telle solution, en faisant du droit international un " fondement commun de validité " encadrant les ordres étatiques et européen, réintroduit précisément l'existence d'un point de validation supérieur que la lecture romaniaque retenue dans cette étude conduit à écarter.

La théorie de MacCormick sera donc mobilisée sous une forme reconstruite : le droit international demeure lui-même un ordre juridique autonome et ses prescriptions n'acquièrent de pertinence au sein des autres ordres qu'au travers de la relevance que ceux-ci leur reconnaissent. Il ne constitue ainsi ni un arbitre ultime ni un tribunal supérieur susceptible de dissoudre la pluralité précédemment mise en évidence. Cette reconfiguration n'enlève cependant rien à la fécondité des instruments proposés par MacCormick. Mais c'est alors uniquement comme grille d'évaluation que seront reprises les ressources normatives de ce " pluralisme sous l'égide du droit international ".

²⁶¹ Voy. supra, partie 3, chap. 1, " La résolution d'une tension méthodologique : pour une reconstruction romaniaque de MacCormick ".

Des ressources normatives que l'auteur écossais mobilise afin d'encadrer les prétentions concurrentes des ordres en présence²⁶².

Le geste méthodologique qui gouverne toute cette section peut donc se résumer ainsi : ce qui est disqualifié dans la solution finale de MacCormick - l'érection du droit international en arbitre suprême - est précisément ce qui chez lui, permettait de trancher entre pluralisme radical et pluralisme sous l'égide du droit international. Mais les raisons qu'il avance pour préférer la seconde solution à la première demeurent mobilisables, à condition de leur retirer leur fonction structurelle et de les requalifier en critères d'appréciation de la sincérité et de la qualité avec lesquelles chaque ordre affirme sa propre prétention de relevance.

Section 2. Construction d'une grille d'évaluation

Afin d'opérer une rapide remise en contexte, le point d'ancrage de toute la grille se trouve dans la formule par laquelle MacCormick refuse d'assimiler purement et simplement sa position à celle du pluralisme radical.

Selon celui-ci, lorsque surgit un désaccord entre la Cour de justice et la plus haute juridiction d'un État membre, on se retrouve rapidement face à une impasse, une incapacité à faire émerger une solution. MacCormick parle alors de " superfluité de réponses juridiques "²⁶³, une situation au sein de laquelle diverses prétentions normatives coexistent sans qu'aucune ne puisse logiquement s'imposer.

MacCormick refuse cette conclusion pour la thèse qu'il défend, au nom de l'idée que les conflits potentiels entre systèmes " ne se produisent pas dans un vide juridique, mais dans un espace auquel le droit international est également pertinent "²⁶⁴.

Une affirmation qui forge le socle de sa théorie consacrée au pluralisme sous l'égide du droit international, où le droit international s'érige en arbitre suprême²⁶⁵.

Traduite dans le vocabulaire romanien, cette thèse signifie alors que le conflit interordinal ne se déroule jamais dans un espace de pure indétermination normative, mais toujours à l'intérieur d'un espace déjà occupé par des ordres juridiques tiers - le premier étant le droit international - dont chacun des ordres en présence²⁶⁶ reconnaît, à des degrés divers, la relevance. Ce n'est pas dire, dans la reconstruction proposée ici, que le droit international

²⁶² Un raisonnement venant répondre à " la superfluité de réponses juridiques " que l'auteur considérerait comme une impasse, voy. supra, partie 2, chap. 2, sect. 4, " Le pluralisme radical ".

²⁶³ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 119.

²⁶⁴ Ibid., p. 120.

²⁶⁵ Une caractéristique poussant logiquement MacCormick à rapprocher sa théorie d'un monisme kelsénien.

²⁶⁶ En l'espèce, les États membres ainsi que l'Union européenne.

fonde la validité des deux ordres en présence ni qu'il tranche leur différend en position d'arbitre supérieur. Il s'agit seulement d'affirmer qu'aucun des deux ordres ne peut, sans se contredire lui-même, prétendre que la contestation qu'il porte relève d'un pur rapport de force soustrait à toute appréciation normative.

Sous-section 1. Premier critère - le déni

De cette brève remise en contexte découle directement le premier critère de la grille d'analyse : une contestation de la primauté qui se présente, fût-ce implicitement, comme un déni total de la pertinence de tout ordre normatif extérieur à l'ordre contestataire - c'est-à-dire comme un exercice de pure souveraineté, indifférent à toute obligation externe - se situe, dans le lexique romanien, non plus dans le registre d'une prétention de relevance concurrente mais dans celui d'une clôture unilatérale et générale qui nie par avance toute possibilité de coordination.

En d'autres termes, il faut se demander : la contestation porte-t-elle sur un point précis et circonscrit, ou constitue-t-elle un déni général de toute relevance de l'ordre concurrent ?

Sous-section 2. Deuxième critère - la bonne foi

Le deuxième foyer normatif que MacCormick mobilise est celui de la bonne foi dans l'exécution des engagements librement consentis. Cette exigence affleure d'abord dans la discussion qu'il consacre à la proposition de Phelan, selon laquelle il appartiendrait uniquement aux autorités constitutionnelles nationales de déterminer, " en conformité avec les engagements essentiels de l'ordre juridique national "²⁶⁷, l'étendue de la limitation à apporter à l'effectivité locale du droit communautaire.

MacCormick juge cette formule trop extrême et propose de la corriger en y ajoutant la précision suivante : cette détermination doit s'opérer " en conformité avec les obligations internationales à l'égard des autres États membres et en conformité avec les engagements essentiels de l'ordre juridique national, y compris l'engagement à l'observation de bonne foi des obligations internationales "²⁶⁸. Ce que précise l'auteur écossais à travers cette déclaration, c'est que les juridictions nationales ne sont pas légitimes à affirmer une supériorité absolue de leur constitution sur l'ordre international.

Cependant, ce précepte de bonne foi doit être distingué avec soin, dans la reconstruction romaniennne mise en place, de toute prescription hétéronome qu'un ordre supérieur imposerait à un ordre inférieur. Au contraire, il s'agit plutôt d'une exigence de cohérence interne, selon laquelle, un ordre juridique qui accède à un système d'intégration, qui modifie

²⁶⁷ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 120.

²⁶⁸ Ibid.

à cet effet ses propres normes constitutionnelles pour donner effet direct au droit qui en résulte, et qui continue à se prévaloir des avantages de cette appartenance, contredit sa propre prétention de relevance s'il traite ensuite les obligations qui en découlent comme dénuées de toute force contraignante dès qu'elles lui deviennent inconfortables.

La bonne foi, ici, n'est pas une vertu morale abstraite : elle est la condition de cohérence sans laquelle la prétention même d'un ordre à exercer une relevance réciproque envers un autre ordre perd toute crédibilité. En effet, un ordre qui prétend coordonner sa validité avec celle d'un autre ordre, tout en se réservant la faculté de récuser cette coordination chaque fois qu'elle le contrarie, formule en réalité une prétention vide puisqu'elle ne s'expose jamais réellement au risque d'être contredite.

Le deuxième critère de la grille peut ainsi être mis en pratique en examinant si la contestation s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence antérieure cohérente ou si elle procède, au contraire, d'un revirement ad hoc façonné pour les besoins d'un contentieux particulier²⁶⁹.

Sous-section 3. Troisième critère - les interprétations

Un troisième paramètre, plus diffus mais tout aussi central, traverse la discussion que MacCormick consacre au risque de collision entre les interprétations rendues respectivement par la Cour de justice et par les juridictions constitutionnelles nationales.

Selon lui, " la Cour de justice ne devrait pas parvenir à ses jugements interprétatifs sans tenir compte de leur impact potentiel sur les constitutions nationales " et que réciproquement, " les juridictions nationales ne devraient pas interpréter les lois ou les constitutions sans tenir compte de la résolution de leurs compatriotes de prendre pleinement part à l'Union européenne et à la Communauté européenne "²⁷⁰.

Par la suite, il tire comme conséquence que si des conflits surviennent malgré cette précaution réciproque, par la voie de la décision judiciaire et de l'interprétation, l'action politique sera probablement la seule issue afin de trouver une solution. MacCormick reconnaît ainsi explicitement que tout ne se règle pas au plan strictement juridictionnel, mais que la vigilance interprétative peut réduire la fréquence et la gravité des conflits qui, en aval, exigeront un règlement d'une autre nature.

Traduit en langage romanien, ce précepte devient une exigence de sincérité réciproque : chaque ordre, lorsqu'il interprète l'étendue de sa propre compétence, devrait le faire en tenant compte du fait que cette interprétation affecte nécessairement l'espace de relevance

²⁶⁹ Dans ce deuxième cas, le droit n'est alors qu'un voile juridique destiné à habiller des revendications purement politiques.

²⁷⁰ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 120.

qu'un autre ordre lui a reconnu. Cette exigence ne prescrit aucune solution matérielle déterminée mais elle exige une manière de raisonner qui consiste à prendre en compte la coexistence de l'autre ordre et des attentes légitimes que celui-ci a pu nourrir.

Dès lors, le troisième critère de la grille s'en déduit : la contestation, aussi vigoureuse soit-elle dans sa conclusion, procède-t-elle d'un raisonnement qui prend au sérieux les intérêts et les engagements de l'ordre concurrent, ou l'ignore-t-elle purement et simplement comme si le seul ordre juridique pertinent était celui qui rend la décision ?

Sous-section 4. Quatrième critère - le dialogue

Un quatrième standard se dégage, plus implicitement mais non moins fermement, de l'attention que MacCormick porte à la procédure de renvoi préjudiciel. Il rappelle que, dans les années de formation de la Communauté, l'essentiel du contentieux impliquant des particuliers a presque constamment commencé et terminé devant les juridictions nationales. La principale conséquence est que toute décision rendue bénéficiait " du poids de légitimité " qu'implique cette validation nationale, et ce alors que les juridictions nationales fondaient leur décision sur des interprétations rendues par la Cour de justice en vertu de la procédure de renvoi prévue par le Traité de Rome²⁷¹.

Cette remarque purement descriptive prend une portée normative dès qu'on la rapproche du mécanisme du renvoi préjudiciel - aujourd'hui l'article 267 TFUE - qui est précisément le canal institutionnel par lequel deux ordres qui se reconnaissent mutuellement une relevance organisent leur coordination sans qu'aucun n'ait à renoncer à sa propre clôture. Refuser ce canal, alors qu'il est disponible et pertinent au regard de la question posée, revient à écarter la voie même par laquelle le pluralisme régulé se distingue d'une simple collision de souverainetés concurrentes.

Il faut toutefois nuancer ce critère pour éviter tout mécanisme trop rigide : recourir au renvoi préjudiciel n'emporte, pour la juridiction qui l'a sollicité, aucune obligation de s'incliner ensuite devant la réponse obtenue si elle l'estime insuffisamment motivée ou juridiquement défectueuse²⁷².

Le critère porte donc non sur l'issue du dialogue, mais sur l'usage sincère du canal : une juridiction qui saisit la Cour de justice avant de trancher, quitte à s'écarter ensuite de la réponse reçue au terme d'un raisonnement motivé, demeure à l'intérieur de l'espace de la coordination dialogique ; une juridiction qui s'abstient délibérément de toute saisine, alors

²⁷¹ Ibid., p. 98, citant J. Weiler.

²⁷² Sous réserve de sincérité interprétative.

même que la question qui se pose relève à l'évidence de l'interprétation du droit de l'Union, en est à l'extérieur.

Sous-section 5. Cinquième critère - le conflit politique

Le cinquième réquisit tient à la vigilance que MacCormick manifeste devant le risque que les conflits interordinaux, faute d'être correctement anticipés et canalisés, sortent du registre proprement juridique pour devenir de purs rapports de force politiques. C'est précisément l'argument par lequel il justifie sa préférence, dans son propre système théorique, pour le " pluralisme sous l'égide du droit international " plutôt que pour le pluralisme radical.

Selon ce dernier, cette solution alternative permet " sortir du droit (et entrer en politique) aussi vite que le suggère le pluralisme radical "²⁷³, puisqu'il subsiste toujours, en dernier ressort, " une possibilité de recours à l'arbitrage ou à l'adjudication internationale pour résoudre la question "²⁷⁴.

Cette dernière ressource ne peut être reprise telle quelle dans la reconstruction romaniennne, précisément parce que - comme cela a été exposé à plusieurs reprises - elle suppose l'existence d'une instance arbitrale extérieure dont l'autorité s'imposerait aux deux ordres en litige, ce qui reviendrait à instaurer une hiérarchie normative unifiée que la théorie de Romano interdit d'admettre sans en payer le prix conceptuel (la perte de la clôture propre à chaque ordre).

Ce qui, en revanche, peut et doit être retenu de cette réflexion c'est le diagnostic qui la sous-tend : un conflit interordinal qui s'installe dans la durée sans qu'aucune tentative de résolution normative ne soit tentée, tend inexorablement à quitter le terrain du droit pour devenir un rapport de forces où seule compte, en définitive, la capacité de chaque partie à imposer sa position par des moyens non juridictionnels²⁷⁵.

Le cinquième critère de la grille en découle : quelles suites la contestation reçoit-elle une fois formulée ? Un dialogue institutionnel continué, la recherche d'un ajustement mutuel, l'apaisement progressif du contentieux, ou un blocage frontal, l'escalade et la rupture déclarée de toute perspective de résolution normative ?

²⁷³ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 120.

²⁷⁴ Ibid., p. 121.

²⁷⁵ On peut notamment envisager des pressions diplomatiques, des mesures de rétorsion budgétaire, le recours à la procédure prévue à l'article 7 TUE, voire, dans les hypothèses les plus graves, une remise en cause de l'appartenance même à l'Union.

Sous-section 6. Sixième critère - l'État de droit

Un sixième critère²⁷⁶, de nature différente, doit nécessairement être ajouté étant donné qu'il est la condition de possibilité même de l'application des cinq premiers. Ce critère est celui de l'indépendance effective de la juridiction qui porte la contestation. Toute la grille qui vient d'être constituée repose en effet sur le postulat implicite que l'organe qui formule une prétention de relevance au nom d'un ordre juridique parle authentiquement en son nom, et non au nom d'une fraction qui l'aurait capturé à des fins étrangères à sa fonction propre.

L'auteur écossais fait en effet dépendre le caractère de l'État de droit - le Rechtsstaat²⁷⁷ par opposition au Polizeistaat - de ce qu'" une structure juridictionnelle unique soit l'arbitre final de la légalité de toute action, gouvernementale ou non gouvernementale " ²⁷⁸. C'est la subordination du pouvoir politique au jugement judiciaire qui fait qu'un État demeure un État de droit. Or une juridiction capturée par le pouvoir qu'elle est censée juger inverse précisément ce rapport de subordination ; la contestation qu'elle formule n'émane plus d'un ordre parlant par son organe juridictionnel, mais d'un pouvoir de fait empruntant la voix d'un organe qui a cessé de lui être opposable.

L'exigence d'indépendance effective n'est donc pas un ajout extérieur à la grille : elle est la condition pour que la contestation puisse être imputée à l'ordre juridique lui-même plutôt qu'au pouvoir qui l'a saisi.

Sous le prisme romanien, cela peut se comprendre de la sorte : un organe dont la composition est irrégulière, dont l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif est structurellement compromise ou qui statue dans un contexte documenté de démantèlement plus large de l'État de droit, ne peut légitimement prétendre parler au nom de l'ordre juridique qu'il est censé représenter. Dès lors, sa prétention de relevance est vidée de son autorité propre, puisqu'elle n'émane plus véritablement de l'ordre institutionnel qu'elle invoque, mais d'un pouvoir qui l'instrumentalise à des fins qui lui sont extérieures.

²⁷⁶ La qualification de ce critère comme " condition de possibilité " des cinq autres pourrait laisser penser qu'il fait double emploi avec le test romanien. Il convient toutefois de distinguer les deux niveaux d'analyse : le test romanien porte sur l'ordre lui-même et sur son caractère originaire, tandis que le présent critère porte sur l'organe qui prétend en exprimer la position et sur l'authenticité de cette représentation. Un ordre peut ainsi être pleinement originaire tout en voyant sa voix juridictionnelle captée ou dévoyée.

²⁷⁷ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 47.

²⁷⁸ Ibid., p. 28.

Section 3. Excursus doctrinal : plaidoyer pour une typologie fondée sur le pluralisme

Le recours à la théorie de MacCormick pour construire cette grille d'évaluation n'est cependant pas sans risque, et il serait malhonnête de ne pas l'anticiper avant de la mettre en œuvre. Ainsi qu'il a déjà été relevé, le gouvernement polonais s'est lui-même explicitement réclamé du pluralisme constitutionnel de MacCormick, dans son Livre blanc de 2018, pour justifier une réforme judiciaire dont l'arrêt de grande chambre du 18 décembre 2025 a depuis constaté qu'elle avait privé le Tribunal constitutionnel de son indépendance.

Se pose dès lors une question à laquelle la présente étude ne saurait se dérober : si un régime que la typologie ci-dessus qualifie précisément de pathologique peut se réclamer de la même théorie que celle qui sert à le qualifier ainsi, cette théorie n'est-elle pas structurellement inapte à opérer un tel départage ?

C'est à cette objection, formulée avec une netteté particulière par la doctrine anglo-saxonne contemporaine, que répond l'article que Tom Flynn consacre au pluralisme constitutionnel et à la " loyal opposition ".

En effet, de nos jours, la doctrine juridique s'efforce de structurer des typologies précises pour distinguer les contestations saines des ruptures systémiques, notamment face au recul démocratique observé dans certains États membres comme la Hongrie ou la Pologne²⁷⁹. Cette démarche vise à dépasser l'alternative binaire entre une suprématie inconditionnelle du droit de l'Union et le désordre juridique en théorisant des formes d'opposition qui restent fidèles aux valeurs européennes²⁸⁰.

C'est précisément dans cette lignée que Tom Flynn mobilise le concept politique de " loyal opposition "²⁸¹ pour évaluer si une déviation nationale relève d'une divergence de principe légitime ou d'un opportunisme abusif²⁸². Ce cadre s'inscrit en partie dans le prolongement du pluralisme constitutionnel dont Neil MacCormick est l'une des figures de proue - c'est d'ailleurs très exactement le risque déjà signalé plus haut que Flynn entend conjurer, en soulignant la nécessité de protéger ces théories contre leur instrumentalisation par des régimes autoritaires²⁸³.

²⁷⁹ Tom Flynn, "Constitutional Pluralism and Loyal Opposition," *International Journal of Constitutional Law* 19, n° 1 (2021): p. 242, <https://doi.org/10.1093/icon/moab035>

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid., p. 241-242.

²⁸² Ibid., p. 243.

²⁸³ Ibid., p. 242.

La typologie - se présentant sous la forme d'un " test de légitimité " - proposée par Flynn s'articule autour de deux axes complémentaires : l'un institutionnel et l'autre substantiel²⁸⁴. Le premier axe vérifie si la juridiction nationale auteur de la contestation est un organe véritablement indépendant, non capturé par le pouvoir politique et respectant l'État de droit²⁸⁵. Le second axe évalue la qualité intrinsèque du raisonnement juridique, exigeant ce que Miguel Poiars Maduro a appelé une " cohérence horizontale et verticale ", formule reprise par Flynn, laquelle se manifeste par un dialogue de bonne foi avec la Cour de justice de l'Union européenne, via notamment la procédure de l'article 267 TFUE, et un engagement sincère vis-à-vis des standards juridiques communs.

Cet excursus ne serait qu'une curiosité doctrinale s'il n'en résultait aucun enseignement. Cette convergence, atteinte par une voie entièrement indépendante de la présente étude, emporte une double conséquence.

D'une part, elle confirme que la bifurcation retenue dans la grille d'évaluation ci-dessus - entre légitimité institutionnelle du contestataire et légitimité substantielle de son raisonnement - ne relève pas d'une construction isolée ou hasardeuse, dès lors qu'elle rejoint, par une voie autonome, un instrument que la doctrine a elle-même développé pour répondre au même problème. D'autre part, et surtout, elle répond directement à l'objection soulevée en ouverture : ce n'est pas parce qu'un ordre s'autorise du vocabulaire du pluralisme que sa prétention doit, de ce seul fait, être tenue pour légitime²⁸⁶ - c'est précisément la fonction du filtre institutionnel, chez Flynn comme dans le sixième critère retenu plus haut, que d'empêcher une telle confusion.

Section 4. Typologie graduée des contestations

Ces six critères, une fois posés, ne fonctionnent pas comme des conditions cumulatives d'un jugement binaire de validité ou de nullité, mais comme les axes d'un profil qu'il convient de dresser pour chaque contestation²⁸⁷, certains critères pouvant tirer vers un pôle et d'autres vers l'autre pour un même cas.

Il serait tentant de raisonner par le biais d'un test binaire, selon lequel une contestation serait légitime si elle les satisfait tous et illégitime dans le cas contraire. Cependant une telle approche trahirait tant MacCormick que Romano et réduirait la portée descriptive de la grille.

²⁸⁴ Ibid., p. 245.

²⁸⁵ Établissant ainsi un parallèle direct avec le sixième critère de la typologie élaborée dans cette étude. voy. supra, partie 3, chap. 3, sect. 3, " Construction d'une grille d'évaluation ".

²⁸⁶ Il est évidemment ici fait référence au cas polonais, dans lequel le pluralisme est invoqué comme fondement justificatif des actes contestés.

²⁸⁷ D'où l'utilisation du mot " spectre " afin de qualifier cette typologie. Voy. supra, partie 3, chap. 3, sect. 2, " De la conflictualité structurelle à la pathologie : essai de typologie des contestations de la primauté ".

Prenons l'exemple de MacCormick ; la bonne foi interprétative, la sincérité herméneutique ou encore le recours aux voies institutionnelles relèvent de degrés plutôt que de propriétés dichotomiques.

Cette gradation s'impose également sur le plan empirique. L'Allemagne, la Roumanie et la Pologne n'occupent manifestement pas la même position au regard des six critères, les soumettre à une classification binaire effacerait précisément les différences qualitatives que cette étude entend mettre en lumière.

Les développements retiennent dès lors une typologie à trois degrés, aux frontières nécessairement poreuses, destinée moins à enfermer chaque cas dans une catégorie qu'à permettre une comparaison ordonnée de leurs profils respectifs.

Sous-section 1. Les trois profils de la typologie

Le premier profil, que l'on désignera comme la *contestation dialogique*, correspond à l'exercice le plus abouti de la prétention de relevance telle que la grille permet de l'apprécier positivement : l'ordre contestataire y reconnaît, dans le principe, la relevance de l'ordre concurrent ; il use du canal institutionnel de coordination disponible, au premier chef le renvoi préjudiciel ; son raisonnement, quelle qu'en soit la sévérité sur le fond, procède d'une continuité jurisprudentielle identifiable et prend au sérieux les attentes légitimes de l'ordre concurrent ; la contestation elle-même porte sur un point déterminé et non sur le principe même de l'intégration ; enfin, les suites qui lui sont données laissent ouverte la perspective d'un ajustement mutuel plutôt que d'une rupture. Ce profil n'exclut nullement la fermeté, ni même une résistance ouverte à une solution donnée par l'ordre concurrent. La seule caractéristique qu'il exige est que cette résistance se déploie à l'intérieur de l'espace de coordination reconnu, et non à sa marge ou contre lui.

Le second profil, que l'on qualifiera de *contestation unilatérale mais encadrée*, correspond à une prétention de relevance affirmée de manière plus rigide, sans épuisement systématique des voies de dialogue disponibles ou en désaccord frontal avec la réponse obtenue par ces voies, mais dont la sincérité juridique n'est pas mise sérieusement en doute et dont la portée demeure circonscrite. L'ordre contestataire y affirme sa propre compétence ultime à interpréter les limites de son engagement - ce que MacCormick désignerait comme l'exercice, par la plus haute juridiction nationale, de la " compétence de la compétence " ²⁸⁸ - sans pour autant nier la relevance générale de l'ordre concurrent ni instrumentaliser la contestation à des fins étrangères à la fonction juridictionnelle. C'est un profil de tension assumée, non de rupture.

²⁸⁸ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 100.

Le troisième profil, que l'on désignera comme la *contestation instrumentalisée*, correspond à l'hypothèse où la prétention de relevance affichée par l'organe contestataire n'émane plus authentiquement de l'ordre juridique qu'il est censé représenter. Cela s'illustre dans le cas où cet organe a été capturé, dans sa composition ou dans son fonctionnement, par un pouvoir qui poursuit, à travers la contestation, un objectif étranger à l'articulation des rapports entre ordres.

Typiquement, la neutralisation de contrôles externes sur l'exercice, en interne, d'un pouvoir politique qui cherche à s'affranchir des contraintes de l'État de droit. Ce profil se caractérise, dans le vocabulaire de la grille, par une contestation générale²⁸⁹, une indépendance juridictionnelle gravement compromise, l'absence de recours au canal institutionnel de coordination, et de suites marquées par le blocage plutôt que par la recherche d'un ajustement.

Enfin, il convient d'insister, avant de passer à l'application de cette typologie, sur un point de méthode qui en conditionne toute la portée : les trois profils ne se distinguent pas par le contenu matériel de la position défendue. En effet, un État pourrait défendre une conception très souverainiste de sa propre constitution tout en respectant scrupuleusement l'ensemble des critères procéduraux et institutionnels de la grille, et se classer alors du côté dialogique malgré la radicalité de sa position de fond.

Section 5. La confrontation de la typologie aux cas étudiés

Sous-section 1. Le cas allemand : la PSPP entre dialogue engagé et désaveu de la réponse obtenue²⁹⁰

Le cas allemand de la PSPP illustre le profil le plus favorable, quoique traversé d'une tension qu'il serait malhonnête de dissimuler. Saisi de recours constitutionnels contre le programme d'achat de titres publics de la Banque centrale européenne, le Bundesverfassungsgericht a d'abord adressé un renvoi préjudiciel ayant donné lieu à l'arrêt *Weiss e.a.* du 11 décembre 2018²⁹¹ (C-493/17, validant le programme).

Statuant au fond le 5 mai 2020 (2 BvR 859/15 e.a.), il a jugé le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de justice " absolument incompréhensible " et constitutif, avec le programme lui-même, d'un acte ultra vires dépourvu d'effet obligatoire en Allemagne, sous

²⁸⁹ C'est à dire portant sur le fondement même de la relation d'intégration, non sur un point déterminé.

²⁹⁰ Pour de plus amples développements sur cette affaire, ainsi que pour les références doctrinales et jurisprudentielles qui y sont associées, voy. supra, partie 1, chap. 2, sect. 1, " Le cas allemand ".

²⁹¹ CJUE, gde ch., 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

réserve d'une documentation complémentaire de la Banque centrale, produite puis jugée suffisante, ce qui a permis de clore le contentieux par une ordonnance du 29 avril 2021²⁹².

Rapporté à la grille, ce cas ne soulève aucun doute sur l'indépendance de l'organe ni sur la continuité d'une doctrine remontant à *Solange I* et prolongée par *Maastricht* et l'arrêt *Lisbonne* ; la contestation porte sur un programme déterminé, non sur le principe même de la primauté ; les suites n'ont donné lieu à aucune escalade, la Commission n'ayant jamais formellement introduit le recours en manquement dont elle avait engagé l'instruction.

Seul le canal institutionnel appelle une réserve honnête : la Cour a bien été saisie, mais sa réponse a ensuite été désavouée, ce qui interdit de ranger ce cas dans la contestation pleinement dialogique. En ce sens, interroger une juridiction pour ensuite déclarer sa réponse dépourvue de toute force obligatoire revient, en pratique, à respecter la forme du dialogue institutionnel sans en accepter la contrainte matérielle

Dès lors, ce cas se situe plutôt à la frontière supérieure de la contestation unilatérale encadrée, proche du pôle coopératif sans y appartenir totalement. Une partie de la doctrine range d'ailleurs elle-même cette décision hors du registre qu'elle nomme " destructeur "²⁹³, faute d'atteinte à l'indépendance de la Cour de justice, ce qui corrobore ce classement intermédiaire favorable.

La sincérité de l'exercice mérite néanmoins d'être reconnue : le Bundesverfassungsgericht n'a jamais nié la relevance générale du droit de l'Union, il a contesté la qualité d'un raisonnement particulier de la Cour de justice, ce qui, au regard du critère de spécificité, distingue nettement ce cas des deux suivants.

Sous-section 2. Le cas roumain : entre reconnaissance de principe et résistance stratégique²⁹⁴

Le cas roumain se déploie sur un temps plus long. La Cour constitutionnelle roumaine, par sa décision n° 390/2021 du 8 juin 2021, a jugé qu'une juridiction ordinaire ne pouvait apprécier la conformité au droit de l'Union d'une disposition déjà jugée conforme à l'article 148 de la

²⁹² BVerfG (2e Sénat), arrêt du 5 mai 2020, PSPP, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915 ; traduction française officielle, " Considérations principales du jugement de la seconde chambre du 5 mai 2020 ".

²⁹³ Ana Bobić, "Constructive Versus Destructive Conflict: Taking Stock of the Recent Constitutional Jurisprudence in the EU," *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 22 (2020): p. 78-79, <https://doi.org/10.1017/cel.2020.9>

²⁹⁴ Pour de plus amples développements sur cette affaire, ainsi que pour les références doctrinales et jurisprudentielles qui y sont associées, voy. supra, Partie 1, chap. 2, sect. 3, " Le cas roumain ".

Constitution par la Cour elle-même²⁹⁵. Une disposition qui, ironiquement, consacre pourtant elle-même la primauté du droit de l'Union sur le droit interne

Saisie par la Cour d'appel de Craiova d'un renvoi portant précisément sur la compatibilité de cette position avec le droit de l'Union, la Cour de justice a répondu par l'arrêt *RS* du 22 février 2022²⁹⁶ (C-430/21) que l'article 19, paragraphe 1, TUE, combiné à l'article 47 de la Charte et au principe de primauté, s'oppose à une telle limitation de compétence ainsi qu'à toute sanction disciplinaire du juge qui l'exercerait - arrêt prolongeant *Euro Box Promotion e.a.* du 21 décembre 2021 (C-357/19 e.a.), selon lequel la primauté s'impose à l'ensemble des organes d'un État membre, y compris constitutionnels²⁹⁷.

La réaction fut immédiate : un communiqué du 23 décembre 2021²⁹⁸ affirmait qu'en tirer les conséquences imposerait une révision constitutionnelle, refusant en substance de s'y conformer. Ce cas présente un profil résolument intermédiaire. L'indépendance de la Cour n'est pas comparable à l'irrégularité polonaise, mais elle statuait sur une réforme judiciaire soupçonnée, par la Commission au titre du mécanisme de coopération et de vérification, de viser à soustraire certains responsables politiques à des poursuites pénales ; sa doctrine est constante, quoiqu'une partie de la doctrine y relève une évolution stratégique au fil des arrêts défavorables²⁹⁹.

Le canal institutionnel n'a pas été utilisé par la Cour constitutionnelle elle-même, mais contourné par le bas, la Cour d'appel de Craiova ayant assumé la fonction dialogique délaissée. À la différence du cas polonais, la contestation ne remet pas en cause les dispositions fondatrices des traités, mais neutralise par avance le contrôle décentralisé de conformité - sans escalade comparable à celle observée en Pologne, à ce jour.

Le profil qui s'en dégage est celui d'un statu quo contentieux plutôt que d'une rupture ouverte : la Cour constitutionnelle ne s'est jamais engagée, après l'arrêt *RS*, dans une déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions fondatrices des traités qui ferait pièce à la décision polonaise *K 3/21*.

Dès lors, ce cas se positionne à la frontière entre la contestation unilatérale encadrée et la contestation instrumentalisée, plus proche du pôle pathologique que le cas allemand mais

²⁹⁵ Curtea Constituțională a României, décision n° 390 du 8 juin 2021, *Monitorul Oficial al României*, n° 612, 22 juin 2021.

²⁹⁶ CJUE, gde ch., 22 février 2022, *RS*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.

²⁹⁷ CJUE, gde ch., 21 décembre 2021, *Euro Box Promotion e.a.*, aff. jointes C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034.

²⁹⁸ Curtea Constituțională a României, "Press Release, 23 December 2021," 23 décembre 2021, <https://www.ccr.ro/en/press-release-23-december-2021/>

²⁹⁹ Bianca Selejan-Gutan, "A Tale of Primacy Part. II: The Romanian Constitutional Court on a Slippery Slope", *Verfassungsblog*, 18 juin 2021, <https://doi.org/10.17176/20210618-193507-0>.

nettement moins radicalisé que le cas polonais, confirmant la nécessité même d'une typologie graduée.

Sous-section 3. Le cas polonais : la contestation instrumentalisée dans sa forme paradigmatique³⁰⁰

Le cas polonais, enfin, porte sur la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel, rendue le 7 octobre 2021³⁰¹ sur saisine du Premier ministre Mateusz Morawiecki, jugeant inconstitutionnels les articles 1er, 2 et 19 du Traité sur l'Union européenne tels qu'interprétés par la Cour de justice, notamment en ce qu'ils permettraient aux juridictions ordinaires d'écarter des dispositions constitutionnelles ou de contrôler la régularité de la nomination des juges.

Le contexte institutionnel en détermine la portée : la formation comprenait trois personnes - Mariusz Muszyński, Justyn Piskorski et Jarosław Wyrembak - dont la qualité de juge est sérieusement contestée, ayant été " nommées " à des sièges déjà régulièrement pourvus, ce qui conduit une partie substantielle de la doctrine à considérer la décision comme dépourvue de validité juridique propre³⁰². Cette irrégularité s'inscrit dans un processus de capture du pouvoir judiciaire engagé depuis 2015-2016, analysé notamment par Wojciech Sadurski³⁰³ et par R. Daniel Kelemen³⁰⁴ sous le concept d'" équilibre autoritaire ". Aucun renvoi préjudiciel n'a précédé la décision, qui prolonge une position déjà affirmée depuis 2005³⁰⁵.

L'application des six critères ne laisse guère place à l'ambiguïté : indépendance nulle ou gravement compromise, contestation générale portant sur le fondement même de l'intégration, absence de canal institutionnel, suites marquées par une résolution du Parlement européen dénonçant une atteinte à " la communauté européenne de valeurs et de droit " ³⁰⁶. Ce cas est l'illustration parfaite d'une contestation instrumentalisée.

Le point décisif, pour la cohérence de la grille, est que ce n'est pas le seul contenu de la décision qui la fait basculer vers le pôle pathologique - d'autres juridictions constitutionnelles,

³⁰⁰ Pour de plus amples développements sur cette affaire, ainsi que pour les références doctrinales et jurisprudentielles qui y sont associées, voy. supra, partie 1, chap. 2, sect. 2, " Le cas polonais ".

³⁰¹ Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 7 octobre 2021, K 3/21.

³⁰² Voy. Aleksandra Gliszczyńska-Grabias et Wojciech Sadurski, "Is It *Polexit* Yet? Comment on Case K 3/21 of 7 October 2021 by the Constitutional Tribunal of Poland," *European Constitutional Law Review* 19, n° 1 (2023): p. 163-181, <https://doi.org/10.1017/S1574019622000396>

³⁰³ Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown* (Oxford: Oxford University Press, 2019).

³⁰⁴ R. Daniel Kelemen, "The European Union's Authoritarian Equilibrium," *Journal of European Public Policy* 27, n° 3 (2020): p. 481-499, <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1712455>

³⁰⁵ Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 11 mai 2005, K 18/04, OTK ZU 5A/2005, poz. 49.

³⁰⁶ Parlement européen, résolution du 21 octobre 2021 sur la crise de l'État de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union, 2021/2935(RSP), P9_TA(2021)0439, JOUE C 184 du 5 mai 2022, p. 156.

y compris le Bundesverfassungsgericht, ont défendu des positions substantiellement proches sur le principe d'une réserve de souveraineté - mais la conjonction de ce contenu avec le contexte de capture de l'organe qui le formule.

Section 6. Une conflictualité normale mais non indifférente

La question directrice était celle-ci : le conflit interordinal, structurellement admissible chez Romano, demeure-t-il légitime au regard du système polycentrique ? La réponse est nécessairement nuancée, et cette nuance en constitue l'apport principal.

Non, le conflit n'est pas indifféremment légitime du seul fait qu'il est structurellement possible : la grille dérivée des ressources maccormickiennes³⁰⁷ permet de distinguer, à l'intérieur même de l'espace romanien de coexistence pluraliste, des manières qualitativement différentes d'exercer une même prétention structurelle à contester la primauté.

Certaines restent pleinement internes au projet d'intégration, quelle que soit la fermeté de la position défendue, comme l'illustre le cas allemand malgré la tension entre renvoi sollicité et réponse désavouée. D'autres mettent ce projet sous tension sans le rompre, dans un jeu de résistance stratégique dont le cas roumain offre l'exemple le plus instructif, précisément parce qu'il résiste à toute classification univoque. D'autres, enfin, instrumentalisent le vocabulaire même du pluralisme constitutionnel au service d'un projet radicalement étranger à celui-ci, comme le montre le cas polonais, dès que l'on prend soin de ne pas juger la seule teneur doctrinale de la décision mais les conditions institutionnelles de son adoption.

Une limite de cet instrument doit être assumée : plusieurs des critères qui le composent sont contextuels, de sorte qu'un même ordre peut, selon l'évolution de sa situation politique interne, se déplacer d'une catégorie à l'autre - l'alternance polonaise intervenue à partir de la fin de 2023, dont le processus de reconstitution de l'indépendance judiciaire demeure inachevé, en offrirait potentiellement l'illustration si l'analyse était prolongée.

La typologie doit donc être comprise comme un instrument synchronique, valable pour la période et les décisions examinées, non comme la description d'une essence permanente des ordres concernés.

³⁰⁷ Reconstituées pour ne jamais faire du droit international, ni d'aucun ordre tiers, un fondement de validité supérieur, mais seulement un horizon de relevance que chaque ordre peut reconnaître à des degrés variables.

Conclusion

La question directrice de ce mémoire était de savoir si le conflit interordinal relatif à la primauté, structurellement admissible dans un espace juridique polycentrique, demeure pour autant légitime au regard des conditions de la coexistence pluraliste. La réponse commande une distinction nette. La contestation de la primauté n'est pas, par sa seule existence, une anomalie dont l'analyse devrait dénier toute juridicité ; elle n'est pas davantage, du seul fait de son admissibilité structurelle, indifféremment légitime. Entre l'idée d'une primauté naturellement et absolument hiérarchique et celle d'une autonomie nationale susceptible de justifier toute résistance, l'étude a cherché un espace conceptuel plus exigeant.

L'acquis premier de la lecture romaniennne consiste à déplacer le point de départ de l'analyse. Si le droit ne se réduit pas à un ensemble de normes, mais s'identifie à l'institution organisée qui le porte, ni l'Union ni les États membres ne peuvent être appréhendés comme de simples éléments d'une hiérarchie unitaire préconstituée. L'Union constitue un ordre institutionnel autonome ; les États membres demeurent des ordres originaires, dotés de leur propre clôture, de leurs autorités et de leurs critères internes de juridicité. Leur coexistence ne suppose donc pas leur absorption réciproque. Elle se noue à travers des rapports de relevance, par lesquels chaque ordre qualifie l'existence, le contenu et l'efficacité de l'autre à partir de ses propres catégories.

Dans cette configuration, la primauté doit être comprise moins comme une qualité intrinsèque et définitivement acquise de la norme européenne que comme une prétention normative de l'Union : une prétention de relevance. Cette proposition ne nie ni la force de l'affirmation européenne de la primauté ni l'importance de son effectivité pour l'intégration. Elle permet de prendre conscience que cette effectivité ne résulte pas d'une invalidation directe des ordres nationaux, qui demeurent des unités closes, mais de l'articulation concrète de titres de relevance - constitutionnels, conventionnels, jurisprudentiels et institutionnels - par lesquels le droit de l'Union est reçu et mis en œuvre. La métaphore romaniennne des parenthèses rend alors intelligible la persistance des conflits : aucun ordre ne reçoit l'autre exactement tel que celui-ci se définit lui-même ; chacun le qualifie depuis sa propre clôture.

Il en découle une première conclusion ferme. Dans l'espace européen ainsi reconstruit, la conflictualité relative à la primauté est structurellement normale. Lorsqu'une juridiction constitutionnelle oppose une limite de compétence, une exigence de protection ou une conception de l'identité constitutionnelle à l'autorité revendiquée par l'Union, elle n'exprime pas nécessairement, par cela seul, une sortie du droit. Elle peut manifester la prétention propre d'un ordre originaire à déterminer la portée de la relevance qu'il accorde à un autre ordre. Romano fournit ainsi un test de recevabilité structurelle : il explique pourquoi un

désaccord interordinal peut exister sans se réduire conceptuellement à une défaillance, à une mauvaise volonté ou à un simple fait politique.

Cette conclusion structurelle ne préjuge toutefois pas de la légitimité des modalités du conflit. Chez Romano, juridicité et licéité ne se confondent pas : une prétention peut être juridiquement réelle sans être normativement justifiable dans ses rapports avec d'autres ordres. La normalité du conflit interdit seulement de faire de sa seule existence un critère décisif ; elle évite autant de qualifier de pathologique toute réserve constitutionnelle que d'immuniser toute résistance par le vocabulaire du pluralisme.

La reconstruction maccormickienne intervient à ce second niveau. Elle refuse de faire du droit international un fondement commun de validité ou un arbitre ultime, car cette solution réintroduirait le monisme écarté par le cadre romanien. Elle retient néanmoins, comme ressources requalifiées, la bonne foi, le respect des engagements, l'attention aux effets réciproques des interprétations et la coopération institutionnelle : non comme commandements supérieurs, mais comme critères de cohérence et de sincérité de la prétention de relevance de chaque ordre.

La grille qui en résulte permet une appréciation graduée. Elle invite à examiner si la contestation demeure spécifique ou prend la forme d'un déni général de toute pertinence extérieure ; si elle s'inscrit dans une jurisprudence cohérente et de bonne foi plutôt que dans un revirement opportuniste ; si elle témoigne d'une sincérité herméneutique réciproque ; si elle fait un usage sincère du canal de coordination offert par l'article 267 TFUE ; si ses suites maintiennent une possibilité d'ajustement ou organisent le blocage et si l'organe qui la formule est effectivement indépendant. Ce dernier élément n'est pas adjacent : il est la condition de possibilité des autres. Une juridiction capturée ne porte plus, avec l'autorité qui lui est propre, la parole de l'ordre juridique qu'elle prétend représenter ; sa contestation risque alors de devenir l'instrument d'un pouvoir de fait qui cherche à se soustraire aux contraintes de l'État de droit.

L'application de cette grille confirme que les contestations de la primauté ne constituent pas une catégorie homogène. Et c'est précisément sur ce point que les trois conflits initialement analysés - allemand, polonais et roumain - se révèlent en être des illustrations particulièrement pertinentes.

Le résultat n'est donc ni une hiérarchie entre des États réputés plus ou moins pluralistes, ni une classification binaire entre obéissance et désobéissance. La typologie porte sur des profils de contestation, non sur l'essence des ordres concernés. Autrement dit, elle apprécie la légitimité de modalités concrètes, non l'existence même de l'ordre qui revendique une compétence. Une contestation peut être substantiellement exigeante et demeurer dialogique

si elle reconnaît la relevance de l'ordre concurrent, accepte de se placer dans l'espace de coordination et procède d'un organe indépendant. Réciproquement, une invocation du pluralisme ne suffit pas à légitimer une prétention qui se referme sur elle-même, récuse par principe toute contrainte extérieure ou sert à neutraliser les contrôles de l'État de droit.

Les limites de l'instrument doivent demeurer visibles. La lecture de Romano appliquée à l'Union est une transposition analytique : elle n'implique ni que l'auteur ait anticipé l'objet supranational ni que l'Union entre sans reste dans une catégorie romaniennne. La reconstruction de MacCormick est quant à elle une proposition interprétative propre au mémoire. Enfin, la typologie est synchronique : sensible aux contextes institutionnels et politiques, elle ne décrit aucune essence permanente.

En définitive, l'étude établit que la solidité de l'ordre européen ne dépend pas de la disparition des prétentions concurrentes à l'autorité ultime, objectif qui méconnaîtrait sa structure polycentrique, mais de la préservation des conditions dans lesquelles ces prétentions peuvent demeurer juridiquement coordonnées. La primauté ne se trouve ni dissoute dans le pluralisme ni soustraite à toute contestation ; elle est replacée dans une relation de relevance qui rend simultanément intelligible sa nécessité, la possibilité de sa dispute et l'exigence de soumettre cette dispute à des critères de légitimité. C'est à cette condition que le pluralisme cesse d'être le nom d'une coexistence indifférente pour devenir celui d'une conflictualité institutionnellement soutenable, et parfois même - dans une perspective plus positive - un facteur d'évolution de l'Union européenne.

BIBLIOGRAPHIE

I. Sources normatives

- *Version consolidée du traité sur l'Union européenne.*
- *Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.*

II. Jurisprudence et conclusions

A. Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3, ECLI:EU:C:1963:1.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141, ECLI:EU:C:1964:66.
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125, ECLI:EU:C:1970:114.
- CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629, ECLI:EU:C:1978:49.
- CJUE, gde ch., 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.
- CJUE, gde ch., 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.
- CJUE, gde ch., 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.
- CJUE, gde ch., 21 décembre 2021, *Euro Box Promotion e.a.*, aff. jointes C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 et C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034.
- Conclusions de l'avocat général Anthony Michael Collins présentées le 20 janvier 2022 dans l'affaire *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:44.
- CJUE, gde ch., 22 février 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.
- CJUE, gde ch., 18 décembre 2025, *Commission c. Pologne (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour de justice par une cour constitutionnelle)*, C-448/23, ECLI:EU:C:2025:975.

B. Cour européenne des droits de l'homme

- Cour EDH, 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req. no 4907/18.

C. Allemagne

- BVerfG, 2e Sénat, ord. du 29 mai 1974, *Solange I*, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271–305, ECLI:DE:BVerfG:1974:ls19740529.2bvl005271.
- BVerfG, 2e Sénat, ord. du 22 octobre 1986, *Solange II*, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339–388, ECLI:DE:BVerfG:1986:rs19861022.2bvr019783.
- BVerfG, 2e Sénat, arrêt du 12 octobre 1993, *Brunner (Maastricht)*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155–213.
- BVerfG, 2e Sénat, arrêt du 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, aff. jointes 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267–437, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.
- BVerfG, 2e Sénat, arrêt du 5 mai 2020, *PSPP*, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 et 2 BvR 1651/15, BVerfGE 154, 17–152, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.
- BVerfG, 2e Sénat, ord. du 29 avril 2021, 2 BvR 1651/15 et 2 BvR 2006/15, BVerfGE 159, 89–130, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210429.2bvr165115.

D. France

- C.E., ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, no 11604, Rec. Lebon, p. 524, concl. B. Genevois.

E. Italie

- Corte costituzionale, sent. no 183/1973, décision du 18 décembre 1973, dépôt du 27 décembre 1973, *Frontini*, ECLI:IT:COST:1973:183.
- Corte costituzionale, sent. no 170/1984, décision du 5 juin 1984, dépôt du 8 juin 1984, *Granital*, ECLI:IT:COST:1984:170.
- Corte costituzionale, ord. no 24/2017, décision du 23 novembre 2016, dépôt du 26 janvier 2017, ECLI:IT:COST:2017:24.

F. Pologne

- Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 11 mai 2005, K 18/04, OTK ZU 5A/2005, poz. 49, Dz.U. no 86, poz. 744.
- Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 14 juillet 2021, P 7/20.
- Trybunał Konstytucyjny, arrêt du 7 octobre 2021, K 3/21, OTK ZU A/2022, poz. 65, Dz.U. 2021, poz. 1852.

G. Roumanie

- Curtea Constituțională a României, Decizia nr. 390 din 8 iunie 2021, *Monitorul Oficial al României*, nr. 612, 22 juin 2021.

III. Doctrine

A. Ouvrages

- MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*. Oxford : Oxford University Press, 1999. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268765.001.0001>.
- Monnet, Jean. *Mémoires*. Paris : Fayard, 1976.
- Pellegrini, Daniele. *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*. Premio Ricerca « Città di Firenze » 77. Florence : Firenze University Press, 2021. <https://doi.org/10.36253/978-88-5518-351-2>.
- Romano, Santi. *L'ordre juridique*, trad. de la 2e éd. italienne par Lucien François et Pierre Gothot, introduction de Phocion Francescakis, 2e éd., rééd. présentée par Pierre Mayer. Paris : Dalloz, 2002.
- Sadurski, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford : Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198840503.001.0001>.

B. Articles de revues et contributions doctrinales

- Anagnostaras, Georgios. « Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss. » *European Papers* 6, no 1 (2021) : 801–829. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/488>.

- Auriel, Pierre. « Divergences d'interprétation et équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne. » *La Revue des droits de l'homme*, no 21 (2022). <https://journals.openedition.org/revdh/13604>.
- Bobić, Ana. « Constructive Versus Destructive Conflict: Taking Stock of the Recent Constitutional Jurisprudence in the EU. » *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 22 (2020) : 60–84. <https://doi.org/10.1017/cel.2020.9>.
- Eleftheriadis, Pavlos. « The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural. » *European Papers* 8, no 3 (2023) : 1255–1291. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/717>.
- Flynn, Tom. « Constitutional Pluralism and Loyal Opposition. » *International Journal of Constitutional Law* 19, no 1 (2021) : 241–268. <https://doi.org/10.1093/icon/moab035>.
- Gliszczyńska-Grabias, Aleksandra, et Wojciech Sadurski. « Is It Polexit Yet? Comment on Case K 3/21 of 7 October 2021 by the Constitutional Tribunal of Poland. » *European Constitutional Law Review* 19, no 1 (2023) : 163–181. <https://doi.org/10.1017/S1574019622000396>.
- Guigue, Alexandre. « Le Brexit : une question de droit constitutionnel. » *Revue québécoise de droit international*, hors-série (novembre 2018) : 165–180. <https://doi.org/10.7202/1067264ar>.
- Kelemen, R. Daniel. « The European Union's Authoritarian Equilibrium. » *Journal of European Public Policy* 27, no 3 (2020) : 481–499. <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1712455>.
- La Torre, Massimo. « Institutionalism Old and New. » *Ratio Juris* 6, no 2 (1993) : 190–201. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00147.x>.
- Mac Amhlaigh, Cormac. « Constitutional Pluralism Avant la Lettre?: On Santi Romano's L'ordinamento Giuridico. » *Jurisprudence* 11, no 1 (2020) : 101–113. <https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1699320>.
- MacCormick, Neil. « Beyond the Sovereign State. » *The Modern Law Review* 56, no 1 (1993) : 1–18. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02851.x>.
- MacCormick, Neil. « Institutional Normative Order: A Conception of Law. » *Cornell Law Review* 82, no 5 (1997) : 1051–1070. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol82/iss5/5/>.

- Perlo, Nicoletta. « Influences, confluences et résistances : les catégories du droit public italien à l'épreuve du droit de l'Union européenne. » *Revue de l'Union européenne*, no 622 (2018) : 569–576.
- Romano, Santi. « Lo Stato moderno e la sua crisi. » Discours inaugural de l'année académique 1909–1910, Université de Pise, 4 novembre 1909. *Rivista di diritto pubblico*, no 3 (1910) : 98–114. Version numérisée, Giustizia Amministrativa. https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/38675/lo_stato_moderno_sr.pdf/ffb53aff-276e-57ab-f2e2-41b0a1eaa242/lo_stato_moderno_sr.pdf.
- Traser, Julianna Sára, Nóra Béres, György Marinkás et Erzsébet Pék. « The Principle of the Primacy of EU Law in Light of the Case Law of the Constitutional Courts of Italy, Germany, France, and Austria. » *Central European Journal of Comparative Law* 1, no 2 (2020) : 151–175. <https://doi.org/10.47078/2020.2.151-175>.
- Trstenjak, Verica. « National Sovereignty and the Principle of Primacy in EU Law and Their Importance for the Member States. » *Beijing Law Review* 4, no 2 (2013) : 71–76. <https://doi.org/10.4236/blr.2013.42009>.
- Viță, Viorica. « The Romanian Constitutional Court and the Principle of Primacy: To Refer or Not to Refer? » *German Law Journal* 16, no 6 (2015) : 1623–1662. <https://doi.org/10.1017/S2071832200021295>.
- Weber, Ferdinand. « The Identity of Union Law in Primacy: Piercing Through Euro Box Promotion and Others. » *European Papers* 7, no 2 (2022) : 749–771. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/597>.

C. Contribution à des actes de colloque

- Vrabie, Mihaela. « The Relationship between EU Law and Romanian Constitution. Recent Developments in the Case-Law of the Romanian Constitutional Court. » Dans *Crises, Vulnerability and Resilience in Public Administration: The 30th NISPAcee Annual Conference e-Proceedings*. NISPAcee Press, 2022.

D. Publications doctrinales en ligne

- Martucci, Francesco. « Primauté, identité et ultra vires : forger l'Union par le droit sans anéantir l'État de droit. » *La Revue européenne du droit*, no 3 (décembre 2021). <https://geopolitique.eu/articles/primaute-identite-et-ultra-vires-forger-lunion-par-le-droit-sans-aneantir-letat-de-droit/>.

- Omnes, Ophélie. « La primauté du droit de l'Union européenne, un principe cardinal dans la tourmente. » *Institut Jacques Delors*, 6 octobre 2021. <https://institutdelors.eu/publications/la-primaute-du-droit-de-lunion-europeenne-un-principe-cardinal-dans-la-tourmente/>.
- Selejan-Gutan, Bianca. « A Tale of Primacy Part. II: The Romanian Constitutional Court on a Slippery Slope. » *Verfassungsblog*, 18 juin 2021. <https://doi.org/10.17176/20210618-193507-0>.

IV. Études et documents institutionnels

A. Études et rapports

- Petersen, Niels, et Konstantin Chatziathanasiou. *Primacy's Twilight? On the Legal Consequences of the Ruling of the Federal Constitutional Court of 5 May 2020 for the Primacy of EU Law*. Étude PE 692.276. Parlement européen, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles, 2021. <https://doi.org/10.2861/122788>.
- Ziller, Jacques. *La primauté du droit de l'Union européenne*. Étude PE 732.474. Parlement européen, Direction générale des politiques internes, 2022. <https://doi.org/10.2861/756165>.

B. Discours, communiqués et résolutions

- Cour de justice de l'Union européenne. « La Cour de justice se prononce sur une série de réformes roumaines relatives à l'organisation judiciaire, au régime disciplinaire des magistrats ainsi qu'à la responsabilité patrimoniale de l'État et à la responsabilité personnelle des juges à la suite d'une erreur judiciaire. » Communiqué de presse no 82/21, 18 mai 2021.
- Curtea Constituțională a României. « Press Release, 23 December 2021. » 23 décembre 2021. <https://www.ccr.ro/en/press-release-23-december-2021/>.
- Parlement européen. « Résolution du 21 octobre 2021 sur la crise de l'État de droit en Pologne et la primauté du droit de l'Union. » 2021/2935(RSP), P9_TA(2021)0439, JOUE C 184 du 5 mai 2022, p. 154–158.
- Von der Leyen, Ursula. « Discours sur l'état de l'Union 2021. » Commission européenne, 15 septembre 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/speech_21_4701.