



Le juge et le travail des concepts juridiques
Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne

Vincent Réveillère

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Florence, 28 novembre 2017

European University Institute
Département des Sciences juridiques

Le juge et le travail des concepts juridiques
le cas de la citoyenneté de l'Union européenne

Vincent Réveillère

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Membres du jury

Loïc Azoulay, Professeur à SciencesPo (directeur de recherche)
Myriam Benlolo Carabot, Professeure à l'Université Paris-Nanterre
Jean-Yves Chérot, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Urška Šadl, Professeure à l'European University Institute

© Vincent Réveillère, 2017

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

**Researcher declaration to accompany the submission of written work
Department of Law – Ph.D. Programme**

I Vincent Réveillère certify that I am the author of the work *Le juge et le travail des concepts juridiques: le cas de la citoyenneté de l'Union européenne* I have presented for examination for the Ph.D. at the European University Institute. I also certify that this is solely my own original work, other than where I have clearly indicated, in this declaration and in the thesis, that it is the work of others.

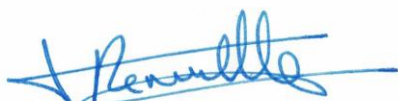
I warrant that I have obtained all the permissions required for using any material from other copyrighted publications.

I certify that this work complies with the Code of Ethics in Academic Research issued by the European University Institute (IUE 332/2/10 (CA 297)).

The copyright of this work rests with its author. Quotation from it is permitted, provided that full acknowledgement is made. This work may not be reproduced without my prior written consent. This authorisation does not, to the best of my knowledge, infringe the rights of any third party.

I declare that this work consists of <233921> words.

Signature and date: le 10/11/2017



Avec les termes « citoyens de l'Union », les rédacteurs du Traité de Maastricht inscrivent dans le droit de l'Union européenne un concept dont la dénomination reprend celle de concepts juridiques nationaux et d'un concept discuté en théorie politique. Plus de vingt années après son introduction, la citoyenneté de l'Union a en grande partie été construite par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle offre un terrain d'enquête particulièrement fécond pour développer une nouvelle perspective sur l'activité du juge. Il est proposé de s'interroger sur le juge et le travail des concepts juridiques ; c'est-à-dire sur l'activité du juge – les concepts travaillés – et sur le rôle des concepts dans le raisonnement juridique – les concepts au travail. Cette recherche se distingue tant des études classiques sur le juge, focalisées sur l'interprétation, que des travaux qui se concentrent sur les rapports de pouvoir entre les acteurs. Le droit de l'Union doit être compris dans ses propres termes afin d'entreprendre une enquête sur les pratiques conceptuelles du juge. Ce faisant, la thèse propose une approche non-formaliste des formes juridiques.

By introducing the terms “citizens of the Union”, the drafters of the Maastricht Treaty inscribed a new concept in European Union law. The denomination of the new concept coincides with that of national legal concepts and of a concept widely discussed in political theory. More than twenty years later, the legal concept of citizenship of the Union has been widely constructed by the case law of the European Court of Justice. This case law then offers a particularly rich field of study for the development of a new perspective on judicial activity. My thesis proposes an investigation on the judge and the work of legal concepts; that is, an investigation on the practice of the judge – the work on concepts – and on the role of concepts in legal reasoning – the concepts at work. This inquiry should be distinguished from classical studies on the judge, mainly dealing with interpretation, as well as from works focusing on power relations between legal actors. In this thesis, I argue that EU law must be understood in its own terms, through an inquiry on the conceptual practices of the judge and I propose a non-formalist account of legal forms.

Στην Αφροδίτη

Ma reconnaissance va en tout premier lieu à Loïc Azoulai, pour ses conseils, ses encouragements et sa confiance. Ce travail lui doit énormément. L'Institut Universitaire Européen a été un cadre idéal pour développer ma recherche ; j'en remercie les professeurs, les chercheurs et les membres du personnel. Lors d'un semestre à la London School of Economics and Political Science, Damian Chalmers m'a accueilli et m'a donné de précieux conseils, je lui en sais gré. Enfin, j'ai eu la chance de pouvoir enseigner et travailler dans un environnement très privilégié ces dernières années au Centre de Théorie et Analyse du Droit de l'Université Paris-Nanterre ; j'en remercie vivement tous les membres.

Je souhaite aussi exprimer ma dette envers ceux qui ont bien voulu, à un moment ou à un autre, me donner leur avis sur mon travail, en corriger les coquilles ou m'aider à faire un graphique : Afroditi Marketou, Antoine Basset, Antonin Sopena, Antonio Marzal Yetano, Balthazar Durand, Catherine et Charles Réveillère, Claire Langlais, Elsa Fondimare, Guillaume Landais, Hanna Eklund, Jean Grosdidier, Laurie Marguet, Michael Koskas, Rémi Gilardin et Robin Gadbled. Bien sûr, je suis seul responsable des erreurs qui demeurent, malgré leurs patients efforts.

J'ai une pensée pour tous ceux qui, en dehors du monde universitaire, m'ont aidé à achever ce travail à Florence, Londres, Paris ou Loutraki. Je souhaite leur exprimer toute ma gratitude.

Enfin, ma famille m'a toujours soutenu, accompagné et encouragé au cours de cette longue entreprise ; je sais ce que je leur dois.

ABBREVIATIONS

AG : Avocat général

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CC : Conseil constitutionnel français

CG : Commissaire du gouvernement

Ccl : Conclusions

coll. : Collection

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CUP : Cambridge University Press

JOCE : Journal officiel des Communautés européennes

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

MIT Press : Massachusetts Institute of Technology Press

nt. : notamment

OUP: Oxford University Press

para. : paragraphe

PUF : Presses universitaires de France

resp. : respectivement

TC : Tribunal des conflits

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

US : Cour suprême américaine

V. : Voir

SOMMAIRE

<i>ABBREVIATIONS</i>	7
<i>SOMMAIRE</i>	9
<i>INTRODUCTION</i>	11
<i>PARTIE I. L'ADOPTION D'UN CHEMIN CONCEPTUEL</i>	41
Chapitre 1. Les concepts au travail.....	47
Chapitre 2. Les concepts travaillés	135
<i>PARTIE II. L'INSTITUTION DU CONCEPT PAR LA CONTROVERSE</i>	191
Chapitre 1. L'évolution de la controverse	199
Chapitre 2. L'institution du contenu conceptuel	263
<i>PARTIE III. LA DYNAMIQUE DU CADRE CONCEPTUEL</i>	351
Chapitre 1. La force du cadre conceptuel	359
Chapitre 2. Le dépassement du cadre conceptuel	431
<i>CONCLUSION</i>	499
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	503
<i>INDEX DES NOTIONS</i>	535
<i>INDEX DES ARRETS DE LA CJUE</i>	543
<i>TABLE DE LA JURISPRUDENCE</i>	551
<i>DOCUMENTS OFFICIELS</i>	559
<i>TABLE DES MATIERES</i>	563

INTRODUCTION

Les chercheurs et les praticiens du droit mobilisent quotidiennement des concepts juridiques, mais rares sont les ouvrages généraux sur la nature, la fonction ou l'usage de ceux-ci. Des travaux récents témoignent toutefois d'un regain d'intérêt pour ces questions en théorie du droit¹, ce qui n'est pas sans lien avec le renouvellement du débat en philosophie, en psychologie et en sciences cognitives². La discussion a toutefois souvent été accaparée par le concept de droit lui-même, puis, plus récemment, par la question méthodologique de la possibilité même de l'analyse conceptuelle³. Les travaux théoriques sur les concepts juridiques sont peu connus de la doctrine cherchant à décrire et à systématiser le droit positif. Inversement, les travaux réalisés en théorie du droit sur les concepts juridiques se sont rarement intéressés au droit positif et à la doctrine. Il est proposé de se situer à l'intersection de la théorie du droit et du droit de l'Union, en s'interrogeant sur le juge et les concepts juridiques à partir du cas de la citoyenneté de l'Union européenne.

Introduits dans le droit de l'Union européenne par le traité de Maastricht, les termes de « citoyen de l'Union » ne laissent pas la doctrine indifférente. Les rédacteurs du Traité sur l'Union européenne

¹ V. en ce sens les ouvrages collectifs suivants : HAGE J.C. et D. v d PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Londres, Springer, 2009 ; TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2009 ; COLLECTIF, *Les concepts en droit : usages et identité*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Cahiers de méthodologie juridique », 2012. En outre, il faut mentionner les travaux classiques d'Anna Pintore, Andrew Halpin et Steven Winter, les deux premiers dans une tradition analytique, le dernier recourant aux sciences cognitives : PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Naples, Casa editrice Jovene, coll. « Università di Cagliari, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza », n° 41, 1990 ; HALPIN A., *Reasoning with law*, Oxford ; Portland, Hart, 2001 ; WINTER S.L., *A clearing in the forest : law, life, and mind*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001. Enfin, signalons la thèse de Guillaume Landais, fraîchement soutenue, LANDAIS G., *Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse, Institut Universitaire Européen, 2017.

² De façon générale, V. MARGOLIS E. et S. LAURENCE, *Concepts : core readings*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1999 ; MURPHY G.L., *The big book of concepts*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, MIT Press, 2002 ; BLUNDEN A., *Concepts : A Critical Approach*, Leiden ; Boston, BRILL, 2012.

³ Sur ces débats, V. GREEN L., « General Jurisprudence : A 25th Anniversary Essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, vol. 25, n° 4, p. 565-580 ; DICKSON J., « Methodology in jurisprudence », *Legal Theory*, 2004, vol. 10, n° 3, p. 117-156 ; CHEROT J.-Y., « Le tournant méthodologie en philosophie du droit », S. CIMAMONTI, L. TRANCHANT, J.-Y. CHEROT et J. TREMEAU (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture : mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 29-59.

et du Traité instituant la Communauté européenne inscrivent dans le droit de l'Union un concept dont la dénomination reprend celle de concepts juridiques nationaux et d'un concept discuté en théorie politique. Pour autant, le contenu du concept de citoyen de l'Union semble difficile à déterminer. Les uns évoquent son caractère symbolique ou rhétorique, il viendrait essentiellement recouvrir les droits existants⁴ ; les autres, son caractère dynamique ou évolutif, il serait la promesse de développements futurs⁵. Si, plus de vingt années après son introduction, l'appréciation de la forme que prend la citoyenneté de l'Union peut diverger, personne ne conteste qu'elle a entraîné des changements importants en droit de l'Union, que cela soit pour les déplorer, s'en réjouir ou les juger insuffisants. Elle a en grande partie été construite par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, au fil de ses arrêts, souvent retentissants ; « nous sommes là face à une *construction* juridique portée, pensée et façonnée⁶ » par celle-ci. La citoyenneté de l'Union offre, à ce titre, un terrain d'enquête particulièrement fécond pour s'interroger sur le juge et le travail des concepts juridiques, c'est-à-dire sur la pratique conceptuelle du juge – les concepts travaillés – et sur le rôle des concepts dans le raisonnement juridique – les concepts au travail.

Comment l'insertion des articles consacrés à la citoyenneté dans le traité a-t-elle conduit à la détermination d'un concept juridique de citoyen de l'Union ? Quel a été le rôle du juge dans celle-ci ? En quoi une enquête sur les pratiques conceptuelles permet-elle d'offrir de nouvelles perspectives sur l'activité du juge ?

Dans cette introduction, il s'agit d'exposer brièvement les éléments essentiels de la démarche retenue. En nous inspirant de travaux développés en sociologie des sciences et en anthropologie, nous

⁴ V. par ex. EVERSON M., « The Legacy of the Market Citizen », J. SHAW et G. MORE (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 73-90 ; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Union Citizenship : Pie in the Sky ? », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 58-84 ; LEHNING P.B., « European citizenship : A mirage ? », P.B. LEHNING et A.P. WEALE (dir.), *Citizenship, democracy and justice in the new Europe*, Londres ; New-York, Routledge, coll. « European political science series », 1997, p. 175-199 ; WEILER J., « European Citizenship - Identity and Differentity », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 1-24.

⁵ V. par ex. O'LEARY S., *The evolving concept of Community citizenship : from the free movement of persons to Union citizenship*, La Haye, Kluwer Law International, 1996 ; MAGNETTE P., « Conclusions. La dynamique de la citoyenneté européenne », P. MAGNETTE (dir.), *De l'étranger au citoyen : construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck Université, coll. « L'homme, l'étranger », 1997, p. 183-191 ; LA TORRE M., « Citizenship, Constitution and the European Union », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 435-457.

⁶ BADINTER R. et M. BENLOLO CARABOT, « La Cour de justice et la construction de la citoyenneté européenne », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 124. Sur cette question, V. par ex. KOSTAKOPOULOU D., « Ideas, Norms and European Citizenship : Explaining Institutional Change », *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, n° 2, p. 233-267.

proposons de concevoir le droit de l'Union dans ses propres termes et de prendre au sérieux ses objets et ses pratiques (§ 1). L'interrogation sur les pratiques conceptuelles du juge peut s'appuyer sur une approche pragmatique et inférentielle du langage. Celle-ci offre une alternative à l'analyse conceptuelle classique, sous le feu de la critique naturaliste, et permet de développer une enquête sur la construction du contenu conceptuel comme un processus social et historique (§ 2). S'intéresser au travail des concepts permet d'offrir un nouveau regard sur l'activité du juge qui se distingue tant d'une partie de la littérature classique sur le raisonnement de la Cour, focalisée sur les techniques d'interprétation, que des travaux développés en science politique et en histoire, mettant l'accent sur les acteurs et les rapports de force (§ 3).

§ 1. Comprendre le droit de l'Union dans ses propres termes

S'intéresser aux concepts juridiques est parfois présenté comme une préoccupation futile par la littérature non juridique, alors que les juristes, qui utilisent les concepts juridiques quotidiennement, n'en font pas l'objet d'une véritable enquête. Entre ces deux positions, nous proposons d'entreprendre une réflexion sur les concepts juridiques dont la perspective est inspirée de travaux récents en anthropologie du droit (1). Plutôt que de juger de façon externe les éventuelles erreurs de raisonnement qui seraient commises par les juristes, il est proposé de prendre au sérieux leurs pratiques conceptuelles, c'est-à-dire d'enquêter sur celles-ci en prenant en compte la signification qu'elles peuvent avoir pour eux (2).

1. Enquêter sur les concepts juridiques

Les auteurs traitant du droit de l'Union dans d'autres disciplines, ou revendiquant une approche externe du droit, telles que les approches culturelles, critiques ou politiques, ont tendance à délaïsser l'étude des concepts et des techniques juridiques⁷. Les concepts juridiques sont parfois tenus pour quelque chose de superficiel. Ils ne seraient que ce qui se passe à la « surface » et n'indiqueraient « rien des structures profondes des systèmes juridiques⁸ ». Ensuite, les aspects les plus techniques du droit

⁷ À l'encontre de cette tendance, des auteurs ont entrepris, en sciences humaines et sociales, des travaux prenant en compte les aspects techniques du droit. Il faut toutefois noter qu'ils mettent l'accent sur les acteurs et les institutions plus que sur les savoirs eux-mêmes. En sciences politiques, V. nt. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Gouvernances », 2013. En histoire, V. nt. RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law : A history of the Van Gend en Loos judgment », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n° 1, p. 136-163.

⁸ LEGRAND P., « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52.

sont parfois simplement vus comme rebutants pour les auteurs qui ne sont pas familiers du droit de l'Union. Il est plus facile de trouver des travaux en sociologie ou en science politique portant sur des questions dont le contenu politique ou la dimension symbolique sont évidents, comme par exemple la citoyenneté de l'Union ou la liberté d'expression, que sur des questions qui sont perçues comme plus techniques, telles que l'effet direct des directives ou la justification des mesures constitutives d'une entrave. En outre, même dans le premier cas, ces travaux ont tendance à ne pas voir l'objet dans son aspect technique mais à le concevoir à partir de cadres intellectuels extérieurs au droit de l'Union. Certains ouvrages en science politique sur la citoyenneté de l'Union, comme ceux de William Maas, Enrica Rigo et Teresa Pullano, sont à cet égard significatifs⁹. Enfin, cela peut aussi s'expliquer par la neutralité qui est parfois prêtée aux techniques juridiques, réduites à de simples questions techniques, dénuées de véritable enjeu.

Pour les approches juridiques plus classiques, usuellement présentées comme la doctrine juridique, la question se pose différemment. La difficulté n'est pas de prendre en compte les techniques juridiques, mais d'entreprendre une véritable enquête sur ces dernières, au-delà de la recherche des solutions qui peuvent être apportées à un problème juridique particulier, de l'effort de systématisation des normes juridiques ou de la suggestion de réformes. Lorsque les juristes du droit de l'Union proposent une réflexion sur le droit, il est commun qu'ils pensent devoir regarder ailleurs, délaissant alors les aspects les plus techniques de leur pratique usuelle. Ainsi est-il proposé aux juristes en droit de l'Union d'aller « au-delà des techniques juridiques » ou de chercher « derrière » le droit pour donner une véritable « valeur ajoutée » à la recherche juridique¹⁰. Des concepts ou des techniques tels que l'entrave, le contrôle de proportionnalité ou le champ d'application du droit de l'Union sont tellement évidents qu'ils sont, en un sens, naturalisés ou réifiés ; les juristes sont immergés dans leur pratique au point que l'« étonnement devant le droit » de l'Union risque de leur faire défaut¹¹. Pour caricaturale qu'elle soit, l'image des études juridiques prises entre le « journalisme » et la « théologie », proposée de façon célèbre par Claude Lévi-Strauss, exprime bien cette alternative réductrice entre la pratique

⁹ William Maas, retraçant la construction de la citoyenneté de l'Union, mentionne les arrêts de la CJUE mais entre peu dans la discussion des techniques utilisées par celle-ci. MAAS W., *Creating European citizens*, Lanham, Rowman & Littlefield, coll. « Europe today », 2007. Enrica Rigo et Teresa Pullano livrent de véritables théories de la citoyenneté européenne en faisant presque entièrement abstraction des arrêts de la CJUE. RIGO E., *Europa di confine : trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Rome, Meltemi, 2007 ; PULLANO T., *La citoyenneté européenne : un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014.

¹⁰ « European doctrinal legal research can and should be revitalised first of all in the sense of moving beyond technicalities. » « We believe this indicates that academic legal research should primarily be engaged with trying to understand what is behind the law on a certain subject [...]. » VAN GESTEL R. et H.-W. MICKLITZ, « Why Methods Matter in European Legal Scholarship », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 3, p. 310 et 314.

¹¹ Nous transposons ici la formule de Paul Amselek, V. AMSELEK P., « L'étonnement devant le droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1968, vol. 13, p. 163-183.

quotidienne du savoir juridique et le développement de grandes théories normatives à propos du droit¹².

De façon en apparence paradoxale, ce sont des travaux développés dans d'autres champs qui permettent de mieux montrer l'intérêt qu'une étude des concepts juridiques peut revêtir. Annelise Riles, s'appuyant sur la sociologie des sciences et des techniques et sur l'anthropologie de la connaissance, invite les approches culturelles du droit à « prendre en compte les aspects techniques du droit [taking on technicalities¹³] ». De même, Mariana Valverde met en évidence l'erreur qu'il y aurait à négliger ce qui se passe à la surface pour rechercher ce qui devrait se trouver en profondeur¹⁴. Si les concepts juridiques peuvent être vus comme un terrain d'enquête prometteur, c'est à la condition de ne pas les percevoir comme de simples outils, totalement sous contrôle, utilisés pour atteindre des fins définies par avance en d'autres termes. Ils sont, comme ces auteures l'expliquent, bien plus fascinants que cela : ils participent à la constitution même des réalités sociales et juridiques qu'ils prennent pour objet. Inscrits dans une pratique culturelle, les concepts juridiques doivent être vus comme rendant possible, mais aussi comme limitant, ce que les acteurs peuvent dire ou faire, et même ce qu'ils peuvent vouloir dire ou vouloir faire.

Si les concepts juridiques présentent une dimension politique, il s'agit de dire, en reprenant une devise de la sociologie des sciences et des techniques, qu'ils sont de la politique par d'autres moyens¹⁵. L'expression traduit tant le refus d'une vision formaliste du droit, pour qui « le droit est une science », qu'une approche purement politique ou stratégique, selon laquelle « le droit est simplement de la politique ». Il est possible d'accepter le caractère politique du droit, tout en reconnaissant l'importance de formes argumentatives spécifiquement juridiques, qui ne sont pas réductibles à une argumentation politique ou à toute autre forme d'argumentation¹⁶. Appréhender le droit de l'Union dans ses propres termes se distingue donc des approches culturelles, politiques ou critiques lorsqu'elles conçoivent les

¹² LEVI-STRAUSS C., *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1984, p. 55-56. Pierre Schlag ne dit pas autre chose lorsqu'il dénonce la pratique de « l'analyse de cas journalistique [case-law journalism] » et la « pensée juridique normative [normative legal thought] » dans les écoles de droit états-uniennes. SCHLAG P., « Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art) », *Georgetown Law Journal*, 2009, vol. 97, p. 803.

¹³ RILES A., « New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 2005, vol. 53, p. 973-1033.

¹⁴ V. VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law », 2003, p. 11s. ; VALVERDE M., « The Sociology of Law as a Means against Struggle Itself », *Social & Legal Studies*, 2006, vol. 15, n° 4, p. 591-597.

¹⁵ V. nt. LATOUR B., *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Nouvelle éd., Paris, la Découverte, 2011.

¹⁶ C'est par exemple le sens du travail de Duncan Kennedy sur le raisonnement juridique, V. nt. KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997.

concepts juridiques comme le simple reflet de forces plus profondes – ce qui ne va pas sans une certaine « fétichisation » de la société¹⁷. Cela ne correspond pas non plus aux approches doctrinales qui ont tendance à se concentrer sur l'interprétation et la systématisation du droit, aboutissant à une certaine « fétichisation » des concepts juridiques eux-mêmes.

Il n'est toutefois pas proposé de faire une analyse ethnographique de terrain, comme ont pu le faire Annelise Riles¹⁸ ou Mariana Valverde¹⁹, mais simplement de faire jouer certaines de leurs observations sur les « matériaux traditionnels » des juristes, c'est-à-dire, essentiellement, sur les énoncés normatifs ou les textes doctrinaux. En suivant la proposition faite par Alain Pottage, il s'agit de voir dans « les propres vestiges archéologiques du droit les ressources d'une réflexion sur la technique juridique²⁰ ». Le terme d'enquête désigne alors la perspective adoptée sur l'objet de l'étude ; le terrain de recherche reste toutefois essentiellement constitué de pratiques discursives prenant la forme d'un écrit. Cette perspective peut se nourrir du travail de l'historien du droit Yan Thomas, connu bien au-delà du droit romain, pour son approche « artificielle » du droit et son travail sur les « opérations du droit²¹ ». De même qu'Annelise Riles a proposé de faire une « ethnographie des abstractions²² », il a développé une histoire des « artifices » juridiques, refusant tant de réduire les formes juridiques à leur contexte social que de remettre en cause leur caractère historique et contingent²³. Démystifiant les concepts juridiques – comme il lui plaît de le rappeler, les juristes du Moyen-âge nomment parfois « chimères » leurs constructions et « alchimistes » ceux qui les

¹⁷ « Appliquées à mettre en évidence et dénoncer les prétentions formalistes à la souveraineté majestueuse du droit, les approches critiques en droit ont eu tendance à fétichiser la société, voyant le droit comme un effet ou un outil des structures sociales. [Keen to expose and denounce formalist claims about law's majestic sovereignty, critical legal scholars have tended to fetishize society, regarding law as an effect or a tool of social structures.] » V. VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ Pour un travail d'enquête important au sein des banques japonaises, V. RILES A., *Collateral knowledge : legal reasoning in the global financial markets*, Chicago ; Londres, University of Chicago Press, coll. « Chicago series in law and society », 2011.

¹⁹ V. les études de cas rassemblées in VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, *op. cit.*

²⁰ « law's own archeological remains the resources for a reflection on legal technique ». POTTAGE A., « Law after Anthropology : Object and Technique in Roman Law », *Theory, Culture & Society*, 2014, vol. 31, n° 2-3, p. 150.

²¹ Pour une idée de cet aspect du travail de Yan Thomas, on peut consulter le recueil suivant : THOMAS Y., *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard - Seuil, 2011.

²² RILES A., « An Ethnography of Abstractions ? », *Anthropology News*, 2000, vol. 41, n° 6, p. 100-101.

²³ Cette question est particulièrement développée dans THOMAS Y., *Mommsen et « L'Isolierung » du droit (Rome, l'Allemagne et l'Etat)*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984 ; THOMAS Y., « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits*, 1986, p. 149-160 ; THOMAS Y., « Droit », A. BURGUIERE (dir.), *Dictionnaire des sciences historiques*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1986, p. 205-213.

conçoivent²⁴ –, il insiste néanmoins sur l'importance d'étudier ces « artifices » consubstantiels de la dogmatique juridique²⁵.

2. Prendre au sérieux les pratiques

La perspective proposée implique notamment de changer le regard porté sur certaines pratiques, et notamment sur celles qui ont été dénoncées comme trahissant une conception essentialiste des concepts juridiques. L'essentialisme peut être vu comme une première façon de concevoir les concepts juridiques ; il se définit comme « la croyance qu'il est possible, par une combinaison d'observation et d'intuition intellectuelle, de pénétrer dans "l'essence cachée" des choses²⁶ ». Parmi les auteurs qui ont été le plus loin dans cette perspective se trouvent ceux qui ont été regroupés sous le terme de *Begriffsjurisprudenz* [Jurisprudence des concepts]. Si la signification de ce terme fait l'objet de discussions, il est en général employé pour critiquer les auteurs qui défendent les trois thèses suivantes : il n'y a pas de lacune dans le droit ; le droit existant peut être réduit à un système de concepts logiquement organisés ; le droit nouveau peut être logiquement déduit de concepts supérieurs²⁷. Un pendant de cette Jurisprudence des concepts se trouve aux États-Unis avec le développement du formalisme symbolisé par l'orthodoxie Langdellienne. Celle-ci repose sur l'idée que le droit peut être réduit à l'articulation logique de quelques principes fondamentaux que l'on trouve dans les décisions des cours supérieures²⁸. Comme son homologue allemand, le formalisme états-unien repose sur l'idée que c'est la « logique » et les concepts juridiques abstraits qui déterminent l'issue d'une décision²⁹. En France, le formalisme prend notamment la forme de l'École de l'Exégèse,

²⁴ THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature : sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, vol. 100, n° 3, p. 106.

²⁵ THOMAS Y., « La romanistique et la notion de jurisprudence », *op. cit.*, p. 153.

²⁶ ROSS A., « La définition en droit », E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, coll. « Études », 2000, p. 83.

²⁷ HAFERKAMP H.-P., *Jurisprudence of Concepts*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts>, consulté le 15 septembre 2017. Pour une présentation de ces auteurs, V. JOUANJAN O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2005 ; JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, n° 128, p. 129-144.

²⁸ Pour une présentation de la méthode par cas introduite par Christopher Columbus Langdell et ses collègues, V. DUXBURY N., *Patterns of American jurisprudence*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1995, p. 14-25. Pour une lecture différente, remettant radicalement en cause la distinction traditionnelle entre formalisme et réalisme, et proposant une autre vision de Langdell, V. TAMANAHA B.Z., *Beyond the formalist-realist divide : the role of politics in judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010, V. chap. 2 à 4.

²⁹ SOLUM L.B., *Legal Theory Lexicon 057 : Realist Deconstruction of Formal Legal Categories*, Rochester ; New-York, Social Science Research Network, 2011.

en droit privé, dès le début du XIX^{ème} siècle, puis de l'émergence d'une science du droit administratif, avec les premiers « faiseurs de systèmes³⁰ ». Ces approches, vues de façon idéal-typique, ont en commun de proposer une vision essentialiste des concepts juridiques et de défendre une figure du juge s'inscrivant dans l'« idéologie de la décision liée³¹ ». Si les concepts juridiques sont situés au cœur de celles-ci, elles sont parfois présentées comme « conceptualistes », ils sont idéalisés ou naturalisés ; le juge n'est là que pour les découvrir. La définition des concepts est alors vue, dans la tradition aristotélicienne, comme portant sur les choses auxquelles ceux-ci sont supposés référer.

Les approches essentialistes ont immédiatement fait l'objet de critiques vigoureuses. Rudolf von Jhering s'attaque frontalement à la Jurisprudence des concepts en imaginant, dans un des pamphlets les plus célèbres de la littérature juridique, le « paradis des concepts » auquel le théoricien du droit peut prétendre³². Allant encore plus loin, la libre recherche scientifique de François Gény prend aussi pour cible le formalisme³³. Les critiques sont également vives aux États-Unis, avec le développement des approches sceptiques et du réalisme juridique. Parmi d'autres, il est possible de penser à la critique du formalisme d'Oliver Wendell Holmes³⁴, à la charge de Roscoe Pound contre la « jurisprudence mécanique³⁵ » ou à la dénonciation des « non-sens transcendants » de Félix Cohen³⁶. La critique de l'essentialisme se retrouve ensuite dans les textes de Herbert Hart et d'Alf Ross qui remettent en cause la façon dont leurs contemporains conçoivent les concepts juridiques, en soulignant le caractère futile et trompeur de questions telles que : « Qu'est-ce que l'État ? » ; « Qu'est-ce que la propriété ? » ; « Qu'est-ce qu'une personne morale³⁷ ? ».

³⁰ Sur ces courants, V. CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 78s. et 94s. L'expression « faiseurs de systèmes » vient du Commissaire du gouvernement Chenot, CG Chenot, ccl sur Conseil d'État 10 février 1950, *Gicquel, Rec.*, p. 100. Elle a été reprise de façon célèbre par Jean Rivero, RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99.

³¹ « ideology of bound judicial decision-making ». WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, Dordrecht ; Boston, Kluwer Academic, coll. « Law and philosophy library », 1992. Pour un autre rapprochement de ces deux courants comme approches formalistes du droit, V. SILTALA R., *Law, truth and reason : a treatise on legal argumentation*, Dordrecht, Springer, 2011 chapitre 9.

³² Après avoir renié ses premiers écrits qui s'inscrivaient dans la Jurisprudence des concepts. V. VON JHERING R., « In the Heaven for Legal Concepts : A Fantasy », *Temple Law Quaterly*, 1985, vol. 58, p. 799.

³³ V. nt. GENY F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Société du Recueil Sirey, 1930, vol. IV.

³⁴ HOLMES O.W., « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1997, vol. 110, n° 5, p. 991-1009.

³⁵ POUND R., « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n° 8, p. 605-623.

³⁶ COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, n° 6, p. 821.

³⁷ V. nt. HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48 ; ROSS A., « Tù-tù », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 103-116.

Les opposants à l'essentialisme reprochent aux raisonnements reposant sur ces entités supposées de relever d'une « chosification³⁸ » ou d'une « hypostasie³⁹ » des concepts juridiques, ce qui serait sans doute aujourd'hui présenté sous l'étiquette de « réification⁴⁰ ». Il faut noter que la critique recourt souvent au champ lexical du religieux ou de la magie pour caractériser les concepts essentialisés et l'attitude de ceux qui les utilisent. Cohen parle de la « jurisprudence théologique des concepts⁴¹ » ; Pound compare l'usage mécanique de concepts, devenus des « mots vides de sens », à l'emploi d'un talisman dans les *Milles et Une Nuits*⁴² ; Ross, dans une célèbre parabole, dénonce les croyances « magiques » de ses contemporains en les mettant sur le même plan que les « croyances » d'une tribu imaginaire habitant une île du pacifique Sud⁴³. Dans la tribu imaginée par ce dernier, contrevenir à certains tabous conduit à l'état de « tû-tû », « conçu comme une sorte de force dangereuse, ou comme une infection qui s'attache au coupable et qui menace la communauté toute entière d'un désastre⁴⁴ ». Un tel état implique l'obligation de se soumettre à une cérémonie de purification⁴⁵. L'anthropologue mis en scène perçoit l'état de tû-tû comme la « croyance » d'un peuple encore « au stade de la superstition la plus obscure », alors qu'« il va de soi » pour l'anthropologue, Ross et le lecteur auquel il s'adresse, éclairés par la science moderne, que « tû-tû n'est rien du tout⁴⁶ ». La critique, dont la puissance est décuplée par la satire, repose sur l'idée que les juristes, comme les « sauvages », croient dans des formes imaginaires telles que le droit de propriété. En mettant en scène un anthropologue et des « sauvages », Ross, comme l'avait déjà fait Cohen, opère un rapprochement entre l'anthropologie des religions et l'étude de la doctrine juridique⁴⁷. Ce rapprochement peut être repris, mais de façon différente ; il permet de souligner les limites d'un jugement externe percevant les pratiques rituelles comme des croyances erronées.

³⁸ « thingification » COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *op. cit.*, p. 811 et 815.

³⁹ « hypostasis » ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley ; Los Angeles, University of California press, 1959, p. 179s.

⁴⁰ Le terme, très communément utilisé, recouvre de nombreuses significations. V. PITKIN H.F., « Rethinking reification », *Theory and Society*, 1987, vol. 16, n° 2, p. 263-293.

⁴¹ Cette comparaison revient à de nombreuses reprises. V. nt. COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *op. cit.*, p. 830s.

⁴² « empty words », « Like Habib in the Arabian Nights, we wave aloft our scimitar and pronounce the talismanic word. ». POUND R., « Mechanical Jurisprudence », *op. cit.*, p. 621.

⁴³ En parlant de magie, il reprend les termes du philosophe du droit suédois Axel Hägerström, ROSS A., « Tû-tû », *op. cit.*, p. 103.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Cohen suggère l'intérêt des approches fonctionnalistes en anthropologie des religions pour l'étude du droit. V. COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *op. cit.*, p. 830s.

La critique d'un jugement externe se trouve notamment dans les notes posthumes laissées par Ludwig Wittgenstein sur le *Rameau d'or* de James George Frazer⁴⁸. Dans l'ouvrage commenté, souvent présenté comme un travail précurseur de l'anthropologie des religions, Frazer présente les conceptions magiques et religieuses des « sauvages » qu'il étudie comme des croyances erronées, puisque démenties par la science moderne⁴⁹. Wittgenstein explique que cette analyse externe du phénomène religieux n'est pas satisfaisante parce qu'elle traduit l'incapacité de son auteur à comprendre qu'une pratique rituelle ne doit pas être nécessairement saisie sous le mode de la croyance⁵⁰. Par exemple, transpercer l'image de son ennemi ne s'explique pas forcément par la croyance que cette action va avoir un effet sur celui-ci. « Le même sauvage qui, apparemment pour tuer son ennemi, transperce l'image de celui-ci, construit sa hutte en bois de façon bien réelle et taille sa flèche selon les règles de l'art, et non en effigie⁵¹. » Ces pratiques rituelles sont également présentes dans les sociétés occidentales modernes. Lorsque, furieux, je frappe la terre de mon bâton, ou lorsque j'embrasse l'image de l'être aimé, ces actes ne s'expliquent pas par la croyance que la terre est responsable de quelque faute ou que la personne représentée par l'image ressentira quelque chose⁵². L'acte rituel ne peut pas nécessairement être expliqué en lui assignant une fonction ou une finalité déterminée en dehors d'un certain contexte social et culturel⁵³.

Il faut rendre justice à Ross ; sa position n'est pas celle de Frazer. En effet, s'il présente l'état de tû-tû ou les concepts juridiques comme des croyances erronées, il s'interroge sur le fait de savoir si « de bonnes raisons, des raisons rationnelles », peuvent être avancées pour maintenir la présentation des règles de droit recourant à de telles entités⁵⁴. Des mots comme « propriété », remarque Ross, permettent d'exprimer des prescriptions et des assertions de façon économique, ils sont vus comme des « outils de présentation⁵⁵ ». Il n'invite donc pas à s'en débarrasser, contrairement au missionnaire suédois mis en scène par Ross qui, officiant un temps sur l'île, avait tenté de faire abandonner leurs

⁴⁸ WITTGENSTEIN L., « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », *Agone*, traduit par Jean LACOSTE, 2000, n° 23, p. 13-31.

⁴⁹ V. FRAZER J.G., *Le Rameau d'or*, traduit par Pierre SAYN et Henri PEYRE, Paris, Robert Laffont, 1981.

⁵⁰ WITTGENSTEIN L., « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », *op. cit.* « Frazer est beaucoup plus "sauvage" que la plupart de ses sauvages, car ceux-ci ne seront pas aussi considérablement éloignés de la compréhension d'une affaire spirituelle qu'un Anglais du vingtième siècle. Ses explications des usages primitifs sont beaucoup plus grossières que le sens de ces usages eux-mêmes. » *Ibid.*, p. 19.

⁵¹ WITTGENSTEIN L., « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », *op. cit.*, p. 16.

⁵² *Ibid.*, p. 22 et 15.

⁵³ Sur cette question, V. BOUVERESSE J., « Wittgenstein critique de Frazer », *Agone*, 2000, n° 23, p. 37.

⁵⁴ De façon assez similaire, Cohen défend une approche fonctionnelle de ces croyances, V. COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *op. cit.*, p. 830s.

⁵⁵ ROSS A., « Tû-tû », *op. cit.*, p. 111.

superstitions à ses habitants⁵⁶. Toutefois, l'approche adoptée dans Tû-tû reste sujette à la critique de Wittgenstein dans la mesure où le cadre d'analyse de Ross est imposé aux pratiques qu'il propose d'observer de façon complètement externe. Les discours étudiés ne sont pas pris au sérieux, mais lus au prisme de la rationalité de l'auteur danois. Pour que tû-tû ait un sens, il faut, pour Ross, qu'il réponde à un but, à une fonction. Ce faisant, il évacue toute dimension symbolique ou rituelle, laissant de côté la signification qu'il peut avoir pour les « sauvages ».

Ces travaux en anthropologie des religions sont utiles pour expliquer la perspective adoptée sur les objets du droit et les pratiques des juristes. Plutôt que de juger de façon externe les erreurs de raisonnement qui seraient commises par les juristes, nous proposons de prendre au sérieux leurs pratiques conceptuelles, c'est-à-dire d'enquêter sur celles-ci en prenant en compte la signification qu'elles peuvent avoir pour les différents participants à la pratique discursive. Comme les anthropologues ont négligé pendant trop longtemps de se demander si les « sauvages » croyaient vraiment en leurs rites et leur magie, on peut penser que la dénonciation de l'essentialisme oublie parfois de se demander si les juristes croient, au sens fort, dans l'existence de ces entités que leurs discours mobilisent⁵⁷. Il serait sans doute naïf de penser que les juristes pensent que le juge n'a pas de pouvoir de décision, que le langage est complètement déterminé ou que les concepts juridiques existent dans un paradis éthéré parce qu'ils argumentent en apparence comme si tel était le cas. Lorsqu'un acteur affirme devant la Cour qu'il est de la nature de la citoyenneté d'impliquer la protection des droits fondamentaux du citoyen, il ne croit pas nécessairement qu'il est possible de pénétrer dans « l'essence cachée » des choses. De même, lorsqu'un auteur écrit que la Cour ne fait que « donner corps⁵⁸ » ou « déplier⁵⁹ » le concept de citoyen, il ne s'agit pas de disqualifier l'argument comme impliquant nécessairement une croyance naïve, mais de s'intéresser au rôle qu'il joue dans un contexte donné.

⁵⁶ Celui-ci figure Vilhelm Lundstedt, selon Éric Millard. V. *Ibid.*, p. 108, note 5. Lundstedt a proposé une version extrême du réalisme et dénoncé de façon radicale toute approche métaphysique. Pour une appréhension de cette approche dans son contexte, V. COTTERRELL R., « The Politics of Jurisprudence Revisited : A Swedish Realist in Historical Context », *Ratio Juris*, 2015, vol. 28, n° 1, p. 1-14.

⁵⁷ C'est ce que fait remarquer Annelise Riles, se demandant, à propos du débat sur l'universalisme de la « rule of law », « Could someone really believe this? » RILES A., « An Ethnography of Abstractions ? », *op. cit.*, p. 100.

⁵⁸ O'LEARY S., « Putting flesh on the bones of European Union citizenship. », *European law review*, 1999, vol. 24, n° 1, p. 68-79.

⁵⁹ VON BOGDANDY A., M. KOTTMANN, C. ANTPOEHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, et M. SMRKOLJ, « Reverse Solange – protecting the Essence of fundamental rights against EU Member States », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 2, p. 91.

S'il ne la formule pas dans ces termes, la critique qu'adresse Yan Thomas aux approches historiques négligeant les constructions des juristes rappelle les remarques de Wittgenstein. Parlant de la « fiction unitaire dans les exposés traditionnels du droit romain », il explique que :

« [à] la récuser comme fausse, on manque de savoir le rôle qu'elle joue dans la représentation juridique d'un droit considéré comme exemplaire ; on oublie que de tels artifices assurent l'efficacité d'un discours dogmatique qui ne peut faire l'économie de ces montages⁶⁰ ».

De même, on ne saurait rendre compte du statut de citoyen de l'Union en se débarrassant des concepts et des formes que la Cour ou d'autres acteurs mobilisent pour le construire. Renoncer à étudier les objets juridiques au nom de leur artificialité reviendrait à manquer une dimension fondamentale de la pratique juridique et du savoir des juristes. La question de la réalité de leur existence est finalement de peu d'importance ; ils peuvent être traités comme s'ils étaient ce qu'il y a lieu de savoir sur la réalité pour les acteurs, au sens du « comme si » de Hans Vaihinger, c'est-à-dire indépendamment de leur vérité ou de leur fausseté⁶¹.

La critique de l'essentialisme pour développer une réflexion sur les concepts juridiques est désormais largement acceptée⁶². Il ne s'agit pas de la remettre en cause dans le cadre d'un débat sur l'approche du langage, mais simplement de dire qu'elle ne doit pas conduire à négliger le rôle des arguments essentialistes dans les pratiques juridiques. Plutôt que de juger de façon externe les erreurs des juristes, nous proposons de prendre au sérieux leurs pratiques conceptuelles. Nous cherchons donc à « comprendre la connaissance juridique dans ses propres termes, incluant sa signification et son attrait du point de vue des différents acteurs juridiques⁶³ ». Avant de montrer comment cette

⁶⁰ THOMAS Y., « La romanistique et la notion de jurisprudence », *op. cit.*, p. 153.

⁶¹ VAHINGER H., *The philosophy of « As if » : A system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*, traduit par C.K. OGDENE, Londres, Routledge - K. Paul, 1952. Lon Fuller a repris ce mode de raisonnement pour les fictions juridiques de façon célèbre. FULLER L.L., *Legal fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967. L'application que nous en faisons se rapproche de celle qu'en fait Annelise Riles. V., nt., KNOP K., R. MICHAELS, et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*, 2012, vol. 64, p. 644s.

⁶² Elle ne l'est toutefois pas complètement, certains auteurs prenant appui sur la nouvelle théorie de la référence, développée en philosophie du langage par Saul Kripke et Hilary Putnam, pour adopter une approche métaphysiquement réaliste du langage. L'auteur ayant été le plus loin dans cette voie est sans doute Michael Moore, V. nt. MOORE M.S., « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review*, 1985, vol. 58, p. 277-398.

⁶³ « understand legal knowledge on its own terms, including its significance and appeal from various legal actors' own point of view. » RILES A., « Legal Knowledge », D.S. CLARKE (dir.), *International Encyclopedia of Law and Society*, 2007, p. 885-888. La posture adoptée peut en ce sens être rapprochée des approches culturelles du droit qui ne se désintéressent pas des techniques juridiques, V. nt. KAHN P.W., *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999. Si elle reste plus limitée en se focalisant seulement sur certaines pratiques discursives, elle se rapproche aussi de la volonté de comprendre le droit

perspective permet de penser l'activité du juge de façon originale, il convient de faire un détour pour exposer plus précisément l'approche des concepts retenue, dans une forme « d'aveu théorique préalable⁶⁴ ».

§ 2. Une approche pragmatique des concepts juridiques

La conception pragmatique du langage défendue par le philosophe Robert Brandom offre un cadre théorique particulièrement approprié pour développer une enquête sur les concepts en pratique⁶⁵. Celui-ci conçoit la détermination des concepts comme un processus social, historique et normatif (1) ; leur signification se déduit des inférences qu'ils autorisent au sein d'une pratique discursive (2).

1. Un pragmatisme normatif

Dans l'approche développée par Robert Brandom, les concepts sont gouvernés par des normes, c'est son aspect normatif ; celles-ci sont instituées au sein d'une pratique, c'est sa dimension pragmatique. Dire que les concepts sont institués en même temps qu'ils sont utilisés heurte frontalement l'analyse conceptuelle classique. Pour celle-ci, « la philosophie a essentiellement pour tâche d'analyser les concepts *a priori*, ce qui peut et doit être fait sans quitter le légendaire fauteuil⁶⁶ ». À cette méthode est associée la théorie classique ou définitionnelle des concepts, selon laquelle ils

comme une « expérience », mise en lumière par Liora Israël et Jean Grosdidier à partir des travaux de Dewey, V. ISRAËL L. et J. GROSIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés*, 2014, n° 27, p. 163-180.

⁶⁴ Selon les termes d'Éric Millard, MILLARD E., *L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant*, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009961/document>, consulté le 15 septembre 2017.

⁶⁵ L'approche de Robert Brandom est pour l'essentiel développée in BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2010 ; BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, deuxième partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2011. On en trouve un résumé in BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009. Robert Brandom propose une application de son approche au droit in BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 19-39. Pour son utilisation en théorie du droit, V. nt. CANALE D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padoue, CEDAM, 2003, p. 173s. ; KLATT M., *Making the law explicit : the normativity of legal argumentation*, Oxford, Hart Publishing, 2008 ; CHEROT J.-Y., « Suivre une (la) règle », J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365-378.

⁶⁶ « [P]hilosophy is essentially the a priori analysis of concepts, which can and should be done without leaving the proverbial armchair. » MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

sont des représentations et peuvent être définis *a priori* par des conditions nécessaires et suffisantes⁶⁷. Elle demeure très largement utilisée en théorie du droit, « peut-être plus que partout ailleurs⁶⁸ », au point qu'elle a parfois été présentée comme caractérisant l'approche analytique⁶⁹. Le débat sur l'analyse conceptuelle a en effet longtemps été tenu à l'écart de la théorie du droit, avant que Brian Leiter n'y transpose l'attaque de Willard Van Orman Quine contre l'empirisme logique⁷⁰.

La fragilité de la distinction entre les énoncés analytiques, vrais en vertu de leur seule signification, et les énoncés synthétiques, dont la vérité dépend de l'état du monde, remet en cause les fondements de l'analyse conceptuelle *a priori*⁷¹. Aucun énoncé n'échappe à la possibilité d'être remis en cause par l'expérience ; tout énoncé est susceptible d'être conservé face à l'expérience si d'autres aspects de l'ensemble théorique dans lesquels il s'insère sont adaptés⁷². La connaissance ne peut donc être fondée de manière immanente, en dehors d'elle-même. En conséquence, à la suite de ce qu'a proposé Quine pour l'épistémologie, Brian Leiter invite à renoncer à l'analyse conceptuelle et à naturaliser la théorie du droit⁷³. Cette naturalisation rompt avec la tentative de fonder philosophiquement la science pour s'appuyer sur les méthodes empiriques donnant les « meilleurs » résultats⁷⁴. La question est aujourd'hui abondamment discutée et constitue une des dimensions du « tournant méthodologique en philosophie du droit⁷⁵ ».

⁶⁷ De façon plus précise, elle est souvent définie comme la théorie pour qui « most concepts (esp. lexical concepts) are structured mental representations that encode a set of necessary and sufficient conditions for their application, if possible, in sensory or perceptual terms ». MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts and Cognitive Science », E. MARGOLIS et S. LAURENCE (dir.), *Concepts : core readings*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 10.

⁶⁸ HIMMA K.E., « Editor's Introduction », *Law and Philosophy*, 2011, vol. 30, n° 4, p. 378.

⁶⁹ DICKSON J., *Evaluation and legal theory*, Oxford, Hart, 2001, p. 21.

⁷⁰ V. nt. les articles réunis in LEITER B., *Naturalizing jurisprudence : essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, Oxford, OUP, 2007. Pour une présentation synthétique, V. LEITER B., « Naturalism in Legal Philosophy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012.

⁷¹ V. QUINE W.V.O., « Deux dogmes de l'empirisme », *Du point de vue logique : neuf essais logico-philosophiques*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2003, p. 49-81. Pour une présentation de la distinction et de sa critique, V. nt. SOAMES S., *Philosophical analysis in the twentieth century*, Princeton ; Oxford, Princeton University Press, 2003, p. 260s. Pour son introduction en théorie du droit, V. LEITER B., « Naturalism in Legal Philosophy », *op. cit.*, p. 7.

⁷² Le holisme sémantique implique que les énoncés n'ont pas de signification empirique lorsqu'ils sont pris isolément, le holisme épistémologique qu'ils ne peuvent être confrontés au tribunal de l'expérience que collectivement. V. NADEAU R., *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, p. 658.

⁷³ V. QUINE W.V.O., « L'épistémologie naturalisée », S. LAUGIER et P. WAGNER (dir.), *Philosophie des sciences. Naturalismes et réalismes*, Paris, Vrin, coll. « Textes clés », 2004, p. 36-60. Pour la reprise de la critique par Brian Leiter en philosophie du droit, V. LEITER B., « Naturalism in Legal Philosophy », *op. cit.*, p. 15s.

⁷⁴ Différentes voies de naturalisation sont proposées par Brian Leiter, V. LEITER B., « Naturalizing Jurisprudence : Three Approaches », J.R. SHOOK et P. KURTZ (dir.), *The Future of Naturalism*, Amherst, Humanity Books, 2009.

⁷⁵ Pour une présentation générale de ce tournant, concentrant la controverse autour de la question : « Comment faire de la théorie du droit ? », V. GREEN L., « General Jurisprudence », *op. cit.* ; DICKSON J.,

L'approche développée par Robert Brandom est une des réponses possibles à la remise en cause de l'analyse conceptuelle classique. Il rejette une vision du langage dans laquelle les concepts sont parfaitement définis *a priori* dans une première étape, avant d'être ensuite utilisés dans des propositions et confrontés à l'expérience⁷⁶. Ce modèle ne correspond pas au processus par lequel les concepts sont révisés, parce que la distinction entre le changement de croyance et le changement de signification n'est pas aussi tranchée que le prédit l'opposition entre les énoncés analytiques et synthétiques. Robert Brandom propose de substituer à ce modèle en deux étapes une approche dans laquelle l'institution et l'application de normes conceptuelles sont deux aspects de la pratique discursive :

« La pratique discursive ne doit pas être seulement comprise comme l'*application* de concepts par le recours à des expressions linguistiques, mais aussi et en même temps, comme l'*institution* des normes conceptuelles qui déterminent ce qui peut être tenu pour un usage correct ou incorrect de ces expressions. L'*usage* réel du langage détermine – et est tout ce qui *peut* déterminer – la *signification* des expressions utilisées⁷⁷. »

Ainsi explique-t-il par ailleurs qu'« *appliquer* des normes conceptuelles et les *transformer* sont les deux faces de la même médaille⁷⁸ ». On perçoit ici que le pragmatisme de Robert Brandom s'inscrit dans une approche normative du langage ; dans un contexte donné, l'usage d'un concept peut être qualifié de correct ou d'incorrect⁷⁹. Ainsi, le pragmatisme normatif de Robert Brandom rompt de façon importante avec la conception classique de l'analyse conceptuelle ; les normes gouvernant l'usage des concepts sont instituées au sein d'une pratique discursive. Au-delà de la réponse à la critique

« Methodology in jurisprudence », *op. cit.* ; CHEROT J.-Y., « Le tournant méthodologie en philosophie du droit », *op. cit.*

⁷⁶ BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism: Synthetizing Naturalism and Historicism », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, 2000, p. 156s. V. également, BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, Harvard University Press, 2002, p. 214.

⁷⁷ « The practice of using language must be intelligible as not only the *application* of concepts by using linguistic expressions, but equally and at the same time as the *institution* of the conceptual norms that determine what would count as correct and incorrect uses of linguistic expressions. The actual *use* of the language settles – and is all that *could* settle – the *meanings* of the expressions used », BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 214-215.

⁷⁸ « *applying* conceptual norms and *transforming* them are two sides of one coin. », BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 177.

⁷⁹ « Les pratiques qui confèrent un contenu propositionnel – et d'autres types de contenu conceptuel – contiennent implicitement des normes relatives à la manière dont il est *correct* [*correct*] d'utiliser des expressions, dans quelles circonstances il est *approprié* [*appropriate*] d'accomplir différents actes de langage, et quelles sont les conséquences *appropriées* de tels actes. » BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, *op. cit.*, p. 35. Pour une présentation des approches normatives du langage et de celle de Robert Brandom, V. KLATT M., *Making the law explicit*, *op. cit.*, p. 87s. Sur le mécanisme par lequel les usages sont évalués, V. *supra*, Partie II, introduction et chapitre 2.

naturaliste, nous montrerons que cette conception permet de dépasser les difficultés pratiques que pose une enquête sur les concepts dans le cadre de l'analyse conceptuelle classique. Normative, l'approche adoptée est également inférentielle.

2. Un pragmatisme inférentiel

Dans sa leçon inaugurale à Oxford, porté par le souffle de la philosophie du langage ordinaire, Hart s'interroge sur la perplexité que peuvent susciter certaines questions du type : Qu'est-ce que le droit ? Qu'est-ce qu'un État ? Qu'est qu'une personne ⁸⁰? Ces questions, observe-t-il, sont ambiguës car elles peuvent simplement appeler une définition, mais elles peuvent aussi appeler une justification ou une explication de l'origine d'une institution – une « théorie⁸¹ ». Certaines caractéristiques propres aux concepts juridiques – principalement l'absence de contrepartie dans le monde et le fait qu'ils servent à tirer des conclusions de droit – rendent la méthode de définition *per genus et differentiam*, voire toute méthode de définition, inappropriée⁸². Les difficultés à rendre compte de la signification des concepts juridiques à l'aide de ces méthodes conduisent à la confusion des genres et au développement de théories « sur le dos des définitions⁸³ ». Or, ces théories éclairent peu « le travail concret » des notions à l'œuvre au sein de la pratique d'un système juridique⁸⁴. En conséquence, Hart propose d'adopter une nouvelle méthode « d'élucidation des concepts juridiques ». Bien qu'elle ne soit pas présentée dans ces termes, elle peut être lue comme s'inscrivant dans une approche inférentielle du langage⁸⁵.

En effet, reprenant certaines intuitions de ses prédécesseurs, et notamment l'importance de considérer les phrases dans leur ensemble, perçue par Bentham, il propose de ne pas chercher à donner des synonymes des mots concernés, ni même de traduire les phrases dans lesquels ils sont

⁸⁰ Cette leçon est donnée en 1953 à Oxford. Elle a été publiée l'année suivante puis republiée in HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *op. cit.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 21.

⁸² Hart parle tout d'abord de l'« anormalité » des termes juridiques. *Ibid.*, p. 22. Par la suite, il sera conduit à reformuler sa théorie pour voir cette anormalité non pas dans les concepts pris isolément, mais dans le contexte normatif dans lequel ils s'insèrent. V. nt. HART H.L.A., « Problems of the Philosophy of Law », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 94-95 ; HART H.L.A., « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, 1956, vol. 105, p. 962.

⁸³ « on the back of definitions ». HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *op. cit.*, p. 25.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ En ce sens, V. CHEROT J.-Y., « L'analyse des concepts en droit : sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2012, n° 5, p. 2275.

utilisés, mais d'étudier l'usage de ces termes dans des phrases typiques⁸⁶. Ainsi, pour élucider une expression comme « un droit [a legal right] », il faut expliquer, d'une part, les conditions dans lesquelles une affirmation du type « X a un droit » est vraie et, d'autre part, présenter les « conclusions de droit » qui en découlent⁸⁷. Pour élucider les concepts juridiques⁸⁸, il faut donc s'intéresser à leur usage dans les discours juridiques, et plus particulièrement dans celui du juge, de manière à déterminer les conditions dans lesquelles ils peuvent être utilisés et les conséquences juridiques qui en découlent.

Ross présente également certains concepts juridiques comme se trouvant au centre de relations inférentielles⁸⁹. Comme Hart, il observe que certains concepts juridiques ne font pas référence à quelque chose. « Des mots tels que “propriété”, “créance”, ou d'autres encore, remplissent lorsqu'ils sont employés dans le langage juridique la même fonction que le mot “tû-tû” ; ce sont des mots dépourvus de signification, c'est-à-dire sans référent, et qui n'ont pas d'autre objectif que de servir de technique de présentation⁹⁰. » Ce qu'ils permettent de présenter est un réseau d'inférences entre des faits-conditions et des conséquences juridiques, il parle alors de « concepts intermédiaires ». Ross écrit dans un premier temps que ces termes sont dénués de signification bien qu'ils jouent une fonction en permettant de présenter plus simplement les normes en vigueur ; par la suite, adoptant une approche inférentielle du langage, il accepte que ces mots sont dotés de signification⁹¹.

⁸⁶ « The technique I suggested was to forego the useless project of asking what the words taken alone stood for or meant and substitute for this a characterization of the function that such words performed when used in the operation of a legal system. » HART H.L.A., « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century », *op. cit.*, p. 961.

⁸⁷ HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *op. cit.*, p. 35. La signification d'un concept juridique ne se confond ni avec la situation de fait qui mène à la qualification, ni avec les conséquences juridiques qui en découlent, mais se trouve dans les conclusions qu'il permet de faire. Le statut d'un esclave n'est pas simplement un mot permettant de désigner un ensemble de droits et de devoirs : « there is a sense in which these are the “consequences” of his status; it is the sense in which the obligation to leave the wicket is a consequence of being “out”. » *Ibid.*, p. 41. Bien qu'elle joue un rôle important, la notion de « conclusions de droit » et son lien avec le caractère anormal des concepts juridiques ne sont pas très clairs. Herbert Hart est revenu sur ces questions. V. nt. HART H.L.A., « Introduction », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 2. Sur cette question, V. PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁸ Hart préfère ce terme à celui de définition, bien qu'il accepte qu'on l'appelle définition « s'il l'on veut [if we wish] ». V. HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *op. cit.*, p. 33.

⁸⁹ ROSS A., « Tû-tû », *op. cit.* V. également, ROSS A., « La définition en droit », *op. cit.* ; ROSS A., « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD, Elsa MATZNER et Pierre BRUNET, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 167-182.

⁹⁰ ROSS A., « Tû-tû », *op. cit.*, p. 112.

⁹¹ V. nt. ROSS A., « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *op. cit.* Pour la mise en évidence et la discussion de cette évolution, V. BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit & Société*, 2002, n° 50, p. 19-28.

La dimension inférentielle de l'analyse des concepts est liée, chez Hart et Ross, à la particularité du discours juridique, voire à la spécificité de certains concepts juridiques. Leurs travaux trouvent aujourd'hui une résonance intéressante avec l'approche inférentielle du langage développée par Robert Brandom à la suite de Wilfrid Sellars⁹². Pour Robert Brandom :

« saisir ou comprendre un [...] concept, c'est avoir une maîtrise pratique sur les inférences dans lesquelles il est impliqué – savoir, au sens pratique d'être capable de distinguer (une sorte de savoir-*comment*) ce qui découle de l'applicabilité d'un concept et ce dont il découle⁹³ ».

S'inscrire dans une approche inférentielle plutôt que référentielle de la signification entraîne des conséquences immédiates quant à la méthode qui peut être adoptée pour enquêter sur le contenu conceptuel.

L'explication sémantique doit être « descendante » et « holiste ». Elle est descendante car le point de départ de l'explication ne peut consister que dans la compréhension des phrases assertives dans leur ensemble, seules à pouvoir servir de prémisse ou bien de conclusion dans un raisonnement. C'est à partir de l'analyse du rôle inférentiel de ces phrases que l'on peut « descendre » pour expliquer la signification de leurs composants (par opposition à une approche « ascendante », souvent associée à une conception représentationnaliste du langage, qui construit la signification des phrases à partir de leurs éléments). L'approche est « holiste », par opposition à l'« atomisme sémantique », au sens où le contenu conceptuel ne peut être compris que par rapport à son articulation avec d'autres concepts. Le contenu d'un concept ne peut donc être saisi de façon isolée ou indépendante, « on ne peut avoir de concepts *du tout* à moins d'avoir *beaucoup* de concepts⁹⁴ ». La controverse qui se déroule devant le juge, et le discours tenu par celui-ci, constituent un lieu particulièrement intéressant pour étudier les relations inférentielles que permettent de faire les concepts juridiques, puisqu'elles y sont explicitées.

⁹² Pour une présentation de l'inférentialisme de Brandom dans le contexte de l'École de Pittsburgh, V. MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy : Sellars, McDowell, Brandom*, New York, Routledge, 2012, p. 60s. V. également KLATT M., *Making the law explicit, op. cit.*, p. 122s.

⁹³ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons, op. cit.*, p. 56.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 23.

§ 3. La CJUE et le travail des concepts juridiques

La question des méthodes d'interprétation occupe une place prépondérante dans les écrits sur le raisonnement du juge de l'Union, que ce soit dans les travaux séminaux d'Anna Bredimas, Hjalte Rasmussen ou Joxerramon Bengoetxea⁹⁵ ou dans des ouvrages récents, comme ceux de Gerard Conway, Gunnar Beck, Suvi Sankari ou Elina Paunio⁹⁶. Si ces auteurs ne se limitent pas à discuter des méthodes d'interprétation de la Cour, force est de constater que ces dernières retiennent une partie importante de leur attention. Nous ne proposons pas une nouvelle évaluation de la qualité du raisonnement du juge ou des méthodes d'interprétation qu'il utilise, mais une enquête sur la construction du statut de citoyen à travers sa jurisprudence. S'interroger sur le juge et le travail des concepts juridiques conduit à porter un nouveau regard sur l'activité du juge. Le travail des concepts est entendu au sens des concepts au travail dans une pratique discursive donnée, à l'opposé d'une approche essentialiste⁹⁷. La locution est aussi prise au sens du travail du juge sur les concepts, c'est-à-dire de ce qu'il fait aux concepts lorsqu'il les mobilise dans son raisonnement⁹⁸.

Le travail conceptuel du juge prend place dans le cadre du procès, ce qui implique de s'intéresser aux travaux sur la façon dont la Cour raisonne avec ses décisions antérieures, développés ces dernières années par des auteurs comme Jan Komárek, Urška Šadl et Marc Jacob⁹⁹. Toutefois, l'enquête proposée ne se limite pas à cette question ; elle porte, plus largement, sur le rôle de la Cour dans

⁹⁵ BREDIMAS A.E., *Methods of interpretation and community law*, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1978 ; RASMUSSEN H., *On law and policy in the European Court of Justice : a comparative study in judicial policymaking*, Boston, M. Nijhoff, 1986 ; BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press - OUP, coll. « Oxford European Community law series », 1993.

⁹⁶ CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in European law and policy », 2012 ; BECK G., *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2012 ; SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013 ; PAUNIO E., *Legal certainty in multilingual EU law : language, discourse, and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham, Ashgate Publishing Limited, 2013.

⁹⁷ Hart parle en ce sens des « concepts au travail » pour s'opposer aux approches essentialistes. V. HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 277.

⁹⁸ Dans un sens proche, des auteurs parlent du travail du juge, V. KENNEDY D., *A critique of adjudication, op. cit.*, ou du travail du texte ou du droit, V. MÜLLER F., *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier JOUANJAN, Paris, PUF, 1996 ; JOUANJAN O. et F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Saint-Nicolas, Les presses de l'université Laval, 2007. Soulignant que l'interprétation « n'est qu'une partie – et peut-être pas la plus importante – du travail [des juristes] », V. GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, p. 113-129, para 13 pour la citation.

⁹⁹ V. nt. KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent », *American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149-171 ; ŠADL U., « Case – Case-Law – Law : Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments », *European Constitutional Law Review*, 2013, vol. 9, n° 2, p. 205-229 ; JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice : unfinished business*, Cambridge, CUP, 2014.

l'institution du concept de citoyen de l'Union dans le cadre intellectuel et institutionnel du droit de l'Union. La démarche adoptée est abductive ; l'étude du cas de la citoyenneté permet de développer un cadre d'analyse sur les opérations conceptuelles du juge ; en retour, celui-ci offre une meilleure compréhension de la construction de la citoyenneté de l'Union. Ce cas offre un terrain d'enquête particulièrement adapté parce que la Cour a joué un rôle majeur dans le développement du concept, même si d'autres acteurs sont intervenus, comme les rédacteurs des traités ou le législateur, mais aussi les interlocuteurs directs de la Cour et les commentateurs du droit de l'Union. Ceux-ci seront pris en compte dans leur rapport avec le juge, mais ils ne constitueront pas l'objet principal de l'enquête. C'est la raison pour laquelle seuls les aspects de la citoyenneté de l'Union qui ont été les plus discutés devant le juge seront étudiés, sans d'ailleurs prétendre à l'exhaustivité. Certains aspects importants de la citoyenneté de l'Union ne seront donc pas traités comme, par exemple, le droit de vote ou le droit de pétition des citoyens de l'Union. Ils pourraient faire l'objet d'autres enquêtes.

La Cour de justice s'est essentiellement prononcée sur la citoyenneté de l'Union dans le cadre du renvoi préjudiciel prévu par l'article 267 TFUE, et plus spécifiquement, lors de questions portant sur l'interprétation des traités ou des textes adoptés par le législateur de l'Union¹⁰⁰. La Cour est confrontée à des questions du type : « un citoyen de l'Union peut-il se prévaloir directement d'un droit de séjour contre un État membre dont il n'a pas la nationalité ? » La controverse qui a lieu devant le juge vise à déterminer quel doit être l'usage correct du langage ; ce type de débat a pu être présenté comme un débat « méta-pragmatique¹⁰¹ » ou comme une « négociation métalinguistique¹⁰² ». Dans les termes de Robert Brandom, la controverse doit être lue comme portant sur les normes gouvernant l'usage du concept. Lorsqu'un acteur argue que la citoyenneté de l'Union ne confère aucun droit de séjour à ses titulaires et qu'un autre soutient le contraire, le parti pris n'est pas de dire qu'ils parlent de quelque chose de différent sans se comprendre ou qu'ils proposent l'adoption de différents concepts, mais

¹⁰⁰ Elle s'est aussi prononcée sur la citoyenneté dans le cadre d'arrêts en manquement qui seront également discutés. V., par exemple, CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, C-318/05, EU:C:2007:495 ou CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, C-364/10, EU:C:2012:630.

¹⁰¹ Dans les termes de Luc Boltanski, « [l]a dispute se centre sur la façon dont on doit qualifier ce qui se passe et, par conséquent, sur la manière dont doit être posée la relation entre formes symboliques et états de choses, pour être jugée acceptable. » BOLTANSKI L., « L'être sans le corps de l'institution », P. NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes : Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, coll. « Collection de l'École française de Rome », n° 480, 2013, p. 162.

¹⁰² Dans les termes de David Plunkett et Timothy Sundell, c'est-à-dire de « débats dans lesquels les interlocuteurs n'expriment pas les mêmes concepts par leurs mots mais sont plutôt en train de négocier comment les mots devraient être utilisés et par là, négocient quel concept parmi un groupe de concepts concurrent devrait être utilisé dans ce contexte [disputes in which speakers do not express the same concepts by their words but rather negotiate how words should be used and thereby negotiate which of a range of competing concepts should be used in that context.] ». PLUNKETT D. et T. SUNDELL, « Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes », *Legal Theory*, 2013, vol. 19, n° 3, p. 242.

qu'ils prennent une position explicite sur les normes qui doivent gouverner l'usage du concept juridique de citoyen de l'Union.

En ce sens, l'arrêt de la Cour peut être conçu comme la résolution d'une controverse sur le contenu des concepts juridiques. Au sens strict, la controverse a pour objet la question préjudicielle posée à la Cour. Les débats voient intervenir différents acteurs dont la participation est organisée par le droit¹⁰³. On peut parler d'une négociation conceptuelle dans laquelle la Cour joue un rôle particulier, en ayant le privilège de mettre fin à la discussion par son arrêt, en tant qu'« interprète authentique¹⁰⁴ ». Dans un sens plus large, la controverse inclut d'autres acteurs, et ne se termine pas avec l'arrêt de la Cour. Celui-ci prend la forme d'un discours dont la signification doit elle-même être déterminée, et qui peut, à ce titre, être sujet à discussion. Cette « limite » du pouvoir du juge peut d'ailleurs être retournée à son profit par « le juge » lui-même. En effet, il discourt également sur ses propres productions, et, toujours en raison de son statut spécifique, il dispose d'une place particulière pour les instituer ou, au contraire, les destituer.

Ces questions qui touchent au mode d'institution des normes gouvernant l'usage des concepts seront discutées plus en détail par la suite. Pour le moment, il convient simplement de souligner que l'approche retenue se distingue d'une interprétation téléologique de la jurisprudence, dans laquelle le rôle du juge dans la construction conceptuelle est effacé (1). Elle se distingue également d'une approche dans laquelle la controverse est reconnue, mais lue comme le simple reflet de l'opposition des acteurs (2).

1. Dépasser l'interprétation téléologique de la jurisprudence

Dans une tradition résumée par la métaphore du juge « bouche de la loi¹⁰⁵ », la solution du litige est présentée comme s'imposant au juge. La dimension temporelle et le caractère controversé de la solution se trouvent niés dans le même mouvement. L'historicité de ses décisions est le plus souvent effacée des arrêts de la Cour. « [L]interprétation que la Cour donne d'une disposition de droit communautaire se limite à éclairer et à préciser la signification et la portée de celle-ci, telle qu'elle

¹⁰³ Pour un panorama des différents interlocuteurs de la Cour, V. POLLACK M., « Learning from EU Law Stories. The European Court and Its Interlocutors Revisited », F. NICOLA et B. DAVIES (dir.), *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, CUP, 2017, p. 577-602.

¹⁰⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999, p. 339s.

¹⁰⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, p. 298.

aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur », dit par exemple la Cour dans l'affaire *Grzeleczyk*¹⁰⁶. Lorsqu'elle est exprimée, elle traduit une vision linéaire et téléologique de l'évolution du droit de l'Union, « droit de l'intégration¹⁰⁷ » ; la Cour précise ainsi qu'une situation échappe à une disposition du droit communautaire au « stade actuel de l'évolution du droit communautaire¹⁰⁸ ». Il n'arrive que de façon très exceptionnelle à la Cour de dire explicitement qu'elle reconsidère sa jurisprudence, comme dans les arrêts *Keck et Mithouard*¹⁰⁹, *HAG II*¹¹⁰ ou *Metock*¹¹¹. Tout se passe, en général, comme si le temps était, en quelque sorte, écrasé.

De même, bien que située au cœur de la procédure préjudicielle, la controverse a tendance à être évincée du discours du juge, ou, du moins, à être traitée de façon ancillaire, au service d'une lecture téléologique. Tout d'abord, la figure même du juge, hypostasié, s'exprimant d'une seule voix, participe à cet effacement. La controverse entre les juges est couverte par le secret des délibérés. Si la CJUE relève d'une culture hybride, elle se rapproche sur ce point de la tradition romano-germanique¹¹². Ensuite, au-delà du débat entre les juges en chair et en os, la controverse sur ce qu'implique la justification produite par la Cour est évincée. L'indétermination des décisions précédentes est le plus souvent gommée dans les arrêts postérieurs. L'existence de formules ou de lignes de justifications utilisées par la Cour, puis abandonnées par la suite, est passée sous silence. La Cour a tendance à présenter sa jurisprudence sur la citoyenneté comme l'aboutissement nécessaire d'une dynamique propre au droit de l'Union, voire au concept même de citoyen.

Cette tendance se retrouve en doctrine et dans l'argumentation des différents participants à la controverse. Le développement du concept de citoyen de l'Union est souvent présenté comme la poursuite d'un cheminement naturel. Les usages dégagés progressivement par la Cour seraient déjà contenus dans le concept lui-même ; « [l]'histoire enseigne en effet que la citoyenneté est par nature

¹⁰⁶ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, para. 50.

¹⁰⁷ PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2005.

¹⁰⁸ V. CJCE, 21 juin 1988, *Lair / Universität Hannover*, 39/86, EU:C:1988:322, para. 15 et CJCE, 21 juin 1988, *Brown / Secretary of State for Scotland*, 197/86, EU:C:1988:323, para. 18.

¹⁰⁹ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, EU:C:1993:905, para. 16.

¹¹⁰ CJCE, 17 octobre 1990, *CNL-SUCAL / HAG II*, C-10/89, EU:C:1990:359, para. 10.

¹¹¹ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, EU:C:2008:449, para. 58.

¹¹² Pour une réflexion situant la CJUE comme à mi-chemin entre le modèle romano-germanique et le modèle de *Common law*, V. LASSER M. de S.-O.-L., *Judicial transformations : the rights revolution in the courts of Europe*, Oxford, OUP, 2009. Dans le même sens, sur le style de la motivation, V. SCHÖNBERGER C., « “Mi attendu, mi dissertation”. Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit et société*, 2015, n° 3, p. 505–519.

une institution dynamique¹¹³ » ; « le concept est un concept dynamique, qui peut être développé ou renforcé, mais ne peut être diminué¹¹⁴ ». La Cour ne ferait, dans cette perspective, que « donner corps¹¹⁵ » ou « déplier¹¹⁶ » le concept de citoyen de l'Union. L'idée d'un développement naturel du concept se trouve aussi dans sa personnification. Célébrant le « vingt et unième anniversaire » de la citoyenneté de l'Union, Alina Tryfonidou affirme que, « majeure », chronologiquement parlant, elle serait sur le point de le devenir aussi en raison de son contenu. Elle retrace ensuite le développement de la jurisprudence en quatre périodes : l'« enfance », la « croissance », l'« adolescence » et la « vie adulte¹¹⁷ ». Dans ses conclusions sur *Rendón Marín*, l'Avocat général Szpunar présente le développement de la citoyenneté par la Cour comme une progression linéaire vers un achèvement fondamental pour l'Union européenne : « [c]e vaste travail jurisprudentiel, à travers lequel la Cour a rendu effective la citoyenneté de l'Union, a été, et est encore, réalisé de manière progressive en étroite coopération avec les juges nationaux dans le cadre de la procédure préjudicielle. Tout au long de cette coopération, la Cour a suivi une ligne jurisprudentielle cohérente qui a contribué de manière remarquable à édifier le statut fondamental du citoyen de l'Union¹¹⁸ ».

Si ces présentations reconnaissent une certaine historicité au développement du concept, celle-ci prend la forme d'une *Whig history* de la jurisprudence¹¹⁹. L'histoire est conçue comme une progression

¹¹³ MAGNETTE P., « Conclusions. La dynamique de la citoyenneté européenne », *op. cit.*, p. 183.

¹¹⁴ « The concept is a dynamic one, capable of being added to or strengthened, but not diminished » O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 373.

¹¹⁵ O'LEARY S., « Putting flesh on the bones of European Union citizenship. », *op. cit.*

¹¹⁶ VON BOGDANDY A., M. KOTTMANN, C. ANTPOEHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, et M. SMRKOLJ, « Reverse Solange – protecting the Essence of fundamental rights against EU Member States », *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁷ TRYFONIDOU A., *The impact of Union citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 23. La métaphore est très commune, l'auteure renvoie d'ailleurs en note à deux autres auteurs affirmant également la majorité de la citoyenneté : KOSTAKOPOULOU D., « Ideas, Norms and European Citizenship », *op. cit.*, p. 267 ; WAELE H. de, « EU Citizenship : Revisiting its Meaning, Place and Potential », *European Journal of Migration and Law*, 2010, vol. 12, n° 3, p. 334. On peut aussi penser à Niamh Nic Shuibhne qui parle de la naissance de la citoyenneté et de ses différents « âges ». SHUIBHNE N.N., « The Third Age of EU citizenship », *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 333.

¹¹⁸ AG Szpunar, ccl sur CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, para. 110. Par la suite, il reprend d'ailleurs l'image d'Alina Tryfonidou dans ses conclusions sur *Chavez-Vilchez e.a.* pour célébrer, avec un peu d'anticipation, une citoyenneté atteignant l'âge de vingt-trois ans. AG Szpunar, ccl sur CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354, para. 80.

¹¹⁹ L'expression de « Whig history » ou de « Whig view of history » n'était pas nécessairement connotée négativement à l'origine. Elle a toutefois été popularisée par l'historien britannique Herbert Butterfield au début du XXème siècle pour critiquer une certaine historiographie. BUTTERFIELD H., *The Whig interpretation of history*, New York, Norton, coll. « Norton library », 1965. Son nom vient du parti libéral anglais mais l'expression est aujourd'hui utilisée de façon beaucoup plus générale, notamment en sociologie des sciences et des techniques. V. BLACKBURN S., « Whig view of history », *The Oxford dictionary of philosophy*, Oxford, OUP, coll. « Oxford paperback reference », 2008.

continue, interprétée à la lueur d'un glorieux présent. Ce type d'approche se trouve implicitement dans la plupart des « manuels », dont l'objet principal est de donner une systématisation des règles au moment de l'écriture. L'histoire est le plus souvent réduite à une description linéaire des grandes étapes conduisant à la situation actuelle. Les thèses qui n'ont pas été couronnées de succès ne sont pas prises au sérieux, ni même, le plus souvent, mentionnées. Certains travaux portant sur le raisonnement de la Cour conduisent également à évincer la controverse. Ainsi, la méthode proposée par Joxerramon Bengoetxea¹²⁰, récemment appliquée et complétée par Suvi Sankari dans le champ de la citoyenneté¹²¹, repose sur « une reconstruction de la doctrine interprétative et justificative de la Cour¹²² ». Cette « reconstruction rationnelle » vise à présenter un modèle général et idéal du raisonnement de la Cour, afin de servir de point de référence à une critique interne¹²³. La rationalisation *a posteriori* et l'accent mis sur les seules raisons de la Cour conduisent à masquer le caractère controversé et historique du travail du juge. Centrer le questionnement sur l'évaluation de la justification produite par le juge masque les voies qu'il aurait pu suivre mais qu'il n'a pas suivies.

Les discours en forme d'interprétation Whig de l'histoire sont parfois présentés comme procédant d'une volonté, plus ou moins délibérée, de légitimer le chemin conceptuel adopté par le juge. Si tel peut en être l'effet, ne retenir que le caractère volontaire ou stratégique de l'opération est réducteur. Tout d'abord, dans le contexte de l'argumentation juridique, chaque participant à la controverse peut avoir intérêt à construire son argument comme poursuivant la progression naturelle de la jurisprudence de la Cour, sans pour autant chercher à en légitimer la jurisprudence. Ensuite, la lecture téléologique de la jurisprudence de la Cour participe d'une tendance plus générale, consistant à traiter de façon asymétrique les théories selon qu'elles sont considérées comme valables ou non au moment de l'étude.

Développé à partir des travaux de Barry Barnes et David Bloor en sociologie des sciences, le principe de symétrie est une directive méthodologique visant à éviter de tomber dans le piège de cette relecture du passé à la lueur du présent¹²⁴. Il commande de considérer les différentes thèses avancées

¹²⁰ BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*

¹²¹ SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013.

¹²² « a reconstruction of the Court's doctrine of interpretation and justification », BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 5-6.

¹²³ BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 11, V. particulièrement le chapitre 5 et les remarques conclusives.

¹²⁴ V. BLOOR D., *Knowledge and social imagery*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1991 ; BARNES B., *Interests and the growth of knowledge*, Londres - Boston, Routledge - KPaul, coll. « Routledge direct editions », 1977. Pour sa reprise et sa généralisation par Bruno Latour, Steve Woolgar et Michel Callon, V. LATOUR B. et S. WOOLGAR, *La vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*, traduit par Michel BIEZUNSKI, Paris,

dans leurs propres termes, c'est-à-dire de traiter de façon symétrique et impartiale les différents arguments produits, qu'ils soient considérés comme vrais ou faux *a posteriori*¹²⁵. Le succès ou l'échec d'un argument n'est pas vu comme résultant uniquement de ses propriétés intrinsèques mais comme le résultat d'un processus historique et social. En exposant les désaccords parmi les participants, s'intéresser à la controverse joue un rôle démystificateur. Parlant des controverses technologiques, Michel Callon explique que, « [p]ar les divergences qu'elles révèlent au sein de la communauté des spécialistes les controverses font éclater l'illusion d'une pure nécessité technique et rendent accessibles aux profanes et en particulier aux sociologues les contenus techniques eux-mêmes¹²⁶ ».

2. Percevoir le caractère instituant de la controverse conceptuelle

Cette dimension démystificatrice est le propre des travaux portant sur la controverse, quels que soient le domaine ou l'approche retenus. La mise en exergue de désaccords pour souligner la dimension contingente et politique de la décision juridique, par opposition au discours du juge ou de la doctrine, est relativement commune. On la trouve notamment dans les approches soulignant l'aspect stratégique de la décision du juge, par exemple chez les auteurs mettant l'accent sur les valeurs et les préférences idéologiques des acteurs ou les arrangements institutionnels dans lesquels ils sont inscrits¹²⁷. Cette lecture sous-tend souvent les travaux en droit et en science politique qui se concentrent sur le rôle de la Cour de justice dans le processus d'intégration communautaire, comme la critique classique de Hjalte Rasmussen¹²⁸ ou les travaux plus récents d'Alec Stone Sweet¹²⁹ ou de Karen J. Alter¹³⁰. Il est possible de rattacher à ces approches politistes et historiques l'ouvrage collectif récemment consacré aux « histoires du droit de l'Union¹³¹ ». Si les textes rassemblés par Bill Davies et Fernanda Nicola sont riches et nombreux, ils s'inscrivent le plus souvent dans la volonté de dévoiler

Découverte, coll. « Sciences et société », 1993 ; CALLON M., « Éléments pour une sociologie de la traduction : la domestication des coquilles St-Jacques et des marins pêcheurs dans la baie de St. Brieuc », *L'Année sociologique*, 1986, n° 36, p. 169-208.

¹²⁵ Pour une présentation plus générale de celui-ci, V. LAW J., *After Method: Mess in Social Science Research*, Londres, Routledge, 2004, p. 101-103.

¹²⁶ CALLON M., « Pour une sociologie des controverses technologiques », M. AKRICH et B. LATOUR (dir.), *Sociologie de la traduction : textes fondateurs*, Paris, Presses des Mines, coll. « Sciences sociales », 2013, p. 135-157 note 10.

¹²⁷ Pour une présentation de cette littérature, V. DYEVE A., « Unifying the field of comparative judicial politics : towards a general theory of judicial behaviour », *European Political Science Review*, 2010, vol. 2, n° 2, p. 297-327.

¹²⁸ RASMUSSEN H., *On law and policy in the European Court of Justice*, *op. cit.*

¹²⁹ STONE SWEET A., *The judicial construction of Europe*, Oxford, OUP, 2004.

¹³⁰ ALTER K.J., *The European Court's political power : selected essays*, Oxford, OUP, 2009.

¹³¹ NICOLA F. et B. DAVIES (dir.), *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, CUP, 2017.

ce qu'il y a derrière le droit. Il est suggéré aux auteurs de se mettre dans la peau de « “détectives” du droit de l'Union », dans le but d'analyser les forces stratégiques à l'œuvre « derrière les cas¹³² ».

Ces approches politiques ou historiques conçoivent classiquement la controverse comme un épiphénomène traduisant des oppositions préconstituées. En reprenant une distinction faite par Cyril Lemieux, elles peuvent être vues comme s'inscrivant dans une approche classique de la controverse dans laquelle « le processus conflictuel est [...] utilisé comme un révélateur, au sens photographique, de rapports de force, de positions institutionnelles ou de réseaux sociaux qui, sans lui, resteraient plus difficiles à voir¹³³ ». Les termes de la controverse ne sont pas jugés dignes d'intérêt en eux-mêmes ; seules comptent des oppositions plus fondamentales, par exemple le désir d'accroître son pouvoir pour la Cour ou celui de préserver leurs compétences pour les États. Cette vision essentiellement stratégique réduit la controverse à l'opposition de deux acteurs. Pourtant, la controverse n'est pas seulement un face à face ; elle présente un « caractère triadique¹³⁴ ». Comme l'avait déjà observé Chaïm Perelman, les arguments échangés visent à persuader un public, ou, plus exactement, « des auditoires » devant lesquels tous les arguments ne se valent pas¹³⁵.

Cette dimension est au cœur d'une seconde façon de concevoir la controverse mise en évidence par Cyril Lemieux, à partir de travaux en sociologie des sciences et des techniques et en sociologie pragmatique¹³⁶. « Le chercheur qui se place dans cette perspective insiste sur la dimension performative ou, pour mieux dire, *instituant*e des processus conflictuels qu'il étudie, se préoccupant finalement moins de ce qu'ils peuvent lui révéler d'une structure préexistante réputée avoir été leur cause que de ce qu'ils engendrent, qui ne leur préexistait pas, et de la façon dont ils l'engendrent¹³⁷. » La controverse est alors étudiée en elle-même et pour ses effets propres, ses termes sont pris au sérieux. L'accent n'est pas mis sur les raisons plus profondes qui expliqueraient l'opposition en dehors

¹³² « We have encouraged the authors of this volume to work as EU law “detectives” and focus on what causes brought a case to the CJEU by analyzing the strategic forces at play and/or the impact litigation behind each case, as well as the results produced by the judgment. » *Ibid.*, p. 4. Si l'accent est mis sur le dévoilement de ce qu'il y a derrière les cas et sur l'importance du contexte historique et politique, les auteurs prennent toutefois garde de dire qu'ils ne nient pas que le droit et le raisonnement juridique puissent avoir une autonomie relative et qu'il puissent aussi influencer ce contexte. Cette tension est exprimée à la p. 11.

¹³³ LEMIEUX C., « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2007, vol. 25, n° 1, p. 191.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 212.

¹³⁵ PERELMAN C., « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 279.

¹³⁶ Dans les termes de Cyril Lemieux, les « *science studies* » (il cite David Bloor, Michel Callon, Bruno Latour) et la « sociologie des épreuves » (il mentionne Luc Boltanski et Laurent Thévenot). LEMIEUX C., « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *op. cit.*, p. 192.

¹³⁷ *Ibid.*

de la controverse, mais sur la dynamique instituante de celle-ci. Ceci n'implique pas qu'il n'y aurait pas de rapports de forces, mais simplement que la controverse ne se résume pas à ces derniers, et que ceux-ci ne sont pas indépendants de la forme prise par la controverse¹³⁸. Cette seconde approche peut être désignée comme la « controverse en tant qu'épreuve » ou comme l'approche instituante de la controverse¹³⁹.

Cette opposition entre différentes façons de voir la controverse, telle qu'elle a été récemment formulée, n'est pas sans faire penser à certains débats célèbres ayant opposés juristes et historiens. Dans des termes très proches, Yan Thomas, dès ses premiers travaux, mettait en garde contre la thèse du « droit-reflet » ou « droit-effet », conduisant à réduire l'histoire du droit à l'histoire des faits sociaux, dont le droit ne serait que l'expression formelle¹⁴⁰. De même, dans le débat l'opposant à l'historien François Furet dans les *Annales*, Michel Troper défend une approche refusant de réduire la controverse juridique à un épiphénomène¹⁴¹. Il s'oppose aux analyses pour lesquelles la « technique juridique est entièrement neutre et transparente de sorte que le choix final reflète tout simplement le rapport de forces au sein de l'assemblée¹⁴² » et défend la prise en compte « d'une logique propre au pouvoir constituant¹⁴³ ».

L'intérêt de prendre la controverse juridique au sérieux est d'ailleurs souligné dans les travaux récents en histoire et en sociologie autour de la « forme affaire » au sens de Luc Boltanski et Elisabeth Claverie¹⁴⁴. La prise en compte du caractère instituant de la controverse a aussi guidé le travail de

¹³⁸ Comme le soutient Cyril Lemieux, les deux approches de la controverse ne doivent pas être vues comme exclusives mais peuvent être combinées. *Ibid.*, p. 193.

¹³⁹ La première appellation est donnée par Cyril Lemieux, mais nous utiliserons la seconde, qui nous semble plus parlante pour qui n'est pas familier des débats français sur la méthode en sciences sociales. *Ibid.*, p. 192.

¹⁴⁰ V. THOMAS Y., *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse, Paris II, Paris, 1976, p. 2-3. Cette question est centrale dans l'ensemble de l'œuvre de Yan Thomas, V. nt. THOMAS Y., *Mommsen et « L'Isolierung » du droit*, *op. cit.* ; THOMAS Y., « La romanistique et la notion de jurisprudence », *op. cit.* ; THOMAS Y., « Droit », *op. cit.*

¹⁴¹ TROPER M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1992, vol. 47, n° 6, p. 1171-1183 ; FURET F., « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1992, vol. 47, n° 6, p. 1185-1194. Sur cette controverse, V. BOUDON J., « La controverse entre Michel Troper et François Furet ou de l'anachronisme nécessaire des concepts », N. LAURENT-BONNE et X. PREVOST (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne : Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Paris, LGDJ, 2016, p. 193-203.

¹⁴² TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 301.

¹⁴³ TROPER M., *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 14.

¹⁴⁴ Ceux-ci donnent en effet les directives suivantes pour étudier les affaires : étudier les succès comme les échecs ; suspendre le jugement quant au caractère fondé ou non de la plainte (se retrouve ici le principe de symétrie, que les auteurs expriment avec l'image de la posture du juge d'instruction) ; et « prendre au sérieux les prétentions des personnes à dire le juste [...] au lieu de rabattre immédiatement leurs plaintes sur des intérêts

juristes désireux de souligner l'importance des constructions juridiques à l'œuvre dans des affaires très médiatisées. Il est possible de mentionner les essais d'Olivier Cayla et de Yan Thomas sur l'affaire *Perruche*¹⁴⁵ et l'ouvrage de Stéphanie Hennette-Vauche et Vincent Valentin sur l'affaire *Baby loup*¹⁴⁶, qui utilisent la controverse pour « démystifier » le caractère nécessaire du raisonnement juridique et rendre accessibles aux profanes les contenus techniques eux-mêmes, tout en refusant de réduire les oppositions à l'œuvre à des rapports de force.

Percevoir la controverse comme instituante permet donc d'éviter les écueils auxquels conduisent une lecture en forme d'historiographie Whig de la jurisprudence, d'une part, ou une lecture en termes purement stratégiques, d'autre part. En effet, donner toute sa place à la controverse permet tout d'abord de ne pas tomber dans une sorte de naturalisation du chemin conceptuel poursuivi. Cela conduit à se démarquer clairement des approches de type mécaniste ou téléologique, très présentes dans le discours du juge ou des participants directs à la controverse, ainsi que dans de nombreux travaux doctrinaux. S'intéresser aux termes de la controverse permet aussi de ne pas se limiter à une vision réduisant celle-ci à un épiphénomène ; ainsi est évitée une lecture réduisant les techniques juridiques aux simples reflets d'oppositions constituées par ailleurs.

Ces différentes façons de voir, ou de ne pas voir, la controverse sont intimement liées à la perspective retenue sur le droit de l'Union et ses pratiques. Les approches doctrinales ou essentialistes peuvent être rapprochées d'une historiographie Whig de la jurisprudence, niant l'existence de la controverse. Au contraire, les approches tenant les techniques juridiques pour superficielles se rattachent à une vision stratégique de la controverse, dans laquelle elle n'est qu'un simple épiphénomène. La perspective que nous adoptons, une enquête sur les concepts en pratique, s'inscrit dans une approche qui prend au sérieux les termes dans lesquels la controverse se déroule ainsi que sa dimension instituante. Ceci conduit notamment à ne pas vouloir corriger les discours participant à l'historiographie Whig mais à les inclure dans le champ de l'enquête ; ils participent à la construction de la citoyenneté de l'Union.

sous-jacents et cachés que le sociologue aurait pour mission de dévoiler ». V. BOLTANSKI L. et E. CLAVERIE, « Du monde social en tant que scène d'un procès », N. OFFENSTADT, L. BOLTANSKI, E. CLAVERIE et S.V. DAMME (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007, p. 408-411.

¹⁴⁵ CAYLA O. et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.

¹⁴⁶ HENNETTE-VAUCHEZ S. et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou La nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014.

L'enquête proposée cherche à caractériser comment le concept de citoyen de l'Union a été déterminé dans la jurisprudence et à construire un cadre d'analyse permettant de penser le travail conceptuel du juge. Ce cadre d'analyse, qui passe notamment par une certaine typification des opérations faites par le juge, pourrait potentiellement être utilisé, sans doute au prix d'adaptations, pour penser le travail du juge dans d'autres contextes. La recherche entreprise sur la Cour de justice et la citoyenneté de l'Union sera présentée en trois temps. Tout d'abord, il sera montré que l'adoption d'un chemin conceptuel par la Cour est le résultat d'un processus historique et contingent. Si la Cour joue un rôle majeur dans celui-ci, de nombreux autres acteurs interviennent (Partie I). Ensuite, la façon dont la controverse sur le concept participe à l'institution de celui-ci sera étudiée de façon plus approfondie. Comment la controverse sur le concept de citoyen de l'Union et son application par le juge conduisent-ils à l'instituer ? (Partie II). Enfin, le cadre conceptuel dans lequel se situent le juge et les autres participants à la controverse doit à la fois être vu comme libérateur et contraignant. Il possède une dynamique qui joue un rôle fondamental dans la construction de la citoyenneté de l'Union (Partie III).

Première Partie

L'ADOPTION D'UN CHEMIN CONCEPTUEL

Le Traité de Maastricht a parfois été présenté par les historiens et les politistes comme un « moment constitutionnel ». William Maas, qui propose pourtant une généalogie longue de la citoyenneté européenne, affirme de la sorte que le Traité de Maastricht peut être vu comme le « moment constitutionnel qui a créé les citoyens européens¹⁴⁷ ». L'expression est entendue au sens de Bruce Ackerman, comme désignant une période de changements majeurs, redéfinissant le cadre même de la politique ordinaire, et procédant d'une participation importante du peuple, qui renouvelle de ce fait son adhésion à la constitution¹⁴⁸. Cette lecture du Traité de Maastricht comme « moment constitutionnel » a également été reprise par les juristes en droit européen. Certains auteurs, à l'instar de Joseph Weiler, soulignent toutefois que la participation du peuple au débat sur le Traité, faisant sortir le débat sur l'intégration européenne de l'« entre soi » qui le caractérisait, a plus pris la forme d'une défiance que d'une adhésion¹⁴⁹.

De façon quelque peu différente, on a aussi parlé d'un « moment Maastricht » dans la lignée des travaux sur le changement conceptuel en histoire intellectuelle, dont l'ouvrage de J.C.A. Pocock sur le *Moment machiavélien* est l'exemple le plus célèbre¹⁵⁰. C'est en ce sens que Katja Mäkinen, insistant sur la rupture que constitue l'insertion du terme citoyen dans les traités, parle d'un « moment Maastricht », et va jusqu'à le comparer à la *Magna Carta* de 1215, à la Déclaration d'indépendance des États-Unis de 1776 et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵¹. Dans cette acception, le « moment » désigne, en suivant Terence Ball et J.G.A. Pocock, une période où le changement conceptuel intervient de façon rapide, importante et intentionnelle. « De tels changements de

¹⁴⁷ « Maastricht Treaty was the 'constitutional moment' that created European citizens », MAAS W., *Creating European citizens*, Lanham, Rowman & Littlefield, coll. « Europe today », 2007, p. 45.

¹⁴⁸ ACKERMAN B.A., *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, traduit par Jean-Fabien SPITZ, Paris, Calmann-Lévy, 1998.

¹⁴⁹ V. WEILER J., *The Constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? And other essays on European integration*, Cambridge, CUP, 1999, p. 4. Pour une utilisation de l'expression relativement à l'introduction de la citoyenneté, V. par ex. CALLIESS C., « The Dynamics of European Citizenship: From Bourgeois to Citizen », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 425-441.

¹⁵⁰ POCOCK J.G.A., *Le moment machiavélien : la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*, traduit par Luc BOROT, Paris, PUF, 1997.

¹⁵¹ MÄKINEN K., « Union Citizenship Representing Conceptual (Dis)continuities in EU Documents on Citizenship and Culture », *Contributions to the History of Concepts*, 2014, vol. 9, n° 1, p. 108.

signification et de référence ont lieu à un rythme remarquable, produisant des conséquences inattendues et souvent radicales pour la pensée et l'action politique à venir [...]. Dans ces moments, les innovations conceptuelles procèdent de l'action, de la pratique et de la volonté, plutôt que par des changements structurels procédant du contexte historique¹⁵². »

Le terme « moment », au sens de l'histoire intellectuelle, peut utilement être mobilisé pour l'étude de la construction du concept juridique de citoyen de l'Union. L'idée selon laquelle certaines périodes peuvent connaître une relative stabilité conceptuelle, alors que d'autres sont propices à des bouleversements importants, peut être transposée au cas des concepts juridiques. À la différence de travaux comme ceux de William Maas, nous nous concentrons sur le rôle de la Cour dans la construction de la citoyenneté européenne comme concept juridique, sans partir d'une signification *a priori* du terme « citoyen ». En conséquence, la « naissance » du citoyen de l'Union, en tant que concept juridique, ne date pas tant de l'inscription du terme dans le texte du traité que de son usage par la Cour pour en « tirer des conclusions de droit », au sens de Hart. Dès lors, plutôt que de parler d'un « moment Maastricht », nous parlerons d'un « moment *Martínez Sala* », du nom de l'arrêt *Martínez Sala* rendu par la Cour en 1998¹⁵³.

Si l'on s'essaie aux comparaisons, le « moment *Martínez Sala* » serait le pendant de grands moments jurisprudentiels, comme le « moment *Marbury v. Madison*¹⁵⁴ » aux États-Unis ou bien le « moment *Van Gend en Loos*¹⁵⁵ » pour l'Union européenne. Il ne s'agit pas nécessairement de dire, bien que cela ait été fait, que le « moment *Martínez Sala* » est aussi important pour le droit de l'Union que le « moment *Van Gend en Loos*¹⁵⁶ », mais, plus modestement, que c'est un moment fondateur pour la construction du concept juridique de citoyen de l'Union. Ainsi, de même que l'on parle de « moment *Martínez*

¹⁵² « such shifts in meaning and reference occur at a remarkably rapid rate, yielding unforeseen and often radical implications for future political thought and action. [...]. At such times, conceptual innovations are brought about by action, practice, and intention, rather than by unintended structural change occurring in the historical context », BALL T. et J.G.A. POCOCK, « Introduction », T. BALL et J.G.A. POCOCK (dir.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 1.

¹⁵³ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, C-85/96, EU:C:1998:217.

¹⁵⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁵⁵ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, 26/62, EU:C:1963:1. L'expression est reprise à Antoine Vauchez. V. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Gouvernances », 2013, p. 181s., chapitre 3. Une révolution politico-judiciaire. Le « moment Van Gend en Loos » et la naissance d'un programme institutionnel européen. Pour une approche historique de l'arrêt, V. RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law : A history of the Van Gend en Loos judgment », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n° 1, p. 136-163.

¹⁵⁶ En ce sens, V. AG Sharpston, ccl. sur CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, para. 68.

Sala » pour le citoyen de l'Union, on pourrait parler d'un « moment *Heyriès* » pour la théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français¹⁵⁷, ou bien d'un « moment *Dassonville* » pour les mesures d'effet équivalent en droit du marché intérieur¹⁵⁸.

Le moment jurisprudentiel doit être distingué de la façon dont les juristes considèrent en général les arrêts fondateurs, notamment à travers la célébration des « grands arrêts ». Tout d'abord, il faut souligner que le moment jurisprudentiel ne désigne pas nécessairement un seul arrêt. De nombreux auteurs ont remarqué qu'il était difficile de rendre compte des arrêts importants de la CJUE de façon isolée. Ainsi Bertrand Brunessen propose-t-il de considérer les « blocs de jurisprudence¹⁵⁹ » et Suvî Sankari parle-t-elle de « lignes d'arrêts¹⁶⁰ ». En outre, parler de « moment » permet de ne pas se limiter au seul discours de la Cour dans ces arrêts, mais de considérer les controverses qui les précèdent et qui leur font suite. C'est dans cette perspective qu'Antoine Vauchez parle du « moment *Van Gend en Loos* » pour déconstruire le mythe d'une révolution contenue dans le seul texte d'un arrêt. Il propose de le voir, au contraire, comme « un processus collectif et concurrent de fixation du sens et de la portée de l'arrêt de part et d'autre de l'évènement lui-même, c'est-à-dire dans la trame dense des prédictions qui organisent les anticipations à l'égard des jurisprudences de la Cour et des rétrodictions qui viennent donner sens à l'évènement¹⁶¹ ». Dans ce sens, le « moment *Martínez Sala* » peut être vu, pour ce qui concerne « l'évènement », comme débutant avec l'arrêt *Martínez Sala* en 1998 et comme s'achevant avec l'arrêt *Baumbast* en 2002¹⁶². Il inclut toutefois également les controverses qui précèdent et qui suivent ces arrêts, en tant qu'elles permettent de leur donner sens.

La délimitation du moment n'est donc pas donnée *a priori*, mais opérée *a posteriori* par l'observateur. Elle dépend de la question étudiée et des buts poursuivis. Notre recherche porte sur le travail conceptuel de la Cour et la construction d'un statut de citoyen de l'Union. La délimitation du « moment *Martínez Sala* » est justifiée parce qu'il s'agit de la période au cours de laquelle les principaux

¹⁵⁷ Conseil d'État 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.*, p. 651. Si l'arrêt *Heyriès* peut être vu comme l'arrêt fondateur, il a été précédé d'arrêts et de controverses portant sur la question de la légalité en période de crise ou en situation d'urgence et il a été suivi d'arrêts s'inscrivant dans la même perspective, comme les arrêts *Dames Dol et Laurent* et *Couitéas* (Conseil d'État 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Rec.*, p. 208 ; Conseil d'État 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Rec.*, p. 789). V. LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2015, p. 178s.

¹⁵⁸ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, EU:C:1974:82, V. DUBOIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015, p. 329s.

¹⁵⁹ BRUNESSEN B., « Les blocs de jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, n° 4, p. 740-770.

¹⁶⁰ SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, p. 224s.

¹⁶¹ V. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit*, *op. cit.*, p. 183s. (note omise).

¹⁶² CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, C-413/99, EU:C:2002:493.

traits du concept de citoyen de l'Union ont été déterminés par la Cour et où il a été articulé avec le cadre conceptuel du droit de l'Union. On peut d'ailleurs noter que ce sont également les arrêts qui sont encore le plus souvent mentionnés dans les recueils de grands arrêts¹⁶³. C'est au cours de ce moment que la Cour a forgé l'essentiel des formules qui ont été utilisées par la suite dans sa jurisprudence sur la citoyenneté, et ce sont les situations tranchées dans ces arrêts qui reviennent fréquemment dans le discours des différents participants au débat. Ces premiers arrêts ont donc orienté de façon très importante la forme prise par la citoyenneté de l'Union. C'est en ce sens qu'il est possible de parler de l'adoption d'un « chemin conceptuel » par la Cour, en reprenant de façon quelque peu différente une locution utilisée par Espen Olsen¹⁶⁴. L'expression traduit la volonté de concilier une compréhension conceptuelle et historique de la construction de la citoyenneté, en mettant l'accent sur l'importance de cette période fondatrice pour les développements ultérieurs du concept.

Il est proposé de considérer le concept de citoyen de l'Union lorsqu'il est au travail, c'est-à-dire à ce qu'il permet de faire lorsqu'il est mobilisé dans la pratique discursive de la Cour. Dans le cadre d'une approche pragmatique et inférentielle, cela conduit à considérer son articulation avec de nombreux autres concepts (chapitre 1). Ensuite, il faut s'interroger sur la construction historique du concept de citoyen de l'Union ; le concept est alors l'objet du travail. Pour ce faire, il ne faut pas considérer seulement le discours tenu par la Cour dans les arrêts fondateurs. D'autres discours, qui peuvent tant précéder que faire suite aux arrêts du « moment *Martínez Sala* », doivent également être inclus dans l'enquête (chapitre 2).

¹⁶³ Retenant les arrêts *Grzelczyk* et *Baumbast*, V. GAUDIN H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et F. FINES, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014 ; BOUTAYEB C. (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne : droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015. Optant pour les arrêts *Baumbast* et *García Avello*, V. KARPENSCHIF M. et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, PUF, 2016. Dans une optique différente des « grands arrêts », cherchant au contraire à souligner la diversité des points de vues possibles sur les « arrêts classiques » de la Cour, Miguel Poires Maduro et Loïc Azoulai choisissent les arrêts *Martínez Sala* et *Baumbast*, V. POIARES MADURO M. et L. AZOULAI, *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart, 2010.

¹⁶⁴ Espen Olsen a proposé de retracer le « chemin conceptuel de la citoyenneté de l'Union » dans sa thèse de doctorat en sciences sociales. Il s'inscrit toutefois dans un cadre théorique très différent, notamment parce qu'il voit les concepts comme des représentations mentales. En outre, il ne s'intéresse pas particulièrement au travail de la Cour. V. OLSEN E.D.H., *Transnational European citizenship : tracing conceptions of citizenship in the European integration process*, Florence, Institut Universitaire Européen, 2008, p. 79s.

CHAPITRE 1. LES CONCEPTS AU TRAVAIL

« Comme l'a dit Wittgenstein, si nous voulons comprendre nos concepts, nous devons les étudier quand ils sont "au travail" et non lorsqu'ils sont "au repos" ou qu'ils "tournent à vide"¹⁶⁵ ». Reprenant ce précieux conseil formulé par Hart, nous partirons de l'usage des concepts dans le discours de la Cour, plutôt que d'une définition préalable de ce à quoi pourrait correspondre la citoyenneté. C'est en ce sens que notre approche est pragmatique. Il s'agit, dans les termes de Robert Brandom, de commencer à « parler de la pratique ou de l'activité consistant à appliquer des concepts, pour procéder ensuite sur cette base à une compréhension du contenu conceptuel¹⁶⁶ ». Autrement dit, il est proposé d'« expliquer ce qui est asserté en faisant appel à des aspects de ce que l'on *asserte*, ce qui est *affirmé* dans les termes de ce que l'on *affirme*, ce qui est *jugé* par ce que l'on *juge*, et ce qui est *crû*, par le rôle que peut jouer ce que l'on *croit* (en vérité, ce qui est exprimé par ce qu'on exprime) – en général, le contenu par l'acte plutôt que l'inverse¹⁶⁷ ».

Cette approche des concepts peut être opposée, de façon schématique, à ce que Robert Brandom nomme le « platonisme conceptuel¹⁶⁸ ». Ce dernier cherche à « expliquer l'*usage* de concepts dans les termes d'une compréhension préalable du *contenu* conceptuel¹⁶⁹ ». La locution est utilisée par le philosophe dans un sens très large, qui va bien au-delà d'une approche du type de celles que proposent les auteurs regroupés sous les étiquettes de la Jurisprudence des concepts ou du formalisme¹⁷⁰. En dehors de la philosophie et de la théorie du droit, de nombreux écrits doctrinaux partent du contenu du concept plutôt que de son usage. Ainsi, de nombreux ouvrages portant sur la citoyenneté de l'Union, même lorsqu'il s'agit d'étudier son régime juridique, commencent par une introduction

¹⁶⁵ « Wittgenstein once said that if we wish to understand our concepts we must consider them when they are "at work", not when they are "idling" or "on holiday". » HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 277. Herbert Hart met en note la référence au paragraphe 132 des *Recherches philosophiques*, WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, traduit par Françoise DASTUR, Maurice ELIE, Jean-Luc GAUTERO, Dominique JANICAUD et Elisabeth RIGAL, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2005, p. 89.

¹⁶⁶ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009, p. 11.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷⁰ V. *supra*, introduction.

donnant un aperçu des différentes théories de la citoyenneté. Au lieu de cela, nous mettons en porte à faux avec les directives méthodologiques issues de l'analyse conceptuelle classique, nous nous sommes dispensés d'une définition de la citoyenneté. La raison en est que, dans la perspective adoptée, nous ne saurions partir d'une définition *a priori* du concept – ni d'ailleurs donner une définition au sens usuel du terme, comme un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes. Au contraire, nous proposons d'entreprendre une enquête portant sur l'usage du statut de citoyen dans la pratique discursive particulière que constitue le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne.

Ce qu'implique une démarche pragmatique et inférentielle des concepts juridiques est mieux perçu à partir d'un exemple. Nous le reprenons à Jules Coleman, qui considère également que le contenu des concepts procède de « leur rôle inférentiel dans les pratiques dans lesquels ils figurent¹⁷¹ ». Prenant le cas du concept de promesse, il écrit :

« Supposons, par exemple, que je dise à Smith, “Je te promets de déjeuner avec toi aujourd’hui”. Comprendre cela comme une *promesse* implique de savoir que cela autorise différentes inférences – par exemple, que je prévois que je vais venir pour manger ; que j’ai une obligation de venir, que Smith a un droit que je vienne, et ainsi de suite. Le contenu du concept de “promesse” se perçoit par l’ensemble d’inférences autorisées par la croyance qu’une telle promesse a été faite ; et saisir le concept de promesse revient à être capable d’envisager les inférences qu’il autorise¹⁷². »

La même démarche peut être appliquée au statut de citoyen de l'Union. Plutôt que de prendre la signification de la citoyenneté comme point de départ et de composer, à partir de celle-ci, la signification des propositions dans lesquelles le terme est employé, nous partirons des phrases dans lesquelles il est utilisé par la Cour pour en déduire la signification du concept. Les questions qu'il faut se poser sont alors les suivantes : dans quels cas peut-on dire « X est un citoyen de l'Union » ? Qu'est-ce que cela autorise à dire et à faire ?

Il s'agit tout d'abord d'appliquer la méthode proposée au discours de la Cour, en inférant le contenu du concept de son usage (section 1). Ensuite, il faut souligner que le concept de citoyen de

¹⁷¹ COLEMAN J.L., *The practice of principle : in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, OUP, 2001, p. 6.

¹⁷² « Suppose, for example, that I say to Smith, “I promise to meet you for lunch today.” Understanding this as a *promise* means knowing that it warrants a variety of inferences—for example, that I predict I will show up for lunch; that I have a duty to show up; that Smith has a right that I show up; and so on. The content of the concept “promise” is revealed in the range of inferences warranted by the belief that a promise has been made; and to grasp the concept of a promise is to be able to project the inferences it warrants. » *Ibid.*, p. 7.

l'Union étant exprimé dans la langage du droit de l'Union, comprendre ce qu'il implique nécessite de maîtriser l'usage de très nombreux autres concepts avec lesquels il est mis en relation, dans un processus d'involution conceptuelle (section 2).

SECTION 1. LE ROLE INFERENTIEL DU CONCEPT

S'interroger sur le rôle du concept de citoyen de l'Union dans le discours de la Cour passe par un travail d'analyse de ses arrêts et par l'identification de modèles ou structures-types de raisonnement dans lesquels il est inséré. Modèles ou structures-types de raisonnement, les deux locutions seront utilisées de façon indifférente par la suite, peuvent regrouper des sous-modèles différents. La distinction d'un type d'usage dans l'argumentation de la Cour se fait par rapport au raisonnement donné à voir, c'est-à-dire celui qui est présenté dans la motivation de la décision. La Cour regroupe parfois elle-même les schémas de justification qu'elle utilise par un jeu de renvoi plus ou moins direct à un cas initial ou, implicitement, par le recours à des formules types. L'expression, par la Cour, de l'identité d'une situation, d'un argument ou d'un problème doit toutefois être prise avec une certaine prudence et peut toujours être remise en cause.

Dans une approche inférentielle, à la différence de certaines approches pragmatiques classiques, l'accent est mis tant sur les conditions dans lesquelles une assertion peut être utilisée que sur les conséquences qui en découlent¹⁷³. Toutefois, ce qui a principalement fait l'objet de discussion dans le cas du statut de citoyen de l'Union est ce qui ce qu'il permet de dire, c'est-à-dire, les « conclusions de droit » que l'on peut faire lorsqu'il est correct de dire que quelqu'un est citoyen de l'Union. En effet, les liens inférentiels conduisant au concept sont en général perçus comme ne posant pas de difficulté : « si X est national d'un État membre, alors il est citoyen de l'Union ». Dans ce chapitre, ainsi que dans une grande partie de la thèse, nous nous concentrerons donc sur les conséquences inférentielles du statut, qui font l'objet de l'essentiel des discussions devant la Cour¹⁷⁴. Nous verrons toutefois par la

¹⁷³ Robert Brandom critique ce conséquentialisme des pragmatistes de tradition classique. « [...] les pragmatistes de tradition classique commettent l'erreur d'assimiler exclusivement les contenus propositionnels aux *conséquences* liées à l'acceptation d'une affirmation, en cherchant en aval le rôle que joue l'affirmation comme prémisse du raisonnement pratique en faisant fi, en amont, de ses véritables antécédents. [...] Pourtant, on peut savoir ce qui découle de l'affirmation que quelqu'un est responsable d'une action donnée, qu'une action est immorale ou coupable, qu'une remarque est vraie ou de mauvais goût, sans pour autant considérer que l'on comprend les affirmations que cela implique, si l'on n'a aucune idée du moment où il est approprié de faire ces affirmations ou d'appliquer ces concepts. » BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷⁴ Il faut noter ici un décalage entre la controverse portée devant la Cour et le débat académique ou politique, qui a aussi largement porté sur les conditions dans lesquelles on pouvait se prévaloir de la citoyenneté. V. nt. BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », n° 4, 2006.

suite que les conditions dans lesquelles il est autorisé de dire qu'une personne est citoyen de l'Union, les « *antécédents* inférentiels » dans le vocabulaire de Robert Brandom, ont quelques fois aussi fait l'objet de discussions¹⁷⁵.

La présentation des modèles de raisonnement sera faite dans les termes de la Cour, avec son vocabulaire et ses concepts. Elle correspond au langage du droit si l'on reprend la distinction entre le langage et le métalangage faite en France par Charles Eisenmann et Michel Troper¹⁷⁶. Les inférences, dans une approche brandomienne, sont le reflet du statut normatif des participants à un jeu de langage. Les inférences conditionnant le statut de citoyen peuvent être prises comme exemple. Si je suis autorisé à dire « X est un ressortissant d'un État membre », alors je suis autorisé à dire « X est citoyen de l'Union ». Si je dis que « X est un citoyen de l'Union », alors, je ne suis pas autorisé à dire que « X n'est pas ressortissant d'un État membre ». Les arrêts de la Cour peuvent être vus comme participant à la détermination des normes gouvernant l'usage correct des concepts juridiques, au sens de la détermination des cas dans lesquels ils peuvent être utilisés et des conséquences qui en découlent. Le terme « correct » est utilisé ici dans le sens de Robert Brandom. Ce qui est correct ou non est déterminé au sein de la pratique et ne résulte pas de propriétés naturelles ou essentielles du concept ou d'une autorité extérieure.

Les arrêts abordés dans cette section appartiennent au « moment *Martínez Sala* », ils mettent en œuvre des modèles de raisonnement qui seront reproduits par la suite dans de nombreuses décisions. Ces modèles peuvent être regroupés en deux grands types. Dans les premiers, le statut de citoyen permet aux citoyens de se prévaloir du droit de ne pas être discriminé en raison de leur nationalité (§ 1). Dans les seconds, il leur confère directement un droit de séjourner et de circuler (§ 2).

¹⁷⁵ V. *infra*, chapitre 6.

¹⁷⁶ V. EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas - LGDJ, 2002, p. 289-305 ; TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 255-268.

§ 1. LES MODÈLES DE RAISONNEMENT IMPLIQUANT LA NON-DISCRIMINATION

Le statut de citoyen confère « [le droit] de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ». Il « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique ». Ces formules, forgées dans les arrêts *Martínez Sala*¹⁷⁷ et *Grzelczyk*¹⁷⁸, ont été reprises dans de nombreux arrêts par la suite. Ces arrêts peuvent être vus comme donnant aux citoyens de l'Union, dans certains cas, la possibilité de se prévaloir de l'article 18 TFUE interdisant les discriminations en raison de la nationalité (A). Dans un autre modèle de raisonnement, le statut de citoyen permet au citoyen disposant d'une autre qualité de se prévaloir de la non-discrimination en justifiant l'évolution de la jurisprudence de la Cour (B).

A. Ne pas être discriminé en tant que citoyen

Le rattachement de la non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 6 TCE [18 TFUE] à la citoyenneté intervient cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht dans l'arrêt *Martínez Sala* (A). La Cour a par la suite confirmé que le citoyen de l'Union pouvait se prévaloir de la non-discrimination en raison de sa nationalité, tout en laissant coexister plusieurs structures de raisonnement légèrement différentes pour aboutir à cette conclusion (B).

1. Le modèle *Martínez Sala*

« Chaque ressortissant d'un État membre peut se baser sur sa citoyenneté européenne pour se protéger contre une discrimination en raison de sa nationalité par un autre État membre¹⁷⁹. » Le titre du communiqué de presse de la Cour sur l'arrêt *Martínez Sala* montre, dans un raccourci saisissant, le caractère profondément novateur de l'arrêt et la portée qu'il est susceptible d'avoir. Son sous-titre, « la Cour de justice se prononce sur le problème d'un refus du bénéfice de l'allocation d'éducation allemande pour un migrant depuis longtemps en chômage », souligne en revanche la situation concrète dans laquelle il prend place. Mme Martínez Sala est une ressortissante espagnole résidant en

¹⁷⁷ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 62.

¹⁷⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, para 31.

¹⁷⁹ Communiqué de presse de la CJCE n°32/98, arrêt de la CJCE dans l'affaire préjudicielle C-85/96 *Maria Martínez Sala/Freistaat Bayern*.

Allemagne depuis plusieurs décennies au moment de l'arrêt, ayant par moment occupé une activité salariée. Bien qu'autorisée à séjourner en vertu de dispositions internes appliquant un accord international, elle ne dispose pas d'une carte de séjour¹⁸⁰. À la naissance de son second enfant, le Land de Bavière lui refuse une allocation d'éducation, au motif qu'elle ne possède ni la nationalité allemande ni un titre de séjour. Il est demandé à la Cour si le droit communautaire autorise l'Allemagne à exiger que Mme Martínez Sala produise une carte de séjour en bonne et due forme pour bénéficier d'une allocation d'éducation, alors que les nationaux peuvent se contenter d'établir qu'ils ont leur domicile et leur lieu de résidence ordinaire en Allemagne.

La Cour décide que l'exigence d'un titre de séjour pour « "tout étranger", y compris le ressortissant d'un autre État membre » qui se trouve dans la même situation qu'un ressortissant allemand, aboutit à une inégalité de traitement et que « [d]ans le domaine d'application du traité et à défaut de justification, une telle inégalité de traitement constitue une discrimination interdite par l'article 6 du traité CE [18 TFUE¹⁸¹] ». Toutefois, la qualité de travailleur de la requérante au principal semblait difficile à établir et, faute d'éléments suffisants dans la saisine, le juge communautaire a laissé cette question à l'appréciation du juge *a quo*. C'est ici que la Cour innove en ne s'arrêtant là, et en construisant l'affaire comme mettant en cause la citoyenneté pour le cas où la requérante au principal ne se verrait pas reconnaître la qualité de travailleur. On perçoit ici l'importance de la détermination du type de question en cause. Comme le chercheur procédant à une étude de cas, le juge doit répondre à la question suivante : « de quoi mon cas est-il un cas¹⁸² ? ». S'il peut être orienté par la question du juge au principal, la catégorisation opérée par les services administratifs ou bien les argumentations qui lui sont présentées, il reviendra *in fine* à la Cour de décider de la perspective à adopter sur les éléments de fait et de droit qui lui sont soumis¹⁸³. L'arrêt a été présenté comme un exemple illustrant l'importance de la construction de la question juridique dans le raisonnement juridique¹⁸⁴. En effet, catégorisé initialement comme un cas relatif à des questions de sécurité sociale, l'affaire *Martínez Sala* est ensuite construite comme un cas portant sur le statut de citoyen, revêtant de ce fait une importance insoupçonnée lors de la saisine.

¹⁸⁰ V. CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 14 et para. 46 à 54.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 55.

¹⁸² « What is my case a case of ? ». Sur cette question, V. DUMEZ H., « What Is a Case, and What Is a Case Study ? », *Bulletin of Sociological Methodology / Bulletin de Méthodologie Sociologique*, 2015, vol. 127, n° 1, p. 48.

¹⁸³ Cette décision ne clôt pas le débat, différentes perspectives peuvent être adoptées sur le cas construit par le juge.

¹⁸⁴ V. BENGOTXEA J., N. MACCORMICK, et L. MORAL SORIANO, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », G. DE BÚRCA et J.H.H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », 2001, p. 52.

Mme Martínez Sala disposant d'un droit de séjour sur un autre fondement, la Cour « souligne » qu'il ne lui est pas nécessaire de se prononcer sur le fait de savoir si la requérante est en mesure d'invoquer l'article 8 A TCE [21 TFUE¹⁸⁵]. Elle décide ensuite que la résidence légale du citoyen sur le territoire d'un autre État membre lui permet de relever du champ d'application *ratione personae* des dispositions du traité consacrées à la citoyenneté européenne. Or, parmi celles-ci, « l'article 8, paragraphe 2, du traité [20 § 2 TFUE] attache au statut de citoyen les devoirs et les droits prévus par le traité, dont celui, prévu à l'article 6 du traité [18 TFUE], de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité¹⁸⁶ ». L'article 8 § 2 TCE disposait que « [l]es citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité », sans que ces derniers ne soient encore énumérés¹⁸⁷. Comptant donc l'article 6 TCE [18 TFUE] parmi ces droits, la Cour décide qu' :

« un citoyen de l'Union européenne qui, telle la requérante au principal, réside légalement sur le territoire de l'État membre d'accueil peut se prévaloir de l'article 6 du traité [18 TFUE] dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire¹⁸⁸ ».

La justification donnée par la Cour reprend, au moins en apparence, une structure de raisonnement classique du droit de l'Union en limitant l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité aux situations qui se trouvent dans le champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae* du traité.

Elle innove toutefois en considérant le champ d'application *ratione materiae* indépendamment de la qualité de la personne en cause. En effet, pour estimer que l'allocation d'éducation relève du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire, elle se contente de renvoyer à ses développements dans la partie précédente de l'arrêt qui, en vertu d'une jurisprudence établie, la qualifient de « prestation familiale » au sens du règlement 1408/71 et d'« avantage social » au sens du

¹⁸⁵ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 60. Elle suit la suggestion de son Avocat général, qui se distingue de l'argumentaire de la Commission sur ce point, V. AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 16 et para. 20 à 23.

¹⁸⁶ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 62.

¹⁸⁷ Depuis le Traité de Lisbonne, l'article comprend une énumération non exhaustive de ces droits. Celle-ci ne comprend pas le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité. L'article se termine par la précision selon laquelle « ces droits s'exercent dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci ».

¹⁸⁸ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 63.

règlement 1612/68¹⁸⁹. Ces règlements concernant les travailleurs, il n'y aurait rien de surprenant à ce que la Cour qualifie la situation comme tombant dans le champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire dans le cas où la requérante pourrait se prévaloir de cette qualité. En revanche, si ce n'est pas le cas, cela conduit la Cour à considérer, d'une part, que la requérante se trouve dans le champ d'application *ratione personae* du traité et, d'autre part, que la prestation en cause relève du champ d'application *ratione materiae* du traité parce qu'elle fait l'objet d'une réglementation communautaire pour certaines catégories de personnes. La particularité de ce raisonnement qui permet au citoyen de se prévaloir d'une prestation parce qu'elle est garantie au travailleur a immédiatement été notée et sévèrement critiquée par la doctrine, comme reposant sur un raisonnement fallacieux – les mesures en cause n'entreraient dans le champ d'application *ratione materiae* que pour les travailleurs – et comme pouvant conduire à une extension excessive du champ d'application du traité¹⁹⁰.

En liant les articles 6 et 8 TCE [18 et 20 TFUE], la Cour a donc « attaché » au statut de citoyen le droit de ne pas subir une discrimination en raison de sa nationalité. En l'espèce, l'exigence de la production d'un titre de séjour a été jugée discriminatoire car reposant directement sur la nationalité, sans qu'aucun élément n'ait été présenté devant la Cour pour justifier l'inégalité de traitement. En tout état de cause, une discrimination directe ne devrait pouvoir être justifiée¹⁹¹. Le statut de citoyen permet donc à une ressortissante espagnole d'invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité devant le juge allemand pour bénéficier d'une allocation d'éducation, sans avoir à produire un titre de séjour en bonne et due forme. Il s'agit d'une rupture importante par rapport au droit antérieur puisque le statut de citoyen permet à ses titulaires de se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination sans qu'aucun lien avec l'exercice d'une activité économique ne soit nécessaire.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 57. Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 149 du 5 juillet 1971, p. 2-50 et Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

¹⁹⁰ V. nt. TOMUSCHAT C., « Case C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, judgment of 12 May 1998, full court. [1998] ECR I-2691 », *Common market law review*, 2000, vol. 37, n° 2, p. 456-457 ; MARTIN D., « Comments on Ferlini (Case C-411/98 of 3 October 2000) », *European Journal of Migration and Law*, 2001, vol. 3, n° 2, p. 261 ; DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 44, 2003, p. 192s.

¹⁹¹ Le raisonnement de la Cour n'est pas si clair sur ce point puisqu'elle semble laisser entendre qu'une telle discrimination pourrait faire l'objet d'une justification (para. 55). Elle rappelle toutefois ensuite qu'une telle discrimination, en raison de son caractère direct, ne saurait être justifiée, mentionnant cependant que, « par ailleurs », aucun élément de justification n'a été proposé (para. 64). CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*

Le rôle que joue le concept de citoyen de l'Union dans la justification peut être présenté dans un schéma inférentiel :

Si « X est un citoyen de l'Union » et « X réside légalement sur le territoire d'un autre État membre », alors « X peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire ».

Si « Y est une prestation familiale ou un avantage social dont l'accès fait l'objet d'une réglementation communautaire pour les travailleurs », alors « Y relève du champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire¹⁹² ».

Modèle *Martínez Sala*

La controverse entourant l'arrêt sera examinée par la suite. Toujours est-il qu'il faut bien rappeler que la détermination du « moment *Martínez Sala* » comme une période fondatrice n'a pu être opérée qu'*a posteriori*. Les schémas de raisonnement mis en évidence ont été sélectionnés à la lueur de la jurisprudence postérieure de la Cour.

2. La confirmation par différentes structures de raisonnement

Quelques mois après l'arrêt *Martínez Sala*, la Cour a de nouveau affirmé la possibilité pour le citoyen d'invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité dans l'arrêt *Bickel et Franz*¹⁹³. Le raisonnement suivi est toutefois différent. Tout d'abord, les citoyens en cause pouvant également se prévaloir de leur qualité de destinataires de service, la citoyenneté ne vient jouer qu'un rôle superfétatoire pour la solution de l'espèce. Ensuite, la Cour ne reprend pas la justification développée dans l'arrêt *Martínez Sala* mais propose une structure de raisonnement légèrement différente, développée à partir des arrêts concernant la liberté de circulation des destinataires de service.

Les citoyens de l'Union concernés sont un autrichien et un allemand qui ne résident pas en Italie, mais qui, ayant fait l'objet de poursuites dans cet État, souhaitent pouvoir bénéficier d'une procédure

¹⁹² L'expression de cette inférence est loin d'être claire dans l'arrêt de la Cour, nous en conservons une formulation assez spécifique car la Cour ne l'exprime pas de façon générale.

¹⁹³ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, EU:C:1998:563.

en allemand, prévue pour protéger les résidents germanophones de la province de Bolzano. La Cour avait déjà jugé, dans l'affaire *Mutsch*, qu'il était discriminatoire de ne pas permettre à un travailleur étranger qu'une procédure pénale se déroule dans une autre langue que la langue normalement utilisée, dans le cas où cela était prévu pour les nationaux¹⁹⁴. En s'appuyant sur cet arrêt, elle souligne qu'« une importance particulière revient à la protection des droits et facilités des individus en matière linguistique » dans « une Communauté fondée sur le principe de libre circulation des personnes et de la liberté d'établissement¹⁹⁵ ». Ensuite, reprenant sa jurisprudence *Cowan* sur la libre circulation des destinataires de service¹⁹⁶, elle considère que MM. Bickel et Franz peuvent invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en tant que destinataires de service ayant exercé leur liberté de circulation¹⁹⁷. Le raisonnement repose principalement sur le statut de destinataire de service des personnes en cause, toutefois, la Cour s'appuie également sur le statut de citoyen de l'Union.

En effet, après avoir considéré les requérants au principal comme destinataires de service, elle ajoute que, « au demeurant », ils sont des citoyens de l'Union qui peuvent exercer leur liberté de circulation en vertu de l'article 8 A TCE [21 TFUE]. Elle poursuit en considérant que « la possibilité pour les citoyens de l'Union de communiquer dans une langue donnée, avec les autorités administratives et judiciaires d'un État, au même titre que les nationaux, est de nature à faciliter l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre¹⁹⁸ ». Bien que la procédure pénale relève de la compétence des États membres, la Cour considère que ceux-ci sont tenus de respecter celle-ci dans les limites que le droit communautaire leur impose, et notamment de l'article 6 TCE [18 TFUE¹⁹⁹]. La différence importante avec l'arrêt *Martínez Sala* est que les mesures en cause relèvent du champ d'application du traité en raison de leur lien avec l'exercice de la libre circulation des destinataires de service/citoyens, et non car elles tomberaient, par elles-mêmes, dans le champ d'application du traité²⁰⁰.

¹⁹⁴ CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public / Mutsch*, 137/84, EU:C:1985:335.

¹⁹⁵ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 13. La Cour se réfère au paragraphe 11 de l'arrêt qui consiste essentiellement à interpréter l'article 220 CEE comme n'ayant pas pour objet de poser une règle juridique, mais souligne également l'importance particulière qui revenait à la protection des droits et facilités des individus en matière linguistique.

¹⁹⁶ CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, 186/87, EU:C:1989:47, para. 15, cité par la Cour, CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 15.

¹⁹⁷ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 16.

¹⁹⁸ *Ibid.*, para. 15 à 16.

¹⁹⁹ *Ibid.*, para. 17.

²⁰⁰ Il faut toutefois noter qu'un raisonnement du type *Martínez Sala* n'était pas complètement impossible, la Cour ayant décidé dans l'arrêt *Mutsch* que la possibilité de parler sa langue dans une procédure pénale devait être considérée comme un « avantage social » au sens du règlement sur la libre circulation des travailleurs, c'est-à-dire au de l'article 7 paragraphe 2 du règlement 1612/68 tel qu'interprété par la Cour dans CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public / Even*, 207/78, EU:C:1979:144. V. para. 16 et 17.

Le recours à la jurisprudence *Cowan*²⁰¹ illustre bien la force que peuvent revêtir les schémas de raisonnement développés dans le cadre du marché intérieur. La Cour avait décidé dans cet arrêt que le refus d'indemniser un touriste britannique blessé à la suite d'une agression en France constituait une discrimination en raison de la nationalité. Si elle avait déjà décidé dans l'arrêt *Luisi et Carbone*²⁰² que la liberté de circulation des destinataires de service était garantie par le traité, l'arrêt *Cowan* innove parce que les mesures en cause n'étaient pas véritablement envisagées sous l'angle de leur effet sur la circulation, mais simplement comme garantissant « la protection de l'intégrité » de la personne ayant exercé son droit de circuler, et, à ce titre, comme le « corollaire de cette liberté de circulation²⁰³ ». Si la question a pu être débattue, l'arrêt est en général présenté comme reléguant la circulation à une condition du jeu de la non-discrimination, sans qu'il soit nécessaire ensuite de montrer que les mesures contestées ont un effet sur celle-ci²⁰⁴. L'Avocat général La Pergola s'était fortement appuyé sur l'affaire *Cowan* et la jurisprudence de la Cour relative aux destinataires de service dans ses conclusions sur *Martínez Sala*²⁰⁵. La *ratio decidendi* de l'affaire *Cowan*, expliquait-t-il, vaudrait également dans une situation telle que celle de Mme. Martínez Sala. Dans un souci de cohérence, la Cour devrait « considérer que ce destinataire potentiel de tous services peut désormais *aussi* s'appuyer sur sa situation de ressortissant de l'Union pour pouvoir invoquer l'interdiction de discrimination, dans toute la sphère dans laquelle la jurisprudence l'applique²⁰⁶ ».

Si dans l'arrêt *Martínez Sala*, la Cour n'avait pas repris cet aspect des conclusions de l'Avocat général, elle s'inscrit dans l'affaire *Bickel et Franz* explicitement dans la lignée de l'arrêt *Cowan*. L'arrêt *Bickel et Franz* est d'ailleurs présenté par la doctrine comme une « imitation » ou une « reprise » de la « technique » déjà mise en œuvre, articulant la non-discrimination en raison de la nationalité et l'exercice de la liberté de circulation²⁰⁷. L'arrêt de la Cour reproduit d'ailleurs les mêmes interrogations.

²⁰¹ CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, *op. cit.*

²⁰² CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone / Ministero dello Tesoro*, 286/82 et 26/83, EU:C:1984:35, para. 16.

²⁰³ CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, *op. cit.*, para. 17.

²⁰⁴ En ce sens, V. AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op.cit.*, para. 19 ; DOWNES T., « Market Citizenship : Functionalism and Fig-leaves », R. BELLAMY et A. WARLEIGH (dir.), *Citizenship and governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001, p. 98. *Contra*, tout en soulignant l'acception large du lien entre les mesures contestées et la libre circulation, V. WEATHERILL S., « Case 186/87, *Cowan v. Le Trésor Public* », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, n° 3, p. 577 ; MERTENS DE WILMARS J., « L'arrêt *Cowan* », *Cahiers de droit européen*, 1990, n° 3-4, p. 400-401.

²⁰⁵ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op.cit.*, para. 23.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ V., nt. DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, *op. cit.*, p. 191 ; TRYFONIDOU A., « The Notions of 'Restriction' and 'Discrimination' in the Context of the Free Movement of Persons Provisions : From a Relationship of Interdependence to one of (Almost Complete) Independence », *Yearbook of European Law*, 2014, vol. 33, n° 1, p. 404.

Bien qu'elle précise que les dispositions contestées sont de « nature à faciliter l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre²⁰⁸ », la doctrine était partagée, comme dans l'affaire *Cowan*, sur le fait de savoir si les mesures en cause devaient nécessairement avoir un effet sur la circulation²⁰⁹. Toutefois, comme le souligne Ferdinand Wollenschläger, l'importance pratique de la question ne doit pas être exagérée car l'exigence d'un lien avec la résidence ou la circulation, tel que compris par la Cour, peut difficilement limiter l'application du principe²¹⁰. On peut distinguer une structure type de raisonnement différente de celle mise en œuvre dans l'affaire *Martínez Sala*.

Si « X est un citoyen de l'Union » ou « X est un destinataire de service » et « X a exercé sa liberté de circulation », alors « X peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité [pour les mesures de nature à faciliter l'exercice de sa liberté de circulation et de séjour²¹¹] »

Modèle *Bickel et Franz*

Quand bien même la citoyenneté n'aurait aucune conséquence sur la solution de l'affaire en cause, le fait que la Cour rattache la non-discrimination à la citoyenneté participe de la construction du concept juridique de citoyen de l'Union. Il faut d'ailleurs noter que l'examen de la justification de la discrimination et le dispositif sont formulés de façon très générale, en ne mentionnant que les « citoyens de l'Union » ou « les ressortissants des États membres » et non les destinataires de service²¹². On trouve donc, sur le plan conceptuel, une première ébauche de l'assimilation de la liberté de circulation et de séjour du citoyen à la liberté de circulation des personnes du marché intérieur. Si

²⁰⁸ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 15 à 16. Elle spécifie également bien que des « personnes telles que MM. Bickel et Franz, lorsqu'elles exercent leur droit de circuler et de séjourner dans un autre État membre, sont, en principe, fondées à bénéficier d'un traitement non discriminatoire par rapport aux ressortissants de cet État, en vertu de l'article 6 du traité, pour ce qui concerne l'emploi des langues qui y sont utilisées ». CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 16, nous soulignons.

²⁰⁹ Soulignant le fait que la mesure facilite la liberté de circulation, V. TOMUSCHAT C., « Case C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, judgment of 12 May 1998, full court. [1998] ECR I-2691 », *op. cit.*, p. 451-452 ; WOLLENSCHLÄGER F., « A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, p. 21. Au contraire, interprétant le cas comme traduisant l'autonomie du principe de non-discrimination par rapport aux libertés de circulation, V. DE SOUSA P.C., « Catch Me If You Can ? The Market Freedoms' Ever-expanding Outer Limits », *European Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 183. Soulignant le caractère « très ténu » de ce lien, V. HUGLO J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, vol. 35, n° 4, p. 134.

²¹⁰ WOLLENSCHLÄGER F., « A New Fundamental Freedom beyond Market Integration », *op. cit.*, p. 21.

²¹¹ Les crochets marquent l'incertitude sur la nécessité que les mesures facilitent l'exercice de la liberté de circulation ou le séjour du citoyen.

²¹² CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 20s.

celle-ci n'est pas explicite, toute la structure de l'arrêt semble bien dire qu'il est possible de dédoubler le raisonnement selon la qualité invoquée, destinataire de service ou citoyen de l'Union.

Les séquences de raisonnement introduites dans le discours de la Cour avec les arrêts *Martínez Sala* et *Bickel et Franz* ont été réitérées à de nombreuses reprises. Dans l'arrêt *Grzeleczyk*, en 2001, le concept de citoyen a permis l'application de l'article interdisant les discriminations en raison de la nationalité à un étudiant français séjournant en Belgique, alors qu'il demandait à pouvoir bénéficier du minimex, une prestation sociale non contributive. La Cour commence par relever qu'une discrimination en raison de la nationalité est interdite par l'article 6 TCE [18 TFUE] et souligne que cet article « doit être lu en combinaison avec les dispositions du traité sur la citoyenneté de l'Union pour apprécier le domaine d'application de celui-ci²¹³ ». Ensuite, elle enserme pour la première fois le statut de citoyen dans la formule de la « vocation fondamentale du statut » pour appuyer cette interprétation :

« En effet, le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique²¹⁴. »

Si l'analyse de cette formule sera développée par la suite, il faut souligner qu'elle relève d'un registre argumentatif nouveau, en renvoyant à la citoyenneté comme un « statut fondamental » en devenir. Ensuite, la Cour utilise une formulation quelque peu différente par rapport aux arrêts précédents en parlant de « même traitement » plutôt que de non-discrimination, sans qu'il soit facile d'en conclure quelque chose²¹⁵. Elle se réfère à son arrêt *Martínez Sala*, pour dire que le citoyen de l'Union qui réside légalement sur le territoire d'un autre État membre peut invoquer l'article 6 TCE [18 TFUE] dans les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du traité et précise que :

« Ces situations comprennent notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le

²¹³ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, *op. cit.*, para. 30.

²¹⁴ *Ibid.*, para. 31.

²¹⁵ L'usage de ces termes dans le droit communautaire étant variable, et la Cour utilisant parfois les deux de façon similaire, il n'était pas aisé de savoir si le changement de vocabulaire impliquait une évolution. Il faut remarquer que dans l'arrêt *Bickel et Franz*, la Cour reprenant *Cowan* parlait de « la parfaite égalité de traitement des personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire avec les ressortissants de l'État membre », CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 14. Sur les différents usages du principe d'égalité de traitement et du principe de non-discrimination en droit communautaire peu avant l'arrêt, V. ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 17s.

territoire des États membres telle que conférée par l'article 8 A du traité [21 TFUE] (voir arrêt du 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, Rec. p. I-7637, points 15 et 16²¹⁶). »

Ce paragraphe, bien qu'ayant moins attiré l'attention que celui relatif à la vocation fondamentale du statut, est tout aussi crucial pour la construction du statut de citoyen de l'Union. La Cour, sans explicitement présenter la liberté de circuler et de séjourner du citoyen comme une « liberté fondamentale » au sens des libertés de circulation du marché intérieur, les met sur le même plan, suivant en cela le chemin initié dans *Bickel et Franz*.

Dans cette affaire, la Cour a donc combiné les deux arrêts précédents et en a repris les formules. À la différence de l'arrêt *Martínez Sala*, elle utilise la liberté de circulation pour inclure la situation en cause dans le domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire. La séquence de raisonnement se rapproche d'une opération classique du marché intérieur, par laquelle l'exercice de la liberté de circulation et de séjour permet l'application du droit de l'Union, comme dans l'affaire *Bickel et Franz*. La Cour ne suit toutefois pas complètement ce raisonnement en ne caractérisant pas clairement l'effet des aides en cause sur la circulation. En outre, à la différence de l'arrêt *Bickel et Franz*, elle s'appuie sur le fait que le minimex entre dans le champ d'application du traité comme avantage social au sens du règlement relatif à la liberté de circulation des travailleurs et que le citoyen réside légalement dans un autre État membre, revenant à un raisonnement proche de celui tenu dans l'affaire *Martínez Sala*²¹⁷. Si l'arrêt a pu être relu *a posteriori*, force est de reconnaître qu'il laissait place à l'interprétation sur deux points, l'importance que revêtait le fait que la mesure relève du champ d'application *ratione materiae* du traité d'une part et l'effet que devaient avoir les mesures contestées sur la circulation du citoyen d'autre part.

La structure de raisonnement suivie reprend le premier temps de la structure type de raisonnement *Martínez Sala*, puis se repose sur la liberté de circulation et de séjour du citoyen comme l'arrêt *Bickel et Franz*.

²¹⁶ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 33.

²¹⁷ En effet, en abordant dès le début de son raisonnement la qualification de la prestation en cause, « afin de situer le problème juridique », elle affirme que la question est pertinente. Elle s'appuie sur sa jurisprudence antérieure, en citant CJCE, 27 mars 1985, *Hoeckx / Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Kalmthout*, 249/83, EU:C:1985:139 (V. para. 27 à 29).

Si « X est un citoyen de l'Union » et que « X réside légalement sur le territoire d'un autre État membre », alors « X peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ».

Si « Y est une situation qui relève de l'exercice de la liberté de circulation et de séjour des citoyens », alors « Y relève du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire²¹⁸ ».

Modèle *Grzelczyk*

La Cour a donc décidé que l'article consacré à la non-discrimination en raison de la nationalité, « lu en combinaison » avec l'article relatif à la liberté de circulation et de séjour du citoyen, permettait au citoyen ayant exercé sa liberté de circulation de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité.

Allant au-delà de ce qui lui est demandé par le juge *a quo*, puisque la question ne portait que sur la possibilité pour un État de ne pas accorder de prestations sociales au regard du principe de non-discrimination, la Cour considère l'effet du recours à de telles prestations sur le droit de séjour du citoyen. Elle décide que le droit de séjour du citoyen-étudiant est soumis aux conditions énoncées par la directive, et notamment à l'obligation d'« assurer à l'autorité nationale concernée qu'il dispose, pour lui-même ainsi que, le cas échéant, pour son conjoint et ses enfants à charge, de ressources afin d'éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil²¹⁹ ». L'État d'accueil est libre de constater qu'un « étudiant qui a eu recours à l'assistance sociale ne remplit plus les conditions auxquelles est soumis son droit de séjour et [de prendre] dans le respect des limites imposées à cet égard par le droit communautaire, des mesures en vue soit de mettre fin à l'autorisation de séjour de ce ressortissant, soit de ne pas renouveler celle-ci²²⁰ ». Toutefois, la Cour souligne aussi que la directive indique que, si « les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge 'déraisonnable' pour les finances publiques de l'État membre », elle admet « une certaine solidarité financière » entre les étudiants, « notamment si les difficultés que rencontre

²¹⁸ Comme nous l'avons mentionné, l'arrêt était ambigu car il laissait aussi la possibilité de reconnaître la situation comme tombant dans le domaine *ratione materiae* du traité en raison de la nature de la mesure en cause, comme dans *Martínez Sala*.

²¹⁹ *Ibid.*, para. 40.

²²⁰ *Ibid.*, para. 42.

le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire²²¹ ». Elle estime que le recours à l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ne peut avoir comme conséquence automatique la fin de l'autorisation de séjour ou le non renouvellement de celle-ci²²².

En l'espèce, la Cour a jugé qu'il était incompatible avec le droit de communautaire qu'une prestation non contributive soit conditionnée pour des ressortissants d'autres États membres résidant légalement en Belgique à ce qu'ils se trouvent dans le champ d'application de la directive 1612/68 relative à la circulation des travailleurs, alors qu'aucune condition de ce type ne s'appliquait aux nationaux. Cet arrêt constitue une évolution importante de la jurisprudence de la Cour. Le statut de citoyen permet aux étudiants de se prévaloir du droit de ne pas être discriminé dans des situations qui échappaient auparavant au champ d'application du traité. Il faut bien noter que la directive 93/96 est utilisée de deux façons dans l'arrêt. Tout d'abord, elle est convoquée pour justifier, avec d'autres arguments, le revirement de jurisprudence de la Cour quant à la possibilité pour l'étudiant résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité pour bénéficier de prestations sociales non contributives. Ensuite, les conditions et limitations que la directive pose au droit de séjour du citoyen-étudiant sont interprétées par la Cour.

B. Ne pas être discriminé en vertu d'un autre statut

Dans d'autres arrêts, le statut de citoyen de l'Union vient s'ajouter à une autre qualité. Il ne permet pas directement de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité, mais son introduction justifie une évolution de l'interprétation que fait la Cour de l'égalité de traitement dont un citoyen peut se prévaloir à un autre titre. Ce raisonnement apparaît de la façon la plus claire dans l'arrêt *Collins* en 2004²²³. L'introduction de la citoyenneté justifie une évolution de l'interprétation de la portée du principe d'égalité de traitement prévu à l'article 48 § 2 CE [45 § 2 TFUE] disposant que « [la liberté de circulation des travailleurs] implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ».

M. Collins, le requérant au principal, possède la nationalité états-unienne et irlandaise. Né aux États-Unis, il avait séjourné à deux reprises au Royaume-Uni, en 1978 dans le cadre de ses études,

²²¹ *Ibid.*, para. 44.

²²² *Ibid.*, para. 42 et 43.

²²³ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172.

puis, en 1980 et 1981, pour travailler. Décidant de s'installer au Royaume-Uni en 1998, il est à la recherche d'un emploi. Les autorités compétentes refusent sa demande de bénéficier de l'allocation de recherche d'emploi, au motif qu'il n'a pas sa résidence habituelle au Royaume-Uni et qu'il n'est ni un travailleur au sens du règlement 1612/68²²⁴ ni titulaire d'un droit de séjour en vertu de la directive 68/360²²⁵. Suite au recours de M. Collins, la juridiction nationale saisit la CJCE pour savoir si le droit communautaire oblige l'État à allouer une telle prestation à une personne se trouvant de ce type de situation.

La Cour décide tout d'abord que, en raison de l'ancienneté de la période de travail du requérant, M Collins doit être considéré comme n'importe quel ressortissant d'un État membre cherchant nouvellement un emploi dans un autre État membre et, en conséquence, qu'il n'est pas un travailleur au sens de la directive n° 1612/68²²⁶. En outre, n'occupant pas antérieurement un emploi dans un autre État membre, il ne saurait se prévaloir de la directive 68/360²²⁷. Elle doit donc se prononcer sur le fait de savoir si une personne dans la situation de M. Collins pourrait bénéficier d'une allocation de recherche d'emploi en raison d'une autre disposition, et, plus spécifiquement, du principe de l'égalité de traitement.

La Cour affirme que, disposition particulière, l'article 48 § 2 TCE doit être examiné avant l'article 6 § 1 TCE²²⁸. Ensuite, elle rappelle sa jurisprudence *Antonissen* selon laquelle les ressortissants d'un État membre à la recherche d'un emploi relèvent du champ d'application de l'article 48 et peuvent donc se prévaloir de l'égalité de traitement prévue au paragraphe 2 [art. 45 § 2 TFUE²²⁹]. Toutefois, elle avait décidé dans les arrêts *Lebon* et *Commission/ Belgique* que les ressortissants qui se déplacent dans un autre État membre pour chercher un emploi ne bénéficiaient pas de l'égalité de traitement en ce qui concerne les avantages sociaux et fiscaux au sens du règlement 1612/68²³⁰.

²²⁴ Règlement 1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

²²⁵ Directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 13-16.

²²⁶ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 26-33.

²²⁷ *Ibid.*, para. 34-44.

²²⁸ *Ibid.*, para. 55.

²²⁹ CJCE, 26 février 1991, *The Queen / Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80, para. 13. Cité par CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, para. 56-57.

²³⁰ CJCE, 18 juin 1987, *CPAS de Courcelles / Lebon*, 316/85, EU:C:1987:302, para. 58 et CJCE, 12 septembre 1996, *Commission / Belgique*, C-278/94, EU:C:1996:321, para. 39-40. Cité par CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 58.

C'est à ce niveau du raisonnement que les dispositions relatives à la citoyenneté interviennent ; la Cour propose une lecture de l'article 48 § 2 TCE combinée avec les dispositions relatives à la non-discrimination et à la citoyenneté pour revenir sur sa jurisprudence antérieure. Elle reprend la formule *Martínez Sala* pour dire que les citoyens résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre peuvent se prévaloir de l'article 6 dans les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire et la formule *Grzelezyk* affirmant le caractère fondamental du statut²³¹. Elle souligne ensuite que :

« Compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 48, paragraphe 2, du traité [45 § 2 TFUE], qui est une énonciation du principe fondamental d'égalité de traitement garanti par l'article 6 du traité [18 TFUE], une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre²³². »

Ainsi explique-t-elle devoir revenir sur l'interprétation du principe d'égalité de traitement adoptée dans les arrêts *Lebon* et *Commission/ Belgique* pour « refléter cette évolution²³³ ». Toutefois, une réglementation introduisant une discrimination indirecte, comme c'est le cas de la réglementation contestée au principal en raison d'une clause de résidence, peut être justifiée par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif poursuivi par le droit national²³⁴. En l'espèce, la Cour décide qu'il est légitime de demander un rattachement entre la personne demandant le bénéfice d'une allocation chômage et le marché du travail de l'État, et que celui-ci peut se traduire par l'exigence d'une condition de résidence proportionnée²³⁵.

L'articulation du raisonnement est difficile à suivre. La Cour, dans un premier temps, dit que la clause spécifique (relative à la non-discrimination des travailleurs) doit être appliquée avant la clause générale (art. 6 [18 TFUE²³⁶]). Toutefois, elle dit aussi que le principe d'égalité de traitement pour les personnes à la recherche d'un emploi doit être interprété « à la lumière » d'autres dispositions du droit communautaire et notamment du principe général de non-discrimination en raison de la nationalité²³⁷.

²³¹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 61.

²³² *Ibid.*, para 63.

²³³ *Ibid.*, para 64.

²³⁴ *Ibid.*, para 66s.

²³⁵ *Ibid.*, para. 72.

²³⁶ *Ibid.*, para. 55.

²³⁷ *Ibid.*, para. 60.

C'est l'extension du champ d'application de l'article 6 TCE [18 TFUE] résultant des arrêts concernant le citoyen qui est mentionnée pour dire que le champ d'application du principe spécial de l'article 48 § 2 TCE [45 § 2 TFUE] doit évoluer. Le statut de citoyen conduit à faire évoluer le concept de l'égalité de traitement pour les personnes à la recherche d'un emploi parce qu'il a étendu le champ d'application du concept de non-discrimination. Dans le dispositif, la Cour parle du « doit à l'égalité de traitement prévu à l'article 48, paragraphe 2, du traité CE [45 § 2 TFUE], lu en combinaison avec les articles 6 et 8 du traité CE [18 et 20 TFUE] ».

Si « X est un ressortissant d'un État membre à la recherche d'un emploi dans un autre État membre », alors « X peut se prévaloir du droit à l'égalité de traitement pour obtenir une allocation de recherche d'emploi prévu à l'article 48 § 2 TCE [45 § 2 TFUE] ».

Modèle *Collins*

La justification de la Cour se distingue donc de la proposition de la Commission qui estimait que le citoyen pouvait directement se prévaloir du droit de ne pas être discriminé par la combinaison des articles 6 et 8 TCE [18 et 20 TFUE], en suivant le même modèle de raisonnement que dans les arrêts *Martínez Sala* et *Grzeleczyk*²³⁸. La citoyenneté joue un rôle pour justifier une évolution de l'interprétation d'autres dispositions du traité, mais ce n'est pas directement en tant que citoyen que le requérant peut invoquer son droit de ne pas être discriminé.

²³⁸ Toutefois, elle poursuit en disant que le droit de séjourner dans un autre État membre pour chercher un emploi peut être limité à une durée raisonnable et que le droit de se prévaloir de la non-discrimination serait limité à cette période de résidence légale. V. CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 48-49 et AG Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op.cit.*, para. 16.

§ 2. LES MODÈLES DE RAISONNEMENT IMPLIQUANT LES DROITS DE CIRCULER ET DE SÉJOURNER

La liberté de circulation et de séjour du citoyen n'est pas absente des premiers arrêts concernant la citoyenneté. La Cour utilise l'article relatif au droit de circulation et de séjour du citoyen (aujourd'hui l'art. 21 TFUE) dès les arrêts *Bickel et Franz* et *Grzelczyk*. Il permet de faire jouer la non-discrimination en raison de la nationalité, en faisant tomber la situation dans le champ d'application du droit communautaire²³⁹. Toutefois, elle va jouer un rôle plus direct dans deux grands modèles de raisonnement. Tout d'abord, à la suite de l'arrêt *Baumbast*, le statut de citoyen autorise ses titulaires à invoquer directement un droit de séjour sur le territoire des autres États membres (A). Ensuite, les citoyens peuvent contester les mesures qui restreignent leur liberté de circulation (B).

A. Les modèles impliquant le droit de séjourner

Si la question de l'effet direct de l'article consacré au droit de circuler et de séjourner du citoyen s'était posée à de nombreuses reprises avant l'arrêt *Baumbast*, comme le montrent les célèbres conclusions des Avocats généraux La Pergola et Cosmas sur les arrêts *Martínez Sala* et *Wijsenbeek*²⁴⁰, la Cour avait soigneusement évité de se prononcer. Ainsi a-t-on pu parler d'« un refus d'affirmer explicitement l'effet direct de l'article 18 [21 TFUE²⁴¹] ». Lorsqu'est décidé l'arrêt *Baumbast*, en 2002, aucune réglementation générale relative à la circulation des citoyens n'avait été adoptée par les institutions communautaires. La proposition de directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, faite en 2001, avait eu le temps de susciter une opposition ferme de la part de certains États, et son adoption, modifiée, n'est intervenue que deux ans après l'arrêt²⁴².

²³⁹ La Cour mentionne également cet article dans d'autres arrêts, comme dans *Elsen*, où elle cite la liberté de circulation des citoyens à côté de la liberté de circulation des travailleurs pour sanctionner des mesures discriminant les travailleurs/citoyens migrants, CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, C-135/99, EU:C:2000:647, V. para. 33s. V. aussi, les arrêts CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, C-192/99, EU:C:2001:106, CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432 et CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, C-356/98, EU:C:2000:200.

²⁴⁰ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op.cit.* et AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijsenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:439.

²⁴¹ GAUTIER Y., « Citoyenneté de l'Union », *Revue Europe*, 2002, n° 11, com. 369.

²⁴² Proposition de directive (CE) du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner sur les territoires des États membres, présentées par la Commission le 23 mai 2001, COM (2001) 257 final, JOCE C 270 E du 25 septembre 2001, p. 150-160. La directive a été adoptée près de deux années après l'arrêt *Baumbast et R*. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE,

Ainsi que le résume l'Avocat général Geelhoed, la liberté de circulation des personnes relevait de « deux ordres de règles²⁴³ ». « L'ordre le plus ancien », la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation de service, garanti par le traité complété d'un ensemble de textes de droit dérivé, était lié à l'exercice d'une activité économique. Un « second ordre de règles » découlait des trois directives adoptées au début des années quatre-vingt-dix, relatives au droit de séjour des personnes en général, des retraités et des étudiants²⁴⁴. Si ces directives n'exigeaient pas l'exercice d'une activité économique au sens des libertés de circulation, elles conditionnaient le droit de séjour à la disposition de « ressources suffisantes » pour ne pas « devenir une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil » et d'une « assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil ». La question de la possibilité d'invoquer directement l'article 18 CE [21 TFUE] revêtait une importance fondamentale pour les citoyens de l'Union ne pouvant se prévaloir d'aucun de ces « deux ordres de règles », c'est-à-dire pour un citoyen n'exerçant pas une activité économique au sens du traité et ne remplissant pas les conditions énoncées par le droit dérivé.

Avant de présenter le rôle de la Cour dans la construction d'un droit de circulation et de séjour du citoyen de l'Union, il faut rappeler la teneur des textes portant sur la question et leur évolution afin d'éviter toute confusion. Dès le Traité de Maastricht, le premier paragraphe de l'article 8A TCE énonçait que :

« Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application. [...] »

Ce texte n'a pas été modifié. Il se retrouve à l'article 18 CE, puis 21 TFUE. Il s'agit de la disposition textuelle centrale utilisée par la Cour pour développer un droit de circuler et de séjourner pour le citoyen. D'autres dispositions du traité relatives à cette liberté de circulation et de séjour doivent toutefois être mentionnées. L'article 8 du traité, issu du Traité de Maastricht, mentionnait que : « [l]es citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité », sans

75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOCE L 158 du 30 avril 2004, p. 77-123.

²⁴³ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 34s.

²⁴⁴ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, JOCE, L 180 du 13 juillet 1990, p. 26–27 ; Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non-salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JOCE L 180 du 13 juillet 1990, p. 28–29 ; Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, JOCE L 317 du 18 décembre 1993, p. 59–60.

plus de précision. Il sera complété avec le Traité d'Amsterdam par une énumération des droits en cause, mentionnant en premier lieu « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » (art. 17 CE, [20 TFUE]).

Une autre disposition, qui a été parfois discutée lors des débats initiaux, est le second paragraphe de l'article 8A TCE. Celui-ci, placé à la suite de la proclamation du droit de circuler et de séjourner, permettait au Conseil, en principe à l'unanimité après avis du Parlement, d'arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits de circuler et de séjourner du citoyen. Avec le Traité d'Amsterdam, c'est la procédure de codécision qui s'applique, mais le Conseil doit toujours se prononcer à l'unanimité « tout au long de cette procédure²⁴⁵ ». Le Traité de Nice, qui avait été signé mais n'était pas encore en vigueur au moment de l'arrêt *Baumbast*, a également modifié cette clause. Tout d'abord en lui donnant une tournure qui peut sembler plus restrictive, « [s]i une action de la Communauté apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si le présent traité a prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Conseil peut arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des [droits de circuler et de séjourner du citoyen²⁴⁶] ». Ensuite, le Conseil statue, en principe, à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité²⁴⁷. Le TFUE a encore modifié ces dispositions qui se trouvent dorénavant à l'article 21. C'est la procédure législative ordinaire qui s'applique au paragraphe 2 et le paragraphe 3 est reformulé de la façon suivante : « [a]ux mêmes fins que celles visées au paragraphe 1, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, peut arrêter des mesures concernant la sécurité sociale ou la protection sociale. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen²⁴⁸ ».

La question de l'effet des dispositions du traité relatives à la citoyenneté est essentiellement envisagée d'une façon classique, à travers le prisme des « critères de l'effet direct ». Présenter la controverse relative à celui-ci permet d'aborder la question de la relation du droit primaire et du droit dérivé, qui joue un rôle central dans l'affaire *Baumbast* (1). Au-delà de la controverse sur les critères de l'effet direct des dispositions du traité relatives à la liberté de circulation et de séjour, il convient de s'interroger sur ce que dire que ces dispositions sont d'effet direct permet de faire (2).

²⁴⁵ Art. 18, para. 2 CE.

²⁴⁶ Art. 18, para. 2 CE.

²⁴⁷ Un troisième paragraphe est toutefois ajouté pour préciser que le paragraphe 2 « ne s'applique pas aux dispositions concernant les passeports, les cartes d'identité, les titres de séjour ou tout autre document assimilé, ni aux dispositions concernant la sécurité sociale ou la protection sociale ». (Art. 18, para. 3 CE).

²⁴⁸ Art. 21 TFUE.

1. Se prévaloir directement d'un droit de séjour

La doctrine de l'effet direct constitue une pierre fondamentale de la construction du droit de l'Union, comme l'illustre la célébration du cinquantième anniversaire de l'arrêt *Van Gend en Loos* par la Cour²⁴⁹. La dimension politique de la doctrine a très tôt été mise en lumière par les juristes de droit communautaire. Deirdre Curtin souligne, immédiatement après Maastricht, que la spécificité du droit communautaire, « sa véritable valeur historique au plan mondial », est d'être « un ensemble normatif cohérent qui confère des droits aux *individus* et qui pénètre leurs systèmes juridiques nationaux pour en faire partie intégrante²⁵⁰ ». La doctrine de l'effet direct est souvent présentée comme participant d'une conception démocratique mettant l'individu au centre du projet européen ; elle est même parfois rattachée à une proto-citoyenneté²⁵¹. En 1995, dans un rapport préparant une conférence intergouvernementale sur la révision des traités, la Cour avait elle-même fait ce lien : « [a]insi, avant même qu'apparaisse l'idée de la citoyenneté de l'Union, la Cour a inféré des traités la notion d'un nouvel ordre juridique dont les individus étaient des sujets et, dans de nombreux cas, elle leur a assuré l'exercice effectif des droits qui leur étaient attribués²⁵² ».

Les questions entourant la doctrine de l'effet direct ont évolué et se sont posées dans de nombreux contextes. On distingue parfois une acception large de l'effet direct, la possibilité d'invoquer une disposition du droit de l'Union devant un juge national, d'une acception étroite, le fait qu'une disposition du droit de l'Union confère des droits aux individus qui pourront les invoquer devant les juridictions nationales²⁵³. Si les « critères de l'effet direct » sont controversés, on mentionne classiquement qu'une disposition doit réunir trois conditions : « être suffisamment claire, précise et

²⁴⁹ TIZZANO A., J. KOKOTT, et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du colloque*, Luxembourg, Publications Office, 2013.

²⁵⁰ « its true world-historical significance », « a cohesive legal unit which confers rights on *individual* and which enters into their national legal systems as an integral part of those systems ». CURTIN D., « The constitutional structure of the Union : A Europe of bits and pieces », *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30, n° 1, p. 67. L'auteure alerte sur la mise en péril de cette spécificité, en raison d'un processus de négociation opaque et de l'exclusion de la compétence de la Cour dans certains domaines.

²⁵¹ Pour un exemple emblématique, V., écrit par un juge et un référendaire, MANCINI G.F. et D.T. KEELING, « Democracy and the European Court of Justice », *The Modern Law Review*, 1994, vol. 57, n° 2, p. 182s. De façon plus générale sur la question, V. EPINEY A., « L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 135-154.

²⁵² Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes (Luxembourg, Mai 1995), point 4, disponible à : http://www.cvce.eu/obj/rapport_de_la_cour_de_justice_des_communautes_europeennes_luxembourg_mai_1995-fr-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html.

²⁵³ La présentation de cette distinction est reprise à Paul Craig et Gráinne De Búrca, V. CRAIG P. et G. DE BURCA, *EU law : text, cases, and materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2015, p. 184s.

inconditionnelle²⁵⁴ ». La première condition a tendance à être évincée, mais se retrouve dans une certaine mesure dans la seconde, la Cour se limitant à constater que des dispositions sont « inconditionnelles et suffisamment précises²⁵⁵ ». La synthèse de la jurisprudence de la Cour par l'Avocat général Cosmas, dans ses conclusions sur *Wijzenbeek*, donne un aperçu général de ces critères au moment de l'arrêt. « Pour produire un effet direct, une disposition doit, tout d'abord, imposer une obligation précise et bien déterminée, en deuxième lieu, être inconditionnelle et, enfin, sa mise en œuvre ne doit pas dépendre de mesures ultérieures à adopter par les institutions communautaires ou les États membres, en ce sens qu'elle ne leur confère un pouvoir discrétionnaire aux fins de son application²⁵⁶. »

La Cour ayant attendu plusieurs années pour se prononcer sur l'effet direct de l'article consacré à la liberté de séjour et de circulation des citoyens, une controverse fournie avait pu se développer sur la question²⁵⁷. On trouve, de la part de nombreux États et parfois de la Commission, une argumentation selon laquelle les dispositions des articles 20 et 21 TFUE ne confèrent pas de droits nouveaux aux citoyens et ne doivent être lus que comme renvoyant à d'autres dispositions²⁵⁸. Mais, plus spécifiquement, l'analyse des débats entourant l'interprétation de l'article 21 TFUE (originellement l'article 8A TCE) par Anastasia Iliopoulou montre que, si les positions défendues étaient diverses, la « piste généralement empruntée afin d'étudier l'article 18 CE [21 TFUE] s'inspire de la même théorie : celle de l'effet direct²⁵⁹ ». En effet, la controverse porte le plus souvent, tant en doctrine que devant la Cour, sur la question de savoir si l'application des critères relatifs à l'effet direct permet de conclure à l'effet direct de l'article 21 TFUE. Sans reprendre ce débat dans son ensemble, on peut dire que si l'on trouve des auteurs pensant que la disposition satisfait les critères de l'effet direct, ou, au contraire, qu'elle ne les satisfait pas, la plupart soulignent qu'il s'agit d'une question difficile à trancher²⁶⁰. David O'Keefe conclut, après une analyse approfondie des différents arguments en jeu, que la question n'est pas « immédiatement évidente » et que la Cour doit se prononcer, tout en expliquant qu'il pense que la disposition doit être vue comme pourvue d'effet

²⁵⁴ BLUMANN C. et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2013, p. 539.

²⁵⁵ En ce sens, V. *Ibid.* V. par ex., CJCE, 26 février 1986, *Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, EU:C:1986:84, para. 46.

²⁵⁶ AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, *op.cit.*, para. 45.

²⁵⁷ Au sein de la doctrine, reprise et discutés par les avocats généraux, V. PICOD F., « Doctrine et pouvoir juridictionnel », F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 153.

²⁵⁸ Sur cette controverse, V. *infra*, chapitre 2, § 1, B.

²⁵⁹ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007, p. 372-392.

²⁶⁰ Pour une recension des différents auteurs sur la question, V. *Ibid.*, p. 372, note 1120.

direct²⁶¹. De la même façon, Síofra O'Leary souligne la faiblesse de l'article en cause au regard des conditions de l'effet direct, tout en affirmant qu'« il peut être susceptible d'être d'effet direct²⁶² » et Epaminondas Marias écrit que l'article « semble capable de produire directement des effets²⁶³ ».

Devant la Cour, un argument souvent présenté par les opposants à l'effet direct, parmi lesquels de nombreux gouvernements, a été de dire que l'affirmation du droit de circuler et de séjourner « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application » ne permet pas d'affirmer le caractère inconditionnel de cette disposition. Le Centre public d'aide sociale, dans l'affaire *Grzeleczyk*, affirme que ce qui ressort « clairement » de la disposition en cause est qu'elle « ne produit pas d'effet direct²⁶⁴ ». L'arrêt *Kaba I*, dans lequel la Cour avait dit que « le droit de séjour des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre n'est pas inconditionnel²⁶⁵ » a également pu être cité. Il utilisait toutefois l'expression dans un sens différent, puisque l'affirmation visait à distinguer le droit de séjour de nationaux dans leur État de nationalité du droit de séjour de ressortissants d'autres États membres. La formule s'appliquait d'ailleurs également à la libre circulation des actifs, dont l'effet direct n'était plus questionné depuis longtemps²⁶⁶. Au contraire, les défenseurs de l'effet direct, comme l'Avocat général Cosmas dans ses conclusions sur *Wijzenbeek*, estiment que la réserve « n'altère pas le caractère direct du droit conféré, en ce sens qu'elle ne supprime pas la forme précise et inconditionnelle des dispositions à interpréter²⁶⁷ ». Cette position est souvent, de façon explicite ou non, fondée sur une distinction énoncée par l'Avocat général La Pergola dans ses conclusions sur *Martínez Sala*, entre l'existence et l'exercice du droit de circulation et de séjour. Celle-ci permet en effet de dire que « les limitations prévues par l'article 8A [21 TFUE] concernent l'exercice concret et non l'existence du droit²⁶⁸ ».

Cette opposition se retrouve dans les arguments présentés à la Cour dans l'affaire *Baumbast*. Le requérant au principal, de nationalité allemande, réside au Royaume-Uni avec sa famille depuis près d'une décennie. Il a été salarié plusieurs années, puis travailleur indépendant jusqu'à la faillite de son

²⁶¹ O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 347–374.

²⁶² O'LEARY S., *The evolving concept of Community citizenship: from the free movement of persons to Union citizenship*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 141.

²⁶³ « does seem capable of producing direct effects ». MARIAS E.A., « Mechanisms of Protection of Union Citizens' Rights », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe: in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 231.

²⁶⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, *op. cit.*, para 20.

²⁶⁵ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.*, para. 30.

²⁶⁶ *Ibid.*, para. 30.

²⁶⁷ AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, *op.cit.*, para. 90.

²⁶⁸ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 18.

entreprise. À la suite de celle-ci, la famille continue à résider au Royaume-Uni, où les enfants sont scolarisés, alors que M. Baumbast travaille pour des sociétés allemandes en Chine et au Lesotho. Saisi d'un refus de titre de séjour opposé aux différents membres de la famille, l'*Immigration Adjudicator* décide que les enfants de la famille peuvent bénéficier d'un droit de séjour propre pour poursuivre leur scolarité, car M. Baumbast a été travailleur salarié au Royaume-Uni, et que sa femme bénéficie d'un droit de séjour dérivé de celui des enfants. Il estime en revanche que M. Baumbast ne peut pas invoquer la liberté de circulation des travailleurs ou la liberté d'établissement découlant du traité, ni se prévaloir de la directive 90/364. En effet, s'il ne fait guère de doute que M. Baumbast dispose de « ressources suffisantes » au sens de la directive – il travaille et les membres de sa famille n'ont bénéficié d'aucune prestation sociale au Royaume-Uni –, la couverture maladie complète dont le requérant et sa famille bénéficient ne couvre pas les soins urgents administrés dans l'État d'accueil, alors que la directive conditionne le droit de séjour à la disposition « d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil²⁶⁹ ».

En réponse à une première question préjudicielle, la Cour décide tout d'abord que l'article 12 du règlement n° 1612/68²⁷⁰, garantissant aux enfants de travailleur le droit de poursuivre leur scolarité, donne un droit de séjour aux enfants de la famille ainsi qu'à Mme Baumbast, contrairement aux propositions des États intervenants et de la Commission²⁷¹. N'étant pas actif, au sens des libertés de circulation, et ne pouvant invoquer aucune des directives relatives au droit de séjour des non-actifs, il lui est demandé si M. Baumbast peut se prévaloir de sa qualité de citoyen de l'Union pour obtenir un droit de séjour pour lui et sa famille. En raison de sa réponse à la première question, la Cour ne se prononce que pour M. Baumbast.

« S'agissant, en particulier, du droit de séjourner sur le territoire des États membres prévu à l'article 18, paragraphe 1, CE [21, paragraphe 1, TFUE], il convient de constater que celui-ci est reconnu directement à tout citoyen de l'Union par une disposition claire et précise du traité CE. En sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, et partant de citoyen de l'Union, M. Baumbast a donc le droit de se prévaloir de l'article 18, paragraphe 1, CE [21 TFUE]²⁷². »

²⁶⁹ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JOCE*, L 180 du 13 juillet 1990, p. 26–27, art. 1, para. 1. V. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 16s. et 87s.

²⁷⁰ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

²⁷¹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 68-75. Les arguments avancés pour refuser un droit de séjour à Mme. Baumbast étaient, pour les États intervenants et la Commission, qu'elle était ressortissante d'un État tiers et, pour le Royaume-Uni, que, dans tous les cas, le droit de séjour des enfants ne saurait garantir un droit de séjour à la personne qui en la garde. En outre, un des enfants de la famille étant uniquement la fille de Mme Baumbast, la Commission arguait qu'elle ne saurait se prévaloir du droit de séjour réservé aux enfants de travailleur migrant.

²⁷² *Ibid.*, para 84.

S'inscrivant dans la controverse sur les critères de l'effet direct, les arguments présentés dans l'affaire *Baumbast et R* concernent principalement leur application aux dispositions du traité portant sur le droit de séjour et de circulation du citoyen. Les demandeurs défendent le caractère clair et inconditionnel de l'article 18 CE [21 TFUE], malgré la réserve. Au contraire, la Commission, le Royaume-Uni et l'Allemagne soulignent l'absence d'inconditionnalité de ces dispositions²⁷³. Il faut noter que la position de la Commission sur la question a évolué. Si elle soutenait que l'article 8 TCE [20 TFUE] n'était pas directement applicable dans l'arrêt *Grzelczyk*²⁷⁴, elle estime, à l'occasion de l'affaire *Martínez Sala*, que « le droit de circuler et de résider librement sur tout le territoire de l'Union résulte *directement* du traité²⁷⁵ » et, lors de l'affaire *Wijsenbeek*, que « l'effet direct de l'article 8 A, paragraphe 1, du traité est incontestable », en expliquant que les réserves formulées dans l'article ne peuvent pas faire obstacle à sa reconnaissance²⁷⁶. Dans ses conclusions sur *Baumbast et R*, l'Avocat général Geelhoed met l'accent sur « la formulation claire et inconditionnelle de la première partie de l'article 18, paragraphe 1 [21, paragraphe 1 TFUE²⁷⁷] ».

La Cour est laconique quant à l'application de ces critères. Elle souligne tout d'abord, dans le paragraphe précité, que le droit en question est reconnu « par une disposition claire et précise du traité », ce qui n'est pas véritablement discuté. Sans parler explicitement du caractère inconditionnel des dispositions, elle mentionne ensuite sa jurisprudence antérieure en citant l'arrêt *Van Duyn*²⁷⁸. Elle affirme que la formulation du droit sous réserve de limitations et de conditions prévues par le traité ou d'autres dispositions prises pour son application ne fait pas obstacle à la reconnaissance de l'effet direct de celui-ci, au sens de la possibilité qu'ont les particuliers de faire valoir en justice ces droits et de l'obligation que les juridictions nationales ont de les sauvegarder²⁷⁹. L'arrêt *Van Duyn*, souvent présenté comme assouplissant de façon notable l'exigence du caractère inconditionnel des dispositions concernées²⁸⁰, énonçait clairement que les limitations à la liberté de circulation des

²⁷³ V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 96s.

²⁷⁴ V. AG Alber, ccl sur CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 62.

²⁷⁵ V. AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 15.

²⁷⁶ V. CJCE, 21 septembre 1999, *Wijsenbeek*, *op. cit.*, para. 35 et AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijsenbeek*, *op. cit.*, para. 90.

²⁷⁷ Il appuie également son raisonnement par deux autres arguments, tirés de « l'économie du traité CE » et d'une « interprétation téléologique », arguant que la solution inverse priverait l'article en question d'effet utile. ccl AG sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 103s.

²⁷⁸ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn / Home Office*, 41/74, EU:C:1974:133.

²⁷⁹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 86.

²⁸⁰ L'arrêt a pu être présenté comme « une illustration remarquable et de grande importance de la souplesse de la jurisprudence » relative à l'effet direct. V. Blumann C. et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 556.

travailleurs, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, ne faisaient pas obstacle à l'effet direct de l'article du traité car cette réserve était « susceptible d'un contrôle juridictionnel²⁸¹ ». Une différence importante entre la formulation du droit de circulation et de séjour des citoyens et celle de la liberté de circulation des travailleurs est toutefois que les limitations qui peuvent être mises au droit de circulation et de séjour du citoyen ne sont pas spécifiées, l'article renvoyant de manière générique au traité ainsi qu'aux dispositions prises pour son application²⁸².

2. « Limiter les limitations²⁸³ » à l'exercice du droit de séjour

L'affirmation de l'effet direct du droit de circulation et de séjour du citoyen permet donc à un ressortissant d'un État membre d'invoquer devant les juges nationaux ou européens un droit de séjour en sa seule qualité de citoyen de l'Union, sans qu'un autre fondement soit nécessaire. À ce titre, il est parfois présenté comme signifiant que la disposition du traité relative au droit de circulation et de séjour du citoyen revêt un caractère « autonome », au sens où elle ne doit pas être lue comme se limitant à renvoyer implicitement à un droit de circulation et de séjour prévu par d'autres dispositions du traité ou du droit dérivé²⁸⁴. « L'article 18, para. 1 CE, [21, para. 1 TFUE] n'est donc pas seulement une disposition symbolique ; c'est une disposition qui peut constituer le fondement légal de droits qui ne sont pas garantis par une autre disposition du droit de la CE²⁸⁵ ».

Le droit de séjour est donc, dans un premier temps, déconnecté de l'activité économique. « Le traité sur l'Union européenne n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du

²⁸¹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn / Home Office*, *op. cit.*, para. 7.

²⁸² Certains auteurs expliquent cette configuration inédite par le fait que l'article n'a pas été rédigé comme pouvant donner des droits nouveaux aux citoyens mais simplement comme une codification des dispositions existantes. DOUGAN M. et E. SPAVENTA, « Educating Rudy and the non English patient : a double bill on residency rights under Article 18 EC », *European Law Review*, 2003, vol. 28, n° 5, p. 702. D'autres estiment que la différence n'est pas importante. O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *op. cit.*, p. 370.

²⁸³ L'expression est reprise à Catherine Barnard (« the limits to the limitations »), BARNARD C., *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016, p. 478.

²⁸⁴ Pour l'usage des termes de « disposition autonome » en ce sens, V. par ex. l'argumentation du Royaume-Uni et de l'Allemagne dans l'arrêt, CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 78 ou le commentaire de Franck David, DAVID F., « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 553-578.

²⁸⁵ « Article 18(1) EC thus is not merely a symbolic provision; it is a provision that may constitute the legal source for rights not guaranteed by other provisions of EC law. », VAN DER MEI A.P., « Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship, *Comments on*, Baumbast and R v. Secretary of State for Home Department, 17 September 2002 (Case C-413/99) », *European Journal of Migration and Law*, 2003, vol. 5, n° 3, p. 428.

traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union²⁸⁶. » Toutefois, en même temps qu'elle reconnaît l'effet direct du droit de séjour, la Cour, reprenant la formulation de l'article 18, § 1, CE [21 paragraphe 1 du TFUE], décide que ce droit est « reconnu sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité CE ainsi que par les dispositions prises pour son application²⁸⁷ ».

Si « X est un citoyen de l'Union », alors « X peut se prévaloir du droit de séjourner sur le territoire des États membres sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité ou les dispositions prises pour son application ».

Modèle *Baumbast* (effet direct)

La Cour admet donc la possibilité d'introduire des limites à « l'exercice²⁸⁸ » de ce droit, comme celles qui sont prévues dans la directive 90/364, conditionnant le droit de séjour à la disposition « d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil²⁸⁹ ».

La distinction entre l'existence et l'exercice d'un droit est un procédé qui n'a rien d'exceptionnel. Dans un contexte très différent, Michel Troper a par exemple bien montré comment la Constitution montagnarde distinguait les droits du citoyen de leur exercice pour pouvoir affirmer que la souveraineté réside dans le peuple, constitué de l'universalité des citoyens, tout en limitant le droit de vote à certains citoyens seulement²⁹⁰. En droit de l'Union, la technique, initialement utilisée en droit de la concurrence, a été reprise dans différents champs, dont celui des libertés de circulation²⁹¹. Elle se retrouve également implicitement avec la « formule des compétences retenues », permettant au

²⁸⁶ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 83.

²⁸⁷ *Ibid.*, para 85.

²⁸⁸ *Ibid.*, para 86, 90, 93 et 94.

²⁸⁹ Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JOCE*, L 180 du 13 juillet 1990, p. 26-27, art. 1, para. 1.

²⁹⁰ TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 312-313.

²⁹¹ V. BERGE J.-S., « Existence/exercice des droits subjectifs et libertés de circulation : l'hypothèse (à nouveau) d'un rapport de mise en œuvre », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 139-158.

droit de l'Union de limiter l'exercice des compétences retenues par les États membres, sans remettre en cause leur existence²⁹².

Dans l'arrêt *Baumbast*, la Cour précise donc qu'il s'agit de limites à « l'exercice²⁹³ » du droit de séjour. Cette argumentation est couramment reprise en doctrine pour justifier la solution : si l'existence du droit de séjour ne saurait être remise en cause, son exercice peut faire l'objet de conditions et de limites²⁹⁴. L'Avocat général La Pergola avait déjà utilisé cette distinction pour justifier l'effet direct de l'article dans ses conclusions sur *Martínez Sala*²⁹⁵. Elle est reprise, de façon moins explicite, par l'Avocat général Geelhoed dans ses conclusions sur *Baumbast*²⁹⁶. La distinction joue un rôle important puisque, faisant peser les limites sur l'exercice du droit, elle permet d'affirmer le caractère inconditionnel des dispositions conférant au citoyen un droit de séjour et de circulation, nécessaire pour reconnaître son effet direct selon l'application classique des critères.

Toutefois, affirmer un droit de séjour général tout en admettant que les citoyens ne peuvent s'en prévaloir que sous réserve de certaines limites a pu être vu comme procédant d'une certaine duplicité²⁹⁷. Avant même l'arrêt *Baumbast*, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira écrit que « [c]e qui est donné d'une main est repris de l'autre²⁹⁸ ». Si l'affirmation traduit bien le double mouvement, consistant à reconnaître en même temps un droit et la possibilité de le limiter, il faut souligner que l'opération n'est pas neutre. L'apport principal de l'arrêt *Baumbast* est précisément qu'il vient introduire un certain contrôle de ce qui est « repris » par « la main du droit dérivé ». L'affirmation de l'effet direct du droit de séjour du citoyen permet de modifier la façon dont les conditions et limites sont conçues. Disposer d'une assurance maladie ne conditionne plus l'existence d'un droit de séjour

²⁹² Sur l'analyse de cette formule, V. *infra*, Partie III, chapitre 1, section 1, § 2.

²⁹³ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 86, 90, 93 et 94.

²⁹⁴ V. par ex. SHAW J., « A View of the Citizenship Classics : *Martínez Sala* and Subsequent Cases on Citizenship of the Union », L. AZOULAI et M. POIRES MADURO (dir.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, 2010, p. 358. Comparant cette articulation avec la jurisprudence *Cassis de Dijon*, V. BORGMANN-PREBIL Y., « The Rule of Reason in European Citizenship », *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n° 3, p. 341-342.

²⁹⁵ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 18.

²⁹⁶ V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 106 et 107.

²⁹⁷ « This seems to have a Brave New World, foretelling of the right 'to move and reside freely within the territory of the Members States', but nationalism reared its ugly head in the statement that 'beneficiaries of the right of residence must not become an unreasonable burden on the public finances of the host Member State. » POLLARD D., « Rights of Free Movement », N. NEUWAHL et A. ROSAS (dir.), *The European Union and human rights*, La Haye ; Londres, M. Nijhoff, coll. « International studies in human rights », n° 42, 1995, p. 115.

²⁹⁸ « What is given with the one hand is taken back with the other. », JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Union Citizenship : Pie in the Sky ? », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 69.

fondé par la directive 90/364, mais doit être lu comme une condition ou une limite mise à l'exercice du droit de séjour que le citoyen tient directement de l'article 18 CE [21 TFUE²⁹⁹]. En conséquence :

« l'application desdites limitations et conditions doit être faite dans le respect des limites imposées par le droit communautaire et conformément aux principes généraux de ce droit, notamment, le principe de proportionnalité³⁰⁰ ».

La Cour avait déjà effectué un contrôle circonstancié des conditions mises au séjour du citoyen relativement à leur caractère discriminatoire dans *Grzelezyk*. Toutefois, la formule adoptée avec l'arrêt *Baumbast* est beaucoup plus générale. La Cour limite les limitations admises à l'exercice du droit de séjour en convoquant des principes généraux du droit communautaire. Elle s'appuie directement sur la jurisprudence développée dans le cadre des libertés de circulation économique en se référant à l'arrêt *Allué e.a.* relatif à l'application du principe de proportionnalité dans un cas de restriction de la liberté de circulation des travailleurs³⁰¹.

Ce contrôle de proportionnalité est déterminant en l'espèce, la Cour décidant qu'un refus de séjour opposé à M. Baumbast « au motif que l'assurance maladie dont il dispose ne couvre pas les soins urgents administrés dans l'État membre d'accueil constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice [du droit de séjour qui lui est conféré par son statut de citoyen³⁰²] ». La décision de la Cour a ainsi pu être lue comme imposant de nouvelles obligations aux États membres appliquant la directive, découlant directement de principes généraux du droit de l'Union³⁰³.

²⁹⁹ « Dans ces conditions, le refus à M. Baumbast de l'exercice du droit de séjour qui lui est conféré par l'article 18, paragraphe 1, CE, en vertu de l'application des dispositions de la directive 90/364 au motif que l'assurance maladie dont il dispose ne couvre pas les soins urgents administrés dans l'État membre d'accueil constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice dudit droit. » L'articulation d'un droit fondé sur le Traité et limité par le droit dérivé est très claire dans la version française de l'arrêt. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 93. La version anglaise a pu susciter des doutes, peut-être en raison de l'absence d'une virgule, qui a par exemple conduit Suvi Sankari à penser que la Cour disait que le droit de séjour était conféré en vertu de l'application des dispositions de la directive. V. SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, p. 110.

³⁰⁰ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 89.

³⁰¹ CJCE, 2 août 1993, *Allué e.a.* / *Università degli studi di Venezia e.a.*, C-259/91, EU:C:1993:333, para. 15s.

³⁰² CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 93. Si la Cour exerce elle-même ce contrôle dans le paragraphe cité, elle ne le reprend pas de façon générale dans son dispositif, mais mentionne que c'est aux juridictions nationales de « veiller à ce que l'application [des limitations et conditions visées par l'article 18, paragraphe 1, CE] soit faite dans le respect des principes généraux du droit communautaire et, notamment, du principe de proportionnalité ».

³⁰³ En ce sens, V. DOUGAN M. et E. SPAVENTA, « Educating Rudy and the non English patient : a double bill on residency rights under Article 18 EC », *op. cit.*, p. 705.

Si « Y limite ou conditionne le droit de circuler et de séjourner du citoyen sur le territoire des États membres », alors « Y doit être appliqué dans le respect des limites imposées par le droit communautaire et conformément aux principes généraux de ce droit (dont le principe de proportionnalité) »

Modèle *Baumbast* (limite des limitations)

La portée de l'affirmation de l'effet direct du droit de séjourner du citoyen n'est pas forcément déterminée en 2002, parce qu'elle dépend en grande partie de la forme du contrôle de ces conditions et limitations.

À cet égard, le cas d'espèce donne peu d'informations. En effet, l'émancipation du critère de l'« activité économique » intervient, non sans paradoxe, dans un cas où le citoyen exerce une activité économique, mais où celle-ci ne compte pas comme une « activité économique » au sens du marché intérieur parce qu'elle a lieu dans des États tiers. En outre, le requérant a exercé une « activité économique » au sens du droit de l'Union par le passé, qui constitue d'ailleurs le fondement du droit de séjour conféré aux enfants de la famille et à sa femme. L'Avocat général, qui aboutit à la même conclusion que la Cour, suit d'ailleurs un raisonnement différent, puisqu'il déduit du droit de séjour directement reconnu au citoyen la nécessité d'appliquer « par analogie le cadre réglementaire prévu pour les actifs plutôt que celui prévu pour les non-actifs³⁰⁴ ». Dans cette perspective, le droit de séjour de M. Baumbast aurait dû être reconnu en vertu de la combinaison des articles 18 CE [21 TFUE], d'une part, et de l'article 39 CE [45 TFUE] et du règlement relatif à la circulation des travailleurs, d'autre part.

En outre, si la construction de la Cour est très générale et revient clairement sur l'exigence d'une activité économique pour faire jouer l'article relatif à la liberté de circulation et de séjour, dans le premier temps du raisonnement, elle souligne toutefois de façon très explicite la particularité de la situation en cause. M. Baumbast dispose de ressources suffisantes. Il a travaillé et résidé légalement au Royaume-Uni pendant plusieurs années. Sa famille y demeure avec lui et continue à y résider après la cessation de ses activités. Ni lui, ni les membres de sa famille ne sont devenus des charges pour les finances publiques de l'État d'accueil et ils disposent d'une assurance maladie dans un autre État

³⁰⁴ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.* V. para. 115s.

membre³⁰⁵. Autrement dit, que la Cour juge disproportionnée la prise en compte de l'absence de couverture maladie dans le cas de soins urgents pour refuser un droit de séjour à M. Baumbast donne peu d'indications sur l'intensité du contrôle qu'elle va mettre en place par la suite. Il faut aussi remarquer que l'acceptation claire de conditions et limites au droit de séjour du citoyen vient, comme le laissait déjà percevoir l'arrêt *Grzelczyk*, limiter indirectement la portée de la jurisprudence *Martínez Sala*. La revendication d'un traitement égal en matière de prestations sociales fait en effet courir aux citoyens dont la résidence est fondée sur ce seul statut le risque de perdre leur droit de séjour si cela aboutit à ce qu'ils soient considérés comme une « charge déraisonnable ».

Le cas de la famille Baumbast, de même que ceux de M. Grzelczyk ou de Mme Martínez Sala, relève d'une situation où le contrôle de la Cour peut s'appuyer sur des circonstances particulièrement favorables pour le citoyen de l'Union. Après l'arrêt *Baumbast*, Michael Dougan et Eleanor Spaventa se demandent comment la Cour aurait jugé si la famille Baumbast avait bénéficié de certaines prestations sociales à un moment donné ou si les difficultés financières passagères de M. Grzelczyk étaient intervenues lors de sa première année d'étude³⁰⁶. De même, Mme Martínez Sala vivait depuis ses douze ans en Allemagne, et l'on peut se demander si la Cour aurait jugé de la même façon un cas dans lequel la citoyenne serait arrivée récemment dans le pays d'accueil³⁰⁷. Ces interrogations soulignent l'importance des situations en cause et des différents facteurs qui peuvent affecter la décision de la Cour. La recherche entreprise ne porte toutefois pas sur ce qui a pu décider la Cour à prendre une décision, mais sur ce qu'elle a fait en jugeant dans ce contexte. Notre enquête ne porte pas sur la façon dont ces différentes données – celles dont nous disposons, comme la situation économique ou le sexe des citoyens en cause, mais aussi celles qui sont absentes, comme par exemple leur apparence physique ou leurs convictions politiques – affectent la décision du juge, mais sur la façon dont les spécificités de ces cas contribuent à dessiner les abstractions construites par la Cour³⁰⁸.

B. Les modèles impliquant le droit de circuler

Dans l'arrêt *D'Hoop*, rendu en 2002, la Cour propose une justification ambiguë mentionnant à la fois la non-discrimination en raison de la nationalité et la liberté de circulation des citoyens. Cette

³⁰⁵ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 92.

³⁰⁶ DOUGAN M. et E. SPAVENTA, « Educating Rudy and the non English patient : a double bill on residency rights under Article 18 EC », *op. cit.*, p. 706.

³⁰⁷ On peut d'ailleurs noter que des personnes dans la situation de M. Baumbast ou de Mme Martínez Sala bénéficieraient vraisemblablement, dans le cadre du droit actuel, d'un droit de séjour qui n'est pas soumis à des conditions de ressources ou d'assurance maladie V. article 16 de la directive 2004/38/CE, *op. cit.*

³⁰⁸ Cette question sera discutée par la suite. V. *infra*, partie II, chapitre 4, section 2.

justification sera reprise dans deux autres arrêts avant d'être abandonnée (1). Par la suite, la Cour reprend une structure de raisonnement bien connue dans le cadre du marché intérieur en sanctionnant l'entrave à la circulation des citoyens (2).

1. Le modèle *D'Hoop*, entre la discrimination et l'entrave

Dans l'affaire *D'Hoop*, il est demandé à la Cour si la Belgique peut refuser à l'une de ses ressortissantes, étudiante à la recherche d'un emploi, l'octroi d'une allocation destinée aux jeunes chômeurs à la recherche d'un premier emploi (allocations d'attente), au seul motif qu'elle a terminé ses études secondaires dans un autre État membre³⁰⁹. La question, formulée avant l'arrêt *Grzelczyk*, porte sur l'interprétation des dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs. La Cour répond que le droit communautaire s'oppose à un tel refus, en s'appuyant sur les dispositions relatives à la liberté de circulation du citoyen et à la non-discrimination en raison de la nationalité. Didier Martin, commentant l'arrêt après avoir représenté la Commission en tant qu'agent devant la Cour, estime qu'« il y a un an, un tel jugement aurait été impensable. Après l'arrêt *Grzelczyk*, c'est aboutir à une autre conclusion qui aurait de même été impensable³¹⁰ ! ».

La situation en cause dans l'affaire *D'Hoop* peut en effet sembler proche de celle de l'affaire *Grzelczyk*. La Cour est, dans les deux cas, interrogée sur la possibilité, pour des étudiants ayant exercé leur liberté de circulation, d'avoir accès à des prestations sociales qui sont considérées comme des « avantages sociaux » au sens du règlement n° 1612/68. Toutefois, pour reprendre les termes de l'Avocat général Geelhoed, Mme D'Hoop se trouve dans la « situation inverse³¹¹ » de M. Grzelczyk. Alors que celle-ci s'est vu refuser ces prestations par son État de nationalité, après un séjour à l'étranger, M. Grzelczyk les demande à un État dans lequel il s'est rendu, en utilisant les facilités de circulation permises par le traité. La différence est importante si l'on reprend les schémas de raisonnement précédemment décrits. La requérante se trouve dans une situation où elle peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité, dans le cadre de la structure *Bickel et Franz*, puisqu'elle a exercé sa liberté de circulation. Toutefois, à première vue, les mesures édictées par son propre État de nationalité ne la discriminent pas à raison de sa nationalité.

³⁰⁹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*

³¹⁰ « One year ago such a judgment would have been unthinkable. After the judgment given in *Grzelczyk*, reaching another conclusion was unthinkable too ! », MARTIN D., « Comments on *D'Hoop* (Case C-224/98 of 11 July 2002), *Grabner* (Case C-294/00 of 11 July 2002), *MRAX* (Case C-459/99 of 25 July 2002) and *Baumbast* (Case C-413/99 of 17 September 2002) », *European Journal of Migration and Law*, 2003, vol. 5, p. 143, note omise.

³¹¹ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 33.

De façon quelque peu surprenante, le problème est toutefois formulé par la requérante, la Commission ainsi que l'Avocat général, comme relevant d'une question de non-discrimination en raison de la nationalité, en dépit de la nationalité belge de Mme D'Hoop³¹². La justification de la Cour s'inscrit également, au moins en partie, dans cette perspective. Elle reprend en effet la formule selon laquelle le statut « a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application ratione materiae du traité, *indépendamment de leur nationalité* et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique³¹³ ». Citant l'arrêt *Bickel et Franz*, elle relève ensuite que l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner prévue à l'article 18 CE [21 TFUE] relève de ce domaine d'application, en tant que liberté fondamentale garantie par le traité et énonce que :

« Dans la mesure où un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les États membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation, il serait incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation³¹⁴. »

Dans la première partie du paragraphe, la Cour évoque le principe de non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 18 TFUE ; la comparaison a lieu entre des groupes de personnes de nationalité différente. Dans la seconde, qui correspond à la situation de Mme D'Hoop, les personnes comparées sont les citoyens mobiles et les citoyens sédentaires, peu importe leur nationalité. En l'espèce, la Cour exprime clairement que la discrimination concerne des personnes de même nationalité. « [L]a réglementation nationale introduit une différence de traitement entre les ressortissants belges qui ont fait toutes leurs études secondaires en Belgique et ceux qui, ayant fait usage de leur liberté de circuler, ont obtenu leur diplôme de fin d'études secondaires dans un autre État membre³¹⁵ ». La fin du paragraphe énonce d'ailleurs que la différence de traitement n'est plus contraire à l'interdiction de discriminer en raison de la nationalité, mais « incompatible avec le droit à

³¹² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 21 et AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 29s.

³¹³ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 28, nous soulignons.

³¹⁴ *Ibid.*, para. 30.

³¹⁵ *Ibid.*, para. 33.

la libre circulation ». Alors que le contenu assigné à la citoyenneté dans la première partie du paragraphe a déjà été affirmé dans les premiers arrêts du « moment *Martínez Sala* », la seconde affirmation est novatrice pour la liberté de circulation du citoyen, bien qu'elle reprenne une figure bien connue du marché intérieur, celle de la discrimination constitutive d'une entrave à la circulation.

L'articulation entre les deux parties du paragraphe, présentée par la Cour comme une implication – dans la mesure où A, alors B – est toutefois difficile à saisir. Il est possible d'y voir une forme d'argument *a fortiori*. Si le citoyen doit être traité comme les ressortissants nationaux lorsqu'il est à l'étranger – arrêt *Martínez Sala* –, il devrait être traité comme les nationaux de son État de nationalité lorsqu'il retourne dans celui-ci – arrêt *D'Hoop*. L'argument repose sur une sorte d'assimilation du national ayant séjourné à l'étranger à un ressortissant d'un autre État membre et donc sur une certaine reconnaissance de l'interdiction des « discriminations à rebours ». On parle d'une discrimination à rebours lorsque les ressortissants d'un État membre font l'objet d'un traitement moins favorable que les ressortissants des autres États membres, parce qu'ils ne tombent pas dans le champ d'application du droit de l'Union. Si la situation en cause peut être vue comme relevant d'une discrimination à rebours³¹⁶, la Cour ne fonde pas son raisonnement explicitement sur la prohibition d'une telle discrimination en tant que telle.

De manière différente, l'Avocat général s'appuie sur une relecture de l'arrêt *Grzeleczyk* pour affirmer que la possibilité de se prévaloir de l'interdiction de discrimination fondée sur l'article 12 CE [18 TFUE] se situe « dans le droit fil » de celui-ci. L'arrêt *Grzeleczyk* est alors présenté comme garantissant « le droit d'invoquer l'interdiction de discrimination afin de se garantir contre toute violation du droit de séjour qui lui est conféré par l'article 18 CE [21 TFUE³¹⁷] ». L'Avocat général passe subrepticement de la discrimination en raison de la nationalité à la discrimination constitutive d'une entrave au séjour. Il l'applique ensuite à la situation en cause en retenant le séjour légal de la requérante en France, ce qui lui permet de reprendre la formule *Martínez Sala*³¹⁸. Dans le même sens, Didier Martin affirme qu'« [a]vec *D'Hoop*, la Cour boucle la boucle, les étudiants migrants ne peuvent être discriminés en

³¹⁶ En ce sens, V. BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 569 ; BENLOLO-CARABOT M., « La non-discrimination entre étudiants », C. GAUTHIER, M. GAUTIER et F. FINES (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. « Collection Droits européens », 2012, p. 246.

³¹⁷ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 34.

³¹⁸ *Ibid.*, para. 33 à 35.

raison de leur nationalité (*Grzelezyk*) et les étudiants nationaux parce qu'ils ont exercé une liberté fondamentale (*D'Hoop*³¹⁹) ».

Il est possible de voir les décisions *Grzelezyk* et *D'Hoop* de la Cour comme procédant d'une inspiration commune – la construction d'un régime de protection des citoyens migrants. Toutefois, la protection du citoyen désavantagé par l'exercice de sa liberté de circulation ne découle pas directement de la protection du citoyen contre les discriminations en raison de la nationalité. L'implication revendiquée par la Cour, le fil dont parle l'Avocat général ou l'impossibilité de penser d'autres solutions concédée par Didier Martin, participent de la justification de la décision en la présentant comme découlant de la jurisprudence précédente, alors qu'elle repose sur une appréciation plus générale de la forme que devrait prendre un régime de protection du citoyen.

On peut penser que la rhétorique de la non-discrimination en raison de la nationalité est principalement convoquée par la Cour pour inscrire le raisonnement dans la jurisprudence précédente relative à la citoyenneté. Elle ne tente en effet aucunement de construire la situation comme relevant d'une discrimination en raison de la nationalité, ce qui était difficile mais loin d'être impossible³²⁰. L'Avocat général, en se référant notamment à l'arrêt *Angonese*, se rapproche d'une construction de la situation comme discriminatoire en raison de la nationalité³²¹. Toutefois, sa position est quelque peu confuse, parce qu'il fait une lecture combinée des arrêts *Angonese* et *Kraus*³²², alors que le second avait clairement été décidé sur le terrain de l'entrave à la circulation et non de la non-discrimination en raison de la nationalité³²³.

N'essayant pas de construire la discrimination comme liée à la nationalité, la Cour poursuit son raisonnement par rapport à la liberté de circulation, en reprenant un schéma utilisé de façon classique dans le cadre du marché intérieur. Les obstacles mis au retour d'une personne ayant exercé sa liberté de circulation pourraient la dissuader d'exercer cette liberté, ce qui aurait pour conséquence de remettre en cause son « plein effet ». Elle se réfère alors à l'arrêt *Singh*, célèbre pour avoir initié le contrôle de ce qui est parfois nommé « l'entrave à la sortie par les obstacles mis retour », dans le cadre

³¹⁹ « With *D'Hoop*, the Court comes full circle: migrant students cannot be discriminated against because of their nationality (*Grzelezyk*) and national students because of their exercise of a fundamental freedom (*D'Hoop*). » MARTIN D., « Comments on *D'Hoop* (Case C-224/98 of 11 July 2002), *Grabner* (Case C-294/00 of 11 July 2002), *MRAX* (Case C-459/99 of 25 July 2002) and *Baumbast* (Case C-413/99 of 17 September 2002) », *op. cit.*, p. 146.

³²⁰ V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 1, A.

³²¹ V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 52.

³²² CJCE, 31 mars 1993, *Kraus / Land Baden-Württemberg*, C-19/92, EU:C:1993:125.

³²³ V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, *op. cit.*, para. 51-53.

de la liberté de circulation du travailleur et de la liberté d'établissement³²⁴. Si les obstacles sont mis au retour du citoyen, ce qui compte est l'effet de tels obstacles sur son départ³²⁵. Le passage par le départ d'un travailleur ou d'un citoyen s'explique parce que le droit d'entrer et de séjourner dans son État de nationalité relève du droit national et non du droit de l'Union³²⁶. Dans l'arrêt *Singh*, la Cour ne fonde aucunement sa décision sur la discrimination en raison de la nationalité et ne mentionne pas non plus une discrimination entre migrant et non migrant, mais s'appuie exclusivement sur l'effet dissuasif de la mesure³²⁷. Dans l'arrêt *D'Hoop*, la Cour ne convoque pas d'autre arrêt emblématique de la reconnaissance de la possibilité d'invoquer l'entrave contre son État de nationalité, contrairement à l'Avocat général Geelhoed, qui s'appuyait également sur l'arrêt *Kraus*³²⁸.

Toutefois, ce qui rend la justification de la Cour confuse est que, après avoir envisagé l'effet des mesures contestées sur la liberté de circulation, elle revient à la fin de son argumentation sur la non-discrimination, en décidant qu' :

« [u]ne telle inégalité de traitement est contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler³²⁹ ».

In fine, c'est donc l'aspect discriminatoire qui est mis en avant et entraîne, en l'absence de justification, une contrariété au droit de l'Union. De façon prudente, la Cour parle dans son dispositif du « droit communautaire », sans plus de précision.

L'usage fait de la non-discrimination dans l'arrêt *D'Hoop* a immédiatement été remarqué comme présentant quelque chose de nouveau, ou, du moins, comme devant être différencié de l'usage de la

³²⁴ CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296.

³²⁵ *Ibid.*, para. 19 et 20.

³²⁶ *Ibid.*, para 22.

³²⁷ Il faut d'ailleurs mentionner que, à la différence de l'affaire *D'Hoop*, les mesures contestées n'étaient pas défavorables aux citoyens migrants (il s'agissait d'un refus de séjour opposé au conjoint d'un travailleur). En revanche, en vertu de la décision de la Cour, les nationaux ayant exercé leur droit de circuler se trouvent avantagés par rapport aux nationaux sédentaires, puisque les premiers peuvent se prévaloir du droit de l'Union. M. Singh et la Commission proposaient un raisonnement différent. Ils estimaient que le national retournant dans son État de nationalité serait dans la même situation que le ressortissant d'un autre État membre venant s'établir dans cet État et devrait donc être traité de la même manière pour ne pas faire l'objet d'une discrimination en raison de la nationalité. V. CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, *op. cit.*, para 13.

³²⁸ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus / Land Baden-Württemberg*, *op. cit.*. Il en donne toutefois une lecture surprenante en le mêlant à l'arrêt *Angonese*, alors que les deux arrêts sont rendus sur des fondements distincts. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 51-53.

³²⁹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 35.

non-discrimination dans la ligne de cas suivant l'arrêt *Martinez Sala*, dans lesquels le critère discriminant est la nationalité. Anastasia Iliopoulou et Helen Toner ont montré que l'approche suivie oscillait entre une interdiction de la discrimination comme obstacle à la liberté de circulation (la différence de traitement constitutive d'une entrave) et une interdiction de la discrimination fondée sur l'exercice d'une circulation (la différence de traitement discriminatoire³³⁰). On peut en effet lire au moins deux justifications concurrentes dans la motivation de l'arrêt.

Dans le premier cas, la structure-type du raisonnement, en partie implicite, est la suivante :

Si « X est un citoyen de l'Union », alors « X peut se prévaloir de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité ou les dispositions prises pour son application ».

Si « X peut se prévaloir de la liberté de circuler sur le territoire des États membres », alors « une réglementation nationale dissuadant l'usage de cette liberté par des obstacles ou un traitement défavorisant ceux qui l'ont exercée est constitutive d'une restriction à la circulation »

Modèle de la différence de traitement constitutive d'une entrave

La Cour s'appuie expressément sur le fait que la liberté de circuler et de séjourner des citoyens est une liberté fondamentale garantie par le traité³³¹. Il s'agit d'une forme bien connue du droit de l'Union, qui rend aisée la reprise de certains raisonnements types, comme celui de l'entrave par les obstacles mis au retour. Un traitement défavorable lors du retour peut dissuader le citoyen (comme le travailleur) d'exercer sa liberté de circulation, et ne permet donc pas aux « facilités ouvertes par le traité en matière de circulation » de « produire leurs pleins effets³³² ».

Dans le second cas, il est possible de lire l'arrêt comme entraînant une évolution du principe de non-discrimination, qui ne se limiterait plus à interdire les distinctions fondées sur la nationalité, mais viserait également les distinctions fondées sur la migration. On trouve ce raisonnement dans un

³³⁰ V. nt. ILIOPOULOU A. et H. TONER, « A new approach to discrimination against free movers ? », *European Law Review*, 2003, vol. 28, n° 3, p. 389-397.

³³¹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 29.

³³² *Ibid.*, para. 30-31.

paragraphe des conclusions de l'Avocat général, liant la non-discrimination en raison de la nationalité à la non-discrimination en raison de l'exercice de la circulation³³³. Un des juges de l'affaire, s'exprimant par la suite en dehors de ses fonctions, estime que « la Cour ne prend pas véritablement en compte un critère de nationalité, mais semble appliquer un principe de traitement égal en vertu duquel les citoyens de l'Union ayant exercé leur droit de circulation doivent être traités de la même manière que les citoyens de l'Union qui ne l'ont pas exercé³³⁴ ».

Si « X est un citoyen de l'Union » et « X a exercé sa liberté de circulation », alors « X peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité *ou en raison de l'exercice de sa liberté de circulation* dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ».

Modèle de la non-discrimination au-delà de la nationalité

Si la citoyenneté permet au citoyen de ne pas être discriminé pour avoir fait usage de sa liberté de circulation, au moins deux justifications se superposent donc. Aucune ne semble fondée sur la non-discrimination en raison de la nationalité, la Cour ne présentant pas la situation comme introduisant une discrimination sur ce fondement, malgré la rhétorique de l'égalité de traitement en raison de la nationalité. Dans le premier type de justification, le droit de l'Union prohibe les mesures discriminatoires en tant qu'elles restreignent la libre circulation. Le raisonnement s'inscrit dans le champ plus large de l'entrave à la circulation. Dans le second, il s'y oppose car elles sont constitutives d'une discrimination en raison de la circulation ; la circulation rejoint la nationalité comme critère de distinction sanctionné.

L'ambiguïté présente dans l'arrêt *D'Hoop* entre ces deux structures de justification se retrouve par la suite, dans les arrêts *Pusa* et *Turpeinen*³³⁵. Dans le premier, les mesures étatiques discutées mettent cette fois en cause le séjour du citoyen dans un autre État membre. La pension d'un ressortissant

³³³ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 34.

³³⁴ « the Court does not pay particular attention to a condition of nationality, but seems to apply a principle of equal treatment according to which Union citizens having exercised their right of free movement must be treated equally in comparison with Union citizens who did not ». TIMMERMANS C., « *Martinez Sala and Baumbast revisited* », L. AZOULAI et M. POIRES MADURO (dir.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, 2010, p. 346.

³³⁵ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, C-224/02, EU:C:2004:273 et CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, C-520/04, EU:C:2006:703. L'arrêt *Gaumain-Cerri et Barth* (CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, C-31/02 et C-502/01, EU:C:2004:413) pourrait également être rapproché de l'arrêt *D'Hoop*, parce qu'il en reprend en partie les formules, mais la structure de raisonnement suivie est différente.

finlandais résidant en Espagne fait l'objet d'une saisie en Finlande, en raison de dettes antérieures. Le requérant au principal conteste le refus des autorités finlandaises de prendre en compte l'impôt acquitté en Espagne pour déterminer la partie saisissable de la pension, calculée de façon à lui assurer un revenu minimal. La Cour adapte, « par analogie », le paragraphe relatif à l'effet dissuasif d'une inégalité de traitement des citoyens ayant exercé leur liberté de circulation (l'obstacle pesant sur le séjour dans l'État d'accueil et non dans l'État de nationalité) et change « le jeu de référence », substituant l'arrêt *D'Hoop* à l'arrêt *Singh*³³⁶. Elle aurait également pu, comme elle le fait dans l'arrêt *D'Hoop*, faire une analogie entre le citoyen et le travailleur, en choisissant de s'appuyer sur la jurisprudence condamnant les dispositions dissuadant un ressortissant de quitter son État d'origine pour résider dans un autre État membre, comme, par exemple, les arrêts *Terhoeve* ou *de Groot*³³⁷.

En reprenant le type de justification mis en place dans l'arrêt *D'Hoop*, avec toute l'ambiguïté qu'il comporte, la Cour ne suit pas les conclusions de son Avocat général. Francis Jacobs s'était clairement prononcé au regard de la restriction au droit de circuler énoncé à l'article 18 CE [21 TFUE], en distinguant bien la question de celle de la discrimination en raison de la nationalité. « [S]ous réserve des limitations prévues à l'article 18 CE [21 TFUE], aucun désavantage injustifié ne peut être imposé à un citoyen de l'Union, quel qu'il soit, qui cherche à exercer son droit de circulation et de séjour. À partir du moment où l'existence d'un tel désavantage est démontré, il importe peu qu'il affecte ou non plus sévèrement les ressortissants d'autres États membres que ceux de l'État qui les impose³³⁸. » Reprenant l'historique de « la liberté de circulation » garantie par le traité, l'Avocat général Jacobs souligne que « le champ de cette liberté s'est étendu et qu'elle est aujourd'hui consacrée pour tous les citoyens de l'Union³³⁹ ». Il s'appuie alors sur l'évolution de la liberté de circulation des agents économiques pour déterminer ce que devrait être la liberté de circulation du citoyen :

« la liberté de circulation, qui était, au départ, garantie par une interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité, a été progressivement étendue dans la jurisprudence de la Cour, de manière à inclure également des restrictions à caractère non discriminatoire³⁴⁰ ».

Ces arguments sont développés pour répondre à la Commission qui estimait que l'application de la liberté de circulation du citoyen suppose une discrimination en raison de la nationalité. Ils

³³⁶ V. CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 30 et CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 18.

³³⁷ CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, EU:C:1999:22 et CJCE, 12 décembre 2002, *de Groot*, C-385/00, EU:C:2002:750.

³³⁸ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 22.

³³⁹ *Ibid.*, para. 19.

³⁴⁰ *Ibid.*, para. 20.

témoignent de l'influence du cadre conceptuel du marché intérieur. En effet, si la liberté de circulation des actifs s'est construite en s'appuyant sur la non-discrimination en raison de la nationalité, qui figure dans les textes, les articles relatifs à la citoyenneté ne parlent pas de la notion de discrimination, mais mentionnent en revanche le droit de circuler et de séjourner. La reprise par la Commission de la discussion sur les « restrictions à caractère non-discriminatoire », ainsi que la réponse de l'Avocat général, citant les arrêts *Bosman* et *Braf*³⁴¹, montrent bien comment le marché intérieur constitue un modèle fondamental, alors même que les articles relatifs à la citoyenneté et aux libertés de circulation économiques sont rédigés de façon très différente sur cette question.

En 2006, l'arrêt *Turpeinen*³⁴², portant comme l'arrêt *Pusa* sur une différence de traitement fiscal en raison de l'exercice de la liberté de circulation, suit une structure de raisonnement analogue, même s'il faut noter que le dispositif mentionne l'article 18 CE [21 TFUE] et non le droit communautaire en général. Le paragraphe relatif à l'effet dissuasif peut alors se fonder sur l'arrêt *Pusa*³⁴³. De même que dans l'arrêt *Pusa*, on trouve un décalage entre l'arrêt et les conclusions de l'Avocat général, qui ne parle pas de discrimination en raison de la nationalité, mais pour qui la différence de traitement constitue une « discrimination indirecte contraire au statut de citoyen de l'Union, qui entrave le droit de circulation qui lui est conféré par l'article 18, paragraphe 1 CE [21, paragraphe 1, TFUE³⁴⁴] ».

Ainsi, dans ces trois arrêts, la justification de la Cour présente des ambiguïtés importantes. Tout d'abord, elle parle de non-discrimination en raison de la nationalité et convoque l'article 12 CE [18 TFUE], mais elle ne cherche pas à véritablement présenter la situation comme entraînant une différence de traitement fondée sur la nationalité. Ensuite, deux grandes lignes de justifications coexistent pour établir l'incompatibilité avec le droit de l'Union de la différence de traitement entre les citoyens qui ont fait exercice de leur liberté de circuler et ceux qui ne l'ont pas fait. La première est fondée sur l'entrave à la circulation, la seconde sur la reconnaissance d'un nouveau critère de discrimination. Des situations comme celles des affaires *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen* peuvent aisément se construire comme des différences de traitement constitutives d'une entrave ou bien comme des différences de traitement discriminatoires. Pour autant, les deux types de justification s'inscrivent dans des structures de raisonnements différentes et le choix entre les deux n'est pas sans conséquence.

³⁴¹ *Ibid.*, note 5.

³⁴² CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, *op. cit.*, V. para. 17 à 22.

³⁴³ *Ibid.*, para. 21.

³⁴⁴ AG Léger, ccl sur CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, *op. cit.*, para. 76.

2. Les modèles de l'entrave à la circulation

Par la suite, dans des situations pouvant être tenue pour similaires à celles des affaires *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen*, la Cour abandonne une partie du raisonnement suivi dans ces arrêts et la formule de la garantie d'un même traitement juridique sous-tendant le statut de citoyen. Dans une première ligne de cas, elle ne développe plus que le raisonnement fondé sur la libre circulation des citoyens à la suite des arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas* en 2006³⁴⁵. Dans une autre ligne de cas, initiée en 2007 par les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne*³⁴⁶, la Cour reprend plus largement la justification des arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen* mais s'en distingue en sanctionnant *in fine* les mesures contestées comme constitutives d'une entrave à la circulation.

Le raisonnement-type suivi par la Cour pour sanctionner les différences de traitement restreignant la circulation est très clair dans les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*³⁴⁷. Dans les deux affaires était en jeu la légalité d'une condition de résidence imposée par un État membre à ses ressortissants pour percevoir une prestation. Dans l'arrêt *De Cuyper*, la Cour, en grande chambre, décide tout d'abord que la prestation en cause doit être considérée comme une allocation chômage entrant dans le champ d'application du règlement n°1408/71³⁴⁸. Elle souligne ensuite que le droit de séjour du citoyen est directement accordé par le traité, mais qu'il n'est pas inconditionnel en se référant à l'arrêt *Trojani*³⁴⁹. Elle considère ensuite que :

« Il est constant qu'une réglementation nationale telle que celle de l'espèce, qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre, constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18 CE à tout citoyen de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Rec. p. I-6191, point 31, et du 29 avril 2004, *Pusa*, C-224/02, Rec. p. I-5763, point 19³⁵⁰). »

La Cour s'appuie donc sur la jurisprudence *D'Hoop* et parle du désavantage qu'entraîne la réglementation contestée. Toutefois, elle adopte une justification différente. Le désavantage n'est pas perçu comme une discrimination interdite, en tant que telle, mais comme entraînant une restriction

³⁴⁵ CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, C-406/04, EU:C:2006:491 et CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676.

³⁴⁶ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05, EU:C:2007:492 et CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, C-318/05, EU:C:2007:495.

³⁴⁷ CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.* et CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*

³⁴⁸ CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 19-34.

³⁴⁹ *Ibid.*, para. 36.

³⁵⁰ *Ibid.*, para. 39.

aux libertés reconnues par l'article 18 CE [21 TFUE], contraire au droit de l'Union à moins d'être justifiée³⁵¹. En outre, la rhétorique de la vocation fondamentale du statut et du traitement non discriminatoire disparaît complètement.

L'arrêt *Tas-Hagen et Tas*, rendu trois mois après par la deuxième chambre, propose un raisonnement légèrement différent. Étaient en cause des prestations destinées aux victimes civiles de guerre, réservées, sauf exception, aux ressortissants nationaux, ce qui rendait très difficile un raisonnement fondé sur la discrimination en raison de la nationalité. En ce qui concerne le champ d'application personnel, la Cour constate tout d'abord, dans la lignée de l'arrêt *Baumbast*, que le citoyen peut se prévaloir des droits attachés à son statut, et notamment des droits de séjourner et circuler librement garantis par l'article 18, paragraphe 1 CE [art. 21, paragraphe 1 TFUE³⁵²]. Le débat portait toutefois sur le champ d'application matériel de l'article. Reprenant une structure de justification bien éprouvée dans le cadre des libertés de circulation, le juge explique que la situation tombe dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union car c'est l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement qui affecte la possibilité d'obtenir le versement de la prestation prévue par la législation nationale. Peu importe que les règles s'appliquant à la prestation en cause relèvent de la compétence des États membres ou non. Ceux-ci doivent exercer leurs compétences « dans le respect du droit communautaire, en particulier des dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres³⁵³ ».

L'article relatif à la liberté de circulation et de séjour des citoyens s'appliquant à la situation, la Cour doit examiner s'il s'oppose à la réglementation contestée. Le raisonnement de la Cour examinant la condition de résidence reprend le raisonnement de l'entrave initié dans *De Cuyper*, en le complétant. On retrouve le paragraphe sur le fait qu'une législation qui désavantage le citoyen du seul fait qu'il a exercé sa liberté de circulation constitue une restriction³⁵⁴, mais la Cour poursuit :

« [...] les facilités ouvertes par le traité en matière de libre circulation ne pourraient produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les

³⁵¹ *Ibid.*, para. 40s. En l'espèce, la Cour considère la restriction justifiée.

³⁵² CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 17 à 19.

³⁵³ *Ibid.*, para. 20 à 29, para. 22 pour la citation. Si la Cour se passe de toute référence, elle avait déjà utilisé cette formule dans les arrêts *Bickel et Franz*, *Elsen*, *Garcia Avello* et *Pusa* pour des questions touchant à la citoyenneté. V. CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, *op. cit.*, para. 33 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, para. 25 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 22.

³⁵⁴ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 31.

obstacles mis à son séjour dans l'État membre d'accueil en raison d'une réglementation de son État d'origine pénalisant le fait qu'il les a exercées³⁵⁵ ».

La cour reprend ici tout le registre de l'entrave. Son raisonnement repose sur « l'effet dissuasif » que peuvent représenter des « obstacles » mis au séjour du citoyen, telle qu'une réglementation « pénalisant » ceux qui ont exercé les « facilités ouvertes par le traité en matière de liberté de circulation », remettant ainsi en cause leur « plein effet ». Si elle n'avait pas utilisé ce vocabulaire dans *De Cuyper*, il se trouvait déjà dans les arrêts *D'Hoop* et *Pusa*.

Si « X est un citoyen de l'Union », alors « X peut se prévaloir de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité ou les dispositions prises pour son application ».

Si « X peut se prévaloir de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité ou les dispositions prises pour son application », alors « une réglementation nationale dissuadant l'usage de cette liberté par des obstacles ou un traitement défavorisant ceux qui l'ont exercée est constitutive d'une restriction à la circulation »

Modèle *Tas-Hagen et Tas*

Dans ces deux affaires, la Cour se situe donc clairement et exclusivement dans le champ conceptuel de la liberté de circulation et abandonne la justification relative à la non-discrimination. La façon dont elle reformule les trois questions posées par le tribunal du travail de Bruxelles dans l'arrêt *De Cuyper* est d'ailleurs significative. Celui-ci demandait en effet si l'obligation de résidence était une « entrave » à la liberté de circulation et de séjour du citoyen, le cas échéant, si celle-ci était justifiée et, enfin, si cette obligation n'avait pas pour effet de créer « une discrimination entre les citoyens de l'État membre compétent³⁵⁶ ». Reprenant ces questions, la Cour les reformule uniquement par rapport à la restriction à la libre circulation, évinçant donc la question sur la discrimination. Il faut noter qu'elle évite toutefois le terme « entrave ».

³⁵⁵ *Ibid.*, para 30.

³⁵⁶ CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 18. Il faut toutefois signaler que cette dernière question, était quelque peu ambiguë puisque le tribunal semblait demander si c'était l'effet dissuasif de la restriction qui créait une discrimination.

Une autre ligne de cas, très proche, est initiée en 2007 par les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne*. Ces deux affaires portent sur les mêmes dispositions, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, pour la première, et d'un recours en manquement, pour la seconde³⁵⁷. Elles concernaient la possibilité d'obtenir une réduction de l'impôt sur le revenu en raison du paiement de frais de scolarité, limitée aux frais afférant à des écoles se situant sur le territoire national. La Cour suit un raisonnement légèrement différent des arrêts construits sur le modèle *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*. Elle conserve dans un premier temps le début du raisonnement développé dans les arrêts *D'Hoop* et *Pusa*, avec la rhétorique sur la discrimination en raison de la nationalité et la vocation fondamentale du statut de citoyen. Néanmoins, le raisonnement est différent de la structure-type suivie dans l'arrêt *D'Hoop* parce qu'il se situe par la suite expressément sur le terrain de l'entrave. La Cour conclut clairement au regard de la restriction à la liberté de circulation : « une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux en raison du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen de l'Union [...] »³⁵⁸. La différence de traitement n'est plus contraire au droit de l'Union comme discriminatoire, mais parce qu'elle constitue une restriction à la liberté de circuler, de même que dans les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*.

Dans l'arrêt *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, avant d'examiner « l'existence d'une entrave à la libre circulation des citoyens de l'Union », la Cour examine « l'existence d'une entrave à la libre prestation des services »³⁵⁹. Le parallélisme des titres se retrouve en grande partie dans le raisonnement, traduisant bien la conceptualisation de la liberté de circulation du citoyen comme une liberté fondamentale de circulation. La différence principale est que la Cour reprend la rhétorique de la non-discrimination et de la vocation fondamentale du statut de citoyen de l'Union. Toutefois, en statuant uniquement sur l'entrave à la circulation *in fine*, elle refuse implicitement de juger au regard des dispositions combinées de l'article 12 § 1 CE et de l'article 18 § 1 CE [respectivement 18 § 1 et 21 § 1, TFUE], comme le suggéraient aussi bien la Commission que le gouvernement allemand, alors qu'ils proposaient des conclusions opposées³⁶⁰. Elle se distingue également de l'Avocate générale Stix-Hackl qui voyait dans les dispositions contestées une discrimination et s'appuyait sur l'article 12 CE

³⁵⁷ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.* et CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, *op. cit.*

³⁵⁸ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*, para 93 et CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, *op. cit.*, para. 132.

³⁵⁹ V. CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*. Dans le recours en manquement, la Cour examine également l'entrave à la circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement.

³⁶⁰ V. ccl AG Stix-Hackl sur CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*, V. para. 20 et 22.

[18 TFUE³⁶¹]. La Cour choisit donc de s'inscrire clairement dans la logique de l'entrave et rejette, contrairement à ce qu'elle avait fait dans les arrêts *D'Hoop* et *Pusa*, la possibilité d'invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité.

La coexistence de ces deux modèles montre que différentes justifications, pour des situations en apparence similaires, peuvent coexister dans le temps. Il faut toutefois remarquer que les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne*, comme l'affaire *Pusa*, sont relatifs à la fiscalité, secteur particulièrement sensible, et dans lequel la règle du traitement national offre une assise plus légitime à la Cour. Ceci pourrait expliquer le maintien de la rhétorique sur la discrimination en raison de la nationalité. Toutefois, comme nous le verrons, ces deux formes de justification ont été répétées par la suite dans différents cas, et il n'est pas forcément facile de déterminer les critères justifiant le choix de l'une ou l'autre. Rien ne permet d'ailleurs d'affirmer qu'un tel critère existe. Il faut d'ailleurs préciser que le récit exposé procède d'une certaine simplification. Si l'on peut présenter de façon générale le passage d'un type de raisonnement à un autre, de façon historique, celui-ci ne se fait pas forcément de façon nette. Les « anciens » modèles de raisonnement et formules peuvent subsister alors que les « nouveaux » sont déjà utilisés. Ainsi, par exemple, l'arrêt *Turpeinen* qui suit le modèle *D'Hoop* et *Pusa* est rendu quelques mois après les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*.

Bien que distinguées parce qu'elles présentent une justification légèrement différente, les lignes de cas initiées par les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*, d'une part, et *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne*, d'autre part, sont très proches. La question est *in fine* de savoir si les mesures contestées sont constitutives d'une restriction à la liberté de circulation du citoyen et, le cas échéant, si elles peuvent être justifiées. Il y a donc bien une évolution par rapport aux arrêts *D'Hoop* et *Pusa*, dans lesquels la Cour semblait faire primer la question de la non-discrimination dans l'exercice de la circulation. En abandonnant complètement le fondement de la non-discrimination dans les arrêts du type *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*, et en n'en conservant que partiellement la rhétorique dans les affaires de la ligne *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, la Cour a renoncé à construire un principe général de non-discrimination invocable par les citoyens. L'ensemble de ces affaires permet de souligner l'importance que revêt la reconnaissance d'un droit de circuler découlant directement du traité. En effet, il n'est plus seulement question d'introduire une nouvelle forme de contrôle des limitations prévues par le droit dérivé, comme dans l'affaire *Baumbast*, mais de reconnaître la protection de situations qui ne sont en rien couvertes par celui-ci.

³⁶¹ *Ibid.*, V. para. 93s. Elle renvoie alors au raisonnement développé aux points 41s. dans ces mêmes conclusions mais concernant l'affaire *Commission / Allemagne*, à propos de la libre prestation des services.

L'étude des arrêts de la Cour a permis de présenter différentes structures types de raisonnement dans lesquelles s'insère le statut de citoyen. La Cour introduit des formules – comme la formule de la non-discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ou la formule de la vocation fondamentale du statut – et des modèles de raisonnement qui vont être repris dans de nombreux contextes par la suite. Ils constituent toujours des points de référence pour la Cour qui les cite fréquemment, directement ou par l'intermédiaire de renvois à d'autres arrêts les mentionnant. Ces arrêts peuvent être vus, *a posteriori*, comme des arrêts fondateurs pour le développement d'un statut de citoyen de l'Union. Ils ont été sélectionnés à partir d'une étude qualitative de la jurisprudence et de la doctrine postérieures. Les travaux analysant les réseaux de citations montrent que ces arrêts sont également ceux qui sont les plus cités par la Cour. Urška Šadl et Sigrid Hink relèvent ainsi que, dans le champ de la citoyenneté, les arrêts qui ont la note d'autorité la plus importante (c'est à dire les arrêts les plus cités par les arrêts les plus cités) sont les arrêts *Grzeleczyk*, *Garcia Avello*, *D'Hoop*, *Bidar*, *De Cuyper*, *Tas-Hagen et Tas*, *Pusa*, *Martínez Sala*, *Zhu and Chen* et *Baumbast*³⁶².

Le rôle du concept a été exprimé en systématisant le raisonnement proposé par la Cour. Ainsi, par exemple, les arrêts suivant la structure *Martínez Sala* autorisent à dire que « le citoyen résidant légalement sur le territoire d'un autre État membre peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ». Toutefois, que dit-on lorsque l'on affirme cette phrase ? Comment peut-elle être comprise ? Savoir ce qu'implique l'affirmation nécessite de posséder de nombreuses autres connaissances sur le système conceptuel dans lequel elle s'insère. Il faut en effet, pour le moins, connaître les normes gouvernant l'usage des concepts employés pour exprimer le contenu conceptuel de la citoyenneté. Dans quelles conditions peut-on dire qu'une personne est un citoyen de l'Union ? Quand peut-on dire qu'elle réside légalement sur le territoire d'un autre État membre ? Qu'est-ce qui découle de la possibilité de se prévaloir du droit de ne pas subir une discrimination en raison de la nationalité ? Dans quels cas peut-on dire qu'une situation se trouve dans le champ d'application *ratione materiae* du traité ? Le travail des concepts – leur fonction dans le discours – ne peut être exprimé ou saisi en dehors d'un langage.

³⁶² ŠADL U. et S. HINK, « Precedent in the Sui Generis Legal Order : A Mine Run Approach », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 551. Les arrêts *Bidar* et *Zhu and Chen* seront discutés par la suite ; ils peuvent être vus comme poursuivant respectivement les modèles *Martínez Sala* et *Baumbast*.

SECTION 2. L'INVOLUTION CONCEPTUELLE

Les structures de raisonnement présentées dans la section précédente sont exprimées dans le langage du droit de l'Union. Wittgenstein, considérant la possibilité de suivre une règle, remarquait déjà que : « [c]omprendre une phrase veut dire comprendre un langage. Comprendre un langage veut dire maîtriser une technique³⁶³ ». Comme le souligne Robert Brandom :

« pour avoir un concept, il faut en avoir plusieurs. Saisir un concept implique la maîtrise des règles de convenance du déplacement inférentiel qui le lie à beaucoup d'autres concepts : ceux dont l'application suit de l'applicabilité du concept en question, ceux dont l'applicabilité entraîne l'applicabilité du concept cible, ceux dont l'applicabilité exclut, ou est exclue, par elle³⁶⁴ ».

Cette forme de holisme sémantique découle directement de l'adoption d'une approche inférentielle de la signification³⁶⁵. Toutefois, comme le remarque Andy Blunden, il est nécessaire d'aller plus loin que la simple articulation inférentielle de propositions entre différents individus et de reconnaître l'importance d'une culture commune. « Chaque interaction linguistique fait l'objet d'une médiation par les concepts de la communauté au sens large³⁶⁶. » Les interactions entre individus ne sont intelligibles que par l'intermédiation de ces connaissances partagées par une communauté plus large, même si elles contribuent à reproduire et faire évoluer cette culture³⁶⁷.

Dans des termes différents, une vision holiste de la signification se retrouve aussi dans les approches d'inspiration structuraliste, comme par exemple chez Yan Thomas, qui soulignait, en reprenant les termes du romaniste italien Antonio Carcattera, que le sens d'un énoncé juridique dépend au moins autant de ce qui est « *in absentia* » que de ce qui est « *in presentia*³⁶⁸ ». Un énoncé ne peut être compris qu'en prenant en compte, au-delà des règles du langage extra-juridique, « les règles d'herméneutique, propres au système juridique dans lequel il s'intègre », le « système fondamental de concepts auquel renvoient nécessairement toutes les autres pièces qui s'y agrègent³⁶⁹ ». À défaut, il

³⁶³ WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, p. 126, n°199.

³⁶⁴ BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2010, p. 204.

³⁶⁵ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁶ « every linguistic interaction is mediated by the concepts of the wider community » BLUNDEN A., *Concepts : A Critical Approach*, Leiden ; Boston, BRILL, 2012, p. 71.

³⁶⁷ V. *Ibid.*, p. 70s.

³⁶⁸ THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1973, vol. 18, p. 110s.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 118.

n'est « qu'un ensemble de signes dépouillés de leur sens³⁷⁰ ». L'auteur exprimait principalement une directive méthodologique incitant à considérer le phénomène juridique « de l'intérieur, dans sa structure linguistique³⁷¹ ». L'accent est mis sur les destinataires, mais on pourrait dire, plus largement, que l'expression d'un contenu conceptuel ne peut se faire en dehors d'une certaine pratique langagière, et même d'une certaine culture, ce qui vaut tant pour les acteurs d'une controverse conceptuelle cherchant à exprimer leurs prétentions, que pour les interprètes qui souhaitent en comprendre les termes *a posteriori*.

Se soumettre aux normes d'usage de la langue du droit de l'Union, au sens de se plier à ses concepts, à son style et à ses formes, est ce qui permet aux différents acteurs de la controverse d'articuler leurs prétentions ou de communiquer une décision sur la signification d'un texte ou sur le contenu d'une norme. L'aspect contraignant de cette sujétion – revers de la même médaille – sera analysé par la suite³⁷². Pour le moment, ces normes sont vues comme permettant de formuler des prétentions sur le contenu du concept – par exemple, M. Baumbast affirme à la Cour que le statut de citoyen confère directement un droit de séjour à ses titulaires – ou de communiquer des normes – ainsi, la Cour affirme que le citoyen résidant légalement dans un État tiers peut se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (dans l'arrêt *Martínez Sala*).

Ainsi que le montrent les modèles présentés dans la première section, le statut de citoyen est essentiellement exprimé à partir de la combinaison de concepts utilisés dans le cadre des libertés de circulation et de la reprise de structures de raisonnement bien connues des juristes de droit de l'Union. C'est en ce sens qu'il est possible de parler d'involution conceptuelle. La locution est lointainement inspirée du concept d'involution en sciences sociales, popularisé par l'ouvrage de l'anthropologue Clifford Geertz, *Agricultural Involution: The Processes of Ecological Change in Indonesia*³⁷³. L'involution conceptuelle peut être conçue comme un changement conceptuel procédant de la reprise de concepts et techniques déjà à l'œuvre dans le système juridique. Il s'agit donc d'un changement conceptuel qui

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 113.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 116.

³⁷² V. *infra*, Partie III.

³⁷³ Le travail de Geertz porte sur l'influence d'une politique d'extraction coloniale, imposant de développer de nouvelles cultures à visée exportatrice sur les pratiques paysannes traditionnelles en Indonésie. Il reprend le concept d'involution à l'anthropologue Alexander Goldenweiser pour caractériser la réponse donnée par les paysans de Java à cette politique, consistant dans le développement et la complexification des formes traditionnelles de production, plutôt que dans l'adoption de nouveaux modes de production. L'involution est alors vue comme une sorte de changement incrémental, ou de « changement sans changements », qui vient empêcher un changement radical. GEERTZ C., *Agricultural Involution : The Processes of Ecological Change in Indonesia*, Berkeley, University of California press, 1992.

se fait en prenant appui sur des formes internes au système et qui se distingue du changement qui résulte de l'introduction de formes radicalement nouvelles. L'involution conceptuelle n'implique pas ici la connotation négative qui lui est parfois donnée en sciences sociales, d'un changement de façade masquant la stagnation.

Dans une approche holiste de la signification, le contenu du concept de citoyen ne peut donc être saisi que par la maîtrise de règles inférentielles gouvernant l'usage de nombreux autres concepts. Le concept est situé au sein d'une structure beaucoup plus vaste. Il est inscrit dans le langage du droit de l'Union, et, plus spécifiquement, des libertés de circulation (§ 1). La célèbre grille d'analyse de Hohfeld peut être utilisée pour analyser et mettre en évidence les formes à l'œuvre dans la construction du statut de citoyen. Cette perspective permet de voir que le langage du droit de l'Union se trouve au cœur même des concepts, vus comme des ensembles complexes et situés (§ 2).

§ 1. L'INSCRIPTION DES CONCEPTS DANS UN LANGAGE

Dans le cas de la citoyenneté de l'Union, l'involution conceptuelle peut être vue comme le recours à des techniques et concepts déjà utilisés traditionnellement en droit de l'Union. Plus spécifiquement, la construction du statut se fait essentiellement dans la langue des libertés de circulation. Les libertés de circulation s'inscrivent dans le cadre du marché commun, dont la Cour, parlant de sa propre jurisprudence, a donné une définition célèbre : « [l]a notion de marché commun telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur³⁷⁴ ». L'article 3 TUE stipule que « [l]'Union établit un marché intérieur ». Dans le TFUE, une place limitée est accordée à la notion de marché intérieur dans l'organisation du traité, mais il est toujours défini de façon très large comme « comport[ant] un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités³⁷⁵ ».

³⁷⁴ CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, 15/81, EU:C:1982:135, para. 33.

³⁷⁵ Art. 26, § 2 TFUE. Sur la place accordée au marché intérieur dans le traité constitutionnel et dans le TFUE, V. DUBOIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015 point 544.

Le « marché intérieur » désigne aussi une sous-discipline du droit de l'Union³⁷⁶. Il comprend les libertés de circulation – « l'intégration négative » – et les mesures d'harmonisation prises en vertu de l'article 114 TFUE ou de dispositions spécifiques du traité – « l'intégration positive³⁷⁷ ». Le langage des libertés de circulation ou libertés fondamentales est ici entendu *lato sensu*, comme l'ensemble des doctrines, concepts et techniques utilisés pour la construction du marché commun, puis du marché intérieur. Il se compose de concepts juridiques centraux qui se retrouvent dans toute présentation du marché intérieur, comme ceux de liberté de circulation, de discrimination directe ou indirecte, ou d'obstacle à la circulation. Il inclut également, de façon plus large, des formules-types (par exemple, la formule de l'entrave) ; des modèles de raisonnement (comme celui l'entrave par les obstacles mis au retour) ; des distinctions structurantes (telle que l'opposition entre discrimination directe ou indirecte) ; un ensemble de doctrines (comme celle de l'effet utile) ; voire un mode d'approche du droit (le droit du marché intérieur est souvent qualifié d'instrumentaliste).

L'observation que l'expression du statut de citoyen de l'Union par la Cour procède de la reprise de concepts traditionnels du droit de l'Union a été faite par de nombreux auteurs³⁷⁸. Il s'agit toutefois pour nous de caractériser ce qui est à l'œuvre sur le plan conceptuel lorsque la Cour et les autres acteurs expriment le statut de citoyen dans les termes des libertés de circulation. Les structures de raisonnement discutées précédemment – ce qui est « *in presentia* » – conduisent à inscrire le statut de citoyen dans un ensemble beaucoup plus vaste de relations – ce qui est « *in absentia* ». La construction du statut de citoyen passe essentiellement par des mises en relation ; le statut est inscrit dans des réseaux d'inférences propres au cadre conceptuel des libertés de circulation (A). Il faut toutefois préciser que le cadre conceptuel ne doit pas être vu comme donné, mais résulte d'une construction susceptible d'évoluer. L'inscription du statut de citoyen dans ce cadre conceptuel des libertés de circulation conduit à le faire évoluer (B).

³⁷⁶ Pour un exemple classique, V. MATTERA A., *Le Marché unique européen: ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990. Plus récemment, V., par ex., l'étude de Marc Fallon, FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne. Colloques », n° 28, 2014, p. 17-66.

³⁷⁷ L'article 114 peut être vu, avec Louis Dubouis et Claude Blumann, comme une procédure « générale mais aussi résiduelle » car elle cède devant des dispositions spécifiques et comporte des clauses dérogatoires. Mentionnons uniquement ici qu'il ne s'applique pas à la libre circulation des personnes. Pour une présentation plus détaillée, V. DUBOUIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne, op. cit.* n° 547s.

³⁷⁸ Anastasia Iliopoulou montre par exemple dans sa thèse que la construction jurisprudentielle du statut de citoyen de l'Union procède essentiellement du recours à la non-discrimination en raison de la nationalité et à la liberté de circulation. ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination, op. cit.*

A. L'introduction dans le cadre conceptuel

À partir des modèles de raisonnement distingués ci-dessus, il est possible de caractériser deux grandes façons de lier le statut au cadre conceptuel existant. Dans le modèle de la non-discrimination, celle-ci est « attachée » au statut de citoyen. La Cour articule le statut avec le cadre conceptuel des libertés de circulation par l'intermédiaire du concept de non-discrimination en raison de la nationalité (1). De façon différente, dans le modèle de l'entrave et du droit de séjour, la Cour affirme que la liberté de circulation et de séjour est une liberté de circulation. Les droits découlant du statut sont construits comme relevant d'un concept plus général ; ils sont conçus à partir du cadre conceptuel des libertés de circulation (2).

1. Articuler le concept avec le cadre : « la non-discrimination en raison de la nationalité est attachée au statut de citoyen »

Les modèles de raisonnement présentés montrent comment le statut de citoyen est exprimé en mobilisant les concepts du droit de l'Union, et, plus spécifiquement, le cadre conceptuel des libertés de circulation. Ainsi, la citoyenneté de l'Union est couramment présentée comme ayant permis d'étendre le champ d'application de la liberté de circulation des personnes aux citoyens de l'Union³⁷⁹ ou d'élargir le champ d'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité³⁸⁰. Les conclusions de l'Avocat général La Pergola sous *Martínez Sala* sont caractéristiques de cette présentation dans laquelle la citoyenneté ne fait que permettre l'application d'un principe bien identifié à de nouvelles situations :

« La Cour ne peut conduire son examen que par référence au principe de non-discrimination énoncé par le traité. En admettant que la demanderesse n'ait pas la qualité de travailleur, la question à résoudre ici se pose *de manière résiduelle* : quel *autre* titre est offert par l'ordre juridique de l'Union pour que le ressortissant communautaire résidant en Allemagne ne soit pas, dans les circonstances et aux fins du cas d'espèce, discriminé par rapport aux citoyens allemands³⁸¹ ? »

³⁷⁹ En ce sens, du point de vue de la citoyenneté, V., par ex., MENENDEZ A.J., « European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European law become more human but less social ? », *ARENA Working paper*, 2009, n° 11. Du point de vue de la liberté de circulation et de séjour, V., par ex., DUBOUIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, op. cit., p. 73s.

³⁸⁰ En ce sens, du point de vue de la citoyenneté, V., par ex., JACOBS F.G., « Citizenship of the European Union - A Legal Analysis », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, n° 5, p. 591-610. Du point de vue du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, V., par ex., HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 74s.

³⁸¹ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, op. cit., para. 14.

Il souligne ensuite l'importance du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en droit de l'Union³⁸² et explique que le Traité de Maastricht exige « que l'on fasse rentrer dans le principe de non-discrimination le domaine réservé au nouveau statut de citoyenneté commune³⁸³ ». De même, la Cour dit que le traité « attache » au statut de citoyen le droit « prévu à l'article 6 du traité [18 TFUE]³⁸⁴ ». La structure des arrêts *Martínez Sala* et *Bickel et Franz* montre d'ailleurs très clairement qu'il s'agit d'appliquer le même droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité, qu'il soit invoqué en vertu de la qualité de citoyen, de travailleur ou de destinataire de services.

En « attachant » au statut de citoyen la non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 18 TFUE, ou en considérant que le droit de circulation et de séjour fait partie des libertés fondamentales garanties par le traité, la Cour s'appuie sur un ensemble de connaissances partagées par les différents participants à la controverse. Elle insère implicitement le statut dans un ensemble de normes, de formules et de cas. L'importance de cette reprise du cadre conceptuel existant apparaît clairement en ce qui concerne les « justifications » qui peuvent être apportées à une mesure au premier abord discriminatoire. En effet, le droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité connaît un régime relativement bien déterminé au moment de l'arrêt.

Ainsi est-il communément accepté qu'il faille, dans un premier temps, déterminer si la discrimination repose directement sur la nationalité ou non. Si tel est le cas, comme dans l'arrêt *Martínez Sala*, la discrimination n'est en principe pas susceptible de justification³⁸⁵. En revanche, si elle est indirecte, comme dans l'arrêt *Bickel et Franz*, elle peut être justifiée si elle se fonde sur des « considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national³⁸⁶ ». Le rôle de la justification dans la construction du statut de citoyen sera étudié plus en détail à la lueur de la jurisprudence postérieure de la Cour³⁸⁷. Il convient ici simplement de bien souligner que lier le statut de citoyen à la non-discrimination en raison de la nationalité conduit à appliquer un régime complexe de justifications, qui s'appuie sur des concepts développés dans le cadre du marché intérieur, comme la distinction entre discrimination directe et indirecte, la détermination des objectifs légitimes ou un

³⁸² *Ibid.*, para. 20

³⁸³ *Ibid.*, para. 23.

³⁸⁴ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 62.

³⁸⁵ Avec toutefois l'ambiguïté mentionnée. V. *infra*, section 1, § 1, A, 1.

³⁸⁶ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 27.

³⁸⁷ V. *infra*, chapitre 4, section 2.

certain mode d'application du contrôle de proportionnalité. Ce régime s'appuie aussi sur tout un ensemble de règles et de cas qui vont pouvoir être invoqués par les participants à la controverse.

En attachant la citoyenneté à la discrimination, dans le contexte discursif du droit de l'Union, la Cour joue un coup dans un jeu de langage. Elle ne maîtrise toutefois pas complètement ce qu'elle fait en établissant cette relation. Dans une approche dans laquelle la signification n'est pas déterminée dans la tête des participants, mais de façon externe et sociale, comme chez Robert Brandom, on peut en effet dire que :

« Je peux choisir si je joue un coup spécifique – affirmer cette phrase – plutôt qu'un autre, ou bien aucun. Mais je ne peux choisir ce que je fais en le faisant.³⁸⁸ »

Au-delà de ce que voulait dire la Cour, la signification des phrases qu'elle prononce est déterminée par l'ensemble des normes inférentielles qui se trouvent dans un certain contexte social et historique³⁸⁹. De la même façon, mais dans une inspiration structuraliste, Duncan Kennedy explique que, si la parole peut revêtir une dimension stratégique, elle « n'est jamais complètement maîtrisée par celui qui parle (l'orateur est, dans un sens, “parlé” par son langage), la parole “dépasse” donc celui qui parle, et prend des significations indépendantes de “l'intention de l'orateur³⁹⁰” ».

Ainsi, permettant au citoyen de se prévaloir de la non-discrimination de l'article 18 TFUE, la Cour renvoie implicitement à tout un ensemble de règles gouvernant l'usage du principe de non-discrimination en raison de la nationalité – que cela soit volontaire ou non. Elle ne maîtrise toutefois pas complètement ce qu'elle fait en établissant une telle relation. La façon dont une affirmation va être comprise par ses interlocuteurs, les implications qu'elle va avoir dans différents contextes et les

³⁸⁸ « It is up to me whether I play that counter – assert that sentence – rather than another, or none. But it is not up to me what I have thereby done. » BRANDOM R., « From a critique of cognitive internalism to a conception of objective spirit : reflections on Descombes' Anthropological Holism », *Inquiry*, 2004, vol. 47, n° 3, p. 250. La remarque intervient à propos d'une réflexion sur le travail de Vincent Descombes qui, comme Robert Brandom, ne situe pas l'esprit dans la tête des individus mais dehors, dans les échanges entre les personnes. V. DESCOMBES V., *La dernière mentale*, Paris, France, Éditions de Minuit, coll. « Critique », 1995. Acceptant et reprenant la formule de Brandom, V. DESCOMBES V., « Replies », *Inquiry*, 2004, vol. 47, n° 3, p. 282.

³⁸⁹ En ce sens, Chauncey Maher explique que : « Speakers mean the same thing by a sentence (or word) because they are subject to the same inferential norms governing that sentence (or word). Of course, speakers can and do disagree about the norms governing any particular sentence (or word). » MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy : Sellars, McDowell, Brandom*, New York, Routledge, 2012, p. 74.

³⁹⁰ « speech is never fully controlled by the speaker (the speaker is in some sense “spoken” by his or her language), so that speech “exceeds” the speaker, propagating meanings independently of “original intent” ». KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 134.

ressources argumentatives qu'elle est susceptible de fournir ne peuvent être complètement anticipées. Si le recours à des formes du droit de l'Union lui permet de dire quelque chose en inscrivant le statut de citoyen dans un langage connu, il l'inscrit dans un champ qui n'est pas exempt de contradictions et d'incertitudes. Ceci marque la différence fondamentale entre le raisonnement présenté dans un système imaginaire, où tout semble bien défini et où le raisonnement se fait *rebus sic stantibus*, comme par exemple dans le monde imaginé par Ross dans tû-tû, et le raisonnement dans un véritable contexte discursif. Les incertitudes entourant les effets que devaient avoir les mesures contestées sur la circulation dans l'arrêt *Cowan* se retrouvent par exemple dans l'arrêt *Bickel et Franz*. En outre, les prémisses avec lesquelles une affirmation va pouvoir être confrontée et le rôle qu'elle pourra jouer elle-même comme prémisse dans le raisonnement ne peuvent être complètement déterminés *a priori*.

2. Concevoir le concept dans le cadre : « le droit de circulation et de séjour est une liberté fondamentale »

Une autre façon d'articuler le concept de citoyen au cadre conceptuel est de subsumer les droits qui en découlent sous un autre concept pour en tirer des conséquences quant aux normes gouvernant son usage. L'opération procède en trois temps et présente une forme syllogistique. Elle repose sur l'explicitation des normes applicables au concept choisi (les libertés de circulation peuvent être directement invoquées par leurs titulaires) et sur une opération de subsomption (le droit de circuler du citoyen est une liberté de circulation) pour tirer une conclusion (le droit de circuler du citoyen peut directement être invoqué par le citoyen). Il faut toutefois le voir comme une véritable opération de construction. L'étape fondamentale dans l'argumentation est la décision d'affirmer que le droit de circulation et de séjour est une liberté fondamentale. En effet, la Cour aurait pu également décider que tel n'est pas le cas (en dehors de la question de l'effet direct) ou bien inverser le raisonnement en disant que, comme la liberté de circulation et de séjour du citoyen ne peut pas être invoquée directement, elle n'est donc pas une liberté fondamentale.

L'argument selon lequel le droit de séjour et de circulation du citoyen est une liberté fondamentale se trouve déjà, de façon implicite, dans les arrêts *Bickel et Franz* et *Grzeleczyk*, ainsi que, explicitement, dans l'arrêt *D'Hoop*. Dans ce dernier, la Cour décide que :

« parmi les situations relevant du domaine d'application *rationae materiae* du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le

traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE [21 TFUE³⁹¹] ».

Il se lit par la suite de façon très claire dans les arrêts suivant le modèle de l'entrave. Les schémas de raisonnement appliqués pour les autres libertés de circulation vont jouer un rôle important dans l'affirmation de l'Avocat général Geelhoed selon laquelle il n'est pas nécessaire d'établir une discrimination, contrairement à ce que disaient certains intervenants qui reprenaient la jurisprudence *Pusa*³⁹². « Il s'agit plutôt de savoir si une mesure impose une quelconque restriction à l'exercice par un citoyen de l'Union du droit de circuler et de séjourner librement et, le cas échéant, si pareille restriction peut être justifiée³⁹³. » Au surplus de la formulation des dispositions du traité relatives à la citoyenneté, il invoque le fait que « même lorsque la liberté de circulation à d'autres égards est explicitement garantie dans le traité par une interdiction de discrimination, la Cour interprète ce droit pour exclure des mesures non-discriminatoires ». Il cite, en note, les arrêts fondamentaux de la liberté de circulation consacrant la possibilité « d'entraves non-discriminatoires » comme *Säger* ou *Bosman*³⁹⁴. L'argument est fondé sur la conceptualisation de la liberté de circulation du citoyen comme une liberté de circulation. En outre dans une sorte d'argumentation *a fortiori*, l'Avocat général souligne qu'à la différence des libertés de circulation des personnes « économiquement actives », le traité ne parle pas de discrimination dans le cas du citoyen.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Tas-Hagen et Tas*, la justification donnée par l'Avocate générale Kokott repose clairement sur la conceptualisation de la liberté du citoyen comme une liberté fondamentale au sens des libertés de circulation et sur les inférences traditionnellement attachées à celles-ci :

« Cela découle du fait que la liberté de circulation des citoyens de l'Union est une *liberté fondamentale*. C'est la raison pour laquelle l'article 18, paragraphe 1, CE [21, paragraphe 1, TFUE] est d'application directe et d'interprétation extensive. À l'instar des libertés fondamentales classiques du marché intérieur, cette disposition a en particulier un champ d'application qui n'est pas limité à certains domaines spécifiques³⁹⁵. »

³⁹¹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para 29.

³⁹² C'est notamment le cas de M. De Cuyper et de la Commission qui invoque alors l'arrêt *Pusa*, V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 94 et 95.

³⁹³ *Ibid.*, para. 109.

³⁹⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger / Dennemeyer*, C-76/90, EU:C:1991:331 et CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. / Bosman e.a.*, C-415/93, EU:C:1995:463. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, note 23 et 24.

³⁹⁵ AG Kokott, ccl sur CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 34. Notes omises.

Elle peut donc reprendre la jurisprudence de la Cour sur les libertés de circulation et citer en note ses arrêts canoniques.

Dans un registre différent, elle souligne aussi qu'il serait « tout aussi contraire au concept de citoyenneté de l'Union, entendu comme statut fondamental de tous les citoyens de l'Union », que la liberté de circulation ne puisse être invoquée que dans certains domaines³⁹⁶. Malgré la proximité que peut suggérer le terme « fondamental », l'argument n'est plus fondé sur les inférences autorisées par le concept de liberté fondamentale (au sens des libertés de circulation) mais sur les inférences que devraient permettre le statut de citoyen, en tant que statut fondamental des ressortissants de l'Union. Cette argumentation se retrouve parfois de façon explicite dans le discours de la Cour, par exemple pour justifier l'interprétation restrictive des dérogations à la liberté de circulation du citoyen dans l'arrêt *Orfanopoulos et Oliveri*³⁹⁷. Elle s'inscrit dans la conceptualisation de la citoyenneté de l'Union comme une citoyenneté qui sera étudiée par la suite³⁹⁸.

Le contenu du concept de citoyen de l'Union est exprimé dans le langage du droit de l'Union. Sa construction procède de l'articulation explicite avec certains concepts, comme la non-discrimination en raison de la nationalité ou les libertés de circulation, mais également de la mise en relation implicite avec l'ensemble du cadre conceptuel. Comprendre ce qu'implique la citoyenneté nécessite de maîtriser un ensemble de connaissances très vaste, allant bien au-delà des concepts mentionnés. Le locuteur ne maîtrise pas complètement ce qu'il fait en opérant une connexion parce qu'il ne peut anticiper les contextes dans lesquelles elle va pouvoir être utilisée et les prémisses auxquelles elle va pouvoir être confrontée.

B. La transformation du cadre conceptuel

L'articulation du nouveau concept avec le cadre conceptuel ne laisse pas ce dernier indemne. Tout d'abord, les cas dans lesquels les concepts du cadre conceptuel peuvent être mobilisés ou les conséquences qui en découlent ne sont nécessairement plus les mêmes. Ensuite, il est aussi possible que l'introduction d'un nouveau concept modifie le cadre au-delà de la possibilité d'invoquer un

³⁹⁶ *Ibid.*, para. 34s.

³⁹⁷ « Il y a lieu d'ajouter qu'une interprétation particulièrement restrictive des dérogations à cette liberté est exigée par le statut de citoyen de l'Union. Ainsi que la Cour l'a constaté, ce statut a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États [...] » CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, EU:C:2004:262, para. 65.

³⁹⁸ V. *infra*, partie III, chapitre 2.

concept dans un nouveau cas. Ceci se perçoit à partir des deux concepts principalement mobilisés pour construire la citoyenneté : la non-discrimination en raison de la nationalité (1) et les libertés de circulation (2).

1. L'évolution de la non-discrimination en raison de la nationalité

Le mouvement opéré par la Cour lorsqu'elle attache la non-discrimination en raison de la nationalité au statut de citoyen peut être vu de deux façons : une évolution des conséquences découlant de la possession du statut de citoyen de l'Union ou une modification des conditions dans lesquelles le principe de non-discrimination peut être mobilisé. Dans la première perspective, la non-discrimination en raison de la nationalité est un moyen de construire la citoyenneté. Ainsi a-t-on pu dire que « la Cour de Justice a été obligée d'en appeler à l'article 6 CE [...], traitant de la non-discrimination en raison de la nationalité, pour étayer les dispositions relatives à la citoyenneté³⁹⁹ ». Dans la seconde, c'est la citoyenneté qui est présentée comme un moyen de faire évoluer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Francis Jacobs analyse par exemple la jurisprudence de la Cour comme « utilisant la citoyenneté pour élargir le champ d'application du principe de non-discrimination⁴⁰⁰ ».

Dans le premier cas, le nœud inférentiel est le concept de citoyen, dans le second, celui de non-discrimination. Il s'agit de perspectives différentes sur ce que fait la Cour en articulant la citoyenneté de l'Union au principe de non-discrimination. La société imaginaire de Ross permet de le présenter simplement. Sur l'île Noisulli, écrit le juriste danois, avoir une relation avec sa belle-mère pour un homme lui confère le statut de « tû-tû⁴⁰¹ ». Imaginons qu'une nouvelle inférence soit reconnue, par exemple, avoir une relation avec son beau-père confère également le statut de tû-tû. Celle-ci peut être vue comme participant à la construction des concepts de beau-père et de beau-fils – les conséquences découlant de ces statuts sont modifiées – mais aussi de celui de tû-tû – les cas dans lesquels il peut être mobilisé sont élargis. De la même façon que les concepts de tû-tû et de beau-père sont différents

³⁹⁹ « Even the Court of Justice has been forced to call in aid Article 6 EC (now Article 12), concerning non-discrimination on the grounds of nationality, to buttress the citizenship provisions. » BARNARD C., « Article 13 : Through the looking glass of Union Citizenship », P.M. TWOMEY et D. O'KEEFFE (dir.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Londres, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 375-376.

⁴⁰⁰ « using citizenship to broaden the scope of the non-discrimination principle ». JACOBS F.G., « An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 593.

⁴⁰¹ ROSS A., « Tû-tû », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 103-116.

si avoir une relation avec son beau-père constitue une nouvelle situation menant à l'état de tû-tû, les concepts de non-discrimination en raison de la nationalité et de citoyen de l'Union ne sont plus les mêmes après l'arrêt *Martínez Sala*. En utilisant un concept dans une nouvelle affirmation – par exemple «le citoyen de l'Union peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité» –, la Cour entraîne inévitablement un changement des concepts eux-mêmes, – ici, de citoyen de l'Union et de non-discrimination en raison de la nationalité⁴⁰².

Ainsi voit-on s'opposer dans les argumentations des parties une approche reprenant l'usage traditionnel du concept de non-discrimination en raison de la nationalité – avec, par exemple, le gouvernement allemand dans l'affaire *Martínez Sala*⁴⁰³ ou bien différents gouvernements dans l'arrêt *Grzelczyk*⁴⁰⁴ – et l'approche adoptée par la Cour et portée par d'autres acteurs pour en changer les conditions d'application en permettant à des personnes non-actives économiquement de s'en prévaloir. Dans ce cas, l'évolution des concepts mobilisés pour exprimer la citoyenneté découle nécessairement de la possibilité de les mobiliser dans de nouveaux contextes. Si le contenu d'un concept résulte des inférences dans lesquelles il peut être mobilisé, la possibilité pour des non-actifs, au sens des libertés de circulation, de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité conduit à faire évoluer le contenu du principe de non-discrimination.

Le concept peut aussi évoluer au-delà de la possibilité de le mobiliser pour une nouvelle catégorie de personnes. Ainsi qu'il a été mentionné, le débat intervenant sur la façon dont la Cour parle de compétence *ratione materiae* et *personae*, dans l'arrêt *Martínez Sala*, est perçu par un certain nombre d'acteurs comme introduisant une évolution dans la façon dont le principe de non-discrimination peut être invoqué. Cette évolution, combinée avec la transposition de la jurisprudence *Cowan* au citoyen, conduit certains auteurs à souligner le changement qui s'est opéré dans le concept de non-discrimination en raison de la nationalité. Immédiatement après l'arrêt *Martínez Sala*, Christian Tomuschat dénonce une «conception radicale de l'égalité», qui différerait de l'approche antérieure, «fonctionnelle», où l'égalité est subordonnée à garantir l'effet utile des libertés de circulation⁴⁰⁵. En

⁴⁰² L'affirmation que les concepts évoluent lorsqu'on les utilise pose un certain nombre de problèmes au regard des approches classiques sur les concepts. V. *supra*, introduction et *infra*, Partie II, introduction.

⁴⁰³ Il soutient que les faits de l'espèce ne relèvent pas du domaine d'application *ratione materiae* et *ratione personae* du traité si la requérante n'a pas la qualité de travailleur. CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 56.

⁴⁰⁴ Ils invoquent notamment la jurisprudence antérieure de la Cour pour exclure l'application de la non-discrimination à des allocations pour frais d'entretien. V. AG Alber, ccl. sur CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 36.

⁴⁰⁵ TOMUSCHAT C., « Case C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, judgment of 12 May 1998, full court. [1998] ECR I-2691 », *op. cit.*, p. 456-457.

2002, Mark Bell perçoit ce qui lui semble être un « processus de transition d'un droit de circulation à un droit fondamental⁴⁰⁶ ». Il souligne que l'arrêt *Martínez Sala* implique potentiellement que le citoyen n'ait plus à être personnellement dans une situation gouvernée par le droit de l'Union, avec toutefois comme limite l'application de ce droit aux citoyens résidant légalement dans un autre État membre⁴⁰⁷. Comme le résume, non sans ambiguïté, Christiaan Timmermans à propos de *Martínez Sala*, si la décision « est encore classique dans son approche – elle est en revanche audacieuse dans l'application de cette approche⁴⁰⁸ ».

Ce changement n'est pas la conséquence automatique du rattachement de la non-discrimination à la citoyenneté. S'il aboutit à faire évoluer le concept de non-discrimination, il peut jouer un rôle au-delà des cas dans lesquels la citoyenneté est en cause. C'est d'une certaine façon ce que l'on peut voir avec les arrêts suivant le modèle *Collins*, dans lequel la citoyenneté est expressément mentionnée pour justifier une évolution dans l'application de la non-discrimination en raison de la nationalité concernant les travailleurs. De manière générale, Anastasia Iliopoulou explique que « la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Martínez Sala* libère le droit au traitement égal de sa soumission à la logique économique et fonctionnelle, et le rattache à la citoyenneté⁴⁰⁹ ». La question de l'effet du statut de citoyen sur le cadre dans lequel il s'intègre se retrouve également dans le cadre d'une autre forme d'argument.

2. La re-conceptualisation des libertés fondamentales

De même, faire du droit de circuler et de séjourner du citoyen une liberté fondamentale au sens des libertés de circulation conduit nécessairement à modifier le concept de liberté fondamentale. Ce mouvement est d'ailleurs explicite dans l'arrêt *Baumbast*, qui montre bien que, en même temps qu'elle justifie une solution, ce type d'affirmation contribue à constituer l'objet sur lequel elle porte. Si la Cour développe peu le débat sur l'application des critères de l'effet direct⁴¹⁰, c'est qu'elle propose un autre type de justification. La Cour dit en effet s'appuyer sur « une jurisprudence constante » selon laquelle :

⁴⁰⁶ BELL M., *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002, p. 39.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁰⁸ « is still classic in its approach – it is daring, however, in the application of that approach ». TIMMERMANS C., « *Martínez Sala* and *Baumbast* revisited », *op. cit.*, p. 345.

⁴⁰⁹ ILIOPOULOU A., « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 52.

⁴¹⁰ Sur ce point, V. *supra*, section 1, § 2, A, 1.

« le droit des ressortissants d'un État membre d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner constitue un droit directement conféré par le traité CE ou, selon le cas, par les dispositions prises pour la mise en œuvre de celui-ci⁴¹¹ ».

Comme elle l'indique en référence, elle reprend les termes du paragraphe 31 de l'arrêt *Royer* de 1976, qui concernait la liberté de circulation et de séjour des travailleurs, des travailleurs indépendants, des prestataires de service ainsi que des membres de leur famille⁴¹². Le caractère direct du droit d'entrer sur le territoire d'un autre État membre et d'y séjourner était envisagé dans cet arrêt pour affirmer qu'il ne saurait dépendre de la délivrance d'un titre de séjour par l'État d'accueil⁴¹³.

La Cour revient ensuite explicitement sur l'arrêt *Roux*, dans lequel elle avait décidé que ce droit de séjour, conféré directement par le traité, n'était « soumis qu'à la condition de l'exercice d'une activité économique au sens des articles 48, 52 et 59 du traité CE⁴¹⁴ ». La condition est présentée par la Cour comme une simple « précision », ce qui sous-entend qu'elle ne saurait être considérée comme essentielle au concept de liberté de circulation et que revenir sur cette question n'est pas d'une grande importance. La nécessité d'évincer cette condition est en outre justifiée par l'introduction du statut de citoyen de l'Union dans le traité CE et par la reconnaissance d'un droit, « pour tout citoyen, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres par l'article 18, paragraphe 1, CE⁴¹⁵ ». La Cour s'appuie également sur la formule de la vocation fondamentale du statut énoncée dans l'arrêt *Grzelezyk*, libérée pour l'occasion de sa deuxième partie assignant au statut la fonction de permettre le même traitement juridique⁴¹⁶. Elle souligne enfin que la jouissance des droits attachés à la citoyenneté par le traité n'est pas liée à une activité professionnelle⁴¹⁷.

Ainsi, l'argument repose sur la conceptualisation du droit de séjour du citoyen comme un droit de séjour au sens des libertés de circuler et de séjourner classiquement reconnues par le traité. Ce faisant,

⁴¹¹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para 80.

⁴¹² CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, C-48/75.

⁴¹³ C'est d'ailleurs précisément à ce titre que l'arrêt était déjà cité au point 53 de l'arrêt *Martínez Sala*, (CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala*, *op. cit.*).

⁴¹⁴ CJCE, 5 février 1991, *Roux / État belge*, C-363/89, EU:C:1991:41, para. 9. On peut noter que ce paragraphe de l'arrêt *Roux* s'appuie lui-même sur le paragraphe précité de l'arrêt *Royer*. Le caractère direct du droit de séjour est convoqué pour conclure que l'inscription à un régime de sécurité sociale ne saurait être une condition préalable à l'exercice du droit de séjour. En l'espèce, il était reproché à la requérante de s'être inscrite au régime des travailleurs indépendants plutôt qu'à celui des salariés.

⁴¹⁵ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 81.

⁴¹⁶ *Ibid.*, para. 82.

⁴¹⁷ *Ibid.*, para 83.

il repose aussi, implicitement, sur une certaine essentialisation du droit de séjourner et de circuler. Tout d'abord, cela suppose qu'il y ait un concept de liberté de circulation et de séjour qui puisse englober les différentes libertés. L'appui sur l'arrêt *Royer* n'est à cet égard pas anodin puisque, après les arrêts *Commission c. France*⁴¹⁸, *Van Duyn*⁴¹⁹, *Reyners*⁴²⁰ et *van Binsbergen*⁴²¹, ayant décidé l'effet direct des dispositions relatives aux différentes libertés économiques, il propose une analyse générale des dispositions relatives à la liberté de circulation des personnes⁴²². L'effet direct est affirmé comme une caractéristique essentielle de celui-ci (reprise des arrêts *Royer* et *Roux*). En revanche, le droit de séjourner et de circuler en général n'est plus soumis à cette condition (évolution par rapport à l'arrêt *Roux*). Avec ce dernier mouvement, on pourrait dire que la Cour fait perdre son caractère essentiel à une condition qu'elle avait antérieurement présentée comme telle.

Les opérations décrites sont le résultat d'une succession de décisions qui s'expriment dans un cadre conceptuel qui peut toujours – au prix d'un certain travail – être modifié. L'argumentation de la Cour et des autres acteurs participe à l'institution des libertés fondamentales comme concept et à la définition des normes inférentielles qui gouvernent son usage⁴²³. Dans l'arrêt *Baumbast*, la Cour aurait pu estimer que la liberté de circulation et de séjour du citoyen n'était pas une liberté fondamentale au sens des libertés de circulation (en considérant la condition de l'activité économique comme nécessaire). Elle aurait aussi pu décider qu'il s'agissait d'une liberté fondamentale, mais que toutes les libertés fondamentales ne sont pas d'effet direct. Si l'argument présente un aspect essentialiste, il n'implique en rien de dire que la liberté de circulation et de séjour du citoyen soit par nature une liberté fondamentale ou que les libertés fondamentales aient une essence qui ne soit pas susceptible d'évoluer. Les libertés fondamentales, comme le cadre conceptuel, sont des constructions sociales. À

⁴¹⁸ CJCE, 4 avril 1974, *Commission / France*, 167/73, EU:C:1974:35, para. 41.

⁴¹⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn / Home Office*, *op. cit.*, para. 8.

⁴²⁰ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners / État belge*, 2/74, EU:C:1974:68, para. 32.

⁴²¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74, EU:C:1974:131.

⁴²² En ce sens, soulignant l'importance de l'arrêt pour une « approche unitaire [unitary thesis] » de la libre circulation des personnes, V. KINGREEN T., « Fundamental Freedoms », A. von BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European constitutional law*, 2^e éd., Oxford - München, Hart - Beck, 2009, p. 517 ; BARNARD C., *The substantive law of the EU*, *op. cit.*, p. 215.

⁴²³ Cette affirmation s'inscrit dans une approche où le langage contribue à construire la réalité sociale. V. SEARLE J.R., *The construction of social reality*, Londres, Allen Lane, 1995. En droit, V. par ex. MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, traduit par Odile NERHOT et Philippe COPPENS, Bruxelles, Story Scienta, 1992 ; ROVERSI C., *Costituire : uno studio di ontologia giuridica*, Turin, Giappichelli, 2012. *Contra*. « Si l'argumentation peut avoir une forte valeur heuristique, il est évident qu'elle ne peut pas modifier la nature de son objet. » PFERSMANN O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », P. LIVET (dir.), *L'argumentation: droit, philosophie et sciences sociales*, Sainte-Foy - Paris, Presses de l'Université Laval - L'Harmattan, 2000, p. 103.

ce titre, elles sont toujours susceptibles d'évoluer. En outre, ce qu'implique le concept de liberté de circulation n'est pas forcément déterminé et peut faire l'objet de tensions.

Au-delà de cette reconstruction explicite des libertés fondamentales, l'introduction de la citoyenneté conduit à concevoir les libertés de circulation différemment ou, du moins, s'inscrit dans un processus de transformation des libertés de circulation. L'Avocat général Cosmas a défendu que tel devrait être le cas de façon célèbre dans ses conclusions sur *Wijzenbeek*. Soulignant l'emploi d'un « vocabulaire *constitutionnel* » par le « législateur constitutionnel communautaire », notamment le recours aux termes « citoyen » et « droits », il estime que l'article 8 A TCE [21 TFUE] ne saurait être lu simplement comme conduisant à étendre le cercle des personnes bénéficiaires de la liberté de circulation. Alors que les libertés de circulation consacrent une « possibilité de caractère *fonctionnel* », accordée aux ressortissants des États membres dans le but de construire un marché commun, l'article 8 A TCE [21 TFUE] instaure en la faveur des citoyens « une possibilité revêtant un *caractère substantiel*, à savoir un droit, au véritable sens du terme, qui existe en vue de l'exercice autonome d'un but, au bénéfice de son titulaire même et non au bénéfice de la Communauté et de la réussite de ses objectifs⁴²⁴ ».

La tension entre la reprise du cadre existant et sa modification est exprimée à l'occasion d'une note de bas de page, justifiant la reprise des critères de l'effet direct tels qu'ils ont été développés pour les libertés de circulation économiques :

« les données du droit communautaire antérieures à l'article 8 A ne sauraient être transposées de manière autonome et automatique dans le cadre de cet article. Cela ne signifie pas que ces données soient inutilisables aux fins de l'interprétation de l'article 8 A. C'est bien le contraire : ces données sont utiles à la compréhension conceptuelle et à l'application de l'article 8 A, dans la mesure où cet article occupe dans l'économie du traité CE une position correspondant à celle qu'occupaient les articles 48 et suivants dans l'économie du traité CEE⁴²⁵. »

Le raisonnement de l'Avocat général montre que la liberté de circulation et de séjour du citoyen peut être conceptualisée comme une liberté de circulation et de séjour, tout en présentant des spécificités par rapport à d'autres libertés. En ce sens, l'affirmation selon laquelle la liberté de circulation et de séjour du citoyen est une liberté de circulation affecte le concept de liberté de circulation, mais pas nécessairement les libertés de circulation spécifiques.

⁴²⁴ AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, *op.cit.*, para. 79s.

⁴²⁵ *Ibid.*, note 78.

Toutefois, le passage d'une conception fonctionnelle des libertés de circulation à une conception plus substantielle est plus général. Les libertés de circulation sont souvent présentées, à la suite de la doctrine allemande, comme des « droits publics subjectifs », c'est-à-dire des droits poursuivant à la fois un intérêt individuel et un intérêt collectif pouvant être opposés par leurs titulaires aux autorités publiques⁴²⁶. De façon plus rares, les libertés de circulation des personnes sont parfois présentées comme des droits fondamentaux, au sens où elles seraient considérées en elles-mêmes⁴²⁷. Le lien entre cette évolution et la citoyenneté de l'Union n'est pas facile à établir. L'évolution est en effet antérieure à l'introduction de la citoyenneté dans les traités. Elle est parfois présentée comme le signe d'une « proto-citoyenneté⁴²⁸ ». Se poursuivant après l'introduction de la citoyenneté, elle en est souvent présentée comme la conséquence. C'est ce que disait déjà Gareth Davies en 2003, affirmant qu'« il faut identifier la véritable force de la citoyenneté non en elle-même, mais dans les articles économiques qu'elle a façonné à son image⁴²⁹ ». C'est ce que défend, de façon beaucoup plus générale, Alina Tryfonidou, en 2016, affirmant que l'introduction de la citoyenneté conduit à re-conceptualiser la liberté de circulation des personnes comme étant également une source de droits fondamentaux de nature économique⁴³⁰. S'il peut être difficile d'en retracer la cause, toujours est-il qu'il est loisible de souligner que le cadre des libertés de circulation dans lequel s'intègre la citoyenneté a évolué et que la conceptualisation du droit de circuler et de séjourner du citoyen comme une liberté de circulation peut avoir des effets sur les autres libertés de circulation.

⁴²⁶ Il faut noter que celle-ci a forgé une expression spécifique pour désigner les libertés de circulation ou libertés fondamentales : « *Grundfreiheiten* ». V. KINGREEN T., « Fundamental Freedoms », *op. cit.*, p. 516. Pour une présentation plus détaillée et la présentation de la théorie des droits publics subjectifs de Jellinek, V. REICH N., « A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law », *European Law Journal*, 1997, vol. 3, n° 2, p. 163s. Pour leur application aux libertés de circulation, V. les références in CARO DE SOUSA P., *The European fundamental freedoms : a contextual approach*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2015, p. 56. Il faut noter que l'Avocate générale Trstenjak recourt à la notion dans plusieurs conclusions. V., de façons très claire, un passage sur « les libertés fondamentales en tant que droits publics subjectifs » in AG Trstenjak, ccl sur CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, EU:C:2009:178, para. 75s.

⁴²⁷ En ce sens, V. DE CECCO F., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, p. 383. Comme le note Pedro Caro de Sousa, cette lecture peut s'appuyer sur certains arrêts de la Cour qualifiant la liberté de circulation des travailleurs de « droit fondamental ». V. CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri / État belge*, 152/82, EU:C:1983:205, para. 11.

⁴²⁸ Sur cette argumentation, V. *supra*, chapitre 2, section 1, § 2, B.

⁴²⁹ « We should identify the real strength of citizenship not in itself, but in the economic articles it has moulded in its image. » DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, *op. cit.*, p. 197.

⁴³⁰ Elle perçoit aussi des signes que la liberté de circulation des marchandises puisse être la source de droits individuels pour les personnes. TRYFONIDOU A., *The impact of Union citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016.

Ainsi, la Cour exprime le contenu conceptuel du statut essentiellement à l'aide de concepts puisés dans le cadre des libertés de circulation. La compréhension de ce que dit et de ce que fait la Cour implique la maîtrise de l'usage d'un certain nombre de formes propres au droit de l'Union. Chercher à s'en « débarrasser », en les récusant comme « fausses » ou « fictives », relèverait d'une erreur importante, parce que cela conduirait à occulter le rôle fondamental qu'elles jouent dans la construction de la citoyenneté. C'est en ce sens que l'on peut parler, avec Yan Thomas, de « l'artifice au service de l'artifice » ou de « l'institution au service de l'institution⁴³¹ ».

§ 2. L'INSCRIPTION DU LANGAGE DANS LES CONCEPTS

Le concept de statut de citoyen est exprimé à l'aide d'autres concepts du droit de l'Union. Dans le paragraphe précédent, il est apparu que ces concepts sont eux-mêmes articulés au sein d'un langage plus vaste et inscrits dans tout un ensemble de relations. Jusqu'à présent, les concepts ont été exprimés dans les termes de la Cour, qui sont souvent également ceux de la doctrine. Une façon différente de s'interroger sur le rôle du concept de statut de citoyen est d'analyser les concepts comme la « non-discrimination en raison de la nationalité » ou le « droit de séjour » en allant au-delà de ce langage. Il ne s'agit plus de les prendre comme des blocs et de voir comment ils s'articulent au sein d'un ensemble de relations, mais de mettre en évidence la complexité de leur structure interne.

Un des outils les plus puissants pour analyser et déconstruire les discours juridiques est sans conteste la grille analytique développée par Wesley Newcomb Hohfeld⁴³². Le juriste états-unien a sans doute proposé l'une des critiques les plus influentes de l'essentialisme. Décédé alors qu'il était encore jeune, celui-ci a proposé un cadre d'analyse profondément novateur dans deux articles célèbres⁴³³, sur

⁴³¹ L'auteur parle de la nature en droit romain. THOMAS Y., « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 2005, n° 3, p. 115-116.

⁴³² V. HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001.

⁴³³ HOHFELD W.N., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 1913, vol. 23, n° 1, p. 16-59 ; HOHFELD W.N., « Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning », *The Yale Law Journal*, 1917, vol. 26, n° 8, p. 710-770. Ils ont par la suite été rassemblés à titre posthume dans un ouvrage et ont fait l'objet de différentes éditions. Nous nous référerons à la plus récente, HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, *op. cit.* Pour des présentations de l'œuvre du juriste états-unien, on peut consulter : SIMMONDS N.E., « Introduction », D. CAMPBELL et P.A. THOMAS (dir.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001, p. ix-xxix ; TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 223s. ; BENNET M., « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon WN Hohfeld », *Klesis*, 2011, n° 21, p. 133-156 ; SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *Law and Contemporary Problems*, 2015, vol. 78, n° 1, p. 185-234.

lesquels s'appuie en partie la critique de l'essentialisme de Hart et de Ross⁴³⁴. Le premier souci de Hohfeld est de distinguer les « conceptions légales » des « conceptions non-légales⁴³⁵ », afin de dénoncer ce qu'il présente comme des « erreurs » de raisonnement et que l'on peut appeler, avec Pierre Schlag, des « erreurs de transposition⁴³⁶ ». Il commence par souligner la nécessité de « distinguer les conceptions purement juridiques des faits physiques et mentaux qui les ont fait naître⁴³⁷ ». La confusion commune entre les deux vient notamment du fait que les mêmes termes sont parfois utilisés pour signifier des choses différentes. Par exemple, le terme de volonté peut désigner un concept juridique ou bien un fait psychologique. Ensuite, Hohfeld met en garde contre la confusion des concepts juridiques et des objets auxquels ils réfèrent⁴³⁸.

La distinction de Hohfeld cherche à dénoncer ce qu'il présente comme une confusion dans le raisonnement. Elle vise aussi, comme le souligne Pierre Schlag, à éviter d'assigner « *de façon irréfléchie* » les qualités de faits physiques, mentaux ou sociaux aux concepts juridiques, qui seront ensuite présentées comme faisant partie intégrante de ceux-ci⁴³⁹. La perspective que nous adoptons n'est pas celle de Hohfeld. Nous ne cherchons pas à mettre en évidence les erreurs que commettent les juristes mais à comprendre leurs pratiques discursives⁴⁴⁰. Pour ce faire, la grille d'analyse qu'il propose présente toutefois un double intérêt. En soumettant les concepts juridiques à une entreprise de déconstruction analytique redoutable, elle permet de saisir la singularité de la forme qu'ils revêtent dans un contexte donné (A). En laissant voir que, *in abstracto*, l'univers des possibles n'est pas limité, elle conduit à mettre en évidence le rôle que jouent les formes du droit de l'Union dans les constructions conceptuelles (B).

⁴³⁴ HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48 ; ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley ; Los Angeles, University of California press, 1959, p. 161-169.

⁴³⁵ « legal conceptions », « non-legal conceptions », HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, *op. cit.*, p. 5.

⁴³⁶ « errors of transpositions », V. SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 192.

⁴³⁷ « differentiating purely legal relations from the physical and mental facts that call such relations into being », HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, *op. cit.*, p. 5.

⁴³⁸ Un cas typique, également mis en évidence par Yan Thomas, est la confusion de la personne juridique avec la personne au sens de l'être de chair et d'os. V. nt. THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature: sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, vol. 100, n° 3, p. 85.

⁴³⁹ SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 193-194.

⁴⁴⁰ V. *supra*, introduction.

A. La forme complexe des droits du citoyen

L'inspiration du projet de Hohfeld est assurément analytique. L'auteur cherche à dissoudre un ensemble de problèmes venant d'un usage confus du langage, et principalement du terme « droit », véritable « mot-caméléon⁴⁴¹ », utilisé pour signifier de nombreuses choses différentes dans le discours des juges et de la doctrine. L'auteur développe un ensemble de concepts, les « relations juridiques fondamentales [fundamental legal relations] », dans le but de décrire et d'analyser les discours juridiques portant sur les droits. Il recourt à un vocabulaire spécifique et sa méthode d'analyse propose une lecture contre-intuitive, voire profondément déstabilisante (1). Exprimer les droits du citoyen à partir de la grille de Hohfeld s'apparente à un exercice de traduction dans un métalangage prenant pour objet les concepts juridiques, au sens d'Eisenmann⁴⁴². L'utilisation de cette grille d'analyse permet de donner un point de vue original sur les droits du citoyen et de souligner la spécificité de leur forme. Ils peuvent être vus comme des ensembles complexes de relations juridiques entre différentes personnes. Comme toute entreprise de traduction, elle connaît des limites importantes et implique des choix de la part du traducteur (2).

1. La déconstruction hohfeldienne : les relations juridiques fondamentales

Les relations juridiques fondamentales expriment les droits en termes de relations formelles entre personnes (celles-ci peuvent être des personnes physiques ou morales, mais aussi, de façon plus large, d'autres constructions, comme l'État, le législateur, le constituant etc⁴⁴³). Soulignant le caractère « toujours insatisfaisant, si ce n'est complètement inutile⁴⁴⁴ », des tentatives de définition, Hohfeld propose un tableau exposant les relations entre ces conceptions ; la signification des différentes conceptions découle de son rapport avec les autres. Les relations sont formelles au sens où l'auteur tente de s'abstraire le plus possible du contenu des différents droits, dans le but de pouvoir généraliser ses conclusions. « Plus petits dénominateurs du droit », ces relations sont vues comme « les

⁴⁴¹ « right », « chameleon-word », HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴² V. EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.* ; TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *op. cit.*

⁴⁴³ Hohfeld ne considère pas ces constructions comme des constructions mais comme des ensembles de personnes physiques, ce qui ne sera pas discuté ici, mais pourrait faire l'objet de discussions.

⁴⁴⁴ « always unsatisfactory, if not altogether useless », HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, *op. cit.*, p. 12.

conceptions génériques les plus petites dans lesquelles n’importe quelle ‘quantité juridique’ peut être réduite⁴⁴⁵ ».

Jural Opposites	(right (Privilege	power	immunity
	(no-right	Duty	disability	liability
Jural Correlatives	(right (Privilege	power	immunity
	(duty	no-right	liability	disability

« Fundamental legal relations » selon Hohfeld⁴⁴⁶

Contraires juridiques	(droit (liberté	pouvoir	immunité
	(absence de droit	devoir	incapacité	sujétion
Corolaires juridiques	(droit (liberté	pouvoir	immunité
	(devoir	absence de droit	sujétion	incapacité

Les relations juridiques fondamentales selon Hohfeld

⁴⁴⁵ « the lowest denominators of the law », « the lowest generic conceptions to which any and all ‘legal quantities’ may be reduced », *Ibid.*, p. 30.

⁴⁴⁶ Le tableau reproduit fidèlement celui de l’auteur, *Ibid.*, p. 12. Les articles de Hohfeld n’ayant pas été traduits en français, et en l’absence de consensus parmi les auteurs francophones se servant de ces relations, nous proposons notre propre traduction.

Les relations de « corrélations » sont toujours exprimées entre deux personnes et par rapport à une certaine action. Elles peuvent être présentées de deux façons : « X a le *droit* d'exiger que Y fasse Z » équivaut à « Y a le *devoir* vis-à-vis de X de faire Z », et ainsi de suite pour les différentes relations. Si cette question a fait l'objet de nombreuses discussions, il s'agit, pour Hohfeld, de deux façons de dire la même chose. Il n'y aurait donc pas de sens à dire qu'un *devoir* est la conséquence d'un *droit*⁴⁴⁷. Parfois désignés comme « droits » dans le langage juridique commun, les *droits*, *libertés*, *pouvoirs* et *immunités* sont en général appelés « *habilitations [entitlements]* » dans les analyses hohfeldiennes. Leurs corolaires, les *devoirs*, *absences de droit*, *sujétions* et *incapacités*, sont désignés comme des « *obligations [burdens]* ». L'ensemble de ces relations est communément nommé « incidents hohfeldiens [hohfeldian incidents] ». Afin d'éviter toute confusion, l'italique sera utilisé lorsqu'il sera question d'un incident hohfeldien dans la suite de la thèse.

Une même personne ne peut, relativement à une action, avoir un incident et son « contraire juridique ». Si « X a le *droit* d'exiger que Y fasse Z », alors « X n'a pas l'*absence de droit* que Y fasse Z ». Le même raisonnement peut être suivi pour l'ensemble des contraires. Il faut toutefois noter que dans le cas du contraire *liberté / devoir*, on dit que « si X a la *liberté* de faire Z vis-à-vis de Y, alors, X n'a pas le *devoir* de ne pas faire Z vis-à-vis de Y ». Les couples *droit / devoir* et *liberté / absence de droit* portent sur des actions définies. Si une personne a un *droit* vis-à-vis d'une autre, cette dernière a, corrélativement, un *devoir* de faire ou de ne pas faire une certaine action vis-à-vis de la première. Le contrat de travail signé entre l'employeur et l'employé donne au second le *droit* que le premier lui verse une rémunération et au premier le *devoir* de le faire. L'action visée peut également être négative. Si je suis propriétaire d'un ordinateur, j'ai le *droit* que les autres personnes ne l'utilisent pas et, corrélativement, ces dernières ont le *devoir* de ne pas l'utiliser⁴⁴⁸. Avoir une *liberté* équivaut à ne pas avoir le *devoir* de ne pas faire une action. Ainsi peut-on dire que, propriétaire de mon ordinateur, j'ai la *liberté* de l'utiliser, au sens où je n'ai pas le *devoir* de ne pas l'utiliser. Corrélativement, les autres personnes ont une *absence de droit* à ce que je n'utilise pas mon ordinateur, au sens où ils n'ont pas le *droit* que je n'utilise pas mon ordinateur.

Il faut bien distinguer – et c'est l'une des préoccupations fondamentales de Hohfeld – le *droit* de la *liberté* de faire une action. Une *liberté* n'a pas comme corolaire un *devoir* mais simplement une *absence de droit*. Il ne découle pas de ma *liberté* d'utiliser mon ordinateur que d'autres personnes aient des *devoirs* (ce que l'on nomme parfois un *devoir* de non-interférence). En revanche, certains *devoirs* très généraux,

⁴⁴⁷ Sur cette question, V. toutefois *infra*, titre 3, chapitre 1, introduction.

⁴⁴⁸ Nous reprenons ici l'exemple utilisé par Leif Wenar in WENAR L., « Rights », E.N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015

comme celui de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui, peuvent appuyer ma *liberté*. Hart donne l'exemple suivant : la *liberté* que j'ai de me gratter la tête n'implique aucunement le *devoir* pour les autres de ne pas interférer avec cette *liberté*. Celle-ci peut en revanche être indirectement protégée par d'autres *devoirs*, comme celui de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Toutefois, cette protection n'est pas nécessaire et doit être distinguée de la *liberté*. Elle pourrait ne pas exister et elle peut n'être que partielle. Ainsi Hart explique-t-il que l'on pourrait imaginer que quelqu'un m'empêche de me gratter la tête sans manquer à ses *devoirs*, par exemple en m'hypnotisant⁴⁴⁹.

Ces *devoirs* peuvent faire l'objet de modulations. Si je combats un adversaire au judo, j'accepte que son *devoir* de ne pas porter atteinte à mon intégrité physique soit relâché dans certaines limites. En poursuivant l'exemple de Hart, il pourrait légalement m'empêcher de me gratter la tête en m'immobilisant au sol, sans que ma *liberté* de me gratter la tête n'ait été modifiée (ce qui est modifié est le couple *devoir/droit* de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique). Il faut bien noter que Hohfeld parle de relations juridiques. Quelqu'un que je croise dans la rue peut aussi m'immobiliser au sol et m'empêcher de me gratter la tête, mais il n'en a pas la *liberté* dans le cas où il est soumis à un *devoir* général de ne pas porter atteinte à mon intégrité physique.

Les relations de Hohfeld ont parfois été présentées comme portant sur des relations horizontales entre individus, s'adaptant difficilement à l'expression de relations verticales, pourtant, il est possible de suivre Guillaume Tusseau pour dire qu'il n'en est rien⁴⁵⁰. Toutefois, ces relations sont toujours exprimées entre personnes, une relation exprimée *erga omnes* doit donc être vue comme un ensemble de relations entre deux personnes. Dire que j'ai la *liberté erga omnes* de porter une chemise revient à dire que toutes les autres personnes n'ont pas le *droit* que je n'en porte pas. Je peux cependant avoir des *habilitations* différentes selon les personnes. Si je suis employé comme agent de sécurité dans une galerie commerciale et que mon contrat le stipule, j'ai le *devoir* de porter une chemise vis-à-vis de mon employeur. Si, au-delà de ce premier emploi, je suis modèle pour une école de sculpture, il se peut que j'aie le *devoir* de ne pas porter de chemise vis-à-vis de ce second employeur. Ainsi, je peux avoir la *liberté* de porter une chemise vis-à-vis de la plupart des personnes, le *devoir* d'en porter une vis-à-vis de certaines et le *devoir* de ne pas en porter vis-à-vis d'autres. Ces *habilitations* peuvent être protégées ou non par d'autres couples *droits/devoirs* plus généraux, comme le *devoir* qu'ont en général les autres personnes de ne pas porter atteinte à mon intégrité physique.

⁴⁴⁹ HART H.L., *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1982, p. 171.

⁴⁵⁰ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 227.

Les couples *pouvoir/sujétion* et *immunité/incapacité* portent sur la possibilité pour une personne d'altérer les relations juridiques d'une autre personne en termes de *droit/devoir* et *liberté/absence de droit*. À ce titre, ils peuvent être rapprochés des normes secondaires au sens de Hart, la différence étant, explique Guillaume Tusseau, que Hohfeld présente la spécificité « d'énoncés habilitants » « au niveau de la situation subjective des acteurs juridiques », alors que Hart s'intéresse à « l'ordre juridique considéré dans sa globalité⁴⁵¹ ». Ainsi, une personne a un *pouvoir* vis-à-vis d'une autre si elle peut, par son action, lui conférer un *devoir* ou lui retirer une *liberté*. Corrélativement, une personne a une *sujétion* si ses relations juridiques peuvent être affectées par une autre personne. Si j'offre de vendre mon ordinateur à un collègue, dans un système juridique où son acceptation est suffisante pour que la vente ait lieu, le destinataire de l'offre a un *pouvoir* vis-à-vis de moi – et je suis *assujéti* à lui. En effet, son acceptation peut me conférer certains *devoirs* et me priver de certaines *libertés*. Le contraire d'un *pouvoir* est une *incapacité*, dont le corollaire est une *immunité*. En l'absence d'offre de ma part, mon collègue a l'*incapacité* de conclure la vente par son acceptation et, par exemple, de me priver de la *liberté* d'utiliser mon ordinateur. Corrélativement, une personne qui ne peut voir ses relations juridiques affectées vis-à-vis de certains actes dispose d'une *immunité*.

Les textes juridiques ne sont pas rédigés avec le vocabulaire analytique de Hohfeld et l'interprétation de ce à quoi correspond une « liberté » ou un « droit » peut faire l'objet de discussions. Nigel Simmonds explique par exemple que la « liberté d'expression », que l'on trouve dans de nombreuses déclarations des droits, peut souvent être vue comme une *immunité* conférée aux citoyens vis-à-vis du législateur. Le législateur a l'*incapacité* d'imposer aux citoyens des *devoirs* restreignant leur liberté d'expression⁴⁵². Cette *immunité* peut être combinée avec des *droits*, comme, par exemple, un *droit* que le gouvernement prenne des mesures contre des actes restreignant ma liberté d'expression, mais cette relation doit être distinguée de l'*immunité/incapacité*⁴⁵³. Il en va de même des textes juridiques européens ou des arrêts de la Cour. Lorsque le traité parle d'un « droit de circuler », il ne s'agit pas nécessairement d'un *droit* au sens de Hohfeld. Ces exemples permettent de souligner qu'une des grandes difficultés de l'application du cadre d'analyse hohfeldien est qu'il implique une traduction.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 226.

⁴⁵² SIMMONDS N.E., « Introduction », *op. cit.*, p. xvi.

⁴⁵³ *Ibid.*

2. Les droits du citoyen : exercices de traduction

La Cour construit le statut de citoyen de l'Union en se référant à différents « droits ». Ce statut confère notamment aux citoyens le « droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité » et le « droit de séjourner sur le territoire des États membres ». Dire cela revient à exprimer la citoyenneté dans le cadre conceptuel du droit de l'Union, à partir de concepts dont les normes d'usages sont connues des participants à une pratique linguistique. La grille d'analyse de Hohfeld montre que les blocs qui composent le statut de citoyen, tels que le « droit de séjour » ou le « droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité », peuvent eux-mêmes être vus comme des « faisceaux de droits » ou des « nœuds inférentiels ». Ces droits recouvrent un ensemble important de relations juridiques interpersonnelles entre différents acteurs. Les caractériser n'est pas toujours aisé, précisément parce qu'ils sont exprimés dans le langage du droit de l'Union. L'opération de traduction est nécessairement imparfaite et peut toujours être contestée. Elle permet toutefois de mettre en évidence la complexité des droits du citoyen et d'en relever certaines caractéristiques.

La grille d'analyse peut être appliquée à ce qui résulte du cas *Martínez Sala*, où la Cour a décidé que le citoyen disposait d'un droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité. Tout d'abord, il est possible de dire de façon très générale que le citoyen a le *droit* que l'État membre de résidence ne le discrimine pas en raison de sa nationalité et que ce dernier a le *devoir* de ne pas le faire⁴⁵⁴. L'expression du droit dans le langage juridique ordinaire n'est cette fois-ci pas complètement trompeuse, mais elle est très incomplète. Il faut aussi ajouter que le citoyen de l'Union a une *immunité* contre les règles discriminatoires en raison de la nationalité édictées par l'État membre de résidence. Corrélativement, l'État membre de résidence a une *incapacité* de prendre des règles discriminatoires en raison de la nationalité vis-à-vis du citoyen de l'Union. Le citoyen de l'Union n'est pas *assujéti* par ces règles et l'État membre n'a pas le *pouvoir* de les prendre. Cette relation pourrait aussi être traduite d'une autre façon dans les termes de Hohfeld. Plutôt que de dire que l'État n'a pas le *pouvoir* de prendre des actes discriminatoires, il serait possible de dire que ses autorités ont le *devoir* de ne pas exercer ce *pouvoir*⁴⁵⁵. Pour reprendre un exemple souvent donné, la liberté d'expression garantie par une déclaration des droits s'imposant au législateur correspond en général à l'*incapacité* du législateur de

⁴⁵⁴ Pour le moment, la locution « État membre » est utilisée comme désignant un ensemble de personnes au sens de Hohfeld (il peut s'agir du législateur, du pouvoir réglementaire, etc.) Pour l'auteur états-unien, ces entités collectives, comme une société, sont elles-mêmes vues comme regroupant des personnes physiques. Cette question ne sera pas discutée ici.

⁴⁵⁵ Dans la perspective de Hohfeld, il est tout à fait possible que le détenteur d'un *pouvoir* n'ait pas la *liberté* de l'utiliser ou qu'il ait le *devoir* de ne pas l'exercer.

prendre des lois imposant des *devoirs* restreignant la *liberté* de s'exprimer⁴⁵⁶. De façon quelque peu différente, il serait aussi possible de dire que le législateur a le *pouvoir* de prendre de telles lois, mais qu'il a le *devoir* de ne pas le faire⁴⁵⁷.

Le droit de séjour dont le citoyen peut se prévaloir, à la suite de l'arrêt *Baumbast*, recouvre également différentes relations juridiques. Le citoyen de l'Union a la *liberté* de séjourner sur le territoire d'un autre État membre à certaines conditions. Il n'a pas le *devoir* de ne pas y séjourner. Corrélativement, l'État membre n'a pas le *droit* que le citoyen de l'Union ne séjourne pas sur son territoire s'il respecte certaines conditions. L'État membre a le *pouvoir* d'appliquer des conditions et limites au séjour du citoyen à condition qu'elles soient proportionnées. Il a l'*incapacité* d'appliquer des limitations et conditions disproportionnées au séjour du citoyen (les citoyens n'y sont pas *assujettis*). De manière alternative, il serait possible de dire que l'État de séjour a le *pouvoir* de conditionner et de limiter le séjour du citoyen conformément à la directive sur la libre circulation des personnes. Il a la *liberté* d'exercer ce *pouvoir* lorsque les limitations et conditions sont proportionnées, mais il a le *devoir* de ne pas l'exercer lorsque les limitations et conditions sont disproportionnées. En outre, il est permis de penser que le citoyen dispose d'autres *habilitations* vis-à-vis de l'État de résidence. Il a par exemple, lorsqu'il remplit ces conditions, le *droit* d'obtenir une autorisation de séjour.

Le droit de circuler du citoyen comporte une *liberté* de circuler vis-à-vis des États membres (ceux-ci n'ont *pas* le *droit* que le citoyen ne circule pas). Ce droit implique aussi de nombreuses autres *habilitations* pour les citoyens qui viennent garantir très largement la *liberté* de circulation de l'interférence des États membres. Comme le montrent les arrêts rattachés au modèle de l'entrave dans la section précédente, les citoyens ont le *droit* que les États membres ne les pénalisent pas en raison de leur exercice de cette *liberté* ou ne le dissuadent pas de circuler. Plus spécifiquement, il est loisible de dire qu'ils ont le *droit* que les autorités de l'État n'exercent pas leur *pouvoir* de façon à restreindre leur *liberté* de circuler ou bien, de façon différente, que les citoyens disposent de certaines *immunités*. Ainsi, par exemple, Mme Tas-Hagen a la *liberté* de circuler vis-à-vis des États membres et ces derniers n'ont *pas* le *droit* qu'elle ne circule pas (elle n'a pas le *devoir* de ne pas circuler). Mais cette relation n'est qu'un élément de son droit de circuler. En effet, elle a aussi le *droit* que son État de nationalité ne la discrimine pas parce qu'elle a exercé sa liberté de circulation et réside dans un autre État membre. Les autorités de cet État ont le *devoir* de ne pas exercer leur *pouvoir* de telle façon que Mme Tas-Hagen soit

⁴⁵⁶ V. par ex. SIMMONDS N.E., « Introduction », *op. cit.*, p. xvi.

⁴⁵⁷ Cette question sera discutée de façon plus détaillée par la suite, parce que la perspective Hohfeldienne se révèle particulièrement intéressante au regard de la question des « compétences ». V. *infra*, partie III, chapitre 1, section 1, § 2.

discriminée en raison de sa circulation. Ainsi, le législateur ne doit pas inclure une condition de résidence pour limiter les personnes susceptibles d'obtenir une prestation pour les victimes civiles de guerre.

L'expression avec les relations de Hohfeld permet aussi de mettre en évidence les évolutions qui sont à l'œuvre. La question de savoir quelle était la situation avant l'intervention de la Cour par les arrêts *Martínez Sala*, *Baumbast* ou *De Cuyper* peut être discutée. Il est possible de supposer qu'avant ces arrêts, le citoyen ne pouvait pas se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité et ne bénéficiait pas d'un droit de séjourner et de circuler en vertu du traité ou, du moins, que ces questions n'étaient pas déterminées. Un arrêt comme *Martínez Sala* entraîne alors l'altération d'un certain nombre de relations juridiques. Avant l'arrêt, il était possible de soutenir que le citoyen de l'Union était *assujetti* aux règles discriminatoires en raison de la nationalité édictées par l'État membre de résidence et, corrélativement, que l'État membre de résidence avait le *pouvoir* de prendre des règles discriminatoires en raison de la nationalité vis-à-vis du citoyen de l'Union. De même, il était envisageable de dire que Mme Martínez Sala n'avait pas le *droit* que l'État de séjour ne la discrimine pas en raison de la nationalité et celui-ci n'avait pas la *liberté* de la discriminer.

La mise en œuvre du droit de l'Union par la Cour conduit donc à transformer, pour le citoyen, un *assujettissement en immunité* et une *absence de droit en droit*, ou, du moins, à passer d'une situation où ces relations sont incertaines à une situation où elles sont bien établies. Elle substitue, pour l'État membre de résidence, un *pouvoir en incapacité* et une *liberté en devoir*. Ainsi, les auteurs des traités (et/ou la Cour de justice) disposent d'un *pouvoir* vis-à-vis de toutes ces personnes, dont ils changent les *habilitations* et les *obligations*. Corrélativement, ces dernières sont *assujetties* aux règles posées par les auteurs des traités (et/ou par la Cour). Si la norme est exprimée dans le traité, un règlement ou une directive, il faudrait dire que le *pouvoir* est celui « des auteurs du traité » ou du « législateur ». Toutefois, le juge joue également un rôle dans la mesure où il détermine ce qu'impliquent les textes des premiers, ce qui explique l'usage des parenthèses.

Une manière quelque peu différente de présenter les choses, suivie par Joxerramon Bengoetxea et Niilo Jääskinen, est d'opposer la situation au niveau interne et la situation au niveau du droit de l'Union⁴⁵⁸. Elle semble toutefois poser un certain nombre de problèmes, puisqu'il s'agirait par exemple

⁴⁵⁸ Pour cette opposition, dans le contexte de l'effet direct des directives, V. BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », R. BANAKAR (dir.), *Rights in context: law and justice in late modern society*, Burlington, Ashgate, 2010, p. 277-300.

de dire que, en droit national, Mme Martínez Sala n'a pas le *droit* d'obtenir du Land de Bavière la même allocation qu'un ressortissant allemand en droit national alors que, en droit de l'Union, elle y aurait *droit*. Toutefois, la situation résultant de l'application du droit de l'Union dépend de normes nationales. C'est inévitablement le cas du *droit* de ne pas être discriminé qui est lié à la norme applicable aux nationaux. MM. Bickel et Franz ne disposent du *droit* que la procédure ait lieu en allemand que si telle est la règle pour les nationaux. En outre, les *habilitations* hohfeldiennes, comme la *liberté* de séjour, peuvent être garanties par des *devoirs* découlant du droit national. Opposer la situation en droit de l'Union et en droit national présente donc une certaine ambiguïté. Au contraire, en étant centrée sur la situation subjective des personnes, plutôt que sur l'ordre juridique, l'approche de Hohfeld est particulièrement adaptée pour penser des relations qui peuvent découler de normes attachées à différents systèmes interagissant entre eux. Si, comme le remarque Joxerramon Bengoetxea, les droits dépendent du système particulier où ils ont été reconnus⁴⁵⁹, les droits du citoyen, comme par exemple le droit de ne pas être discriminé, regroupent un ensemble de relations juridiques fondées dans différents systèmes.

La « traduction » en termes hohfeldiens de certains droits attachés au statut de citoyen de l'Union permet de souligner qu'ils doivent être vus comme des ensembles complexes de relations juridiques. Si le passage du langage de la Cour à celui de Hohfeld pose certaines difficultés, il est possible, à partir des exemples pris, de caractériser la spécificité de la forme prise par les droits du citoyen en mettant en évidence les différents types de relations qu'ils entraînent.

⁴⁵⁹ « All rights are thus system-relative, but legal rights are relative to those particular legal orders which recognize them. » BENGOETXEA J., « Rights (and obligations) in EU law », A. MENON, E. JONES et S. WEATHERILL (dir.), *The Oxford handbook of the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford handbooks in politics & international relations », 2012, p. 738.

Citoyens de l'Union

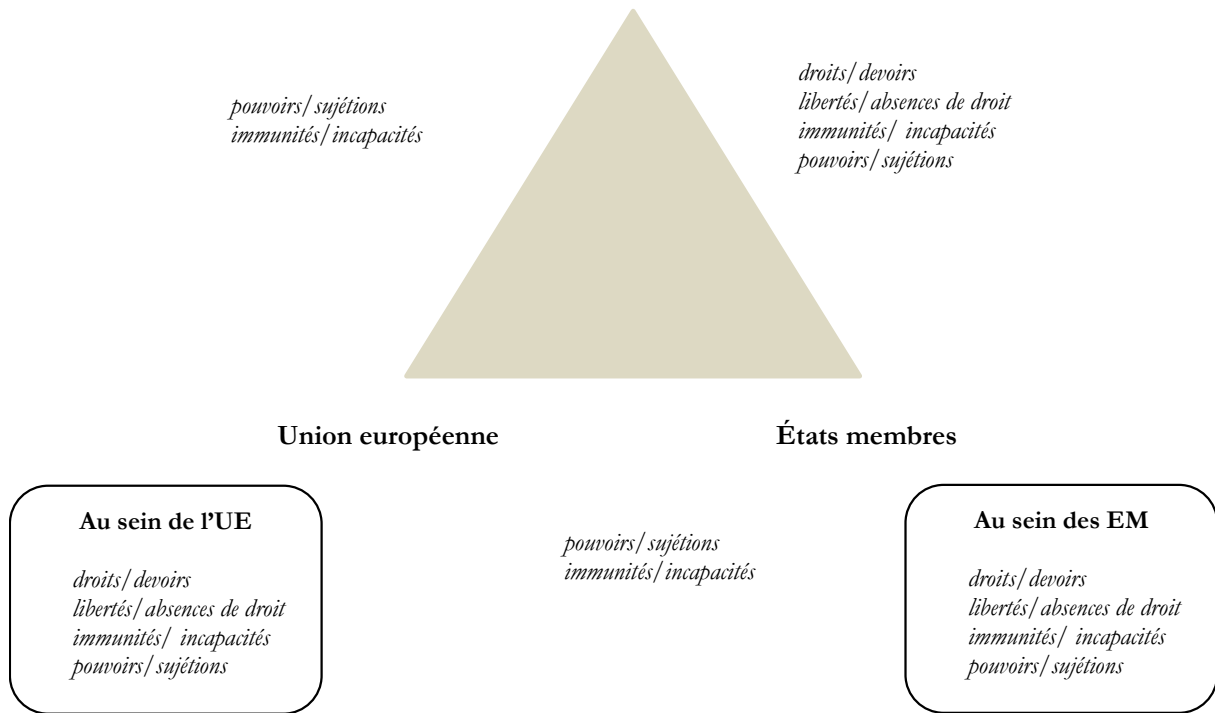


Schéma simplifié de la forme complexe des droits du citoyen

Tout d'abord, dans les arrêts présentés, le statut permet essentiellement de reconnaître de nouvelles *habilitations* aux citoyens de l'Union à l'encontre des États membres ou de leurs démembrements (qui, corrélativement, se voient reconnaître de nouvelles *obligations*). Au contraire, le statut ne crée de nouvelles relations ni entre les citoyens entre eux, ni entre les citoyens et l'Union européenne pour ce qui concerne les relations en termes de *droits/devoirs* et *obligations/libertés*. Ce dernier point est d'une particulière importance puisque la citoyenneté est traditionnellement présentée comme mettant en cause la relation des citoyens avec l'entité de laquelle ils ont la citoyenneté. Cette spécificité a souvent été notée par la doctrine. Dès 1995, Síofra O'Leary propose une classification des droits du citoyen qui montre que l'essentiel des droits que le citoyen peut invoquer le sont contre un autre État membre ou l'État de nationalité⁴⁶⁰. Avant même l'arrêt *Martínez Sala*, Paul Magnoste souligne que « la dimension horizontale » des « droits substantiels de la citoyenneté de l'Union » correspond selon lui à une logique

⁴⁶⁰ O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *Common Market Law Review*, 1995, vol. 32, n° 2, p. 519-554.

d'« isopolitie », plutôt qu'à une citoyenneté fédérale⁴⁶¹. Le terme d'horizontal se justifie par le fait qu'il s'agit essentiellement pour l'auteur du droit d'être traité comme les ressortissants nationaux (dont la non-discrimination en raison de la nationalité est l'exemple type). Les seuls droits qu'il retient comme verticaux sont le droit de pétition et le droit de recours au médiateur⁴⁶². Cette caractéristique n'a pas véritablement évolué. En 2016, Catherine Barnard peut constater que l'essentiel des droits du citoyen restent des droits qui peuvent être invoqués verticalement, mais seulement contre un État membre : « une des énigmes de la citoyenneté de l'UE est que des droits destinés à renforcer l'attachement à l'Union sont en réalité exercés contre les États membres⁴⁶³ ».

Dans une lecture hohfeldienne, il faut toutefois spécifier que l'affirmation des droits du citoyen entraîne certaines relations entre l'Union européenne et les citoyens d'une part, et l'Union européenne et les États, d'autre part. Les autorités de l'Union peuvent modifier les relations entre les États et les citoyens, disposant ainsi d'un *pouvoir* sur ceux-ci. Comme le disait Síofra O'Leary, observant l'importance des droits (au sens de *droits* ou *libertés*) que l'individu peut faire valoir contre son État de nationalité ou un autre État membre, ces droits sont reconnus « sur la base » du droit de l'Union⁴⁶⁴. Les citoyens comme les États sont *assujettis* aux auteurs du droit de l'Union qui viennent modifier leurs relations juridiques fondamentales. La Cour n'affirme pas autre chose dans sa célèbre affirmation lors de l'arrêt *Van Gend en Loos*, selon laquelle la CEE « constitue un nouvel ordre juridique [...] dont les *sujets* sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants⁴⁶⁵ ». Comme dans la relation *pouvoir/sujétion* de Hohfeld, et contrairement à la signification du mot dans d'autres contextes, les « sujets » de l'ordre juridique peuvent tant se voir conférer de nouvelles *habilitations* que de nouvelles *obligations*. Toujours selon la Cour, « [l]e droit communautaire [...] de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique⁴⁶⁶ ».

⁴⁶¹ MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Etudes européennes », 1999, p. 161s. V., dans le même sens, DAVIS R.W., « Citizenship of the Union rights for all », *European Law Review*, 2002, vol. 27, n° 2, p. 131.

⁴⁶² MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 186s.

⁴⁶³ « [o]ne of the conundrums of EU citizenship is that rights intended to foster a commitment to the Union are actually being exercised against the Member States ». BARNARD C., *The substantive law of the EU*, *op. cit.*, p. 329. Seuls certains droits, poursuit-elle, peuvent être invoqués directement contre l'Union, celui d'adresser des pétitions au Parlement européen et de recourir au médiateur européen (art. 20 TFUE). Il faut d'ailleurs ajouter que ces droits ne sont pas limités aux citoyens, mais ouverts à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre (art. 227 et 228 TFUE). V. *Ibid.*

⁴⁶⁴ O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *op. cit.*, p. 524.

⁴⁶⁵ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, *op. cit.*, para. 3. Nous soulignons.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, para. 3.

Le schéma et la décomposition des droits du citoyen présentés précédemment sont fortement simplifiés parce que seules certaines relations ont été retenues, mais aussi parce qu'il a parfois été question des « États membres » et de « l'Union européenne » de manière générale par souci de rendre l'exposé plus clair. Or, les relations juridiques peuvent concerner seulement un démembrement des États ou de l'Union. Certaines relations juridiques seraient donc plus rigoureusement formulées entre une institution et un autre acteur. Ainsi, l'affirmation du droit de circuler inclut certaines *immunités* des citoyens à l'encontre du pouvoir législatif européen. Par exemple, ceux-ci ne sauraient être *assujettis* à un règlement leur imposant le *devoir* général de ne pas circuler, c'est-à-dire que le législateur a l'*incapacité* de leur imposer de ne pas circuler (ou, pour le dire autrement, il n'en a pas le *pouvoir*⁴⁶⁷). En outre, les droits du citoyen peuvent affecter des relations juridiques au sein des États membres ou au sein de l'Union européenne. Ainsi, les juges nationaux ont le *pouvoir* de ne pas appliquer une condition que la CJUE estime discriminatoire. Par exemple, le Tribunal du travail de Nivelles a le *pouvoir* de dire que le législateur belge a l'*incapacité* d'exiger des citoyens de l'Union qu'ils entrent dans le champ d'application du règlement n° 1612/68 pour obtenir le minimex (ce qui *assujettit* les citoyens de l'Union et le législateur⁴⁶⁸). Il faudrait d'ailleurs ajouter que Tribunal du travail de Nivelles a le *devoir* d'exercer ce *pouvoir* en raison de la primauté du droit de l'Union vis-à-vis des citoyens. Corrélativement, ces derniers ont le *droit* que le juge exerce ce *pouvoir*, en écartant le droit national discriminatoire. C'est d'ailleurs dans des termes très semblables que s'est exprimé le gouvernement allemand dans une affaire récente : « selon le droit administratif allemand, une autorité publique doit toujours respecter son *devoir* de diligence dans l'exercice de son *pouvoir* d'appréciation et ne doit pas méconnaître les limites légales qui lui sont assignées, notamment par le droit de l'Union⁴⁶⁹ ».

La traduction permet aussi de souligner que, si l'accent est souvent mis sur les *habilitations* – les droits du citoyen comme ensemble de *droits, libertés, immunités* et *pouvoirs* –, ceux-ci impliquent des *obligations* corrélatives pesant sur les États membres – des *devoirs, absences de droit, incapacités* et *sujétions*. Elle vient ici au soutien de l'observation classique d'une citoyenneté sans devoirs, malgré la formulation de l'article 20 § 2 TFUE. Celle-ci n'est pas nouvelle. Carlos Closa remarque par exemple déjà en 1995 que « la citoyenneté implique des droits et des devoirs mais, de façon particulière, la

⁴⁶⁷ L'articulation entre le Traité et le droit dérivé est assez complexe dans le cas de la citoyenneté puisque le Traité reconnaît le droit sous réserve des obligations du droit dérivé.

⁴⁶⁸ Cette relation pourrait être « traduite » d'une façon différente en disant que le juge a le *pouvoir* de dire que le législateur n'a pas le *droit* d'exercer son *pouvoir* de façon discriminatoire.

⁴⁶⁹ AG Szpunar, ccl sur CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432, para. 75, nous soulignons.

citoyenneté de l'Union ne concerne que les droits⁴⁷⁰ ». Elle a depuis lors souvent été répétée ; elle est en général présentée comme traduisant le caractère incomplet de la citoyenneté⁴⁷¹. Les *obligations* sont parfois vues comme indirectes, c'est-à-dire que les *obligations* pesant sur les citoyens résulteraient des *obligations* imposées à l'État dont les citoyens ont la nationalité⁴⁷². Ainsi, l'ouverture des systèmes de protection sociale aux citoyens de l'Union dans certaines conditions traduirait un nouveau devoir de solidarité à l'égard des citoyens de l'Union pour les ressortissants nationaux. Les devoirs du citoyen seraient intermédiés par les devoirs pesant sur leur État. L'État jouerait alors doublement un rôle intermédiaire – entre l'Union et les citoyens de l'Union – et entre les citoyens de l'Union entre eux.

Dire qu'une personne a « le droit de ne pas être discriminée en raison de sa nationalité » ou qu'elle a « un droit de séjour » n'a, dans une approche hohfeldienne, pas de signification précise. Il faut aller plus loin et spécifier l'ensemble des relations qu'impliquent ces affirmations à l'aide des relations juridiques. En ce sens, les outils analytiques de Hohfeld permettent de remettre en cause les approches formalistes qui voient ces concepts comme dotés d'une essence unitaire ne pouvant faire l'objet de modification. Ils permettent de montrer que ces concepts sont complexes et incluent un ensemble de relations différentes. En se situant « au niveau de la situation subjective des acteurs juridiques⁴⁷³ », l'analyse permet de voir les droits comme rassemblant divers types de relations entre des acteurs variés et trouvant leur fondement dans différents ordres juridiques. Le droit de ne pas être discriminé peut par exemple être vu comme un ensemble complexe de relations juridiques, essentiellement entre le citoyen de l'Union et l'État dans lequel il séjourne, mais aussi entre l'Union européenne et le citoyen (pour ce qui concerne le couple *pouvoir/sujétion*) ; entre l'Union européenne et un État membre ; et même entre différentes institutions au sein de l'Union et au sein des États membres.

⁴⁷⁰ « Citizenship implies rights and duties but, characteristically, the citizenship of the Union regulates only rights. » CLOSA C., « Citizenship of the Union and nationality of Member States », *Common Market Law Review*, 1995, vol. 32, n° 2, p. 509.

⁴⁷¹ V. par ex. WEILER J., « To be European Citizen : eros and civilization », *The Constitution of Europe : do the new clothes have an emperor? And other essays on European integration*, Cambridge, CUP, 1999, p. 332s. V. récemment, le débat relancé par Dimitry Kochenov, qui constate également l'absence de devoirs, mais ne la voit pas comme une particularité de l'Union européenne et la présente comme légitime. KOCHENOV D., « EU Citizenship without Duties », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 482-498. *Contra*. BELLAMY R., « A Duty-Free Europe ? What's Wrong with Kochenov's Account of EU Citizenship Rights », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 4, p. 558-565.

⁴⁷² En ce sens, Valérie Michel remarque que « les droits de l'un acquis sur le fondement de la citoyenneté européenne conduisent l'autre à voir la législation de son État amendé ou écartée ; le versant européen de la citoyenneté européenne – les droits de l'un – peut donc être perçu par l'autre comme destructeur ou du moins déstabilisant de l'ordre juridique de son État de nationalité. » MICHEL V., « Brèves réflexions sur la citoyenneté européenne », COLLECTIF (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 409-410.

⁴⁷³ TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation, op. cit.*, p. 226.

B. Les formes à l'œuvre dans les concepts

L'approche de Hohfeld permet aussi de voir que ces ensembles complexes auraient pu être construits de multiples façons. Comme le souligne Pierre Schlag, un intérêt majeur de l'analyse est qu'elle « ouvre des univers de possibilités juridiques et d'options dans la façon de construire les régimes juridiques, qui auraient sinon été occultés⁴⁷⁴ ». De même que la propriété peut être configurée de multiples façons, un « droit de ne pas être discriminé » ou des « droits de séjour et de circulation » peuvent donner lieu à un nombre infini de possibilité (1). Si tout est possible *in abstracto*, ce que révèle en creux la déconstruction, est l'importance des formes à l'œuvre dans le processus de construction conceptuelle (2).

1. L'univers illimité des possibles *in abstracto*

Hohfeld ne propose pas, contrairement à ce qui est parfois affirmé, une « théorie des droits subjectifs » au sens d'un ensemble de définitions ou de considérations sur la nature des droits⁴⁷⁵. Bien qu'il cherche à exprimer les droits à l'aide de relations formelles, il ne s'agit en aucun cas d'une approche formaliste au sens habituel du terme en théorie analytique du droit. Au contraire, le formalisme classique est la cible principale de l'auteur. En réduisant le droit de propriété à un ensemble de *droits, libertés, immunités* et *pouvoirs*, il montre qu'il n'y a rien d'essentiel dans celui-ci et qu'il peut être configuré de façons très différentes⁴⁷⁶. C'est à ce titre que Hohfeld a eu une grande influence sur les réalistes états-uniens, dont certains, comme Llewellyn, ont été ses élèves, puis sur des auteurs dénonçant l'approche métaphysique des concepts, tels que Hart et Ross après la seconde guerre mondiale, ou, plus tard, les tenants des Écoles critiques (*critical legal studies*⁴⁷⁷).

S'attaquant à l'approche de la propriété comme « faisceau de droits », développée à la suite des travaux de Hohfeld, Henry Smith explique qu'il ne s'agit pas d'une « théorie » mais d'un « outil analytique ». La grille de Hohfeld ne permet pas d'expliquer la configuration de la propriété dans une

⁴⁷⁴ « Hohfeld's analysis opens up worlds of legal possibilities, of choices to be made in fashioning legal regimes, that we would otherwise pass by. » SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 192.

⁴⁷⁵ Cette lecture est notamment celle de Pierre Schlag. Sur cette question et sur la volonté de voir dans l'approche de Hohfeld une théorie (et, en général, une théorie de la propriété), V. *Ibid.*, p. 222.

⁴⁷⁶ SIMMONDS N.E., « Introduction », *op. cit.*, p. xviii. V. également SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 122s.

⁴⁷⁷ Pour un hommage de Karl Llewellyn à son professeur, V. LLEWELLYN K., « Wesley Newcomb Hohfeld. Teacher », *The Yale Law Journal*, 1919, vol. 28, n° 8, p. 795-798.

société : « Comme elle peut tout expliquer, elle n'explique rien⁴⁷⁸ ». De la même façon, Arthur Corbin, fervent disciple réaliste de Hohfeld, avait très tôt souligné que l'analyse en termes hohfeldiens ne permet pas plus d'aboutir à une solution dans un cas particulier que de déterminer la configuration des règles⁴⁷⁹. Pour reprendre l'exemple de la propriété, l'analyse ne permet pas d'expliquer pourquoi elle prend telle forme dans un système juridique et telle forme dans un autre, ni de comprendre si elle peut être plus que la somme de ces relations. L'analyse est atomiste et se trouve confrontée aux difficultés que cela peut entraîner pour comprendre un ensemble. À ce titre, l'approche correspond aux concepts vus comme des « nœuds inférentiels » au sens de Giovanni Sartor, plutôt qu'aux concepts vus comme des « catégories ontologiques⁴⁸⁰ ».

Toutefois, il s'agit là de limites liées à la forme de l'analyse proposée par l'auteur. Celle-ci, comme le soutient par exemple Pierre Schlag, n'est en aucun cas incompatible avec un questionnement sur la forme des « faisceaux de droits » définis au sein d'un système juridique particulier ou avec le développement d'une théorie visant à expliquer ce qui fait l'unité d'un regroupement ou les conséquences qu'entraîne une telle configuration⁴⁸¹. Ainsi ne faut-il pas attendre de la décomposition du statut de citoyen de l'Union une explication de sa structure, une justification de sa forme ou une prévision de son évolution future. En revanche, comme l'a montré l'application aux droits du citoyen de l'Union, cette décomposition permet de mettre en évidence la complexité des différentes relations dans lesquelles les personnes possédant le statut sont impliquées : « qui peut faire quoi, à qui, dans un sens juridique (et peut être non juridique⁴⁸²) ».

L'univers des possibles n'est pas limité *in abstracto*, au sens où de très nombreuses constructions peuvent être formées à partir des incidents hohfeldiens, même si cela ne veut pas dire qu'elles soient toutes envisageables ou souhaitables. Dire que le citoyen a un droit de séjour ou un droit de ne pas être discriminé ne signifie pas grand-chose tant que ces droits ne sont pas spécifiés. *In abstracto*, un nombre illimité de combinaisons sont envisageables. Comme le montre Pierre Schlag, il est possible d'agir sur trois paramètres⁴⁸³. Premièrement, les relations juridiques elles-mêmes peuvent être

⁴⁷⁸ « theory », « analytical device », « explains everything and so explains nothing », SMITH H.E., « Property as the Law of Things », *Harvard Law Review*, 2012, vol. 125, n° 7, p. 169.

⁴⁷⁹ CORBIN A.L., « Jural relations and their classification », *The Yale Law Journal*, 1921, vol. 30, n° 3, p. 237-238. Cité par SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 189.

⁴⁸⁰ SARTOR G., « Legal concepts as inferential nodes and ontological categories », *Artificial intelligence and Law*, 2009, vol. 17, n° 3, p. 217-251.

⁴⁸¹ En ce sens, SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 229-230.

⁴⁸² « who can do what to whom in a legal (and perhaps nonlegal) sense » SMITH H.E., « Property as the Law of Things », *op. cit.*, p. 1696.

⁴⁸³ SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 219.

modifiées, c'est-à-dire transformées, éteintes ou complétées. Ainsi, comme c'est le cas avec l'arrêt *Martínez Sala*, un *assujettissement* peut être transformé en *immunité*. Il est possible d'envisager que la *liberté* de séjourner des citoyens soit supprimée, par exemple par une révision du traité. Enfin, il serait concevable que la *liberté* de séjourner soit complétée par certaines *immunités*, comme une *immunité* contre les règles portant atteinte au droit à la vie privée et familiale du citoyen. Deuxièmement, l'acte en cause peut être redéfini. L'interdiction de discriminer pourrait ne plus viser uniquement ce qui procède de la nationalité mais inclure toute forme de discrimination (la proposition a d'ailleurs été faite à la Cour⁴⁸⁴). La circulation pourrait ne pas être vue comme la circulation d'un État membre à un autre mais inclure les circulations au sein d'un État membre. Troisièmement, les personnes en cause peuvent être redéfinies. À certains égards, l'introduction du concept de citoyen peut être vue comme l'extension de droits existants pour les actifs aux citoyens non actifs. Ainsi peut-on dire que la *liberté* de séjourner dont pouvait se prévaloir le travailleur contre l'État de résidence est étendue au citoyen. Elle pourrait aussi être étendue à d'autres personnes comme, par exemple, les ressortissants d'État tiers ou être reconnue au citoyen contre son État de nationalité.

La grille proposée par Hohfeld permet donc d'analyser et de déconstruire les concepts de « statut de citoyen », mais aussi de « non-discrimination » ou de « droit de circulation et de séjour ». Ce regard extérieur, dans lequel l'univers des possibles n'est pas limité, permet de souligner l'importance du langage du droit de l'Union et des formes utilisées. La puissance de la déconstruction conduit à souligner l'importance de ce dont elle ne peut rendre compte. Les formes permettent d'expliquer que les acteurs peuvent communiquer de manière relativement effective, au sens où, lorsque la Cour dit que le citoyen a le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité, ses interlocuteurs sont en mesure de savoir, de manière générale, ce que cela implique. La traduction dans les termes hohfeldien nécessite la connaissance du langage source – ici, celui du droit de l'Union. Si celui-ci n'a pas la clarté formelle du langage hohfeldien, de nombreuses questions peuvent être discutées même par des interlocuteurs compétents, il n'en demeure pas moins qu'il repose sur un ensemble de connaissances communes.

Si la grille de Hohfeld est utile pour présenter clairement différentes constructions possibles des droits, elle ne permet pas de rendre plus clair un discours tenu dans un autre langage, c'est-à-dire, par exemple, de déterminer ce que disent les acteurs du droit de l'Union quand ils parlent de « liberté de circulation ». Ce qu'elle permet, et la chose est très différente bien qu'elle soit parfois confondue, est

⁴⁸⁴ V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 2, B.

de proposer un langage permettant de formaliser différentes options possibles pour construire la liberté de circulation. Elle ne peut pas rendre compte des incertitudes, des potentialités, des références implicites et des relations multiples que comporte la mobilisation d'une forme. Elle ne permet par exemple pas de dire qu'il est probable, dans le contexte du droit de l'Union, qu'une *liberté* de circulation soit accompagnée de *devoirs* de non-interférence pesant sur les États membres. Elle permet simplement de dire que tel pourrait être le cas, mais que tel pourrait également ne pas être le cas. La traduction en termes hohfeldiens ne permet donc pas d'exprimer complètement ce qu'implique le recours à une locution dans le langage juridique qu'elle prend pour objet, bien qu'elle permette de schématiser un univers des possibles et, dans le même mouvement, de percevoir la spécificité d'une configuration. Cette difficulté rejoint celle que comporte toute tentative d'expliquer une pratique d'un point de vue strictement externe, comme le montrait déjà les notes de Wittgenstein sur le *Rameau d'or*⁴⁸⁵.

2. Les formes inscrites au cœur des concepts

Ainsi, dans le contexte du droit de l'Union, l'argument selon lequel la *liberté* de séjourner du citoyen dans un autre État membre doit être complétée par différents *devoirs* venant interdire à l'État d'interférer avec celle-ci est la construction la plus probable d'une liberté de séjourner. Ceci s'explique par la force de la théorie de l'effet utile en droit de l'Union et par la jurisprudence de la Cour relativement au droit de séjour découlant des libertés du marché intérieur. Que le citoyen puisse invoquer sa *liberté* de séjourner contre son État membre de nationalité n'est pas surprenant, parce que c'est ainsi que fonctionnent les libertés de circulation classiques. En revanche, proposer, par exemple, que la *liberté* de séjour du citoyen soit secondée par le *droit* contre une entreprise privée de ne pas supprimer une connexion maritime entre deux États semblerait difficilement envisageable. Cela ne veut pas dire que tout est parfaitement déterminé et que l'affirmation de la Cour ne peut pas donner lieu à discussion, mais simplement que les formes correspondent à des configurations plus ou moins déterminées.

La construction du contenu conceptuel passe ainsi par la reprise d'ensembles de relations qui peuvent être vus comme des formes ou des concepts complexes. C'est en ce sens que les réalistes parlaient de « chosification » ou d'« hypostase » ou que Hohfeld dénonçait les erreurs de transposition. Plutôt que de les dénoncer comme des « croyances erronées », il est proposé de s'intéresser à leur rôle

⁴⁸⁵ V. *supra*, introduction.

dans les pratiques. Les formes ne sont pas entendues comme des structures hors du temps et de l'espace, mais, au contraire, comme situées dans un contexte culturel et historique, au sens, par exemple, des défenseurs du nouveau formalisme dans les études littéraires, à l'instar de Caroline Levine⁴⁸⁶. Les formes typiques du droit de l'Union se trouvent au cœur même de concepts complexes, comme le « statut de citoyen », mais aussi, les « libertés de circulation » ou la « non-discrimination en raison de la nationalité ».

Ces formes ne sont en aucun cas exemptes de considérations évaluatives et politiques. Comme le souligne Pierre Schlag, reprenant le travail de Robert Hale et de Duncan Kennedy, l'approche de Hohfeld, en montrant que les régimes juridiques peuvent être façonnés de façons très différentes, permet de souligner que l'établissement de ces régimes ne peut être tenu pour neutre⁴⁸⁷. Avant même la controverse formulée de façon évidente en termes politiques – par exemple, « Est-il opportun d'étendre le droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité aux inactifs ? » ou « La liberté de circulation doit-elle être reconnue pour tous les citoyens ? » –, le recours même à des concepts comme la non-discrimination en raison de la nationalité ou la liberté de circulation est déjà chargé de contenu politique.

« Les concepts juridiques [...] et leur architecture interne mettent déjà en œuvre un monde juridique chargé de valeurs. Les considérations d'ordre pratique et politique, les principes, la politique ou l'esthétique n'opèrent pas simplement “de l'extérieur” des concepts juridiques. Au contraire, l'architecture interne des concepts juridiques est déjà imprégnée et organisée par les effets et les présupposés de ces considérations d'ordre pratique et politique, de ces principes, de cette politique ou de cette esthétique. Un concept juridique – comme par exemple celui de fief simple, de faillite ou de société – est un monde juridique miniature [microworld of jurisprudence], dans l'acception plus large du terme⁴⁸⁸. »

Ce constat rejoint des observations faites dans d'autres champs. Une des affirmations centrales de la sociologie des sciences et des techniques est que les techniques ne sont pas neutres. Dans le champ des études littéraires, le formalisme proposé par Caroline Levine repose sur l'affirmation que « les formes produisent un travail politique dans des contextes historiques particuliers⁴⁸⁹ ». Dans le champ

⁴⁸⁶ V. nt. LEVINE C., *Forms : whole, rhythm, hierarchy, network*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

⁴⁸⁷ SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *op. cit.*, p. 216.

⁴⁸⁸ « Practicalities, policy, principle, politics, aesthetics, do not operate solely on “the outside” of legal concepts. On the contrary, the internal architecture of legal concepts is already invested with and organized by the effects and implications of practicalities, policy, principles, politics, and aesthetics. A legal concept—e.g., the fee simple, bankruptcy, corporation—is a microworld of jurisprudence in the very broadest senses of the term. *Ibid.*, p. 226.

⁴⁸⁹ « Forms do political work in particular historical contexts » LEVINE C., *Forms, op. cit.*, p. 5.

du droit, Yan Thomas remarquait déjà que le droit, dans un système donné, repose sur une certaine manière de découper le monde, une « *weltanschauung*⁴⁹⁰ ». La question que pose la volonté de traduire ces formes dans le métalangage de Hohfeld est toutefois de savoir s'il est possible d'échapper à un langage – au sens de la recherche d'un point de vue extérieur et neutre qui permettrait de poser les problèmes de façon purement politique. En effet, ainsi que le remarquent Karen Knop, Ralf Michaels et Annelise Riles, « la raison des formes n'est pas [...] d'éviter les questions politiques et axiologiques, mais exactement l'opposé : fournir un langage au sein duquel formuler, évaluer et *in fine* résoudre, au moins dans les cas particuliers, des oppositions axiologiques qui resteraient sinon insolubles si elles étaient prises en d'autres termes⁴⁹¹ ».

L'analyse hohfeldienne permet donc de « déconstruire » des ensembles complexes. La *liberté* de circuler n'implique pas nécessairement le *droit* pour l'État hôte de protéger l'intégrité de la personne qui circule. Si elle ne permet pas d'expliquer la constitution ou la dynamique de ces ensembles complexes, elle autorise en revanche cette recherche. Il faudrait même dire qu'elle la rend d'autant plus nécessaire que, en dénaturalisant ces constructions, elle met en évidence le travail qu'elles contiennent. Si le *devoir* de protéger l'intégrité du destinataire de service ou le *devoir* de ne pas faire obstacle à la liberté de circulation du citoyen ne sont pas les corollaires de la *liberté* de circulation au sens de Hohfeld, il faut expliquer leur reconnaissance comme s'appuyant sur un certain nombre de justifications qui se trouvent enchâssées dans des constructions complexes. Des formes et doctrines comme la primauté, l'effet direct, l'effet utile, le discours sur les droits se retrouvent au cœur de ces concepts. Dans le contexte du droit de l'Union le *devoir* de ne pas faire obstacle à la liberté de circulation découle de l'affirmation d'une liberté de circulation, non au sens causal ou définitionnel, mais parce que c'est ainsi que les libertés de circulation ont été construites et sont usuellement comprises. Bien sûr, la configuration de ces libertés peut toujours être discutée ou remise en cause. Les formes ne sont pas figées mais peuvent évoluer.

S'il est possible de souscrire à l'affirmation de Douglas Scott selon laquelle les droits ont été construits de façon *ad hoc* dans le cadre du droit de l'Union, il semble erroné d'en conclure qu'ils

⁴⁹⁰ THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *op. cit.*, p. 113. Celle-ci est toutefois plus vue dans une perspective structuraliste comme expliquant la nécessité de maîtriser un « code herméneutique » spécifique pour saisir les énoncés juridiques, la connaissance de ce qui est *in absentia*, que directement comme l'affirmation du caractère politique de ces formes.

⁴⁹¹ « The point of form is not [...] to avoid questions of values and politics, but the exact opposite: to provide us with a language within which to formulate, assess, and ultimately resolve, at least for the specific case, clashes of values that would remain irresolvable if taken in another way. » KNOP K., R. MICHAELS, et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*, 2012, vol. 64, p. 647.

n'auraient pas « d'assise conceptuelle [conceptual underpinning] » parce qu'ils regrouperaient tout un ensemble de relations au sens de Hohfeld⁴⁹². Au contraire, il faudrait dire que certains droits, comme les libertés de circulation, possèdent une assise conceptuelle solide, parce qu'ils fonctionnent comme des blocs de relations, qui ont progressivement été déterminés au fil du temps. Les concepts comme la non-discrimination en raison de la nationalité ou les libertés de circulation portent en eux tout un travail conceptuel passé, sorte de « travail mort », si l'on reprend l'image de Karl Marx⁴⁹³. Si celui-ci est en quelque sorte réifié dans des formes complexes, il se trouve réactivé par l'intermédiaire du « travail vivant » de ceux qui les mobilisent. Le langage du droit de l'Union, sa culture et ses formes spécifiques se trouvent au cœur même de ces concepts. L'analyse de certains concepts comme des faisceaux de droits n'interdit donc pas de les voir également comme des catégories ontologiques. Dans le premier cas, l'analyse hohfeldienne est très utile ; dans le second, elle n'a rien à dire, et il faut se reposer sur les constructions propres à un système juridique.

Ainsi que nous l'avons souligné dans le premier paragraphe de cette section, la construction de la citoyenneté résulte de l'inscription du concept dans un langage. Le statut de citoyen est articulé avec un ensemble de concepts du droit de l'Union, comme le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité de l'article 18 TFUE ou les libertés fondamentales. Ce second paragraphe a permis de montrer que ces derniers sont déjà des formes complexes, qui portent en elles de multiples relations. C'est en ce sens que le langage du droit de l'Union se situe au cœur même du concept de citoyen de l'Union, mais également des concepts avec lesquels celui de citoyen de l'Union est exprimé. La dynamique que peut revêtir le recours à un langage, qui doit être vu comme rendant possible mais aussi comme limitant ce que les participants à une pratique discursive peuvent dire et faire, ainsi que ce qu'ils peuvent vouloir dire ou vouloir faire, sera étudiée par la suite⁴⁹⁴. Il convient maintenant, après avoir présenté ce que le statut de citoyen permettait de faire dans une pratique discursive, de se demander comment il en est arrivé là, en s'intéressant à d'autres discours que celui de la Cour dans les arrêts qui ont pu être déterminé, *a posteriori*, comme fondateurs.

⁴⁹² DOUGLAS-SCOTT S., *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Pearson Education, 2002, p. 435.

⁴⁹³ V. nt. MARX K., *Le capital : critique de l'économie politique. Livre premier : Le procès de production du capital*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2014, p. 224.

⁴⁹⁴ V. *infra*, titre 3.

CHAPITRE 2. LES CONCEPTS TRAVAILLÉS

Analyser ce qu'un concept permet de faire en s'intéressant à la structure des raisonnements présentés, comme nous l'avons fait dans le premier chapitre, fait courir le risque d'oublier la dimension historique et controversée de la construction conceptuelle. Pour éviter de commettre cette erreur, qui ne serait finalement que l'acceptation du caractère intemporel des concepts juridiques, il faut s'intéresser au travail prenant les concepts pour objet. En effet, si les concepts juridiques n'ont pas une nature, au sens métaphysiquement réaliste d'une nature qui serait indépendante de nous, il s'agit du « genre de choses qui ont une histoire⁴⁹⁵ ». Comme le dit Robert Brandom, « saisir un concept c'est maîtriser l'usage d'un mot – et les usages de mots sont un paradigme du genre de choses que l'on doit comprendre historiquement⁴⁹⁶ ». Pour saisir le caractère controversé et historique de la construction conceptuelle, il faut s'intéresser à la controverse qui se produit dans les différentes affaires, ainsi que, plus largement, au « processus collectif et concurrent de fixation du sens et de la portée de l'arrêt de part et d'autre de l'évènement lui-même⁴⁹⁷ ».

Pour ce faire, il est crucial de prendre les termes de la controverse au sérieux. La posture que nous adoptons va à l'encontre des lectures faisant abstraction de la controverse, tels que les discours prenant la forme d'une historiographie Whig de la jurisprudence⁴⁹⁸. Le développement du statut de citoyen est alors conçu comme une progression linéaire et naturelle, relue à la lumière du présent. Cette lecture est largement répandue en doctrine et dans le discours même de la Cour ou d'autres participants à la controverse ; par exemple, lorsque le concept de citoyen est présenté comme « évolutif », « dynamique » ou qu'il est personnifié⁴⁹⁹. L'historiographie Whig de la jurisprudence s'inscrit dans l'« idéologie de la décision liée⁵⁰⁰ », dans les termes de Wróblewski, et participe du « Noble Rêve » décrit par Hart⁵⁰¹. Le juge est présenté comme la « bouche de la loi », dans la tradition

⁴⁹⁵ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009, p. 34.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ VAUCHEZ A., *L'Union par le droit*, *op. cit.*, p. 183s. (note omise).

⁴⁹⁸ Sur cette approche, V. *supra*, introduction.

⁴⁹⁹ Pour des exemples et des références, V. *supra*, introduction.

⁵⁰⁰ « ideology of bound judicial decision-making », WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, Dordrecht ; Boston, Kluwer Academic, coll. « Law and philosophy library », 1992, p. 272s.

⁵⁰¹ HART H.L.A., « American jurisprudence through English eyes : The nightmare and the noble dream », *Georgia Law Review*, 1976, vol. 11, n° 5, p. 969-989.

romano-germanique, ou comme déduisant mécaniquement la solution des précédents, dans la tradition de *Common Law*. Si nous ne tenons pas ces descriptions comme justes, il ne s'agit pas, dans le cadre d'une enquête sur les pratiques, de les dénoncer comme erronées, mais de les inclure dans l'objet d'étude.

Ensuite, l'approche que nous suivons se distingue également d'une conception dans laquelle la controverse ne serait que le simple reflet de rapports de forces définis en dehors d'elle-même, comme peuvent le laisser entendre les grilles de lecture purement politique ou historique, traduisant une vision classique de la controverse, conçue comme un épiphénomène⁵⁰². Dans la plupart des cas, ces approches peuvent être vues comme s'inscrivant une « idéologie de la décision libre », au sens de Wróblewski⁵⁰³, et correspondent au « Cauchemar » mentionné par Hart⁵⁰⁴. Au lieu de voir les termes de la controverse comme superficiels, nous proposons de les prendre au sérieux, comme l'ont suggéré, en droit, des auteurs comme Yann Thomas, en s'opposant à la thèse du « droit-reflet⁵⁰⁵ », ou Michel Troper, en critiquant les approches pour qui la « technique juridique est entièrement neutre et transparente⁵⁰⁶ ». Au-delà du débat sur la prise en compte de la spécificité des formes juridiques, cette démarche peut s'inscrire plus largement dans le développement d'une nouvelle façon de voir la controverse, développée à partir de travaux en sociologie des sciences et en sociologie pragmatique, qui met l'accent sur la dimension performative du processus conflictuel et attache de l'importance au fait que les arguments échangés visent à convaincre un public⁵⁰⁷.

L'approche développée par Duncan Kennedy, dans le contexte états-unien, se révèle très utile pour penser la controverse juridique en ces termes. Son originalité réside dans le fait qu'il conçoit la question de la détermination du droit et de la contrainte qui pèse sur le juge à partir de la notion de travail⁵⁰⁸. « Les acteurs juridiques, qu'ils soient avocats ou juges, peuvent influencer ce qu'"est" le droit

⁵⁰² Sur les différentes visions de la controverse, V. *supra*, introduction.

⁵⁰³ « ideology of free decision making », WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, *op. cit.*, p. 284s.

⁵⁰⁴ HART H.L.A., « American jurisprudence through English eyes », *op. cit.*

⁵⁰⁵ THOMAS Y., *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse, Paris II, Paris, 1976, p. 2-3.

⁵⁰⁶ TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 301.

⁵⁰⁷ V. LEMIEUX C., « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2007, vol. 25, n° 1, p. 191–212. V. *supra*, introduction.

⁵⁰⁸ V. KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 157-179, chap. 7 Ideologically Oriented Legal Work. V. aussi, KENNEDY D., « Freedom and Constraint in Adjudication : A Critical Phenomenology », *Journal of legal education*, 1986, vol. 36, n° 4, p. 518-562. La notion de travail joue également un rôle central dans la Théorie Structurante du Droit, V. MÜLLER F., *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier JOUANJAN, Paris, PUF, 1996 ; JOUANJAN O. et F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Saint-Nicolas, Les presses de l'université Laval, 2007.

par leur travail juridique⁵⁰⁹ ». Il ne se situe ni dans une perspective dans laquelle le juge est simplement un acteur politique, comme dans les approches purement stratégiques où le droit n'est qu'un reflet, ni dans une perspective où ses préférences n'ont aucun effet sur le résultat atteint, à l'instar de l'idéologie de la décision-liée. Ce n'est, dit-t-il, « ni le Cauchemar (le juge décide simplement en fonction de ses préférences politiques), ni le Noble Rêve (il y a une façon d'être juste), mais ce n'est, [espère-t-il de toutes ses forces], pas simplement ce que les britanniques disent depuis le début⁵¹⁰ ».

En mentionnant les auteurs britanniques, Duncan Kennedy fait essentiellement référence à Hart ; il convient d'en rappeler brièvement la position⁵¹¹. Dans *Le Concept de droit*⁵¹², Hart développe une vision des concepts juridiques qui se situe explicitement entre ce qu'il considère comme les « Charybde et Scylla de la théorie du droit » : le scepticisme relatif à la nature des règles⁵¹³ et le formalisme⁵¹⁴. Il reconnaît la nécessité pour le droit de se référer à des classes de personnes, d'actes, de choses et de circonstances. Pour ce faire, deux moyens principaux sont utilisés, faisant un usage maximal ou bien minimal de « termes généraux établissant des catégories [*general classifying words*] », la législation et le précédent⁵¹⁵. Ce sont les limites à la détermination de ces termes généraux qui justifient la position médiane de l'auteur. Elles résultent, dit-il, de la nature du langage, et plus particulièrement de la « texture ouverte des concepts⁵¹⁶ ». Si nous ne pouvons limiter dans toutes les directions nos

⁵⁰⁹ « Legal actors, whether advocates or judges, can influence what the law “is” through legal work. » KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 157.

⁵¹⁰ « This is neither the Nightmare (the judge just does ideology) nor the Noble Dream (there is a way to be right), but it is not, I hope, hope, hope, just what the Brits have been saying all along. » *Ibid.*, p. 177.

⁵¹¹ Duncan Kennedy reprend les termes utilisés par Hart, que nous avons cités précédemment, qui sont expressément utilisés par celui-ci pour dresser un panorama de la théorie du droit états-unienne d'un point de vue anglais. HART H.L.A., « American jurisprudence through English eyes », *op. cit.*

⁵¹² HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 166.

⁵¹³ Le philosophe du droit anglais reconnaît qu'il existe différentes formes de « scepticisme relatif à la nature des règles [rule scepticism] ». Il semble toutefois principalement se référer aux réalistes états-uniens. Il mentionne en note Jerome Frank et Karl Llewellyn, qu'il invite toutefois à considérer à l'aune des critiques de leurs contemporains John Dickinson et Hermann Kantorowicz. V. *Ibid.*, p. 314.

⁵¹⁴ Herbert Hart explique en note qu'il désigne par « formalisme [*formalism*] » ce qui est parfois désigné comme « “mechanical” or “automatic” jurisprudence, “the jurisprudence of conceptions”, “the excessive use of logic” ». Il renvoie notamment à la célèbre critique de Roscoe Pound : POUND R., « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n° 8, p. 605-623. HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 313. Comme le laisse entendre la note, il vise aussi bien la tradition formaliste en langue anglaise que la *Begriffsjurisprudenz*. Sur ce dernier point, V. HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 265-277.

⁵¹⁵ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 143.

⁵¹⁶ « [n]ous ne pouvons pas déterminer les règles du langage de façon à faire face à toutes les possibilités imaginables. Quelle que soit la complexité de nos définitions, elles ne peuvent être rendues précises au point d'être délimitées dans toutes les directions possibles, de manière à ce que, pour chaque cas, nous puissions dire avec certitude que le concept s'applique ou pas. » HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *op. cit.*, p. 274. La notion est reprise au philosophe, mathématicien et physicien du

définitions, certaines limites sont néanmoins possibles. Cette zone délimitée est ce que Herbert Hart nomme le « noyau de signification établie [*core of settled meaning*⁵¹⁷] ». L'auteur propose une position sensiblement différente de celle qu'il avait développée dans ses premiers écrits⁵¹⁸. Il rejette tout aussi bien une approche sceptique qu'une approche formaliste ou conceptualiste – au sens du « des concepts » – en affirmant que : « [r]ien ne peut éliminer cette dualité qui existe entre un noyau de certitude et une pénombre de doute, lorsque nous sommes appelés à subsumer des situations particulières sous des règles générales⁵¹⁹ ». Ainsi, comme le résume Hart, « [n]ous pouvons seulement redéfinir et spécifier nos concepts pour faire face aux nouvelles situations lorsqu'elles surviennent⁵²⁰ ».

Duncan Kennedy ne veut surtout pas être soupçonné de se limiter à poursuivre le travail de l'auteur anglais – « Mon Dieu, ne serais-je qu'un disciple de Hart⁵²¹ ? ». Il s'en distingue en effet parce que l'accent n'est pas simplement mis sur l'incertitude résultant du recours au langage ordinaire, mais sur le fait que les matériaux juridiques doivent être travaillés par le juge⁵²². Son approche ne doit pas être confondue avec une lecture stratégique ou purement politique de la décision, pour la raison que les juges « travaillent dans un *medium* [*work in a medium*⁵²³] ». Le *medium* est entendu au sens de ce qui permet une médiation entre un émetteur et un récepteur, c'est à dire le droit dans une certaine culture juridique, mais il pourrait aussi être vu comme renvoyant à la position intermédiaire qu'il adopte, à la suite de Hart. C'est en raison de la prise en compte de ce *medium*, comme un contexte culturel

cercle de Vienne, Friedrich Waismann, qui développe la notion d'« open texture » en anglais à partir de la « *porosität der Begriffe* » de Wittgenstein. V. WAISMANN F., « Verifiability », *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 1945, vol. 19, p. 119-150. Pour une discussion de la notion chez ces deux philosophes, ainsi que sa reprise par Hart, on peut consulter BIX B., *Law, language, and legal determinacy*, Oxford, OUP, 1993, p. 7-35.

⁵¹⁷ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 163. L'auteur avait déjà opposé les « cas faciles » aux « cas difficiles » et utilisé les notions de « core of certainty » et de « penumbra of doubt » dans des publications antérieures. V. nt. HART H.L.A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 49-87 ; HART H.L.A., « Dias and Hughes on Jurisprudence », *Journal of the Society of Public Teachers of Law (New Series)*, 1957 - 1958, vol. 4, p. 143.

⁵¹⁸ HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, vol. 49, p. 171-194 ; HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48. Sur ceux-ci, V. *supra*, introduction.

⁵¹⁹ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 142.

⁵²⁰ « We can only redefine and refine our concepts to meet the new situations when they arise. » HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *op. cit.*, p. 275.

⁵²¹ « Oh my God, am I really just a Hartian ? » KENNEDY D., « A Semiotics of Legal Argument », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Kluwer, 1994, vol. 3, p. 177.

⁵²² KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 166. Le fait que Hart se limite essentiellement à prendre en compte les incertitudes résultant du langage ordinaire est contestable. Sur cette question, V. nt. la réponse que fait Hart à Lon Fuller : HART H.L.A., « Problems of the Philosophy of Law », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 105s. V. également BIX B., *Law, language, and legal determinacy*, *op. cit.*, p. 22.

⁵²³ KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 158s.

spécifique où tous les arguments ne sont pas acceptés, que l'on peut dire que Duncan Kennedy prend les termes de la controverse au sérieux en ne les limitant pas aux oppositions politiques qui leur sont sous-jacentes. Ainsi que l'écrivent Karen Knop, Ralf Michaels et Annelise Riles, il y a une « esthétique » de ce qui peut compter comme un bon argument dans une pratique juridique donnée. Reprenant le travail de l'anthropologue Marilyn Strathern, elles soulignent qu'« on peut accepter l'ambiguïté de l'argumentation juridique tout en se conformant de façon stricte aux critères qui déterminent ce qui compte comme un bon argument⁵²⁴ ».

Ce cadre culturel qui conduit à déterminer ce qui peut compter comme un bon argument peut être vu comme une contrainte⁵²⁵. Duncan Kennedy distingue deux types de cas dans lesquels le juge est lié par le droit. Dans le premier, qu'il nomme « suivre une règle de façon automatique [unselfconscious rule-following⁵²⁶] », la règle à suivre semble évidente pour tous les observateurs, au point qu'elle n'est pas questionnée. La contrainte reste implicite. Au contraire, dans le second, la contrainte est ressentie lorsque le juge n'approuve pas la solution à laquelle conduit l'application de la règle mais que, même après un travail important pour arriver à trouver un bon argument juridique, il échoue à justifier une interprétation différente de la règle. La contrainte est initialement pensée comme interne, le juge fait l'expérience de la contrainte parce qu'il s'estime contraint par le droit⁵²⁷. Toutefois, les juges sont aussi contraints par leur audience. Reprenant Owen Fiss, Duncan Kennedy considère que les « juges agissent comme membre d'une communauté interprétative, plus ou moins réifiée dans leur esprit, et que ce fait est une source de contrainte⁵²⁸ ». Toutefois, il souligne que « cette contrainte est particulière,

⁵²⁴ « one might embrace the ambiguity of legal argumentation while still conforming carefully to the criteria of what constitutes a good argument—rather than, say, abandoning legal argumentation altogether for policy arguments, or for that matter, political theory arguments, poetry, or political demonstrations in the streets » KNOP K., R. MICHAELS, et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*, 2012, vol. 64, p. 653.

⁵²⁵ Ce qui ne l'empêche pas d'être également une ressource. C'est tout le propos de l'article précité. V. KNOP K., R. MICHAELS, et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique », *op. cit.* De façon plus générale sur cette question, V. *infra*, titre 3.

⁵²⁶ KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 160.

⁵²⁷ Ce qui compte pour l'auteur n'est pas tant que le juge soit « vraiment » contraint, mais qu'il se sente contraint. Cette expérience de la contrainte, réelle ou non, est un phénomène important puisqu'il va affecter le comportement du juge. Sur cette question, V. *Ibid.*, p. 171. En ce sens, l'approche proposée par Duncan Kennedy relève de la posture d'une enquête sur les pratiques plus que d'une critique externe de celles-ci. V. *supra*, introduction.

⁵²⁸ « The judge operates as a member of an interpretative community, more or less reified in her mind, and this fact is a source of constraint ». *Ibid.*, p. 161.

parce que le juge peut affecter la réaction de la communauté à l'interprétation en cause, en tant que participant, plutôt que de la prendre en compte comme un fait extérieur immuable⁵²⁹ ».

Si l'auteur admet que le droit contraint le juge, dans le sens où celui-ci ne prend pas les décisions qu'il prendrait s'il était législateur, cette contrainte doit donc être relativisée en raison du travail que le juge peut fournir pour lui échapper – ce qu'il nomme le « travail juridique idéologiquement orienté [ideologically directed legal work⁵³⁰] ». Parlant de juges voulant imposer un choix il écrit que :

« Parfois, de tels juges pensent qu'il est impossible de proposer un bon argument juridique pour adopter la règle qu'ils souhaiteraient, et ils se sentent "contraints", aussi bien intérieurement, par la force de leur serment d'appliquer fidèlement le droit, que par des pressions externes, les poussant à appliquer une règle pour laquelle ils n'auraient pas voté en tant que législateur. Parfois, ils ont le savoir-faire permettant de travailler les matériaux afin que ceux-ci soient à même de justifier exactement la règle pour laquelle ils auraient voté. D'autres fois encore, ils sont capables de "faire évoluer" le droit de façon à ce qu'il y ait un bon argument au soutien d'une règle qui a leur préférence par rapport à une autre alternative plausible, bien qu'elle ne soit pas celle pour laquelle ils auraient voté comme législateurs⁵³¹. »

L'approche développée par Duncan Kennedy est particulièrement utile parce qu'elle permet de concevoir la contrainte comme dépendant tant du contexte culturel que du travail fourni par les participants à la controverse. Toutefois, si le rôle du juge est spécifique, il n'est pas le seul à mettre en œuvre ce type de travail, qui se retrouve aussi chez d'autres acteurs. Les différents participants à la controverse travaillent les concepts juridiques lorsqu'ils soumettent au juge des constructions servant leurs intérêts ou, de façon plus indirecte, lorsqu'ils proposent une interprétation de ce qu'a fait le juge ou une systématisation de l'état du droit. Ce travail est situé au sein d'un langage et d'une culture juridique.

⁵²⁹ « it is a peculiar kind of constraint, because the judge is a participant and can affect the community's reaction to the interpretation in question, rather than having simply to register it as an immovable, external fact ». *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

⁵³¹ « Sometimes such judges find it impossible to produce a good legal argument for the rule choice they prefer, and they find themselves "constrained", both by the internal force of their oath of fidelity in interpretation and by external pressure, to apply a rule that they would vote against were they legislators. Sometimes they have the experience of being able to work the materials so that they support just the rule they would have voted for. And sometimes they are able to "move" the law so that there is a good argument for a rule that is better than one plausible alternative but worse than the rule they would have voted for as legislators. » *Ibid.*, p. 159-160.

Le travail se fait généralement à la marge ; les participants à la controverse ne font souvent que reprendre, pour l'essentiel, des usages bien connus, ne proposant qu'une légère évolution du contenu conceptuel. Dans certains cas, au prix d'un effort plus important, les participants à la controverse peuvent proposer des solutions plus novatrices, comme c'est le cas lors de l'adoption d'un chemin conceptuel, au cours d'un « moment jurisprudentiel ». Toutefois, même dans ce cas, le travail conceptuel est inscrit dans un cadre qu'il contribue à faire évoluer, comme le montre le processus d'involution conceptuelle décrit dans le chapitre précédent. Il est plus aisé de reprendre un concept complexe comme les « libertés de circulation » ou la « non-discrimination en raison de la nationalité » comme un bloc, avec l'ensemble des relations juridiques qu'il implique, que de le reconfigurer complètement.

Le travail à l'œuvre pour construire et justifier le chemin conceptuel adopté lors du « moment *Martínez Sala* » doit tout d'abord être décrit de façon générale. La Cour n'adopte pas un chemin conceptuel, seule, dans une décision, mais choisit un chemin parmi d'autres, progressivement, dans le cadre d'une controverse (section 1). Ensuite, l'étude approfondie d'un cas permet de mieux saisir comment le travail conceptuel permet de construire différentes solutions. Nous porterons une attention particulière à des propositions qui n'ont pas rencontré le succès, à contre-courant d'une historiographie se limitant le plus souvent à faire la généalogie des voies qui ont été suivies par la Cour et des grands arrêts (section 2).

SECTION 1. DÉNATURALISER LE CHEMIN CONCEPTUEL

Il est aujourd'hui commun de voir le droit de circulation et de séjour du citoyen parmi les « libertés fondamentales » au sens des quatre libertés de circulation. Ainsi, un ouvrage récent consacré aux « libertés fondamentales » précise, dès la première phrase, que « les libertés fondamentales sont les droits constitutionnels 'originaux' de l'UE » et, en note, qu'elles comprennent les libertés de marché ainsi que la citoyenneté européenne⁵³². Dans de nombreux manuels consacrés au droit substantiel de l'Union, la liberté de circulation et de séjour des citoyens est présentée aux côtés de la liberté de circulation d'autres acteurs⁵³³. Lorsqu'un ouvrage porte sur « la liberté de circulation des

⁵³² CARO DE SOUSA P., *The European fundamental freedoms : a contextual approach*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2015, p. 1.

⁵³³ V. par ex. DUBOIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015 ; BARNARD C., *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016.

personnes⁵³⁴ », « la cohérence du droit des libertés de circulation⁵³⁵ » ou « l'unité des libertés de circulation⁵³⁶ », il ne plus fait guère de doute que la libre circulation du citoyen en fait partie.

De même, la combinaison de l'article interdisant les discriminations en raison de la nationalité dans le domaine d'application du traité avec les dispositions relatives à la citoyenneté est aujourd'hui acceptée comme un lieu commun. L'organisation du traité a d'ailleurs évolué, et les dispositions relatives à la citoyenneté et à la non-discrimination sont aujourd'hui rassemblées dans la deuxième partie du TFUE sous le titre « non-discrimination et citoyenneté de l'Union ». En outre, le préambule de la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres rappelle qu' « en vertu de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, chaque citoyen de l'Union et les membres de sa famille séjournant dans un État membre sur la base de la présente directive devrait bénéficier, dans cet État membre, de l'égalité de traitement avec ses ressortissants dans les domaines d'application du traité, sous réserve des dispositions spécifiques figurant expressément dans le traité et le droit dérivé⁵³⁷ ».

Ces solutions et modes de raisonnement sont aujourd'hui naturalisés, au sens de la sociologie de la connaissance. En ce sens, la nature ne désigne pas ce qui serait indépendant d'un contexte social et historique, mais ce qui n'est plus contesté, ce qui fait partie d'un savoir commun au sein d'une certaine pratique⁵³⁸. L'étude des discussions entourant l'arrêt *Martínez Sala* montre que la solution adoptée par la Cour n'avait pourtant rien de naturel ou d'évident à la fin des années 1990. Considérer les différentes positions défendues à ce moment permet de dénaturer la voie adoptée et, par là même, de mettre en évidence le travail de construction des différents participants (§ 1). En outre, si le chemin adopté n'est pas la poursuite naturelle de la jurisprudence antérieure, dans le cadre d'une enquête sur les pratiques, il faut s'interroger sur le rôle du travail visant à le présenter comme tel (§ 2).

⁵³⁴ SPAVENTA E., *Free movement of persons in the European Union : barriers to movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

⁵³⁵ NIC SHUIBHNE N., *The coherence of EU free movement law : constitutional responsibility and the Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2013.

⁵³⁶ DUBOUT E. et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁵³⁷ Directive 2004/38/CE, *op. cit.*, considérant 20.

⁵³⁸ La distinction entre ce sens de « naturellement » et ce qui est naturel au sens fort est faite par Stanley Fish dans la préface de son ouvrage, *Doing what comes naturally*. FISH S.E., *Doing what comes naturally : change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. ix. La traduction française ne comprend pas la préface et ne recourt d'ailleurs pas au terme « naturellement ». FISH S., *Respecter le sens commun : rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, traduit par Odile NERHOT, Diegem - Paris, E. Story-Scientia - LGDJ, coll. « La Pensée juridique moderne », 1995.

§ 1. LE TRAVAIL D'INVENTION

La Cour adopte un chemin conceptuel en choisissant une voie parmi d'autres. S'il n'est pas possible de toutes les énoncer – l'univers des possibles dépend du travail conceptuel des différents participants à la controverse –, il est aisé de retrouver les voies qui ont été publiquement proposées à la Cour. L'effort à faire ne se trouve alors pas dans l'imagination de solutions juridiques audacieuses, mais dans la prise au sérieux des positions défendues lors des débats, qu'elles aient été couronnées de succès ou non. Si la solution adoptée par la Cour avait parfois été proposée, elle était loin d'aller de soi (A). Elle doit être vue comme une proposition parmi d'autres (B).

A La singularité de la voie adoptée

La combinaison entre la non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 6 TCE [18 TFUE] et les dispositions relatives à la citoyenneté dans le traité était loin d'être commune avant l'arrêt *Martínez Sala* (1) et n'allait pas sans difficulté (2).

1. L'originalité de la solution

L'idée que la citoyenneté devait jouer un rôle en droit de l'Union, au-delà de la simple réaffirmation par le traité de droits déjà reconnus par le droit dérivé, était répandue. Elle n'était, en revanche, que rarement formulée en passant par l'article interdisant les discriminations en raison de la nationalité⁵³⁹. On peut néanmoins lire certaines prises de positions devant la Cour se rapprochant de la solution adoptée. Ainsi, dans l'arrêt *Skanavi et Chryssanthakopoulos*, le juge *a quo* demande si les articles 6, 8A et 52 TCE [12, 21 et 49 TFUE] s'opposent à la législation allemande imposant l'échange de permis de conduire pour les ressortissants d'autres États membres⁵⁴⁰. La Cour, estimant que la situation relève de la liberté d'établissement ne répond pas sur la possibilité d'invoquer le principe en tant que citoyen⁵⁴¹. Le lien entre la citoyenneté et la non-discrimination en raison de la nationalité se trouve aussi dans les conclusions de l'Avocat général Léger sur *Boukhalfa*, qui estime que le concept de citoyen de l'Union devrait entraîner « une assimilation parfaite des citoyens de l'Union, quelle que soit leur

⁵³⁹ Sur l'hésitation de la Cour sur ce point, V. BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », n° 4, 2006, p. 563s.

⁵⁴⁰ CJCE, 29 février 1996, *Skanavi et Chryssanthakopoulos*, C-193/94, EU:C:1996:70.

⁵⁴¹ *Ibid.*, para. 20-22.

nationalité⁵⁴² ». L'affirmation n'articule toutefois pas directement l'article interdisant la non-discrimination en raison de la nationalité à ceux concernant la citoyenneté. L'Avocat général l'utilise pour appuyer une argumentation défendant l'application de la non-discrimination en raison de la nationalité dans un cas où le champ d'application territorial du traité posait problème.

La singularité de la combinaison entre la non-discrimination en raison de la nationalité et le statut de citoyen se perçoit aussi lorsque l'on s'intéresse aux textes dans lesquels elle est absente, alors qu'elle aurait pu y figurer. Réfléchissant sur la forme que pourrait prendre la citoyenneté avant 1998, la plupart des auteurs n'envisagent pas sa combinaison avec la non-discrimination en raison de la nationalité, ou, du moins, ne la perçoivent pas comme un des éléments importants de la construction du statut. La plupart des ouvrages ou des articles développant une réflexion sur ce que pourrait impliquer le statut de citoyen de l'Union, publiés entre le Traité de Maastricht et l'arrêt *Martínez Sala*, ne mentionnent tout simplement pas la non-discrimination en raison de la nationalité de l'article 6 TCE [18 TFUE], alors qu'ils proposent différentes voies pour développer le concept de citoyen de l'Union⁵⁴³.

Ce n'est qu'avec les affaires *Martínez Sala* et *Bickel et Franz* que la combinaison de la citoyenneté et de la clause générale de non-discrimination en raison de la nationalité a été clairement proposée à la Cour. Dans l'affaire *Martínez Sala*, l'Avocat général La Pergola souligne l'importance du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en droit de l'Union et explique que le Traité de Maastricht exige « que l'on fasse rentrer dans le principe de non-discrimination le domaine réservé au nouveau statut de citoyenneté commune⁵⁴⁴ ». La Commission soutient que l'article 8 A TCE [18 TFUE] confère directement un droit de circuler et de résider aux citoyens et que la résidence du citoyen dans un autre État membre lui permet de se prévaloir de l'égalité de traitement⁵⁴⁵. De même, dans l'arrêt *Bickel et Franz*, la question du juge *a quo* porte sur l'articulation des articles relatifs aux droits du citoyen et à la non-discrimination ; elle suggère que l'exercice de sa liberté de circulation par

⁵⁴² AG Léger, ccl sur CJCE, 30 avril 1996, *Boukhalfa / Bundesrepublik Deutschland*, C-214/94, EU:C:1996:174, para. 63, V. également le paragraphe 31 qui lie l'obligation de traitement égal découlant des dispositions relatives aux libertés de circulation du marché intérieur, supposée répondre au souci de « favoriser le développement du sentiment d'appartenir à une entité commune », et l'introduction des dispositions relatives à la citoyenneté européenne.

⁵⁴³ V. par ex., KOVAR R. et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *Cahiers de droit européen*, 1993, n° 3-4, p. 285-316 ; O'KEEFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 347-374 ; WEILER J.H.H., « Les droits des citoyens européens », *Revue du Marché Unique*, 1996, n° 3, p. 35-64 ; QUERMONNE J.-L., « Réflexions prospectives sur la citoyenneté européenne », X. ROBERT (dir.), *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 547-556.

⁵⁴⁴ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 20 et 23.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, para. 15.

un citoyen devrait lui permettre de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité⁵⁴⁶. Dans ses conclusions, prononcées peu avant l'arrêt *Martínez Sala*, l'Avocat général Jacobs s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence précédente et considère que « la non-discrimination en raison de la nationalité est le droit le plus fondamental conféré par le traité et doit être tenu pour un facteur de base de la citoyenneté de l'Union⁵⁴⁷ ». Il affirme que, « lorsqu'un citoyen exerce son droit de circuler et de séjourner sur le territoire de l'un des États membres, sa situation est comprise dans le champ d'application du traité aux fins de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité » et s'interroge même sur le fait de savoir si ce droit pourrait être invoqué en l'absence même de circulation, en vertu du seul statut de citoyen⁵⁴⁸.

Refusé lors de l'introduction de la citoyenneté dans les traités, le rapprochement entre les dispositions relatives à la citoyenneté et la non-discrimination en raison de la nationalité retenu par la Cour avait aussi été proposé en dehors d'affaires particulières⁵⁴⁹. On le retrouve à de nombreuses reprises dans le rapport du groupe présidé par Simone Veil, présenté en 1997, qui articulait très clairement les dispositions relatives à la citoyenneté et l'article 6 TCE [18 TFUE⁵⁵⁰]. Les auteurs semblaient toutefois estimer qu'une intervention du législateur communautaire était nécessaire, soit sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 6 TCE, qui autorisait le Conseil à prendre toute réglementation en vue de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, soit de l'article 8 A § 2 TCE, qui lui permettait d'arrêter des dispositions facilitant l'exercice des droits de circulation et de séjour des citoyens⁵⁵¹. Síofra O'Leary avait suggéré, dès 1995, la combinaison des articles relatifs à la non-discrimination et à la citoyenneté, en envisageant d'ailleurs un scénario très proche de celui que l'on trouve dans l'arrêt *Grzelezyk*⁵⁵². La même solution avait également été proposée par d'autres auteurs en doctrine. Gráinne de Búrca la présentait comme un moyen de sanctionner les

⁵⁴⁶ V., sur ce point, AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 9.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, para. 24.

⁵⁴⁸ Il ne semble toutefois pas envisager l'invocation du principe en dehors de tout élément transnational. S'il n'y a pas de circulation dans l'exemple donné – « un ressortissant de l'État membre A poursuivi dans un État membre B pour des remarques publiées dans un journal de l'État membre B » –, il s'agit tout de même d'un citoyen invoquant le principe contre un État qui n'est pas son État de nationalité. V. AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 21-23.

⁵⁴⁹ La Commission avait proposé, dans sa contribution à la conférence intergouvernementale de 1991, d'introduire dans la partie consacrée à la citoyenneté le droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité par les États et les personnes privées. V. ILIOPOULOU A., « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 51.

⁵⁵⁰ Rapport du groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes présidé par Madame Simone Veil, présenté à la Commission le 18 mars 1997, OPOCE, 1998, p. 17s.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁵² O'LEARY S., « The Social Dimension of Community Citizenship », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 174s.

discriminations à rebours⁵⁵³. Jo Shaw y voyait le droit le plus important parmi les droits du citoyen ne se trouvant pas dans le titre réservé à la citoyenneté⁵⁵⁴. Andrew Evans la mentionnait en soulignant qu'elle risquait d'être problématique⁵⁵⁵.

2. Les difficultés posées par la solution

Si la combinaison des articles 6 TCE [18 TFUE] et de l'article 8 TCE [20 TFUE] pour reconnaître au citoyen le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité n'était pas largement proposée, c'est parce qu'elle posait certaines difficultés. En effet, l'article 8 TCE instituant la citoyenneté disposait que : « [l]es citoyens jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité ». Or, l'article 6 TCE [18 TFUE] stipulait que le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité s'appliquait « dans le domaine d'application du présent traité ». Le raisonnement attachant la non-discrimination au statut peut être vu comme circulaire, comme le soutient par exemple Alexander Somek⁵⁵⁶. Le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité de l'article 6 TCE peut être invoqué par les citoyens en raison du droit de circulation et de séjour de l'article 8 TCE. Or, si l'on peut compter parmi les droits de l'article 8 TCE celui de ne pas être discriminé en raison de la nationalité, c'est parce qu'il est consacré dans l'article 6 TCE. Cette difficulté ne pouvait qu'être accrue après l'arrêt *Uecker et Jacquet* rendu en 1997⁵⁵⁷.

Dans cette affaire, le juge communautaire était interrogé sur la possibilité pour les conjoints de travailleurs n'ayant pas exercé leur liberté de circulation d'invoquer le règlement n°1612/68 contre l'État de nationalité des travailleurs. Proposant à la Cour de revenir sur le refus de sanctionner les « discriminations à rebours », le juge de renvoi avait invoqué « les principes fondamentaux d'une communauté se trouvant sur la voie de l'Union européenne⁵⁵⁸ ». Reprenant sa jurisprudence antérieure, la Cour maintient son refus et décide que :

⁵⁵³ DE BÚRCA G., « The Role of Equality in European Community Law », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 16-17.

⁵⁵⁴ SHAW J., « The Interpretation of European Union Citizenship », *The Modern Law Review*, 1998, vol. 61, n° 3, p. 298 et note 14.

⁵⁵⁵ EVANS A., « Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European forum », 1998, p. 270.

⁵⁵⁶ SOMEK A., *Individualism : an essay on the authority of the European Union*, Oxford, OUP, 2008, p. 211s.

⁵⁵⁷ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet* / Land Nordrhein-Westfalen, C-64/96 et C-65/96, EU:C:1997:285.

⁵⁵⁸ *Ibid*, para. 12.

« la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 8 du traité CE [20 TFUE], n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire⁵⁵⁹ ».

La mention de la citoyenneté est vraisemblablement une initiative de la Cour, elle n'apparaît en effet pas dans les arguments relatés dans les conclusions et la décision. Cette formule a par la suite très souvent été reprise et nous verrons qu'elle n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Dire que l'article 8 TCE n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application du traité *ratione materiae* semble rendre plus difficile la possibilité d'invoquer cet article pour appliquer la non-discrimination en raison de la nationalité à de nouvelles situations.

La proposition d'attacher au statut de citoyen la non-discrimination en raison de la nationalité avait donc été faite dans certains contextes, mais elle était rare et se heurtait à certaines difficultés. Elle n'était pas nécessairement vue comme susceptible d'annoncer la jurisprudence postérieure de la Cour, comme le montre la lecture de la doctrine de l'époque. Jean-Guy Huglo, commentant l'arrêt *Skaniavi et Chryssanthakopoulos*, ne relève par exemple même pas que la question de la citoyenneté avait été posée et parle d'un « *corpus* jurisprudentiel qui a atteint désormais sa maturité et qui ne devrait connaître dans les prochaines années de grands bouleversements⁵⁶⁰ ». Jo Shaw, parlant des conclusions de l'Avocat général Léger, produites quelques mois avant l'arrêt *Martínez Sala*, écrit que : « s'appuyer, [...], sur la Cour de Justice pour jouer un rôle dynamique et innovant dans le développement des articles 8 et suivant dans le futur proche exagère sans doute sa capacité d'initiative actuelle⁵⁶¹ ». Dans leur note sur *Martínez Sala*, Sybilla Fries et Jo Shaw soulignent que la solution de la Cour peut sembler « contre-intuitive » au regard de sa jurisprudence passée. Elle va, disent-elles, à l'encontre de « ce qui a toujours été le cas » en droit communautaire, remettant en cause « ce qui a toujours été considéré comme donné⁵⁶² ».

⁵⁵⁹ *Ibid.*, para. 23. La Cour dit également que le TUE ne saurait affecter les traités instituant les Communautés européennes « sous réserve des dispositions modifiant expressément ces traités ». Pour une critique de cette interprétation, V. ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007, p. 277.

⁵⁶⁰ HUGLO J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, vol. 32, n° 4, p. 746.

⁵⁶¹ « to rely, [...], upon the Court of Justice to take an innovatory and dynamic role in the development of Articles 8 *et seq* in the near future perhaps overstates its agenda setting capacity at the present time », SHAW J., « The Interpretation of European Union Citizenship », *op. cit.*, p. 309.

⁵⁶² « It has always been the case », FRIES S. et J. SHAW, « Citizenship of the Union : First Steps in the European Court of Justice », *European Public Law*, 1998, vol. 4, n° 4, p. 535 et 536.

B. Les propositions non suivies par la Cour

Que la solution ait pu sembler « contre-intuitive » se perçoit également au regard des nombreux arguments enjoignant la Cour à ne pas poursuivre cette voie. Tout d'abord, la thèse selon laquelle les articles consacrés à la liberté de circulation et de séjour du citoyen ne créent pas de nouveaux droits était soutenue par de nombreux auteurs en doctrine et par la majorité des participants au débat, comme nous l'avons déjà mentionné à l'occasion de la présentation de la discussion entourant l'effet direct de l'article 21 TFUE⁵⁶³. Elle était d'ailleurs partagée tant par les partisans d'un développement de la citoyenneté – dénonçant son caractère « symbolique » et argumentant implicitement ou explicitement pour une révision des traités ou du droit dérivé⁵⁶⁴ –, que par ceux qui souhaitaient que la citoyenneté ne puisse conférer de nouveaux droits à ses titulaires – comme la plupart des États dans les affaires présentées⁵⁶⁵.

Il est aussi révélateur que les auteurs écrivant sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne mentionnent en général pas la possibilité de le combiner avec le statut de citoyen de l'Union. Ainsi, dans un ouvrage collectif paru en 1999, *Union européenne et nationalités : le principe de non-discrimination et ses limites*⁵⁶⁶, les auteurs s'interrogent sur de nombreuses questions, mais le rattachement de la non-discrimination de l'article 6 TCE [18TFUE] aux dispositions relatives à la citoyenneté n'est pas véritablement discuté. Ce qui fait débat est plutôt la limitation du principe de non-discrimination aux nationaux et la prise en compte du seul critère de la nationalité⁵⁶⁷. Significativement, lorsque des

⁵⁶³ V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, A, 1.

⁵⁶⁴ V. en ce sens, POLLARD D., « Rights of Free Movement », N. NEUWAHL et A. ROSAS (dir.), *The European Union and human rights*, La Haye ; Londres, M. Nijhoff, coll. « International studies in human rights », n° 42, 1995, p. 102-118 ; SHAW J., « The many pasts and futures of citizenship in the European Union », *European Law Review*, 1997, vol. 22, n° 6, p. 554-572.

⁵⁶⁵ Avec l'exception du Portugal dans l'affaire *D'Hoop*. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 52. La Commission affirme par exemple en 1995 qu'« en ce qui concerne le droit de séjour, un renvoi est fait à un ensemble complexe de directives qui établissent les conditions, souvent restrictives, auxquelles chaque catégorie de personnes est soumise.[...] Ainsi, en pratique, le traité n'a amené aucune amélioration par rapport à la situation antérieure » Rapport sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne, du 10 mai 1995, SEC (95) 731 final. De même, dans l'affaire *Martínez Sala*, les gouvernements de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de la France estiment que l'article 8 A TCE [21 TFUE] se borne à rassembler dans une norme primaire des droits déjà reconnus à différentes catégories d'individus, sans donner un contenu nouveau et plus large à la liberté de circulation. V. AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 15.

⁵⁶⁶ BRIBOSIA E., E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH, et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

⁵⁶⁷ La question de l'égalité de traitement pour les citoyens n'est mentionnée que dans le cas des droits politiques, en application de dispositions spécifiques. V. MAGNETTE P., « L'égalité de traitement en matière de droits politiques et ses limites », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, *op. cit.*, p. 119-149.

auteurs réfléchissent aux « nouvelles potentialités » de l'article 6 TCE [18 TFUE], en raison des compétences conférées à l'Union par le Traité d'Amsterdam, ou sur les « bénéficiaires » de ce droit, elles n'envisagent pas que le statut de citoyen de l'Union puisse entrer en jeu pour élargir le champ d'application du principe⁵⁶⁸. Si la citoyenneté est mentionnée, c'est pour dire que, en liant citoyenneté de l'UE et nationalité des États membres, le Traité de Maastricht légitime l'interprétation traditionnelle de l'interdiction de discriminer en raison de la nationalité comme ne visant pas les nationaux d'États tiers⁵⁶⁹.

À côté de sa combinaison avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et de la reconnaissance d'un droit de séjour et de circulation, d'autres voies ont été défendues pour donner forme à la citoyenneté de l'Union. Lors des négociations précédant les traités de Maastricht et d'Amsterdam, la Commission, le Parlement européen et certains États membres avaient proposé de rattacher la citoyenneté aux droits fondamentaux⁵⁷⁰. Cette solution a aussi été proposée en doctrine. En 1995, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, pourtant très sceptique sur le contenu de la citoyenneté de l'Union, estime que le « traité » visé à l'article 8 § 2 TCE pourrait être compris comme le traité de Maastricht et qu'il serait alors possible que les droits fondamentaux soient vus comme faisant partie du concept de citoyen de l'Union⁵⁷¹. Síofra O'Leary défend l'établissement d'une connexion entre les droits fondamentaux et la citoyenneté, sans toutefois affirmer que celle-ci se trouve dans le traité au

⁵⁶⁸ V. respectivement, BRIBOSIA E. et A. WEYEMBERGH, « Nouveaux instruments normatifs et nouvelles avancées jurisprudentielles en matière de lutte contre les discriminations sur base de la nationalité après le traité d'Amsterdam », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, op. cit., p. 239-248 ; DONY M., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, op. cit., p. 45-62. *Ibid.*, p. 58.

⁵⁶⁹ V. BRIBOSIA E., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans l'Union européenne à la lumière de la protection des droits fondamentaux », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, op. cit., p. 190.

⁵⁷⁰ Sur ces propositions lors des discussions précédant le Traité de Maastricht, V. O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *Common Market Law Review*, 1995, vol. 32, n° 2, p. 520 et 533s. ; MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Etudes européennes », 1999, p. 123-152 ; BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p. 602s. Sur ces propositions lors des discussions précédant le Traité d'Amsterdam, V. MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne*, op. cit., p. 206s. ; BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., p. 606s.

⁵⁷¹ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Union Citizenship : Pie in the Sky ? », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe: in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 69.

moment où elle écrit⁵⁷². Jo Shaw considère que la citoyenneté de l'Union inclut la garantie des droits fondamentaux, bien qu'il ne s'agisse pas de son « pilier central⁵⁷³ ».

Une autre solution envisagée est le rattachement au statut de citoyen d'un droit général de ne pas être discriminé, et non simplement du droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité de ce qui est aujourd'hui l'article 18 TFUE. Cette voie a été défendue par certains participants à la controverse, et nous verrons que l'arrêt *D'Hoop* a été lu comme pouvant annoncer une telle jurisprudence, mais qu'elle n'a pas été suivie par la Cour *in fine*⁵⁷⁴. Les différentes voies présentées pour développer la citoyenneté ne sont pas nécessairement exclusives et de nombreux auteurs proposaient différentes solutions. Andrew Evans envisage par exemple trois voies : la première liée au principe de non-discrimination en raison de la nationalité, la seconde fondée sur une citoyenneté de type étatique et la dernière s'appuyant sur les droits fondamentaux⁵⁷⁵.

La présentation des différentes voies envisagées permet de dénaturiser le chemin conceptuel adopté par la Cour. Il y a une certaine confusion à relire *a posteriori* certaines propositions comme « annonçant » la jurisprudence de la Cour. Au contraire, en suivant le principe de symétrie, montrer que d'autres solutions ont été envisagées avec sérieux permet de souligner la particularité des solutions retenues et de les « démystifier ». Il s'agit du résultat historique d'une série de décisions et non d'un processus nécessaire ou naturel. La mise en évidence de ces différentes solutions met au jour un travail de construction de la part des différents participants à la controverse. Les propositions faites à la Cour ne sont pas déterminées *a priori* mais construites par les différents acteurs qui les développent dans le cadre d'une controverse. Elles peuvent impliquer un travail d'invention plus ou moins important. Il était sans doute plus aisé, ou « intuitif » au sens de Sybilla Fries et Jo Shaw, de présenter les articles du traité concernant la citoyenneté comme faisant référence aux droits de circuler et de séjourner reconnus par le droit dérivé que de construire l'articulation présentée dans l'arrêt *Baumbast*, passant par la distinction entre l'existence et l'exercice du droit, ou d'opérer l'articulation entre le statut et la non-discrimination en raison de la nationalité telle qu'elle résulte de l'arrêt *Martínez Sala*. La dénaturalisation du chemin adopté conduit à s'interroger, en retour, sur la construction du chemin comme naturel.

⁵⁷² O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *op. cit.*

⁵⁷³ SHAW J., « The many pasts and futures of citizenship in the European Union », *op. cit.*, p. 557.

⁵⁷⁴ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, V. *infra*, section 2, § 2, B.

⁵⁷⁵ EVANS A., « Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law », *op. cit.*

§ 2. LE TRAVAIL DE NATURALISATION

Dans la perspective de l'étude d'un « moment jurisprudentiel », au sens d'Antoine Vauchez, il faut refuser le mythe d'un changement fondamental contenu dans le texte même d'un grand arrêt et, au contraire, s'interroger sur le « processus collectif et concurrent de fixation du sens et de la portée de l'arrêt de part et d'autre de l'évènement lui-même⁵⁷⁶ ». En ce sens, Urška Šadl et Yannis Paganis montrent, dans le cadre d'une analyse empirique, que le statut de « leading case » s'acquiert dans le cadre d'un processus d'interprétation et de réinterprétation, donnant lieu à des « batailles sémantiques [semantic struggles⁵⁷⁷] ». Pour préciser son approche, Antoine Vauchez la distingue de la lecture en termes de « coup d'État jurisprudentiel », proposée par Alec Stone Sweet pour rendre compte d'arrêts comme *Van Gend en Loos*⁵⁷⁸.

Pour ce dernier, la décision est essentiellement le fruit du comportement d'un acteur stratégique (une Cour) qui produit le changement par son arrêt⁵⁷⁹. Aux remarques de Neil Walker et Gianluigi Palombella l'invitant déjà à voir la transformation comme un processus plus que comme un évènement précisément délimité⁵⁸⁰, Alec Stone Sweet répond en soulignant qu'il lui est nécessaire de distinguer l'arrêt du processus en ce qu'il joue un rôle « causal » dans la transformation décrite et qu'il conduit à un phénomène de « dépendance de sentier⁵⁸¹ ». S'il reconnaît donc que l'arrêt s'inscrit dans un processus plus large et se distingue d'une perspective déterministe, c'est au sens où l'arrêt est vu comme une « proposition » bien déterminée, susceptible d'être acceptée ou non⁵⁸². Cette lecture

⁵⁷⁶ V. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit: l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Gouvernances », 2013, p. 183s. (note omise).

⁵⁷⁷ L'étude porte sur le cas *Les Verts* (CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, 294/83, EU:C:1986:166). V. ŠADL U. et Y. PANAGIS, « The force of EU case law: An empirical study of precedential constraint », Draft paper presented at the First SELS Global Workshop for Junior Empirical-Legal Scholars, 2015, p. 19s.

⁵⁷⁸ V. VAUCHEZ A., *L'Union par le droit, op. cit.*, p. 181s., chapitre 3. Une révolution politico-judiciaire. Le « moment Van Gend en Loos » et la naissance d'un programme institutionnel européen.

⁵⁷⁹ « juridical coup d'État » V. Stone Sweet A., « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 915-927.

⁵⁸⁰ V. WALKER N., « Juridical Transformation as Process : A Comment on Stone Sweet », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 929-933 ; PALOMBELLA G., « Constitutional Transformations vs. “Juridical” coups d'État. A Comment on Stone Sweet », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 941-945. Pour éviter toute confusion, il faut bien noter que dans ce débat les auteurs n'utilisent pas le terme d'« évènement » dans le sens d'Antoine Vauchez, mais, au contraire, pour désigner un phénomène bien isolé dans le temps par opposition à un processus.

⁵⁸¹ STONE SWEET A., « Response to Gianluigi Palombella, Wojciech Sadurski, and Neil Walker », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 951-952.

⁵⁸² « In each of my coups, one set of officials (judges) proposed a change in the Rule, which provoked a social process that involved other officials. It is, of course, theoretically possible that the proposed change (the event) would ultimately be rejected by officials (the process). [Dans chacun de mes coups, un ensemble

essentiellement stratégique est loin d'être sans intérêt, mais elle fait précisément l'économie de la question de la « fixation du sens ». Appliquée à un cas comme *Martínez Sala*, cela reviendrait à considérer que la Cour fait une proposition qui peut être acceptée ou non, mais que la signification serait déjà complètement déterminée.

Or, en reprenant la perspective d'Antoine Vauchez, il faut dire que la controverse entourant l'arrêt *Martínez Sala* contribue à déterminer ce que la Cour a fait en décidant ainsi. Cette controverse inscrit l'arrêt dans des constructions plus larges pour en déterminer le sens. Paul Veyne expliquait, dans le cadre de sa réflexion sur l'écriture de l'histoire, que les faits sont organisés dans des ensembles de type narratif, qu'ils sont mis en « intrigue » dans des « récits⁵⁸³ ». Dans cette perspective, l'histoire d'un développement n'est pas la description de l'ensemble des événements ou des faits, mais un itinéraire spécifique, une sélection de ceux qui sont pertinents par rapport à une intrigue. Si la remarque est le plus souvent appliquée au chercheur, ceux-ci n'ont pas le monopole d'une attitude réflexive sur leur objet, et elle peut aussi être appliquée aux acteurs eux-mêmes, comme la Cour ou les différents participants à la controverse. En s'inspirant du travail de Michel Callon sur la performativité, il est possible de dire que ces participants sont des « historiens dans la nature », construisant des récits qui entrent en concurrence pour défendre différentes lectures des arrêts antérieurs⁵⁸⁴. Ces récits ne sont pas de simples descriptions de ce que la Cour a décidé. Ils contribuent à déterminer ce qu'elle a fait en participant à la détermination du sens de ses arrêts et, éventuellement, à justifier la voie poursuivie.

Les discours qui précèdent le « moment *Martínez Sala* » et ceux qui lui font suite peuvent donc être vus comme des récits qui sélectionnent certains faits ou certains événements dans le cadre d'une intrigue. La narration la plus souvent retenue est celle qui présente l'arrêt *Martínez Sala* comme la suite logique de la jurisprudence antérieure et comme le point de départ dont découle naturellement la jurisprudence postérieure. Toutefois, cette narration a été concurrencée par d'autres récits qui ont été défendus pour venir au soutien d'autres voies ou pour donner une signification différente aux arrêts du moment *Martínez Sala*. Pour les analyser, il est plus clair d'inverser l'ordre chronologique, en

d'officiels (les juges) proposent un changement de la Règle, qui provoque un processus de changement social impliquant d'autres officiels. Il est, bien sûr, théoriquement possible que les changements proposés (l'évènement) soient *in fine* rejetés par les officiels (le processus).] » *Ibid.*, p. 952.

⁵⁸³ V. VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1996, p. 50s.

⁵⁸⁴ Refusant la simple opposition chercheurs/praticiens, Michel Callon oppose les « *academic researchers* » et les « *researchers in the wild* ». V. par ex. CALLON M., « Why virtualism paves the way to political impotence? A reply to Daniel Miller's critique of The Laws of the Markets », *Economic sociology, European Electronic Newsletter*, 2005, vol. 6, n° 2, p. 9.

présentant les discours portant sur ce qui fait suite à l'arrêt (A), puis ceux qui parlent de ce qui le précède (B).

A. L'arrêt *Martínez Sala*, matrice du chemin conceptuel adopté

Si l'arrêt *Martínez Sala* est présenté *a posteriori* comme un acte fondateur, au sens où il met en place les structures de raisonnement reproduites par la suite, il a été contesté, et ce qu'il impliquait a fait l'objet de controverses (1). Les arrêts qui ne s'inscrivent pas dans le chemin conceptuel adopté ont été évincés des discours par la suite (2).

1. La construction de l'évidence *a posteriori*

Si nous avons présenté l'arrêt *Martínez Sala* comme un arrêt fondateur, ceci résulte d'une appréciation faite *a posteriori*. Il est fondateur parce que le modèle de raisonnement qu'il présente, tel qu'il a été reconstruit, a été repris à de nombreuses occasions. Ce caractère était loin d'être évident au moment de l'arrêt. La prudence dont a fait preuve la doctrine commentant l'arrêt *Martínez Sala* contraste avec sa présentation actuelle comme révolutionnant la matière. Sybilla Fries et Jo Shaw écrivaient par exemple que « [c]ela serait une erreur d'attacher trop d'importance à une affaire qui pourrait, dans tous les cas, être limitée de façon très stricte aux faits d'espèce ou qui pourrait être vue comme une décision politique s'expliquant par la situation d'une personne dans le besoin⁵⁸⁵. » Il faut en effet noter que le dispositif de l'arrêt ne mentionne pas la citoyenneté, mais énonce seulement que « le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État membre exige des ressortissants des autres États membres autorisés à résider sur son territoire qu'ils produisent une carte de séjour en bonne et due forme, délivrée par l'administration nationale, pour bénéficier d'une allocation d'éducation, alors que les nationaux sont uniquement tenus d'avoir leur domicile ou leur lieu de résidence ordinaire dans cet État membre ». Pour cette raison, certains auteurs estiment que la citoyenneté n'était discutée qu'à l'occasion d'un *obiter dictum* dans l'arrêt⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ « It would be wrong to read too much into one case which could, in any event, be confined quite narrowly upon its facts, or treated as a policy decision influenced by the situation of one needy individual. » FRIES S. et J. SHAW, « Citizenship of the Union », *op. cit.*, p. 558.

⁵⁸⁶ BENGOETXEA J., N. MACCORMICK, et L. MORAL SORIANO, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », G. DE BÚRCA et J.H.H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », 2001, p. 52.

En outre, l'arrêt *Martínez Sala* n'a pas mis immédiatement un terme aux débats sur l'adoption du chemin conceptuel. Par la suite, de nombreux arguments ont été présentés pour refuser, de façon très générale, que la citoyenneté permette au requérant d'invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité. La plupart du temps, ce refus ne passe pas par une opposition frontale à l'arrêt mais par une interprétation de celui-ci limitant les conséquences à en tirer pour la citoyenneté de l'Union. Une première stratégie, adoptée par certains acteurs, comme le Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve et certains États ayant présenté des observations dans l'affaire *Grzelczyk*, est de nier que la situation en cause puisse présenter des similarités avec l'arrêt *Martínez Sala*⁵⁸⁷. Dans ses conclusions sur *Collins*, en 2003, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer s'oppose à une lecture accordant une trop grande portée à l'arrêt *Martínez Sala*, soutenue par « un secteur de la doctrine, M. Collins et la Commission ». Il souligne que le rattachement de la citoyenneté à la non-discrimination en raison de la nationalité « ne doit pas être sorti de son contexte », avant d'énumérer de façon très précise les circonstances de la situation de Mme Martínez Sala et de M. Grzelczyk⁵⁸⁸. De façon semblable, des participants à la controverse contestent la généralisation exprimée par la Cour dans l'arrêt. Ils en donnent une lecture très restrictive, considérant par exemple que la citoyenneté n'a pas de contenu autonome et ne confère pas de droits nouveaux à ses bénéficiaires. C'est en ce sens que l'on peut lire l'argumentation des gouvernements belges et danois dans l'affaire *Grzelczyk*⁵⁸⁹, ainsi que celles du Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, du Royaume-Uni, de la France et de la Commission⁵⁹⁰. L'arrêt *Martínez Sala* serait un « arrêt d'espèce », lié aux circonstances particulières de l'affaire, sans véritable portée quant au statut de citoyen de l'Union.

Un peu différemment, certains acteurs passent tout simplement sous silence les arrêts de la Cour, tout en soutenant des affirmations qui semblent entrer en contradiction avec eux. Dans ses observations lors de l'affaire *Grzelczyk*, la Commission ne mentionne pas l'arrêt *Martínez Sala* mais se contente d'affirmer que les articles relatifs à la citoyenneté, même en combinaison avec la non-discrimination, ne peuvent ouvrir « directement un droit à des prestations sociales ». Le droit de séjour accordé est « intrinsèquement subordonné au respect de la condition de ressources suffisantes⁵⁹¹ ». Dans la même affaire, la formulation de l'argumentation du gouvernement du Royaume-Uni conduit également à marginaliser la solution donnée dans l'arrêt *Martínez Sala*. En effet, après avoir écarté

⁵⁸⁷ V. AG Alber, ccl sur CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 28.

⁵⁸⁸ AG Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 65-67. V. également, l'argument de l'Allemagne dans l'arrêt, CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, *op. cit.*, para. 25.

⁵⁸⁹ V. dans CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 21.

⁵⁹⁰ V. AG Alber, ccl sur CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 26 à 48 et 54 à 62.

⁵⁹¹ *Ibid.*, para. 62.

l'application de l'article relatif à la non-discrimination en raison de la nationalité, il mentionne, au surplus, que « [c]ela serait d'ailleurs conforme à l'arrêt *Martínez Sala*⁵⁹² ». À l'occasion de l'arrêt *D'Hoop*, malgré les arrêts *Bickel et Franz* et *Grzeleczyk*, le gouvernement du Royaume-Uni conteste directement le fait que résider légalement dans un autre État membre autorise un citoyen à se prévaloir des dispositions du traité relatives à la citoyenneté⁵⁹³.

En réponse, d'autres arguments sont présentés au soutien de la possibilité pour les citoyens d'invoquer le principe de non-discrimination lorsqu'ils résident légalement dans un autre État membre ou qu'ils ont fait usage de leur liberté de circulation. Le fait même que des juridictions nationales soulèvent la question en citant comme référence l'arrêt *Martínez Sala* montre déjà une forme d'acceptation. En outre, de nombreux acteurs, comme par exemple le gouvernement portugais dans l'affaire *Grzeleczyk* ou la Commission, la requérante au principal et l'avocat général dans l'arrêt *D'Hoop*, reprennent directement l'argumentation développée précédemment par la Cour. Ils lui suggèrent même de confirmer le rattachement de la liberté de circulation à la citoyenneté, voire d'aller plus loin dans les droits que confère le statut de citoyen de l'Union⁵⁹⁴. Les avocats généraux, dans la plupart des affaires évoquées, considèrent également que la citoyenneté implique le droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité dans le champ d'application du traité.

Le discours que la Cour tient sur ses propres arrêts joue aussi un rôle important dans la construction d'un récit gommant les incertitudes qui pouvaient prévaloir au moment où les arrêts ont été rendus. Par exemple, dans l'arrêt *Garcia Avello*, elle s'appuie sur les arrêts *Bickel et Franz*, *Grzeleczyk* et *D'Hoop*, pour dire que « parmi les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE [21 TFUE⁵⁹⁵] ». Si la Cour met ces trois arrêts sur le même plan, nous avons vu que dans *Bickel et Franz* et *Grzeleczyk* elle n'avait pas expressément qualifié la liberté de circulation et de séjour du citoyen comme une liberté fondamentale⁵⁹⁶, contrairement à

⁵⁹² *Ibid.*, para. 54.

⁵⁹³ V. CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 22.

⁵⁹⁴ Le gouvernement portugais cite *Martínez Sala*, mais développe une argumentation qui va bien au-delà de ce qu'avait reconnu la Cour, en soutenant notamment que l'introduction de la citoyenneté introduit un changement majeur en droit de l'Union et qu'en conséquence l'application du règlement relatif aux travailleurs détachés devrait être étendue à tous les citoyens. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 52.

⁵⁹⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 24.

⁵⁹⁶ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 15 et 16 et CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, *op. cit.*, para. 33. V. *supra*.

l'arrêt *D'Hoop*⁵⁹⁷. L'auto-référence permet à la Cour de reconstruire sa jurisprudence. Présenter une solution comme implicite aux premiers arrêts permet de gommer, *a posteriori*, l'incertitude qui pouvait prévaloir et de masquer la dimension historique de la construction.

2. L'éviction des arrêts discordants

Un certain nombre d'arrêts, qui ne s'insèrent pas facilement dans la présentation de la jurisprudence comme un développement progressif du concept de citoyen, sont écartés du discours de la Cour, ainsi que, parfois après un premier temps de discussion, des discours doctrinaux. Les arrêts *Kaba I*⁵⁹⁸ et *Kaba II*⁵⁹⁹, décidés en 2000 et 2003, en sont un exemple frappant. Les deux décisions ont été rendues à l'occasion du même litige. M. Kaba, de nationalité yougoslave, marié à une ressortissante française, conteste au principal le refus d'une autorisation de séjour à titre permanent au Royaume-Uni. Il y séjournait depuis près de deux ans, sa femme y travaillait et elle avait obtenu un titre de séjour pour une durée de cinq ans. Un titre de séjour se terminant à la même date que celui de sa conjointe avait été accordé à M. Kaba, en tant qu'époux d'une ressortissante communautaire exerçant les droits qu'elle tirait du traité CE. Le refus de titre de séjour permanent appliquait la réglementation britannique exigeant un séjour de quatre ans pour les conjoints de citoyens de l'Union, contre un séjour d'un an pour les conjoints de personnes « présentes et établies » (c'est-à-dire les ressortissants britanniques résidant normalement au Royaume-Uni et les titulaires d'une autorisation de séjour à durée indéterminée). Il est notamment demandé à la Cour si une telle différence de traitement est discriminatoire en raison de la nationalité.

La Cour souligne que, « en l'état actuel du droit communautaire, le droit de séjour des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre n'est pas inconditionnel⁶⁰⁰ », citant les dispositions relatives aux libertés de circulation économiques et à la liberté de circulation et de séjour du citoyen. En conséquence, poursuit-elle, les situations des ressortissants britanniques et des ressortissants des autres États membres ne sont pas comparables. « Les États membres sont en droit de tirer les conséquences de la différence objective pouvant exister entre leurs propres ressortissants et ceux des autres États membres lorsqu'ils fixent les conditions dans lesquelles une autorisation de séjourner indéfiniment sur leur territoire est accordée aux conjoints de ces personnes⁶⁰¹. » Toutefois,

⁵⁹⁷ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 29, V. *supra*.

⁵⁹⁸ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.*.

⁵⁹⁹ CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, C-466/00, EU:C:2003:127.

⁶⁰⁰ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.*, para. 30.

⁶⁰¹ *Ibid.*, para. 31.

et c'est sans doute ce qui explique l'ambiguïté de la solution et la seconde saisine sur la même affaire, la Cour procède à une sorte d'examen de la justification de la différence de traitement⁶⁰². N'estimant pas la réponse satisfaisante et contestant l'appréciation du droit national faite par la Cour, le juge *a quo* la saisit à propos de la même affaire. La Cour conclut à nouveau qu'il n'y a pas de discrimination en raison de la nationalité et précise que le raisonnement suivi dans le premier arrêt « est fondé sur l'absence de comparabilité des situations en cause et non pas sur la justification d'une différence de traitement⁶⁰³ ».

Ces arrêts ont immédiatement fait l'objet d'une critique sévère⁶⁰⁴. Steve Peers écrit, après la première décision, qu'elle n'est « pas convaincante, pas cohérente avec la jurisprudence antérieure et que, dans le cas où elle serait mise en œuvre dans d'autres contextes, elle constituerait un retour en arrière relativement à des principes établis relatifs à la libre circulation des personnes⁶⁰⁵ ». Anastasia Iliopoulou estime qu'« ils étaient susceptibles d'empêcher l'animation, par voie judiciaire, du couple “citoyenneté et non-discrimination⁶⁰⁶” ». Très difficiles à concilier avec les arrêts *Martínez Sala*, *Bickel et Franz*, *Grzelczyk*, *D'Hoop* et *Baumbast*, ils peuvent en effet être lus comme entraînant « l'acceptation aberrante d'une discrimination fondée sur la nationalité⁶⁰⁷ ». Accepter qu'une distinction puisse être fondée sur le titre de séjour du conjoint semblait revenir à accepter une discrimination indirecte, si ce n'est directe⁶⁰⁸. Différents motifs ont été assignés à la Cour pour expliquer la solution : la peur d'être vue comme activiste dans le champ sensible de la politique migratoire⁶⁰⁹, mais également d'autres raisons, comme le divorce du couple et le fait que M. Kaba ne saurait avoir un droit de séjour d'une durée supérieure au droit de séjour accordé à sa conjointe⁶¹⁰. De façon quelque peu différente, dans

⁶⁰² *Ibid.*, para. 32s.

⁶⁰³ CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, *op. cit.*, para. 55.

⁶⁰⁴ V. nt. ILIOPOULOU A. et L. CLEMENT-WILZ, « La résistance des acteurs d'une procédure préjudicielle en matière de libre circulation. Observations sur les affaires Arben Kaba », *Cahiers de droit européen*, 2004 ; PEERS S., « Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice », *European law review*, 2001, vol. 26, n° 1, p. 76-83.

⁶⁰⁵ « The judgment is unconvincing, inconsistent with prior case law and, if applied in other contexts, would constitute a retreat from established principles concerning free movement of persons. » PEERS S., « Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice », *European law review*, 2001, vol. 26, n° 1, p. 76.

⁶⁰⁶ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 136, note 409.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁶⁰⁸ Steve Peers y voit en effet une grave confusion entre discrimination directe et indirecte, la Cour s'appuyant explicitement sur la nationalité au paragraphe 31 de l'arrêt *Kaba* précité. PEERS S., « Dazed and confused », *op. cit.*, p. 80.

⁶⁰⁹ V. *Ibid.*, p. 83 ; KOSTAKOPOULOU D., « Ideas, Norms and European Citizenship : Explaining Institutional Change », *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, n° 2, p. 250 ; ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 148.

⁶¹⁰ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 147s.

ses conclusions sur le premier arrêt, l'Avocat général La Pergola, reprenant ses propres conclusions sur *Martínez Sala*⁶¹¹, parlait de « droits qui doivent être considérés comme réservés aux seuls ressortissants de l'État de résidence, parce que ces droits sont l'apanage de leur nationalité⁶¹² ».

La réitération de la solution du premier arrêt dans le second, malgré la résistance du juge *a quo* et les critiques doctrinales, montre que la justification ne peut être tenue pour le résultat d'une rédaction hâtive ou d'un manque d'attention. S'il est possible de dire *a posteriori* que la Cour s'engageait dans une « piste [...] sans issue⁶¹³ », celle-ci doit être prise au sérieux ; elle aurait pu conduire à un infléchissement majeur de la jurisprudence et de la portée de l'arrêt *Martínez Sala*. On le perçoit d'ailleurs en lisant différentes conclusions de l'Avocat général Geelhoed. Celui-ci s'appuie sur l'arrêt *Kaba* dans ses conclusions sur *Akrich*⁶¹⁴ et *Ayaz*⁶¹⁵. Dans ses conclusions sur *Trojani*⁶¹⁶ la référence joue un rôle majeur, empêchant le citoyen de se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour obtenir de l'État membre d'accueil une prestation sociale⁶¹⁷. En effet, poussant la logique des arrêts *Kaba* à son terme, il estime que le citoyen ne disposant pas d'un titre de séjour inconditionnel, il ne serait pas dans une situation comparable à celle d'un national⁶¹⁸. Il n'a pas été suivi par le juge. Reprenant les formules des arrêts *Martínez Sala* et *Grzeleczyk*, la Cour en a étendu la portée, sans mentionner les arrêts *Kaba*⁶¹⁹.

Les cas dans lesquels les avocats généraux ou la Cour font référence aux arrêts *Kaba* pour des raisons procédurales mis à part⁶²⁰, ces arrêts ont très rarement été cités après l'arrêt *Trojani*. Lorsqu'ils le sont, c'est en général pour reprendre l'affirmation selon laquelle les droits de circulation et de séjour du citoyen ne sont pas inconditionnels, comme dans les conclusions de l'Avocat général sur *Baumbast*⁶²¹ ou dans les arrêts *Orfanopoulos et Oliveri*⁶²² et *Jipa*⁶²³. Ils ont également été cités dans des conclusions d'avocats généraux, pour souligner que le droit de séjour des membres de la famille d'un

⁶¹¹ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 21.

⁶¹² AG La Pergola, ccl sur CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, C-356/98, EU:C:2000:200, para. 54.

⁶¹³ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 156.

⁶¹⁴ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491, para. 83.

⁶¹⁵ CJCE, 30 septembre 2004, *Ayaz*, C-275/02, EU:C:2004:570, para. 60.

⁶¹⁶ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488.

⁶¹⁷ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*, para. 74. Dans le cas où celui-ci ne dispose pas d'un titre de séjour en vertu du droit communautaire (V. para. 73).

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ V. *infra*, B, 2.

⁶²⁰ C'est-à-dire au regard de la possibilité de poser une seconde question préjudicielle, des rôles respectifs de la Cour et du juge *a quo* ou du principe du contradictoire.

⁶²¹ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 47. V. *infra*.

⁶²² CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, *op. cit.*, para. 74.

⁶²³ CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, C-33/07, EU:C:2008:396, para. 21.

travailleur migrant conféré par la réglementation communautaire est un droit de séjour « ayant la même étendue que le droit de séjour de ces derniers⁶²⁴ », qu'il n'est pas un droit propre⁶²⁵ ou, de manière générale, que la « libre circulation des travailleurs doit être assurée dans le respect de la liberté et de la dignité, et des conditions optimales d'intégration de la famille du travailleur communautaire dans le milieu de l'État membre d'accueil⁶²⁶ ». La Cour n'a, en revanche, jamais utilisé les arrêts *Kaba* pour autoriser une distinction fondée sur la nationalité – comme l'avait fait l'Avocat général Geelhoed dans ses conclusions sur *Akrich, Ayaç et Trojani*.

Ainsi, le chemin conceptuel adopté a tendance à être présenté comme une progression linéaire ; les arguments qui n'entrent pas dans cette construction sont reformulés ou bien tout simplement évincés des récits *a posteriori*. Ce qui se passe après les arrêts fondateurs est présenté comme la suite naturelle de ceux-ci. Toutefois, le sens même de ces arrêts n'est pas simplement contenu dans leur texte ; il est aussi façonné par la controverse qui leur fait suite. D'autres chemins auraient pu être suivis, soit en conservant l'arrêt *Martínez Sala* comme référence centrale tout en en lui donnant une autre signification, soit en l'abandonnant pour d'autres arrêts fondateurs. La continuité de la voie suivie par la Cour est construite en sélectionnant certains événements et en élaborant un récit à la suite des arrêts du moment *Martínez Sala*. De la même façon, la continuité est aussi affirmée par la présentation de ces arrêts comme la suite naturelle de la jurisprudence antérieure.

B. L'arrêt *Martínez Sala*, prolongement de la « citoyenneté de marché »

Le « moment *Martínez Sala* », comme « événement » au sens de Paul Veyne, est le plus souvent présenté comme venant couronner le développement d'une « citoyenneté de marché ». La Cour développe le statut de citoyen à partir de techniques forgées dans le cadre du marché intérieur, ou, plus exactement, de ce qui était déjà vu comme une sorte de dépassement du marché intérieur, initiant une « proto-citoyenneté⁶²⁷ ». Sa jurisprudence pourrait être lue comme passant du destinataire de service « proto-citoyen » de l'arrêt *Cowan* au citoyen « destinataire potentiel de tous services » des

⁶²⁴ AG Mengozzi, ccl sur CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771, para. 110, note 74.

⁶²⁵ AG Kokott, ccl sur CJCE, 30 mars 2006, *Mattern et Cikotic*, C-10/05, EU:C:2006:220, para. 33, note 26.

⁶²⁶ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, para 63, note 50.

⁶²⁷ L'expression de « proto-citoyenneté » est reprise à Jo Shaw, V. SHAW J., « Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism », P.P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, 2^e ed., Oxford, OUP, 2011, p. 584. Pour une présentation de ces développements comme précurseurs de la citoyenneté, antérieure à l'arrêt *Martínez Sala*, V. MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne, op. cit.*, p. 26-64.

conclusions de l'Avocat général La Pergola sur *Martínez Sala*⁶²⁸. Les discours retenus sont alors ceux qui sont susceptibles de s'inscrire dans l'intrigue de la citoyenneté de marché (1). Si la Cour avait suivi une autre voie, d'autres signes auraient pu être trouvés pour présenter la voie adoptée comme leur continuation (2)

1. La mise en évidence des signes précurseurs

Le rattachement de la non-discrimination à la citoyenneté et la reconnaissance d'un droit de circuler et de séjourner au citoyen ont souvent été présentés comme la poursuite de cette jurisprudence de la Cour dans le champ de la libre circulation des personnes « économiquement actives ». Ce récit est bien connu et se trouve aujourd'hui dans les manuels, les commentaires d'arrêt ou le discours des avocats généraux et de la Cour. Myriam Benlolo Carabot présente par exemple classiquement les articles consacrés à la citoyenneté de l'Union comme « l'aboutissement d'un processus débuté dès 1957⁶²⁹ ». Dans le même sens, Anastasia Iliopoulou considère que « [l]e concept de citoyen européen existait dans l'ordre juridique européen bien avant la lettre du Traité de Maastricht. Il a été inventé par la Cour dans sa jurisprudence relative aux principes de libre circulation et de non-discrimination⁶³⁰ ». La citoyenneté de l'Union prolonge le processus d'intégration communautaire. En ce qui concerne la connexion de la non-discrimination en raison de la nationalité et de la citoyenneté, Catherine Barnard écrit, en 2013, que :

« Les Traités et la jurisprudence ont depuis longtemps reconnu le lien entre les dispositions relatives aux libertés économiques et la non-discrimination en raison de la nationalité. De même, la jurisprudence développant une proto-citoyenneté était fondée sur la non-discrimination en raison de la nationalité et il n'était donc pas surprenant que les premiers cas sur la citoyenneté aient renforcé ce lien entre la citoyenneté et la non-discrimination en raison de la nationalité⁶³¹. »

⁶²⁸ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 23. On retrouve une formule très proche, dans des conclusions bien antérieures de l'Avocat général Trabucchi, pour écarter une interprétation du Traité qui incluerait les destinataires de service parce que l'on en viendrait « pratiquement à étendre le droit à la libre circulation à tous les ressortissants des États membres, étant donné que chaque personne est effectivement ou potentiellement destinataire de services. AG Trabucchi, ccl sur CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, 118/75, EU:C:1976:106, para. 2. La Cour restreint la possibilité des destinataires de service de se prévaloir de la libre prestation de service en excluant les personnes qui s'établissent dans un autre État membre pour y bénéficier de service pour une durée indéterminée. V. CJCE, 5 octobre 1988, *Steymann / Staatssecretaris van Justitie*, 196/87, EU:C:1988:475. V. ensuite, CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, para. 22.

⁶²⁹ BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, 2006, p. 479-480.

⁶³⁰ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007, p. 39.

⁶³¹ « The Treaties and the case-law have long recognised the link between the economic free movement provisions and non-discrimination on the ground of nationality. The proto-citizenship case-law was also rooted in equal treatment and it came as no surprise that the early citizenship cases should reinforce the link between

Cette filiation a été développée avant même les arrêts du « moment *Martínez Sala* » et joue certainement un rôle décisif, tant dans l'invention de sa solution – les schémas de raisonnement du marché intérieurs sont ceux qui sont connus des acteurs –, que dans sa justification.

Avant même l'introduction des termes de « citoyen de l'Union » dans les traités, certains auteurs avaient commencé à parler d'une « citoyenneté européenne » en raison du développement de la liberté de circulation des personnes et du principe de non-discrimination. Parmi les contributions les plus célèbres, on peut penser à celle de Richard Plender, qui parle « d'une citoyenneté naissante » dès 1976. Celui-ci considère que l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité doit être l'un de ses éléments fondamentaux, à côté de la définition par un critère commun des titulaires de ce statut et de la jouissance de certains droits spécifiques, principalement la liberté de circulation⁶³². Andrew Evans voit en 1984 une forme de citoyenneté se développer, principalement à partir des principes de liberté de circulation et de non-discrimination⁶³³. De même, Christian Hen parle d'une qualité de « citoyen du Marché commun » en 1991⁶³⁴.

Une des illustrations les plus claires du lien entre l'évolution générale du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et de la citoyenneté avant Maastricht se trouve sous la plume du juge Koen Lenaerts. En 1991, dans un article traitant du principe de non-discrimination, il affirme que « même lorsqu'il demeure limité à l'exercice des libertés économiques garanties par le Traité C.E.E., le principe de non-discrimination en raison de la nationalité débouche, en fait, sur une protection du citoyen communautaire en tant que tel⁶³⁵ ». En l'absence de dispositions relatives à la citoyenneté dans les traités, il propose une solution qui préfigure celle qui a été retenue dans l'arrêt *Martínez Sala*, en combinant l'article 7 CEE [art. 18 TFUE] et l'article 8A CEE (à ne pas confondre avec l'article 8A CE). L'article 8A CEE stipule alors : « [l]e marché intérieur comporte un espace sans

citizenship and non-discrimination on the ground of nationality. » BARNARD C., « Citizenship of the Union and the Area of Justice : (Almost) The Court's Moment of Glory », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 510, note omise.

⁶³² PLENDER R., « An Incipient Form of European Citizenship », F.G. JACOBS (dir.), *European law and the individual*, Amsterdam-New York, North-Holland Pub. Co-Elsevier, 1976, p. 39-53.

⁶³³ EVANS A.C., « European Citizenship : A Novel Concept in EEC Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1984, vol. 32, n° 4, p. 679-715.

⁶³⁴ HEN C., « Vers une citoyenneté européenne ? », *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1991, p. 273-292.

⁶³⁵ LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 28.

frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, *des personnes*, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité ».

« Dans la mesure où la libre circulation des personnes tombe ainsi “dans le domaine d’application du présent Traité”, sur la base de la “disposition particulière” que constitue l’article 8A, toute discrimination exercée à l’encontre de citoyens de la Communauté sur la base de leur nationalité est désormais interdite de manière absolue. Si cette évolution a lieu, fût-ce par étapes, elle contribuera largement à la réalisation de l’“Europe du citoyen”⁶³⁶ ».

La solution avait été proposée auparavant par certains auteurs, parmi lesquels l’ancien président de la Cour, Josse Mertens de Wilmars, dans sa note sur *Cowan*⁶³⁷. L’« Europe du citoyen » vient justifier l’extension du principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour, dans des arrêts comme *Mutsch* ou *Cowan*, et contribue plus généralement à promouvoir la généralisation du principe. L’appel à la citoyenneté intervient indépendamment de l’introduction formelle d’un statut de citoyen dans le traité.

Cette rhétorique a été reprise et poursuivie une fois le statut de citoyen formellement reconnu. Dans ses conclusions sur *Bickel et Franz*, l’Avocat général Jacobs mentionne les articles de Josse Mertens de Wilmars et de Koen Lenaerts pour dire que, dans l’arrêt *Cowan*, « la Cour a effectivement fait relever toute personne exerçant son droit à se rendre dans un autre État membre de la protection offerte par l’article 6 [18 TFUE] », tout en soulignant que cette conclusion s’impose « à plus forte raison » depuis l’introduction de dispositions consacrées à la citoyenneté européenne dans le traité⁶³⁸. De manière subtile, l’arrêt *Cowan* est reconstruit comme impliquant déjà la solution de l’arrêt *Bickel et Franz*. Dans ses conclusions sur *Martínez Sala*, l’Avocat La Pergola présente le rattachement de la non-discrimination en raison de la nationalité à la citoyenneté comme « un développement cohérent de la jurisprudence, qui a déjà donné une interprétation large et avancée du principe de non-discrimination⁶³⁹ ».

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁶³⁷ V. VAN DER WOUDE M. et P. MEAD, « Free Movement of the Tourist in Community Law », *Common Market Law Review*, 1988, vol. 25, n° 1, p. 121 et 140 ; MERTENS DE WILMARS J., « L’arrêt *Cowan* », *Cahiers de droit européen*, 1990, n° 3-4, p. 398-399.

⁶³⁸ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para 19 et note 9.

⁶³⁹ AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 23.

Ce rattachement pouvait en effet être construit comme une continuation de l'évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité⁶⁴⁰. En 1997, Gráinne de Búrca résume la situation en disant qu'il serait caricatural de voir le principe de non-discrimination simplement comme un instrument subordonné à la construction du marché, mais qu'il ne peut pas non plus, à l'inverse, être vu comme une valeur découlant d'une philosophie proclamant l'égalité des êtres humains⁶⁴¹. De même, Tony Downes souligne en 2001 que les droits du « citoyen de marché » vont, depuis longtemps, au-delà du simple objectif d'intégration économique⁶⁴². La Cour a développé une jurisprudence prenant en compte l'intégration sociale de l'acteur économique avant l'introduction de la citoyenneté dans les traités. Dans l'arrêt *Di Leo*, souvent cité, elle résume ce mouvement en affirmant que « la libre circulation des travailleurs, exige, pour que celle-ci soit assurée dans le respect de la liberté et de la dignité, des conditions optimales d'intégration de la famille du travailleur communautaire dans le milieu du pays d'accueil⁶⁴³ ».

Les arrêts *Mutsch*⁶⁴⁴ et *Cowan*⁶⁴⁵, déjà mentionnés en tant qu'ils contribuent à justifier la solution de la Cour dans l'arrêt *Bickel et Franz*, sont des exemples emblématiques de cette « citoyenneté de marché » développée par la Cour⁶⁴⁶. Ils illustrent deux des grandes techniques par lesquelles la Cour a étendu la portée du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Dans le premier cas, la construction large de la notion d'« avantage social » de l'art. 7§ 2 du règlement 1612/68 permet d'étendre les situations auxquelles le principe de l'égal traitement des travailleurs s'applique⁶⁴⁷. Dans le second, le lien entre les mesures discriminatoires et un effet dissuasif sur la circulation est, comme nous l'avons vu, très discutable. C'est la protection de « l'intégrité » de la personne ayant exercé son droit de circuler qui prime. Cette évolution de la conception de la non-discrimination a immédiatement été vue comme une « arme puissante⁶⁴⁸ », traduisant la volonté de la Cour d'accélérer

⁶⁴⁰ De manière générale, sur l'évolution du principe de non-discrimination jusqu'au moment *Marínex Sala*, V. ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, France, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

⁶⁴¹ DE BÚRCA G., « The Role of Equality in European Community Law », *op. cit.*, p. 24s.

⁶⁴² DOWNES T., « Market Citizenship : Functionalism and Fig-leaves », R. BELLAMY et A. WARLEIGH (dir.), *Citizenship and governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001, p. 93-106.

⁶⁴³ CJCE, 13 novembre 1990, *Di Leo / Land Berlin*, C-308/89, EU:C:1990:400, para 13.

⁶⁴⁴ CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public / Mutsch*, *op. cit.*.

⁶⁴⁵ CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, *op. cit.*.

⁶⁴⁶ V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 1, B.

⁶⁴⁷ Pour une analyse publiée juste avant l'arrêt *Mutsch*, V. O'KEEFFE D., « Equal Rights for Migrants: the Concept of Social Advantages in Article 7(2), Regulation 1612/68 », *Yearbook of European Law*, 1985, vol. 5, n° 1, p. 93-123. Pour une analyse du rôle que joue l'interprétation de cette disposition par la Cour pour garantir l'égalité au-delà de la circulation du travailleur, V. ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 373s.

⁶⁴⁸ « how powerful a weapon it has become », ARNULL A., « Freedom of establishment and freedom to provide services : metropolitan misfortune », *European law review*, 1989, vol. 14, n° 3, p. 166-169.

le processus d'intégration⁶⁴⁹, voire comme un premier « pas vers une citoyenneté communautaire *de facto* », alors même que l'introduction d'une citoyenneté *de jure* n'était pas perçue comme imminente⁶⁵⁰. S'il n'est pas possible de le détailler ici, ces arrêts s'inscrivent dans un certain contexte et la Cour ne décide pas de façon isolée. Comme l'a justement souligné Niamh Nic Shuibhne, elle reprend ici, au moins en partie, des propositions faites par la Commission ou esquissées par le législateur communautaire⁶⁵¹.

2. L'oubli des autres discours

S'il est possible de souscrire à ce récit, il est primordial de voir qu'il n'est pas le seul possible. En effet, si l'on applique ici le principe de symétrie, on s'aperçoit que cette construction de la citoyenneté comme la poursuite naturelle de la « citoyenneté de marché » était concurrencée par d'autres récits venant au soutien de solutions qui n'ont pas été suivies. Ces autres récits pouvaient être construits de façon à présenter d'autres solutions comme la continuation de la jurisprudence de la Cour. Par exemple, il serait également envisageable de présenter le lien entre les droits fondamentaux et la citoyenneté comme l'aboutissement d'un processus historique. La mise en intrigue conduirait alors à sélectionner d'autres arrêts et d'autres textes. La proximité entre la citoyenneté et les droits fondamentaux avait notamment été soulignée par des auteurs comme Paul Magnette ou Jean-Louis Quermonne⁶⁵². Dans la même perspective, Jean Vergès affirmait en 1994 que le concept de citoyen de l'Union pouvait être vu comme le prolongement de deux mouvements : l'« *Europe des citoyens* », traduisant la volonté « d'échapper au procès en *'technocratie'* », et la création par le juge communautaire, « presque *ex nihilo* », d'« un système efficace de protection des droits fondamentaux⁶⁵³ ».

⁶⁴⁹ V. DE MOOR A., « Article 7 of the Treaty of Rome Bites », *The Modern Law Review*, 1985, vol. 48, n° 4, p. 452-459 ; WEATHERILL S., « Case 186/87, *Cowan v. Le Trésor Public* », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, n° 3, p. 563-581.

⁶⁵⁰ « a step towards the creation of a *de facto* Community citizenship », la note, dans laquelle l'auteur énonce qu'une citoyenneté *de jure* « n'est clairement pas imminente », est omise. WEATHERILL S., « Case 186/87, *Cowan v. Le Trésor Public* », *op. cit.*, p. 575. De même, Josse Mertens de Wilmars souligne dans sa note que l'arrêt rapproche « le domaine des libres circulations garanties et celui de l'Europe des citoyens et tend à l'égalité foncière en matière de déplacement de personnes entre nationaux et ressortissants des autres États membres ». MERTENS DE WILMARS J., « L'arrêt *Cowan* », *op. cit.*, p. 401.

⁶⁵¹ V. SHUIBHNE N.N., « The Third Age of EU citizenship », *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 334s.

⁶⁵² MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 65s. ; QUERMONNE J.-L., « L'impact du Traité d'Amsterdam sur la citoyenneté européenne. Paradoxes ou révolution ? », B. BADIE et P. PERRINEAU (dir.), *Le citoyen : mélanges offerts à Alain Lancelot*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 297-309.

⁶⁵³ VERGES J., « Droits fondamentaux et droits de la citoyenneté dans l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, 1994, n° 4, p. 75.

On trouve des éléments annonciateurs pour cette solution, comme pour celle qui a été adoptée, avec l'invocation d'une citoyenneté impliquant la protection des droits fondamentaux devant le juge. Dans ses célèbres conclusions sur *Konstantinidis*, l'Avocat général Jacobs affirme qu'un ressortissant ayant exercé sa liberté de circulation, au sens des libertés de circulation économiques, devrait pouvoir affirmer sa citoyenneté européenne – « *civis europeus sum* » – pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux⁶⁵⁴. Christian Hen explique, en 1991, que « cette attribution de droits fondamentaux aux ressortissants communautaires et leur protection par rapport aux institutions sont un élément supplémentaire dans le sens d'une véritable citoyenneté européenne⁶⁵⁵ ». La connexion de la citoyenneté et des droits fondamentaux n'allait pas sans difficulté. Au-delà de la définition de la compétence de la Cour, la question du statut des ressortissants d'États tiers pose problème, la logique universaliste des droits fondamentaux s'opposant au caractère exclusif de la citoyenneté⁶⁵⁶. Toutefois, ainsi qu'il a été dit, la solution retenue n'allait pas non plus sans difficulté. Si cette voie avait été suivie, les arrêts précurseurs ne seraient plus *Mutsch* ou *Cowan*, mais les arrêts de la Cour relatifs à la protection des droits fondamentaux, comme *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* ou *Nold*⁶⁵⁷. Les traités pourraient également être convoqués, avec le préambule de l'Acte Unique européen, l'article F § 2 du Traité de Maastricht disposant que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » et, surtout, les dispositions du Traité d'Amsterdam reconnaissant la compétence de la Cour pour contrôler le respect de cet article dans le domaine communautaire et dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ L'Avocat général prend alors l'exemple d'une législation pénale non-discriminatoire – l'amputation de la main droite pour vol – mais qui serait, selon lui, sans nul doute une sanction inhumaine et dégradante (para. 45). AG Jacobs, ccl sur CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, C-168/91, EU:C:1993:115, para 46.

⁶⁵⁵ HEN C., « Vers une citoyenneté européenne ? », *op. cit.*, p. 280.

⁶⁵⁶ V. BLUMANN C., « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne: entre concurrence et complémentarité », *Libertés, justice, tolérance: mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 265-281. Ceci explique d'ailleurs que la proposition de lier la citoyenneté aux droits fondamentaux se double parfois d'une proposition de ne pas limiter la citoyenneté aux seuls nationaux des États membres. V. par ex. O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *op. cit.* ; BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 708.

⁶⁵⁷ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder / Ville d'Ulm*, 29/69, EU:C:1969:57 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, EU:C:1970:114 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG / Commission*, 4/73, EU:C:1974:51.

⁶⁵⁸ L'expression de cette compétence est un peu simplifiée. V. art. 46 TUE et les différents renvois.

Si la voie adoptée par la Cour peut être construite comme un développement naturel de sa jurisprudence antérieure, certaines voies non suivies auraient également pu l'être. Toutes les solutions discutées n'étaient pas nécessairement aussi faciles à justifier. Toutefois, certaines, comme la connexion avec les droits fondamentaux, ou le refus de donner un effet aux dispositions relatives à la citoyenneté, bénéficiaient d'un large soutien. La seconde n'impliquait d'ailleurs pas un effort de justification particulièrement important. Comme le remarquaient Sybilla Fries et Jo Shaw, il s'agissait tout simplement de décider que les nouvelles dispositions ne changeaient pas « ce qui a toujours été considéré comme donné⁶⁵⁹ ». Les participants à la controverse qui portaient ces propositions alternatives les ont construites comme s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence de la Cour et l'on peut penser que, si elles avaient été retenues, les manuels, les conclusions des avocats généraux et la Cour les présenteraient également comme telles aujourd'hui. Elles nous permettent de voir, en négatif, l'importance du travail de naturalisation à l'œuvre dans la présentation de la jurisprudence par la Cour elle-même ou d'autres participants au débat, comme la doctrine, mais également les parties qui ont souvent intérêt à construire leur proposition comme s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence.

Ces observations permettent d'ailleurs d'expliquer des discours qui peuvent parfois sembler contradictoires, comme l'affirmation concomitante du bouleversement fondamental contenu dans un arrêt et de sa continuité avec la jurisprudence antérieure, ou bien du caractère surprenant d'une solution et de son inscription dans une pratique habituelle. Aussi originales que soient les solutions proposées – œuvre du travail de construction des participants à la controverse –, les présenter comme le développement naturel de la jurisprudence ou d'un concept leur donne le plus de chance d'être acceptées – œuvre du travail de naturalisation. En outre, les observateurs de la Cour peuvent s'accoutumer à son œuvre créatrice. Alexander Somek, critiquant les arrêts comme présentant un développement « hautement surprenant, pour dire le moins⁶⁶⁰ », se trouve obligé d'ajouter, pour éviter de proférer une affirmation par trop ingénue, que « cette jurisprudence est aussi surprenante et inventive que d'habitude – et donc, pas si surprenante que cela⁶⁶¹ ».

⁶⁵⁹ « It has always been assumed » FRIES S. et J. SHAW, « Citizenship of the Union », *op. cit.*, p. 535 et 536.

⁶⁶⁰ « a highly surprising development, to say the least » SOMEK A., *Individualism, op. cit.*, p. 204.

⁶⁶¹ « The jurisprudence is as surprising and inventive as usual – and hence not so surprising at all. » *Ibid.*, p. 211.

SECTION 2. L'AUTOPSIE D'UN ECHEC

En droit comme ailleurs, ce sont les succès qui retiennent l'attention⁶⁶². Pourtant, depuis plusieurs décennies, de nouvelles approches en sciences sociales invitent à s'interroger également sur les échecs. On sait comme Bruno Latour a retracé l'échec d'un projet de métro automatisé⁶⁶³ ou comme Neil McLaughlin a cherché à comprendre comment Erich Fromm – psychanalyste et sociologue important au milieu du XX^e siècle – était tombé dans l'oubli⁶⁶⁴. L'échec, comme le succès, n'est pas vu pour ces auteurs comme s'expliquant uniquement par la qualité intrinsèque d'une idée ou d'un projet, mais par un ensemble de facteurs sociaux et historiques. L'intérêt d'une étude de l'échec doit être rapproché du principe de symétrie, entendu comme principe méthodologique commandant de prendre en compte les différentes positions défendues, qu'elles aient été couronnées de succès ou non⁶⁶⁵. Ce dernier a récemment été défendu comme un principe méthodologique fondamental dans le cadre des études européennes, pour développer une nouvelle approche du processus d'intégration⁶⁶⁶.

La ligne de justification fondée sur la non-discrimination dans l'arrêt *D'Hoop*⁶⁶⁷ et, plus largement, la proposition d'attacher une clause générale de non-discrimination à la citoyenneté, constituent un cas d'échec particulièrement intéressant. La justification initialement adoptée par la Cour, présentée dans le premier chapitre, mêle différentes structures de raisonnement⁶⁶⁸. Elle a été suivie dans trois affaires, avant d'être abandonnée sous cette forme, en même temps que la formule garantissant le même traitement juridique aux citoyens dans l'exercice de leur libre circulation. Par la suite, la Cour continue à se référer à ces arrêts, mais elle ne reprend que la partie de la justification qui construit la différence de traitement entre les citoyens migrants et les autres comme constitutive d'une entrave à la circulation. L'autre ligne de justification, qui se fondait sur la non-discrimination en raison de la nationalité sinon en raison de la circulation, a été abandonnée.

⁶⁶² V., toutefois, l'autopsie d'un « non-revirement » de jurisprudence : CARPANO E., « Autopsie d'un revirement avorté : retour sur la saga *Jégo-Quéré / Unión de Pequeños Agricultores* », E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, 2012, p. 181-208.

⁶⁶³ LATOUR B., *Aramis ou L'amour des techniques*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1992.

⁶⁶⁴ MCLAUGHLIN N., « How to Become a Forgotten Intellectual: Intellectual Movements and the Rise and Fall of Erich Fromm », *Sociological Forum*, 1998, vol. 13, n° 2, p. 215-246.

⁶⁶⁵ Sur le principe de symétrie, V. *supra*, introduction.

⁶⁶⁶ ADLER-NISSEN R. et K. KROPP, « A Sociology of Knowledge Approach to European Integration : Four Analytical Principles », *Journal of European Integration*, 2015, vol. 37, n° 2, p. 155-173.

⁶⁶⁷ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*

⁶⁶⁸ V. chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

L'abandon de la formule selon laquelle « la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler » fait partie des « principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union » et l'absence de consécration d'un principe général de non-discrimination donnent un contrepoint intéressant à l'étude des solutions qui se sont finalement imposées (§ 2). Avant d'aborder l'échec en lui-même, il convient de montrer comment le cas peut être lu en termes de travail conceptuel. L'hésitation dont fait preuve la Cour et les différentes solutions défendues par les participants à la controverse permettent en effet de présenter de façon approfondie et systématique le travail mis en œuvre par les différents participants à la controverse dans une affaire (§ 1).

§ 1. DÉCIDER UN CAS : LE TRAVAIL CONCEPTUEL À L'ŒUVRE

L'univers des possibles, pour le juge ou les autres participants à la controverse, dépend des matériaux juridiques qu'ils peuvent invoquer (traité, directives, arrêts etc.) et du contexte culturel dans lequel ils s'inscrivent, mais aussi du travail qu'ils mettent en œuvre. Illimité *in abstracto*, l'univers des possibles n'est pas aussi étendu en pratique. Le travail ne peut pas tout ; certaines solutions semblent indéfendables, quel que soit le travail déployé par un participant à la controverse. Pour prendre un exemple extrême, il semblerait sans doute impossible à tout locuteur compétent en droit de l'Union que la Cour puisse, dans l'arrêt *D'Hoop*, décider que c'est la justice divine qui doit guider l'interprétation du droit de l'Union et que cela implique de reconnaître au citoyen le droit d'obtenir des institutions belges une aide telle que le *minimex*. Sans aller aussi loin, il paraîtrait difficilement envisageable que la Cour adopte une configuration du « droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité » complètement différente de celle qu'il prend dans le reste de sa jurisprudence, en décidant par exemple qu'il ne comprend pas le *devoir* pour le juge national d'exercer son *pouvoir* d'écartier une norme discriminant le citoyen en raison de sa nationalité⁶⁹. C'est en ce sens que, le plus souvent, le travail conceptuel a lieu à la marge.

Le travail des acteurs permet parfois de construire des solutions comme acceptables alors qu'elles ne le semblaient pas au premier abord. C'est en ce sens que l'univers des possibles n'est pas donné, mais construit dans le cadre de la controverse juridique. Aucun participant à la controverse n'étant un Hercule, au sens du juge mythique de Dworkin, l'influence des différents participants dépend de

⁶⁹ Rappelons que les mots en italique correspondent à l'analyse hohfeldienne des droits. Sur cette dernière, V. *supra*, chapitre 1, section 2, § 2, A.

l'effort qu'ils déploient ainsi que de leur savoir-faire⁶⁷⁰. Il est loisible de faire l'hypothèse que, comme dans le modèle de l'économie néoclassique, la productivité du travail marginal est décroissante. Plus les acteurs essaient de trouver de bons arguments juridiques pour défendre une solution ou pour en trouver une à laquelle ils n'ont pas encore pensé, plus ils sont susceptibles de réussir, mais, après un certain temps, il est de moins en moins probable de trouver une nouvelle solution ou un nouvel argument satisfaisant. Au-delà de l'effort fourni, leur chance de succès dépend de leur savoir-faire, dans un sens large, qui inclut la connaissance du système, leur expérience et, pourquoi pas, leur talent.

Si l'univers des possibles n'est pas déterminé à l'avance, ce qui peut être défendu avec succès est limité par le contexte dans lequel opèrent les participants ; c'est le sens de l'expression « travail dans un *medium* ». Toute solution n'est pas aussi facile à défendre dans un environnement donné. Duncan Kennedy propose une relecture de l'opposition des cas évidents et des cas difficiles en termes de travail conceptuel. Un cas évident, au sens hartien, est un cas simple pour ceux qui sont en faveur de la solution évidente. Au contraire, il s'agit d'un cas difficile pour ceux qui souhaitent une autre solution. Proposer une autre solution ayant une chance d'être acceptée n'est pas impossible, mais demande un travail conceptuel important et celle-ci aura de faibles chances de succès. C'est d'ailleurs ce qu'expriment les praticiens lorsqu'ils disent par exemple que l'affaire est difficile pour un avocat. Un « cas difficile » pour l'avocat d'une partie est un « cas évident » au sens de Hart dans lequel la solution *prima facie* va à l'encontre de ce que souhaite son client. On perçoit ici que la notion de travail conceptuel permet d'intégrer un certain nombre d'observations qui peuvent sembler tomber sous le sens, mais qui ne sont pas toujours incluses dans les réflexions sur l'activité du juge.

L'univers des possibles n'est pas limité *a priori* ou *in abstracto*, il dépend du travail que les différents participants à la controverse déploient dans un contexte discursif particulier (A). Deux grands types d'opérations sur les concepts peuvent être distinguées, celles qui portent sur les conditions dans lesquels ils peuvent être employés et celles qui concernent les conséquences que leur emploi entraîne (B).

⁶⁷⁰ KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 162. De manière plus générale, sur l'économie du travail juridique, V. *Ibid.*, p. 166s.

A. Construire l'univers des possibles

Les différentes solutions qui ont été directement proposées ou envisagées lors de l'affaire *D'Hoop* montrent les différentes façons dont le cas aurait pu être construit (1). Il faut s'arrêter sur le recours, dans la controverse, à la critique de certaines solutions comme « artificielles » (2).

1. Les différentes constructions envisagées

Le travail conceptuel est très perceptible dans l'arrêt *D'Hoop*. En effet, les deux schémas de justification précédemment présentés montrent déjà que la différence de traitement peut être construite comme discriminatoire en raison de la nationalité ou bien comme constitutive d'une entrave⁶⁷¹. D'autres solutions auraient raisonnablement pu être défendues dans le contexte du droit de l'Union. Certaines se trouvent d'ailleurs invoquées, plus ou moins directement, par les acteurs de la controverse. Tout d'abord, la Cour aurait pu construire la situation comme une discrimination indirecte en raison de la nationalité. Une telle construction était, il est vrai, loin d'être évidente. Elle était pourtant possible au prix d'un certain travail conceptuel, déjà mis en œuvre par la Cour dans d'autres contextes. Le problème que pose le cas de Mme D'Hoop n'est en effet pas complètement nouveau. Comme le remarque Nicolas Bernard, en 1996, la « véritable difficulté » de ce type de situation est que certaines règles, ici la condition d'avoir terminé ses études en Belgique, « discriminent (indirectement) les nationaux d'autres États membres mais se trouvent également avoir un effet négatif sur certains nationaux de l'État ayant édicté la règle⁶⁷² ».

Dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs salariés et indépendants, la Cour avait déjà jugé qu'un ressortissant national pouvait invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité contre son propre État membre dans des situations similaires. Dans l'arrêt *Scholz*, elle avait décidé que le refus de prendre en compte l'expérience professionnelle dans un autre État membre, s'agissant d'un concours pour le recrutement d'un agent de restauration à l'Université de Cagliari, constituait une discrimination indirecte pouvant être invoquée par un national. Le requérant, d'origine allemande, avait acquis la nationalité italienne par mariage et ne pouvait faire valoir son expérience en

⁶⁷¹ Sur ces schémas et la situation en cause dans l'affaire, V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

⁶⁷² « The real difficulty is that the typical situations in which Community nationals invoke Community law against their own State are not situations of discrimination against one's own nationals but instead tend to concern rules that (indirectly) discriminate against nationals of other member States but also happen to have a negative impact on some nationals of the State which issued the rule. » BERNARD N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 87.

Allemagne⁶⁷³. La situation était assez particulière puisque le requérant était discriminé en raison de sa nationalité passée. De façon plus proche de la situation en cause dans l'affaire *D'Hoop*, la Cour avait estimé, lors de l'arrêt *Angonese*, que l'obligation de produire un certificat de langue uniquement délivré dans la province de Bolzano constituait une discrimination sur le fondement de la nationalité, dont pouvait se prévaloir un italien ayant séjourné à l'étranger⁶⁷⁴.

Si, dans ces deux affaires, la Cour décide clairement sur le fondement de la non-discrimination en raison de la nationalité, les raisons pour lesquelles les requérants peuvent s'en prévaloir ne sont pas des plus claires. Il est possible de penser qu'elle assimile certains nationaux aux travailleurs migrants d'une autre nationalité travaillant dans l'État membre⁶⁷⁵. Alexander Somek voit ainsi se dessiner dans ces affaires un des « personnages les plus fantastiques du droit communautaire, “l'étranger honoraire⁶⁷⁶” ». On est proche d'une forme de sanction des discriminations à rebours. Il est aussi possible que la Cour prenne en compte le fait que le ressortissant d'un État tiers qui se serait trouvé dans la situation de MM. Scholz ou Angonese aurait pu se prévaloir du droit de l'Union. Le raisonnement peut aussi s'analyser comme procédant d'une montée en généralité. Le contrôle de la Cour se rapprocherait d'un contrôle abstrait. Elle n'examinerait pas les mesures par rapport à la situation du requérant dans l'affaire en cause, mais évaluerait si de telles mesures pourraient être discriminatoires de manière générale⁶⁷⁷. Ceci pose toutefois problème car l'interprétation de la disposition du droit de l'Union demandée à la Cour, dans le cadre du renvoi préjudiciel, devrait être liée à l'objet du litige au principal⁶⁷⁸.

Revenant à l'arrêt d'Hoop, le travail conceptuel n'est pas limité à ce qui a été évoqué dans l'affaire ; d'autres solutions auraient pu être retenues, même en se limitant aux techniques et structures usuelles du droit de l'Union. La Cour aurait par exemple pu construire la situation en faisant jouer un rôle très

⁶⁷³ CJCE, 23 février 1994, *Scholz / Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, C-419/92, EU:C:1994:62.

⁶⁷⁴ CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, EU:C:2000:296.

⁶⁷⁵ En ce sens, V. ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 115, note 347.

⁶⁷⁶ « one of the most fantastic figures of EC law, namely, the “honorary foreigner” ». SOMEK A., *Individualism*, *op. cit.*, p. 216-217.

⁶⁷⁷ En ce sens, V. CJCE, 23 février 1994, *Scholz / Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, *op. cit.*, para. 78 à 12, et, plus clairement, CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, *op. cit.*, para. 38 à 42. C'est, semble-t-il, l'interprétation de l'Avocat général Geelhoed, qui explique que : « [b]ien que la Cour ait qualifié cette condition de discrimination au détriment des ressortissants des autres États membres par rapport aux citoyens italiens, il ne fait aucun doute, selon moi, que la condamnation de cette condition vaut également à l'égard de M. Angonese puisqu'en tant que citoyen italien, il avait acquis ses aptitudes linguistiques dans un autre État membre. » V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 52.

⁶⁷⁸ V. VANDERSANDEN G., *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Répertoire pratique du droit belge », 2013, p. 93s.

différent à la citoyenneté en utilisant le modèle *Collins*⁶⁷⁹. Dans ce cas, elle aurait pu considérer que la requérante pouvait se prévaloir de la liberté de circulation des travailleurs, interprétée à la lumière des dispositions relatives à la citoyenneté, pour contester la discrimination dont elle faisait l'objet. Loin d'être fantaisiste, cette solution est celle que la Cour retient dans l'arrêt *Ioannidis*⁶⁸⁰, qui présentait une situation similaire à de nombreux égards. Le requérant était un ressortissant grec qui, après avoir fait trois ans d'études supérieures en Belgique et suivi une formation de huit mois en France, s'était vu refuser l'allocation d'attente en Belgique au motif qu'il n'y avait pas fait ses études secondaires. La Cour décide que :

« [...] compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 39, paragraphe 2, CE [45 § 2 TFUE] une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre⁶⁸¹ ».

Dans l'arrêt *D'Hoop*, la Cour, bien qu'interrogée sur la liberté de circulation du travailleur, avait refusé ce raisonnement. En vertu d'une « jurisprudence constante », elle avait dit que Mme D'Hoop ne pouvait se prévaloir des avantages conférés par le traité et le droit dérivé aux travailleurs migrants, car cela supposerait qu'elle ait « déjà accédé au marché du travail par l'exercice d'une activité professionnelle réelle et effective » et que « tel n'est pas, par définition, le cas de jeunes gens qui cherchent un premier emploi⁶⁸² ». Prenant en compte l'arrêt *D'Hoop* sur ce point, la demande préjudicielle a été formulée par rapport au statut de citoyen dans l'affaire *Ioannidis*. C'est la Cour qui décide de statuer sur la liberté de circulation du travailleur, en reprenant l'arrêt *Collins* décidé entre temps. En conséquence, elle ne statue pas directement sur la liberté de circulation du citoyen⁶⁸³. Comme dans l'arrêt *Collins*, le statut de citoyen permet de justifier une évolution de l'interprétation des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. Il faut toutefois noter que, à la différence de l'affaire *D'Hoop*, l'établissement d'une discrimination en raison de la nationalité ne posait pas de difficulté, le requérant n'étant pas un ressortissant belge.

⁶⁷⁹ CJCE, 23 mars 2004, *Collins, op. cit.*. Sur le modèle, V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 1, B.

⁶⁸⁰ CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, C-258/04, EU:C:2005:559.

⁶⁸¹ *Ibid.*, para. 22.

⁶⁸² CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop, op. cit.*, para. 18.

⁶⁸³ Au contraire, l'Avocat général estimait que les dispositions relatives à l'égalité de traitement des travailleurs ne s'appliquaient pas et proposait en conséquence de recourir à la citoyenneté. V. AG Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis, op. cit.*, para. 50s.

2. La critique de l'artificialité des constructions proposées

C'est précisément la nationalité belge de la requérante au principal, dans l'affaire *D'Hoop*, qui rendait difficile la caractérisation d'une discrimination en raison de la nationalité. Comme il a été écrit, la Cour aurait pu construire la situation comme discriminatoire en raison de la nationalité, en reprenant la solution des arrêts *Scholze* et *Angonese*. Cette jurisprudence, impliquant un travail conceptuel important, avait toutefois déjà fait l'objet de sérieuses critiques doctrinales. La solution de la Cour avait été qualifiée de « quelque peu artificielle et sujette à critique⁶⁸⁴ » ou présentée comme « vague de façon embarrassante et tronquée⁶⁸⁵ ». Il avait aussi été écrit qu'un raisonnement prohibant les discriminations contre les personnes ayant exercé leur liberté de circulation aurait avantageusement pu la remplacer⁶⁸⁶. Présentant l'arrêt *D'Hoop* comme reposant uniquement sur la liberté de circulation, Damian Chalmers, Gareth Davies et Giorgio Monti écrivent par exemple que cela permet d'éviter une analyse en termes de nationalité, souvent « artificielle voire impossible⁶⁸⁷ ».

La dénonciation de l'artificialité d'une construction est une argumentation relativement commune. Au premier abord, elle n'est guère surprenante et semble même redondante. En effet, si l'on refuse l'existence des concepts en dehors de nous, dans le monde des idées ou dans la nature, le statut de citoyen est artificiel, de même que les concepts de propriété, d'État ou de personne chez Hart, Ross ou Thomas⁶⁸⁸. Dans le discours prenant le droit pour objet, les approches artificielles peuvent être opposées aux approches essentialistes. Dans le discours doctrinal, en dehors d'un débat sur le caractère construit du droit, la présentation d'une solution comme artificielle pourrait laisser penser que d'autres ne le seraient pas – il s'agirait en ce sens d'un argument essentialiste. Penser que cette affirmation suppose une approche essentialiste – pour éventuellement la disqualifier comme erronée – serait toutefois tomber dans l'erreur d'une lecture externe des pratiques discursives⁶⁸⁹.

Il convient plutôt de s'interroger sur ce que signifie cette qualification dans le contexte du discours doctrinal. Utilisée par Anastasia Iliopoulou ou Damian Chalmers *et alii*, l'expression ne vise pas à dire que seuls certains concepts sont artificiels, par opposition à d'autres qui seraient naturels, mais à

⁶⁸⁴ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁸⁵ « uncomfortably vague and incomplete », LANE R. et N.N. SHUIBHNE, « Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000 », *Common Market Law Review*, 2000, vol. 37, n° 5, p. 1243.

⁶⁸⁶ BERNARD N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *op. cit.*, p. 89.

⁶⁸⁷ CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law : text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 484.

⁶⁸⁸ V. *supra*, introduction.

⁶⁸⁹ V. *supra*, introduction.

exprimer un décalage entre la construction proposée par la Cour et ce qu'ils jugent comme un raisonnement convainquant dans le cadre discursif du droit de l'Union. Il faut entendre par artificiel ce qui entre en conflit avec ce qui est naturalisé, au sens de ce qui n'est plus questionné. Ainsi comprise, l'appréciation n'a rien d'absolu mais elle s'inscrit au sein d'une pratique donnée. En outre, elle est susceptible de degrés. En ce sens, en s'inspirant de la façon dont Duncan Kennedy présente la contrainte, il faut dire que l'artificialité ou la naturalité d'une solution exprime le travail ou l'effort nécessaire pour l'imaginer et la faire accepter. Plus l'effort est important, plus la solution peut être vue comme artificielle. *A contrario*, moins il y a d'effort à fournir, plus la solution peut être vue comme naturelle.

L'artificialité d'une solution dépend du contexte dans lequel elle intervient et du moment où elle est proposée. La justification fondée sur le caractère entravant de la différence de traitement en fournit un bon exemple. Concevoir que les dispositions limitant l'allocation d'attente aux personnes ayant fait leurs études secondaires en Belgique constituent une restriction à la liberté de circuler du citoyen peut paraître surprenant à celui qui ne possède pas un ensemble de connaissances spécifiques au droit des libertés de circulation. Avant sa mise en œuvre par la jurisprudence, la construction de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour paraissait sans doute très artificielle. Elle a d'ailleurs fait l'objet de critiques importantes au moment de l'arrêt *Singh*⁶⁹⁰. Toutefois, à mesure que la solution a été répétée, elle est devenue de plus en plus naturelle aux différents acteurs et sa transposition au cas citoyen a impliqué moins d'efforts que si le raisonnement avait été bâti *ab initio*. Le travail conceptuel n'est pas absent, mais il se trouve imbriqué dans des formes existantes.

Il serait aussi possible de questionner le fait qu'une personne dans la situation de Mme D'Hoop puisse être dissuadée de quitter la Belgique en raison d'une éventuelle perte de l'allocation d'attente dans le cas où elle déciderait d'y retourner et se trouverait au chômage. En effet, la Cour ne livre aucune analyse de l'effet dissuasif d'une telle mesure, qui se trouve plus postulé que démontré. Il s'agit toutefois, ici encore, d'une pratique commune dans le cadre du marché intérieur, qui tend à déduire de la différence de traitement un effet dissuasif suffisant à caractériser une restriction à la liberté de circulation. Une appréciation portée dans un autre cadre, par exemple celui d'une enquête

⁶⁹⁰ V. nt. « Singh is a particularly vermicular can of worms. There was a fair and fairly apparent Community element in the Singhs' adventures: they had lived and worked together (so exercising a Treaty right) in Germany and they co-owned the undertaking established in the UK (although they were in the final throes of a divorce). But how far can the principle extend ? » LANE R. et N.N. SHUIBHNE, « Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000 », *op. cit.*, p. 1242.

sociologique sur la mobilité des jeunes en Europe, n'aboutirait pas nécessairement à dire que la mesure contestée dissuade ceux-ci de circuler.

B. Les types d'opérations sur les concepts

Dans l'affaire *D'Hoop* et les suivantes, on perçoit bien que ce qui est en cause, ce ne sont pas uniquement les techniques mises en œuvre pour interpréter tel ou tel article du traité, ni la seule qualification d'une situation pour lui appliquer un régime juridique connu. Parler de travail conceptuel, plutôt que s'interroger en termes de techniques d'interprétation ou de qualification d'une situation de fait, permet de mieux saisir l'univers des possibles qui s'offrent aux différents acteurs. S'intéresser aux techniques d'interprétation conduit en effet à mettre l'accent sur le texte à interpréter, alors que ce qui est à l'œuvre dépasse largement celui-ci. Il s'agit de construire une justification dans le cadre d'un cas. S'interroger sur la qualification, à la différence du raisonnement en termes de techniques d'interprétation, présente l'avantage de prendre en considération le cas. Toutefois la question est le en général présentée comme un choix entre différents régimes juridiques déterminés par ailleurs. Le problème est que la controverse porte le plus souvent sur la détermination de ces régimes en même temps que sur les cas dans lesquels on peut les mettre en œuvre. Parler de travail conceptuel permet de mettre en évidence le fait que l'action des participants à la controverse porte à la fois sur la détermination de ces régimes et sur la construction des cas.

L'opération de qualification peut être vue comme une « opération consistant à mettre en présence deux systèmes conceptuels, l'un qui décrit une situation de vie [...], l'autre qui confère à cette situation sa qualification juridique⁶⁹¹ ». Comme le souligne François Rigaux, il ne s'agit pas d'un simple passage du fait au droit puisque, « [p]our être appréhendés par la norme juridique les faits doivent être introduits dans un appareil conceptuel, celui du langage⁶⁹² », voire, pourrait-on ajouter, celui des droits nationaux dans le cas du renvoi préjudiciel⁶⁹³. La critique du raisonnement juridique comme procédant essentiellement d'un syllogisme a depuis longtemps montré que la qualification ne devait pas être vue comme un acte de connaissance, exempt de toute appréciation, mais qu'elle consistait en l'assignation d'un régime juridique à une situation de fait⁶⁹⁴. Ceci n'est pas contestable et, nous semble-t-il, plus

⁶⁹¹ RIGAUX F., « Qualification », A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 498.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ Si les situations sont nécessairement imbriquées dans des dispositifs conceptuels nationaux, la Cour peut, au moins dans certains cas, s'en écarter et qualifier la situation dans les termes du droit de l'Union. Il s'agit d'un des aspects de la doctrine des « concepts autonomes ».

⁶⁹⁴ V. par ex., dans des traditions très différentes, GENY F., *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Société du Recueil Sirey, 1930, vol. IV ; HART H.L.A.,

guère contesté. Le problème est que ces approches ont tendance à présenter le choix à faire comme une alternative entre des régimes juridiques déjà bien déterminés. Ainsi souligne-t-on classiquement en droit civil français que décider que les pigeons de colombier sont un immeuble s'explique par la volonté de leur appliquer le régime juridique des immeubles.

Cette analyse est adaptée lorsque le régime juridique d'une qualification semble inébranlable ; le risque est d'oublier que celui-ci peut toujours être modifié et qu'il peut, lui aussi, faire l'objet de la controverse. Dans le cadre d'une approche en termes de travail conceptuel, il faut insister sur le fait que la controverse porte sur les conditions dans lesquelles un concept peut être mobilisé, mais qu'elle porte aussi, et parfois en même temps, sur les conséquences qui en découlent. Ceci se perçoit très bien avec les affaires *D'Hoop* et *Ioannidis*. La question ne se résume pas à décider si une personne doit être catégorisée comme un citoyen ou un travailleur, pour lui appliquer un régime bien défini, comme on déciderait si un pigeon est un meuble ou un immeuble. Il s'agit également de déterminer le régime qu'entraîne une telle qualification. Dans l'affaire *D'Hoop*, la Cour voit la requérante dans sa qualité de citoyenne, ce qui n'était pas contesté ; elle contribue ainsi à définir ce qui découle du concept de citoyen : pouvoir contester une mesure discriminant les citoyens ayant exercé leur liberté de circulation. Au contraire, dans l'affaire *Ioannidis*, la Cour modifie les conditions dans lesquelles un requérant peut se prévaloir du statut de travailleur, en s'appuyant sur la qualité de citoyen du travailleur, mais reprend les conséquences qui s'y attachent traditionnellement.

Ces deux types d'opération ont été caractérisées par Giovanni Sartor, à partir d'une lecture inférentielle des concepts juridiques⁶⁹⁵. Il prend l'exemple du récent débat sur la torture aux États-Unis. Pour autoriser le recours à des pratiques comme le *waterboarding* [simulacre de noyade], dans un système où elles sont considérées comme des actes de torture, deux types d'opérations sont possibles. Une première voie est de faire évoluer les conditions dans lesquelles le concept peut être employé (ici, en considérant que le *waterboarding* ne relève plus de la torture). Une seconde solution consiste à changer ce qui découle du concept de torture (le *waterboarding* est un acte de torture, mais il n'est plus prohibé). S'il est, *in abstracto*, possible de dire que la torture n'est pas toujours interdite, d'autres contraintes peuvent peser sur la construction. Elles peuvent être liées à des normes juridiques (l'interdiction de la torture par une norme internationale par exemple) mais aussi résulter de

« Definition and Theory in Jurisprudence », *op. cit.* ; PERELMAN C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1979.

⁶⁹⁵ SARTOR G., « Understanding and Applying Legal Concepts: An Inquiry on Inferential Meaning », J.C. HAGE et D. v d PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Dordrecht ; Londres, Springer, 2009, p. 43s.

considérations plus générales et extérieures au système juridique (la difficulté, sur le plan politique ou moral, de défendre que la torture puisse être autorisée).

Dans le cas où le régime de la torture est modifié, cela peut conduire à un nouveau découpage conceptuel, distinguant différents types d'actes qualifiables de torture, et donc à la détermination de deux nouveaux concepts : les actes de torture autorisés et les actes de torture interdits. Ceux-ci pourraient éventuellement être désignés par un nom. Ce type d'opération est commun. Un exemple bien connu en droit administratif français est la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial, généralement présentée comme conduisant à distinguer, en plus du concept de service public, deux nouveaux concepts auxquels sont attachés deux régimes distincts. Toutefois, de manière aussi commune, ce type d'opération peut entraîner une opposition au nom de l'unité ou de la pureté du concept original. Si cela peut sembler étonnant au regard de l'approche du droit professée par l'auteur, la célèbre critique de Duguit sur l'arrêt *Bac d'Eloka*⁶⁹⁶ en donne un exemple typique : « [d]e deux choses l'une, ou une activité est un service public ou elle ne l'est pas. Si elle est un service public, elle a toujours les mêmes caractères ; toutes les conséquences qui se rattachent à ce qu'elle est un service public doivent s'appliquer⁶⁹⁷. » Autant qu'une critique de la solution retenue pour des raisons liées à ses conséquences sociales ou économiques, l'auteur exprime son désarroi face à une jurisprudence qui remet en cause l'esthétique d'un ordonnancement conceptuel perçu comme inébranlable⁶⁹⁸.

Un autre exemple de ce type de contraintes et du travail conceptuel à l'œuvre pour reconfigurer les concepts juridiques se trouve dans l'étude que fait Michel Troper des « différentes techniques »

⁶⁹⁶ TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91. Sans faire l'histoire de la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial, notons simplement qu'il s'agit d'un exemple qui montre que le changement ne se fait pas en un seul arrêt et que la dénomination d'un concept peut intervenir *a posteriori*. La locution de « service public industriel et commercial » n'apparaît que dans l'arrêt *Société générale d'armement* (Conseil d'État 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec., p.1109). Pour un aperçu et des références bibliographiques, V. PLESSIX B., *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 842.

⁶⁹⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Editions de Boccard, 1928, vol. II, p. 81.

⁶⁹⁸ On peut penser à Hutcheson revenant, dans son article sur l'intuition, sur ses années de jeune juriste : « J'avais l'esprit semblable à une machine automatique. Je cherchais des catégories et des concepts, et les ayant trouvés je leur rendais un culte. Logicien, je croyais en la logique et je la pratiquais. Je ressentais une réelle peine, lorsque quelque concept juridique que j'avais considéré comme permanent, constructif et exhaustif, s'ouvrait comme un filet brisé, laissant mon poisson retomber dans la mer juridique. Paraphrasant Huxley, j'estimais que la grande tragédie du droit, c'est le meurtre d'un beau concept par un vilain fait. » HUTCHESON J.C., « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. II Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 534-535.

utilisées pour restreindre le droit de suffrage sous la Révolution française⁶⁹⁹. S'il ne les présente pas exactement en ces termes, celles-ci peuvent aussi être lues comme mettant en œuvre les deux formes d'action distinguées par Giovanni Sartor. Une première série de techniques affecte les conséquences juridiques découlant du statut de citoyen. Ainsi, la Constitution de 1791 ne lie plus le droit de vote au seul statut de citoyen mais à la qualité de citoyen actif. De même, la Constitution de 1793 exige que le citoyen remplisse des conditions supplémentaires pour qu'il puisse exercer son droit de vote. Dans ces deux cas, le statut de citoyen est largement conféré, mais le droit de vote ne découle plus directement et uniquement de celui-ci – l'opération porte sur les conséquences découlant du concept. La technique adoptée par la constitution de l'an III est fort différente, puisqu'elle joue sur les conditions nécessaires pour pouvoir dire que l'on a le statut de citoyen. Le constituant conserve l'inférence selon laquelle tous les citoyens peuvent voter, mais il limite la qualité de citoyen à une certaine catégorie de la population.

§ 2. L'ÉCHEC D'UNE CLAUSE GÉNÉRALE DE NON-DISCRIMINATION

Après les arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen*, la Cour reconnaît de plus en plus explicitement le rôle de l'entrave dans le champ de la citoyenneté. Dans des situations qui auraient pu être jugées sur le modèle *D'Hoop*, la Cour abandonne une partie de sa justification. Celle-ci n'est plus fondée sur le principe de non-discrimination en tant que tel et la formule selon laquelle la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler est un principe sous-tendant le statut de citoyen de l'Union disparaît. Les citoyens peuvent contester les mesures qui constituent une restriction à la libre circulation garantie par leur statut en se situant clairement dans le schéma de l'entrave.

Les affaires *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen* sont relues de façon asymétrique. Seule la ligne de justification fondée sur l'entrave a tendance à être mentionnée, alors que la ligne de justification fondée sur la non-discrimination est oubliée (A). En outre, la proposition plus ambitieuse de reconnaître une clause générale de non-discrimination n'a pas été suivie (B).

A. L'éviction de la justification fondée sur la non-discrimination

Il est en effet tentant de réduire *a posteriori* la ligne de justification relative à la non-discrimination à un habillage destiné à cacher un véritable raisonnement fondé sur la restriction à la libre circulation,

⁶⁹⁹ TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*

voire de complètement la passer sous silence. Le manuel de Damian Chalmers *et alii* présente l'affaire *D'Hoop* comme mettant en jeu le même type de raisonnement que les arrêts *Grunkin et Paul* et *Rijffler*⁷⁰⁰. Ces deux arrêts sont pourtant clairement fondés sur l'entrave à la circulation, suivant les modèles *Tas-Hagen Tas* et *Schwarz et Gootjes-Schwarz*⁷⁰¹. Les auteurs vont même jusqu'à complètement reformuler l'argument de la requérante :

« Comme [Mme D'Hoop] était une citoyenne belge, il lui était impossible d'invoquer une discrimination en raison de la nationalité. Elle a donc simplement allégué que la règle dissuadait la circulation entre État⁷⁰². »

Or, l'argument de la dissuasion à la circulation n'était pas si simple – pour preuve, il n'a pas été invoqué par Mme D'Hoop et ses conseils – et l'argument de la non-discrimination en raison de la nationalité n'avait rien d'impossible – au point qu'il était soutenu par Mme D'Hoop et la Commission à l'audience⁷⁰³.

Il ne s'agit pas de dénoncer une erreur dans l'ouvrage mais de mettre en évidence le fait que cette reformulation procède d'un travail de reconstruction et de naturalisation du chemin conceptuel adoptée par la Cour. L'arrêt est reformulé et l'argument de Mme D'Hoop prend la forme de l'argument qui serait vraisemblablement le plus efficace au moment où les auteurs écrivent. En outre, alors que cette forme est présentée comme allant de soi, les solutions abandonnées, même celles qui ont pourtant été défendue par la plupart des acteurs au moment de l'affaire, sont présentées comme « impossibles ». Ce type de réécriture est classique. Il relève d'un travail doctrinal de systématisation de la jurisprudence et répond au souci d'exposer simplement les solutions en vigueur à un moment donné. Il ne peut en revanche pas convenir à une réflexion sur ce que fait la Cour dans ces arrêts.

Dans ce cas, le traitement asymétrique des différentes positions et la rationalisation *a posteriori* de la jurisprudence de la Cour constituent un travers dont il faut se défier. Tout d'abord, pour bien saisir

⁷⁰⁰ CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law, op. cit.*, p. 485. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559 et CJCE, 23 avril 2009, *Rijffler*, C-544/07, EU:C:2009:258.

⁷⁰¹ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas, op. cit.*, et CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz, op. cit.*. Ces deux modèles sont assez proches, V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

⁷⁰² « However, she was a Belgian citizen, making it impossible for her to argue nationality discrimination. She therefore simply claimed that the rule deterred interstate movement. » CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law, op. cit.*, p. 484.

⁷⁰³ L'argument était pris au sérieux par les autres acteurs de la controverse au sens où ce n'était pas le jeu du critère de nationalité qui était contesté mais la possibilité pour un citoyen de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité. CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop, op. cit.*, para. 21. V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

ce qui est à l'œuvre, il faut se garder d'une volonté de lire la justification de ces arrêts comme nécessairement cohérente. Un effort pour préserver l'indétermination qui les entoure et l'incertitude qui prévalait sur le devenir de certaines formules est primordial. S'il est vrai que, dès l'origine, certains commentateurs ont insisté sur la justification fondée sur la liberté de circulation – la rhétorique de la non-discrimination n'étant pas forcément discutée dans toutes les notes sous arrêts⁷⁰⁴ –, ces arrêts ont été présentés sous le signe de l'interdiction des discriminations⁷⁰⁵. La doctrine a d'ailleurs immédiatement souligné les hésitations de la Cour et la superposition de différentes justifications dans l'arrêt⁷⁰⁶. La reprise de cette justification dans les arrêts *Pusa* et *Turpeinen*, après la reconnaissance explicite du droit de circuler et de séjourner du citoyen, et malgré des critiques doctrinales importantes sur l'ambiguïté de la justification dans l'arrêt *D'Hoop*, souligne d'ailleurs que la Cour n'entendait pas trancher la question. Dans l'affaire *Pusa*, la Cour évite soigneusement d'adopter une justification se situant clairement sur le fondement l'entrave à la circulation, alors que cette « clarification » lui était instamment proposée par l'Avocat général Jacobs⁷⁰⁷.

Les arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen* sont susceptibles de différentes lectures, qui doivent être prises au sérieux en vertu du principe de symétrie. S'ils peuvent être vus comme une « période transitoire », ce n'est alors qu'en prenant la précaution de bien reconnaître qu'il ne s'agit pas de la transition d'un état donné vers un autre état, connu à l'avance. Le sens d'un arrêt est déterminé au cours de la controverse qui lui fait suite et qui porte notamment sur ce que la Cour a décidé dans l'arrêt. Ce n'est que dans un second temps que la Cour va abandonner une des lignes de justification et se référer aux arrêts *D'Hoop* et *Pusa* comme s'ils avaient été décidés uniquement sur le terrain de l'entrave. De même que dans le manuel de Damian Chalmers *et alii*, il s'agit d'une opération participant à la naturalisation de la voie suivie.

⁷⁰⁴ V., par ex., les commentaires des arrêts *D'Hoop* et *Pusa* dans la revue *Europe* : GAUTIER Y., « CJCE, 11 juill. 2002, *M.-N. D'Hoop*, aff. C-224/98, Citoyenneté de l'Union », *Revue Europe*, 2002, n° 10, com. 316 ; SIMON D., « CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-224/02, *Heikki Antero Pusa*, de la saisie des pensions versées dans un autre État membre pour le remboursement d'une dette contractée dans le pays d'origine », *Revue Europe*, 2004, n° 6, com. 173.

⁷⁰⁵ V., par ex., le commentaire de l'arrêt *Turpeinen* dans la revue *Europe* : MARIATTE F., « CJCE, 9 nov. 2006, aff. C-520/04, *Turpeinen*, Égalité de traitement en matière d'imposition sur le revenu », *Europe*, 2007, n° 1, com. 2. V. également, mettant en exergue la formule des « principes sous-tendant le statut » et voyant le fondement de l'arrêt dans la non-discrimination en raison de la nationalité, FOSTER N., « Family and welfare rights in Europe : the impact of recent European Court of Justice decisions in the area of the free movement of persons », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2003, vol. 25, n° 3, p. 293s.

⁷⁰⁶ V., en ce sens, ILIOPOULOU A. et H. TONER, « A new approach to discrimination against free movers ? », *European Law Review*, 2003, vol. 28, n° 3, p. 389-397.

⁷⁰⁷ V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 31 et AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para 29.

⁷⁰⁷ V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

Alors qu'elle analyse la justification de l'arrêt *D'Hoop*, Anastasia Iliopoulou propose différentes explications permettant de comprendre pourquoi la Cour recourt à la non-discrimination plutôt que de se limiter à l'entrave. Elle considère tout d'abord que la justification fondée sur l'égalité peut avoir un effet de « légitimation », alors que la justification fondée sur l'entrave risque de faire peser sur la Cour le soupçon de l'interventionnisme. Elle souligne ensuite que ce choix pourrait s'expliquer par la reprise, dans l'argumentation des parties, des formules utilisées dans l'arrêt *Martínez Sala*. Enfin, la chronologie des faits de l'affaire pourrait aussi constituer un facteur explicatif. La requérante ayant achevé ses études secondaires en 1991, avant même l'entrée en vigueur des trois directives relatives au séjour des « non-actifs », le fait qu'elle ait exercé un droit de circulation découlant du traité pouvait prêter à discussion⁷⁰⁸. Ces deux dernières raisons montrent de façon intéressante des phénomènes de « dépendance de sentier ». La situation de l'arrêt *Martínez Sala* joue sur la justification adoptée dans l'arrêt *D'Hoop*, puis la situation de l'arrêt *D'Hoop* sur les justifications adoptées dans les arrêts *Pusa* et *Turpeinen*. Cette dépendance ne se poursuit toutefois pas au-delà, puisque la ligne de justification est abandonnée.

Comme l'a notamment soutenu Bruno Latour, l'échec ou le succès ne s'expliquent pas nécessairement par les qualités intrinsèques d'une solution, mais par un ensemble de facteurs sociaux et historiques. L'affirmation est sans doute beaucoup plus triviale en droit que dans le cas des innovations techniques. Différentes raisons conduisant à l'abandon de la structure de raisonnement fondée sur la non-discrimination peuvent être avancées. La Cour a pu être sensible aux fortes critiques doctrinales relayées par ses avocats généraux⁷⁰⁹. Surtout, la voie de l'entrave, qui pouvait susciter des craintes d'activisme, offrait, pour cette même raison, un instrument d'une très grande puissance. À partir du moment où la liberté de circulation est vue comme une liberté fondamentale au sens du traité, tout un ensemble de structures types de raisonnement et de cas antérieurs pouvaient être convoqués par les différents participants à la controverse. Si cette voie n'a pas le même effet de légitimation que l'appel à l'égalité, elle introduit le statut de citoyen au sein d'un cadre conceptuel à la dynamique bien éprouvée. L'échec de la justification fondée sur la non-discrimination en raison d'autres critères que la nationalité s'explique sans doute essentiellement par le succès de la ligne de justification fondée sur l'entrave à la circulation.

⁷⁰⁸ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁰⁹ Sur ces critiques, V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

Le choix d'une ligne de justification plutôt qu'une autre n'est pas sans importance. En effet, si dans certaines affaires, comme l'arrêt *D'Hoop*, il est possible de remettre en cause une mesure parce qu'elle restreint la liberté de circuler ou parce qu'elle constitue une discrimination en raison de la circulation, toutes les situations ne sont pas susceptibles d'être construites de ces deux façons. De nombreuses mesures constituent une entrave sans pour autant résulter d'une discrimination (comme c'est par exemple le cas dans l'arrêt *Singh*). La reconnaissance plus générale de l'entrave non-discriminatoire, à l'instar de ce que la Cour a fait pour les autres libertés de circulation, est donc susceptible d'entraîner le contrôle de très nombreuses mesures. En revanche, les mesures susceptibles d'être considérées comme discriminatoires sur le fondement de la mobilité sont en principe aussi susceptibles d'être constitutive d'une entrave, d'autant plus que la Cour ne mène en général pas un véritable examen du caractère dissuasif de la mesure mais tend à le déduire de la différence de traitement. Toutefois, sanctionnant un nouveau critère de différenciation, à côté de la nationalité, la justification fondée sur la non-discrimination pouvait être vue comme rendant possible le développement d'un principe général de non-discrimination. La formule très générale selon laquelle la citoyenneté est sous-tendue par « la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler » pouvait également être lue en ce sens.

B. La proposition d'une clause générale de non-discrimination

La justification dépassant la discrimination en raison de la nationalité était perçue par certains acteurs comme une première étape vers la reconnaissance d'une clause générale de non-discrimination attachée à la citoyenneté. Cette lecture doit être prise au sérieux, au sens du principe de symétrie, même si elle n'a pas été suivie. Il faut préciser que différents principes de non-discrimination se trouvent en droit de l'Union (1) avant de présenter la proposition d'une clause générale de non-discrimination attachée à la citoyenneté, allant au-delà des principes existants (2).

1. Les différents principes de non-discrimination en droit de l'UE

Jusqu'à présent c'est la non-discrimination en raison de la nationalité, garantie par l'article 18 TFUE et les autres articles relatifs aux libertés de circulation, qui a été mentionnée. Elle se distingue du principe d'égalité proclamé par la Cour comme un principe général du droit de l'Union, notamment dans l'arrêt *Ruckdeschel* en 1977⁷¹⁰, ou de la clause de l'article 19 TFUE qui permet à

⁷¹⁰ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e. a. / Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, 117/76 et 16/77, EU:C:1977:160, para. 7. Sur le développement de l'égalité comme principe général du droit communautaire,

l'Union de prendre « les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle⁷¹¹ ». Cette « clause communautaire de lutte contre les discriminations », selon l'expression d'Edouard Dubout, peut être vue comme générale au sens où elle n'est pas strictement limitée au critère de la nationalité. Toutefois, il ne s'agit pas à proprement parler de ce que l'on nomme un principe général de non-discrimination dans la mesure où il s'agit seulement d'une « faculté d'action », impliquant l'intervention du Conseil de l'Union, et parce qu'elle est limitée au « domaine spécifique » des compétences que les traités confèrent à l'Union⁷¹². Si des propositions doctrinales ont lié ce principe aux dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union dans le but de promouvoir une interprétation large de ces dernières⁷¹³, et que l'article fait désormais partie du deuxième titre du TFUE intitulé « non-discrimination et citoyenneté de l'Union », force est de reconnaître que la Cour n'a pas décidé que le statut de citoyen permettait de se prévaloir d'un droit général de ne pas être discriminé.

En outre, dans le titre du TUE consacré aux « dispositions relatives aux principes démocratiques », l'article 9 stipule que « [d]ans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes⁷¹⁴ ». S'il établit expressément un lien entre la citoyenneté et l'égalité, cet article, « exemple notable » de « l'attrait politique, et même constitutionnel⁷¹⁵ » du Traité constitutionnel conservé dans le TUE, n'a encore jamais été mentionné par la Cour à notre connaissance. Il a récemment été mentionné par la Cour constitutionnelle belge dans l'affaire *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*⁷¹⁶. Toutefois, l'Avocate générale, qui propose à la Cour de considérer qu'il n'y a pas atteinte au principe d'égalité de

V. HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003, p. 32s.

⁷¹¹ TFUE, art. 19. V. sur l'histoire de cette disposition, V. BELL M., *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002 ; DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne. Thèses », n° 2, 2006 ; BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre droits européens*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2015.

⁷¹² DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE*, *op. cit.*, p. 11s.

⁷¹³ V. nt. BARNARD C., « Article 13 : Through the looking glass of Union Citizenship », P.M. TWOMEY et D. O'KEEFFE (dir.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Londres, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 375-394.

⁷¹⁴ Sur cet article, V. BORGMANN-PREBIL Y. et M. ROSS, « Article 9 », H.-J. BLANKE et S. MANGIAMELI (dir.), *The Treaty on European Union (TEU) : a commentary*, Heidelberg - New York, Verlag Berlin Heidelberg - Springer, 2013, p. 389-415.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 390.

⁷¹⁶ Alors qu'elle interrogeait la Cour pour savoir si des dispositions de la directive TVA étaient compatibles avec différents principes fondamentaux inscrits dans des instruments juridiques contraignants pour les institutions de l'Union ; notamment s'il ne s'agissait pas d'une discrimination prohibée des services d'avocat par rapport à d'autres services d'intérêt général. La Cour de renvoi semble donc inclure le principe de neutralité fiscal dans le cadre du principe de l'égalité des citoyens. V. CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-543/14, EU:C:2016:605.

traitement, ne mentionne pas spécifiquement l'article 9 TUE⁷¹⁷. Si ces dispositions sont mentionnées, parmi d'autres, c'est pour souligner que la non-discrimination en raison de la nationalité dont nous parlons dans le cadre de la citoyenneté est un principe spécifique qui ne se confond pas avec l'affirmation générale d'un principe de non-discrimination ou d'autres interdictions de discriminer⁷¹⁸.

2. Le projet d'une clause générale de non-discrimination liée à la citoyenneté

S'il n'a pas été adopté par la Cour, le rapprochement entre la citoyenneté et une clause générale de non-discrimination avait été proposé avant même l'arrêt *Martínez Sala*. Certains auteurs avaient suggéré l'introduction d'un principe général de non-discrimination, sur le fondement de l'article 8 A TCE, autorisant le Conseil à intervenir pour faciliter l'exercice des droits de circulation et de séjour du citoyen. Ainsi David O'Keeffe considérait-il que : « [c]omme la citoyenneté devrait permettre l'égalité de traitement, il devrait y avoir un principe d'égalité de traitement d'application générale, qui manque actuellement dans les dispositions du TUE⁷¹⁹ ». L'argument repose sur une certaine vision de la citoyenneté – comme impliquant un principe général d'égalité – et propose la voie du droit dérivé pour y parvenir. L'article 8 A TCE est également vu comme une des solutions possibles pour consacrer un principe général d'égalité, parmi de nombreuses autres voies envisagées par Erika Szyszczak⁷²⁰. Dans ses conclusions sur *Faccini Dori*, pour appuyer sa proposition de reconnaître un effet horizontal aux directives, l'Avocat général Lenz explique que la considération de l'égalité de traitement « pèse encore plus lourd » depuis l'instauration de la citoyenneté européenne qui « suscite l'espérance d'une égalité des citoyens de l'Union, du moins devant le droit communautaire⁷²¹ ». De façon très prospective, Francis Jacobs, après avoir souligné l'importance du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, écrivait, en 1997, qu'« il est possible qu'à l'avenir un principe général d'égalité, plutôt que la notion de discrimination en raison de la nationalité,

⁷¹⁷ AG Sharpson, ccl sur CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-543/14, EU:C:2016:605.

⁷¹⁸ Dans notre approche, le contenu du concept résulte de ses usages et n'est pas à chercher ailleurs. Une approche essentialiste du concept de non-discrimination est très commune. Ainsi, par exemple, Manuela Brillat, qui reconnaît bien l'existence de différents concepts de non-discrimination, en appelle à la « réunification du concept » en droit européen, qui aurait été « défragmenté par l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite et le traitement contentieux qu'il subit ». BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre droits européens*, *op. cit.*, p. 226.

⁷¹⁹ « Since citizenship should ensure equal treatment, there should be an equal treatment principle of general application, which is currently missing from the TEU provisions. » O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *op. cit.*, p. 354-355.

⁷²⁰ SZYSZCZAK E., « Building a European Constitutional Order: Prospects for a General Non-discrimination Standard », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 38-39.

⁷²¹ AG Lenz, ccl sur CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori / Recreb*, C-91/92, EU:C:1994:292, para. 53.

soit de plus en plus considéré, dans de nombreux champs sinon dans tous, comme constituant un meilleur fondement pour développer le droit⁷²² ».

Dans ce contexte, l'arrêt *D'Hoop*, en parlant de la « la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de [la] liberté de circuler [du citoyen] » et en incluant à côté de la nationalité le critère de l'exercice d'un droit garanti par le traité, a pu être vu comme un premier pas vers l'affirmation d'un principe général de non-discrimination. Jo Shaw, reprenant la rhétorique de la Cour, énonçait que « l'article 17 paragraphe 2 attache aux citoyens de l'Union non seulement le droit de ne pas être discriminé en raison de leur nationalité de l'article 12 CE [18 TFUE], mais aussi la non-discrimination comme un principe général garanti par le droit communautaire⁷²³ ». De même, Myriam Benlolo Carabot souligne qu'« [e]n invoquant [...] directement la citoyenneté européenne dans ce cas de discrimination à rebours, la Cour franchit un palier supplémentaire dans l'affirmation de l'égalité⁷²⁴ ». Mentionnant également l'arrêt *Garcia Avello*⁷²⁵, elle estime que la Cour est alors proche de franchir « l'ultime étape » qui consisterait à affirmer que le citoyen peut se prévaloir de l'égalité en vertu de son seul statut⁷²⁶. De façon similaire, Anastasia Iliopoulou estimait que l'arrêt *D'Hoop* « pourrait constituer l'ébauche d'une nouvelle évolution jurisprudentielle visant à placer au cœur du dispositif de la citoyenneté une clause générale de non-discrimination⁷²⁷ ». Elle souligne que cette vision peut s'inscrire dans la continuation du principe général reconnu dans l'arrêt *Ruckdeschel* et que l'on peut en trouver des prémices dans certains arrêts, comme l'arrêt *Inasti*, à l'occasion duquel le juge Lenaerts avait affirmé que plutôt que le critère de la nationalité, c'était « la qualité de ressortissant de la Communauté qui, en tant que tel, possède le droit de ne pas être réparti en catégories incompatibles avec l'esprit du traité⁷²⁸ ».

⁷²² « Perhaps a general principle of equality, rather than the notion of discrimination on grounds of nationality, will increasingly be seen, in many if not in all areas, to provide a better basis for the development of the law in the future ». JACOBS F.G., « An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 11 et 12.

⁷²³ « Article 17(2) attaches to citizens of the Union non only the right of non-discrimination on grounds of nationality under Article 12 EC, but also non-discrimination as a general principle protected under Community law. » SHAW J., « A View of the Citizenship Classics: *Martinez Sala* and Subsequent Cases on Citizenship of the Union », L. AZOULAI et M. POIRES MADURO (dir.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, 2010, p. 361.

⁷²⁴ C. M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », n° 4, 2006, p. 569.

⁷²⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.* Sur cet arrêt, V. *infra*, Partie II, chapitre 2, section 2, § 2, A, 1.

⁷²⁶ BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, n° 4, 2006, p. 570.

⁷²⁷ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 118.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 118-119.

De manière plus générale, Myriam Benlolo Carabot s'étonnait, en 2006, qu'une clause générale de non-discrimination n'ait pas été introduite dans « le traité constitutionnel », qui conservait l'expression de la non-discrimination en raison de la nationalité⁷²⁹. Anastasia Iliopoulou envisageait en 2007 la consécration d'une clause générale de non-discrimination, au regard de l'introduction de l'article 13 CE [19 TFUE], de la Charte des droits fondamentaux et du rapprochement de la citoyenneté et de la non-discrimination dans un titre du Traité constitutionnel. Ces développements peuvent être vus, explique-t-elle, comme relevant de « la notion de citoyenneté européenne, conçue largement⁷³⁰ ». La proposition de consacrer un principe général d'égalité attaché au statut de citoyen semblait toutefois impliquer la révision du traité avec l'inscription d'une clause générale de non-discrimination, qui représenterait « l'achèvement naturel du chemin parcouru par la citoyenneté et le principe d'égalité ». L'égalité ayant « vocation à devenir un droit subjectif, faisant partie intégrante du statut de citoyen de l'Union⁷³¹ ».

L'idée d'un principe général de non-discrimination, dépassant la non-discrimination en raison de la nationalité, a aussi, de façon exceptionnelle, été défendue devant la Cour postérieurement aux arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen*. Ainsi, l'Avocate générale Sharpston avait proposé, dans ses conclusions sur *Grunkin et Paul*, d'appliquer le principe général de l'égalité de traitement, et non simplement le principe de non-discrimination en raison de la nationalité⁷³². Dans l'arrêt *Garcia Avello*, la Cour estime qu'« il est de jurisprudence constante que le principe de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale⁷³³ », en se référant à son arrêt *National Farmers' Union e.a.*⁷³⁴. Si la question n'est pas explicitée par la Cour et n'a pas été discutée par les parties, certains auteurs ont considéré que l'affaire citée concernait le principe général de non-discrimination et non la non-discrimination en raison de la nationalité, et que, en conséquence, la Cour confondait les deux principes⁷³⁵. Dans l'arrêt *Barth et Gaumain-Cerri*⁷³⁶, décidé en 2004, la Cour présente une justification particulièrement ambiguë qui pourrait, à certains égards, être rapprochée des arrêts *D'Hoop* et *Pusa*. En effet, bien que

⁷²⁹ BENLOLO-CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit., n° 4, 2006, p. 626.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 323.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 333-334.

⁷³² AG Sharpston, ccl sur CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559, V. para. 60s. V. *supra*.

⁷³³ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, op. cit., para. 31.

⁷³⁴ CJCE, 17 juillet 1997, *The Queen / National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, EU:C:1997:379, para. 61.

⁷³⁵ V. en ce sens, ACKERMANN T., « Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. Etat Belge* », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n° 1, p. 149. Toutefois, cette lecture est quelque peu surprenante puisque l'arrêt *National Farmers' Union e.a.* peut être vu comme concernant le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

⁷³⁶ CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, op. cit..

la Cour adopte une rhétorique différente, elle ne mentionne pas la nationalité comme critère discriminatoire pour décider qu'une condition de résidence est constitutive d'une discrimination prohibée par le droit communautaire⁷³⁷.

Il faut d'ailleurs préciser que, si la ligne de justification fondée sur la non-discrimination a disparu après l'arrêt *Turpeinen*, la formule selon laquelle la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler est un principe sous-tendant le statut de citoyen de l'Union se retrouve dans des arrêts récents, comme dans les affaires *Reichel-Albert*⁷³⁸ et *Commission / Autriche*⁷³⁹. Elle apparaît toutefois dans des structures de raisonnement différentes de celles suivies dans les arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen*. En outre, à l'exception de ces cas, elle est absente de la motivation de la Cour comme de l'argumentation des parties telle qu'elle résulte des arrêts ou des conclusions des avocats généraux. Il est toutefois possible d'y voir un rappel que des formules tenues pour abandonnées peuvent toujours resurgir. Le développement de la prohibition de la discrimination sur d'autres fondements que la citoyenneté a pu rendre moins nécessaire la revendication d'une clause générale de non-discrimination.

⁷³⁷ Elle décide de façon très générale que « Le statut de citoyen de l'Union permet à ceux des ressortissants des États membres qui se trouvent dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application du traité, sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique (voir, notamment, arrêt du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Rec. p. I-6191, point 28) ». CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, *op. cit.*, para. 34.

⁷³⁸ CJUE, 19 juillet 2012, *Reichel-Albert*, C-522/10, EU:C:2012:475. V. para. 42.

⁷³⁹ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, C-75/11, EU:C:2012:605. V. para. 51. Sur cet arrêt, V. *infra*, partie II, chapitre 1, section 1, § 2, A, 2.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Partir du discours de la Cour, et non d'une théorie de la citoyenneté, montre que l'expression du concept se fait dans un langage ; la Cour construit la citoyenneté en recourant à des formes typiques du droit de l'Union, et notamment à celles des libertés de circulation. Des modèles de raisonnement se dessinent et des formules-types sont forgées. Le statut de citoyen permet essentiellement, à certaines conditions, de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité et de la liberté de circuler et de séjourner. C'est en ce sens qu'il faut parler d'involution conceptuelle. La grille d'analyse développée par Hohfeld permet de mettre en évidence le fait que, si l'univers des possibles n'est pas limité *a priori*, la construction du concept de citoyen passe par la reprise, en bloc, de concepts qui peuvent être conçus comme des formes complexes. Ces concepts, comme « la non-discrimination en raison de la nationalité », sont spécifiques à une certaine culture juridique ; c'est pourquoi il faut dire que le langage du droit de l'Union se trouve au cœur même de ceux-ci. Ils ne doivent donc pas être vus comme déterminés une fois pour toutes, mais comme étant susceptibles d'être reconfigurés. En ce sens, l'univers des possibles n'est pas complètement déterminé *a priori*, mais dépend du travail mis en œuvre par les participants à la controverse, qui prend place dans un certain contexte discursif.

La prise en compte de ce travail joue un rôle important pour mettre en évidence le rôle des différents participants à la controverse dans la construction conceptuelle. Comme l'écrit Robert Brandom, dans une approche pragmatique, « *tout* le contenu des concepts résulte des accidents [*contingencies*] rencontrés à chaque stade de leur développement. Les décisions concrètes sur les cas dans lesquels appliquer le concept ou non sont tout ce qu'il y a pour déterminer son contenu⁷⁴⁰. » L'adoption d'un chemin conceptuel, lors du « moment *Martínez Sala* », résulte d'une série de décisions controversées sur les cas dans lesquels le concept de citoyen peut être mobilisé et, le cas échéant, sur ce qu'il autorise à dire et à faire. D'autres solutions étaient possibles et ont été envisagées ; le principe

⁷⁴⁰ « *all* the content of the concepts comes from the contingencies that are embraced at each stage in their development. The actual decisions concerning when to apply the concept are all there is to settle its content ». BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 38.

de symétrie invite à les prendre au sérieux. Ainsi, la proposition selon laquelle les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union étaient essentiellement symboliques et qu'elles ne sauraient permettre à un citoyen de se prévaloir d'un droit de ne pas être discriminé ou d'un droit de circuler et de séjourner en tant que tel était défendue par de nombreux participants à la controverse. En outre, d'autres voies que celle qui a été adoptée, mais qui ne sont pas nécessairement exclusives de celle-ci, ont aussi pu être proposées sans être suivies, comme le rattachement de la citoyenneté aux droits fondamentaux ou la reconnaissance d'une clause générale d'égalité.

Les concepts juridiques ne sont donc pas déterminés en dehors de la controverse, ni stipulés une fois pour toutes avant d'être confrontés à l'expérience ; ils font l'objet du travail des différents participants à la controverse. La signification du « moment *Martínez Sala* » n'est pas déterminée dans un seul arrêt, ni même dans un groupe d'arrêts, mais au sein d'une controverse plus large, qui précède l'arrêt et qui lui fait suite. Certains arrêts, qui auraient pu jouer un rôle important, sont évincés ou reconstruits *a posteriori* pour ne pas apparaître en contradiction avec le chemin adopté. Les arrêts du chemin conceptuel sont également construits ; ce n'est qu'*a posteriori* qu'ils peuvent être qualifiés d'arrêts fondateurs. On perçoit déjà que ce dont il est question est un processus d'institution. Il convient de l'étudier de façon plus approfondie, c'est-à-dire de se demander, en continuant la citation de Robert Brandom, comment les décisions d'appliquer le concept dans un cas ou dans un autre « peuvent être conçues comme des normes, dotées d'autorité rationnelle pour servir de raisons justifiant certaines applications futures et non les autres⁷⁴¹ ».

⁷⁴¹ « all the content of the concepts comes from the contingencies that are embraced at each stage in their development. The actual decisions concerning when to apply the concept are all there is to settle its content. But that contingency must be given the form of a norm, with the rational authority to serve as a reason justifying some future applications and no others ». *Ibid.*

Deuxième Partie

L'INSTITUTION DU CONCEPT PAR LA CONTROVERSE

À moins de penser les concepts juridiques comme existant quelque part en dehors d'une communauté humaine – dans le paradis des concepts ou dans la nature –, ou bien d'en nier l'existence – il n'y aurait que des mots –, il faut penser leur détermination. Parler de « l'institution » des concepts juridiques est déjà une prise de position. Le terme désigne ici le processus d'instituer, comme dans la série d'articles de Yan Thomas sur l'institution des formes juridiques en droit romain⁷⁴², et non l'organisation sociale, comme dans la théorie de Maurice Hauriou⁷⁴³. Parler d'institution traduit la volonté de voir la détermination du contenu conceptuel comme un processus social et historique ; les concepts juridiques sont institués par leur usage. C'est par exemple ce qu'observe Mariana Valverde lorsqu'elle affirme que :

« on peut dire que les parties d'un litige *constituent* la connaissance par le fait même qu'elles "l'utilisent", tandis que les cours et les tribunaux peuvent utilement être vus comme poursuivant cette œuvre constitutive, par le processus d'appréciation des faits, ainsi que par la détermination des conséquences qui en découlent⁷⁴⁴ ».

Cette auteure s'inscrit à la suite de travaux menés en sociologie de la connaissance qui ont mis en évidence que la production de savoirs ne pouvait pas être distinguée de façon tranchée de leur usage et de leur circulation⁷⁴⁵. Cinquante ans auparavant, le juriste Edward Levi faisait un constat semblable dans son introduction au raisonnement juridique, lorsque, se revendiquant d'une approche pragmatique, il soulignait que « la classification change en même temps qu'elle est faite » et que la « règle change en même temps qu'elle est appliquée⁷⁴⁶ ».

Ces deux auteurs tentent de rendre compte du fait que les concepts juridiques sont institués et déterminés par leur usage. Si cette vision est commune en doctrine – il est par exemple souvent affirmé que le concept de citoyen de l'Union est dynamique ou évolutif –, elle n'est pas acceptable dans le cadre de la théorie classique ou définitionnelle des concepts. En effet, pour cette dernière, les concepts sont des représentations qui peuvent être définies *a priori* par des conditions nécessaires et

⁷⁴² À commencer par « l'institution juridique de la nature ». Cet article, ainsi que deux autres articles relatifs à l'institution des formes juridiques se trouvent in THOMAS Y., *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard - Seuil, 2011.

⁷⁴³ Sur la genèse et les différentes versions de la théorie de l'institution chez Hauriou, V. MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, vol. 30, n° 1, p. 381-412.

⁷⁴⁴ « the parties to a legal case can be said to *constitute* knowledge in the very process of 'using' it, while courts and tribunals can be usefully regarded as further constituting knowledge in the process of evaluating evidence and drawing conclusions from it ». VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law », 2003, p. 5.

⁷⁴⁵ Elle fait référence aux travaux de Bruno Latour, V. *Ibid.*

⁷⁴⁶ LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 503.

suffisantes⁷⁴⁷. Comme le dit par exemple Michel Troper, « [un concept] est le même ou il est un autre⁷⁴⁸ ». Il ne saurait avoir une histoire. Au contraire, le pragmatisme de Robert Brandom, inférentiel et normatif, permet de penser l'institution du contenu conceptuel comme un processus social et historique⁷⁴⁹. Les normes d'usage des concepts sont instituées au sein d'une pratique discursive ; utilisant Hegel contre Kant, Robert Brandom soutient qu'il ne peut y avoir d'application de la règle à un cas qui ne soit une spécification de la règle⁷⁵⁰.

« Il n'y a pas quelque chose comme une alternative entre la simple application d'un contenu conceptuel déjà déterminé et l'institution d'un contenu conceptuel complètement nouveau. Chaque application développe le contenu du concept⁷⁵¹. »

S'inscrire dans une approche dans laquelle le contenu des concepts change en même temps qu'ils sont utilisés ne correspond pas à l'approche la plus commune des concepts. Il semble donc nécessaire, avant de développer la question qui nous intéresse au premier chef dans cette partie – comment le concept juridique de citoyen de l'Union est-il institué par la controverse ? – de montrer brièvement que l'approche retenue peut se prévaloir de justifications sérieuses.

Accepter que les normes gouvernant l'usage des concepts changent en même temps qu'elles sont utilisées pose en effet un problème majeur, soulevé par Wittgenstein lors de sa célèbre discussion sur la possibilité de suivre une règle⁷⁵². Robert Brandom explique que deux grandes formes de réponses à cette question peuvent être distinguées⁷⁵³. Un premier type de réponse est ce qu'il appelle le

⁷⁴⁷ Cette approche reste très largement répandue ; elle doit aujourd'hui répondre à la critique de l'analyse conceptuelle introduite en théorie du droit par Brian Leiter. Pour la présentation de l'analyse conceptuelle classique et de sa critique, V. *supra*, introduction.

⁷⁴⁸ TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 262.

⁷⁴⁹ Robert Brandom s'inscrit aussi dans la critique de l'empirisme logique de Quine. Son approche n'est pas remise en cause par la critique naturaliste. Sur ces questions, V. *supra*, introduction.

⁷⁵⁰ BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism: Synthetizing Naturalism and Historicism », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, 2000, p. 177.

⁷⁵¹ « [...] there is no such thing either as the mere application of a previously determinate conceptual content nor as the institution of a wholly novel conceptual content. Every application of a concept develops its content ». *Ibid.*

⁷⁵² Cette discussion se trouve essentiellement, in WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, traduit par Françoise DASTUR, Jean-Luc GAUTERO et Elisabeth RIGAL, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2005, para. 185-243. Les considérations de Wittgenstein sur la question ont été abondamment discutées, pour un aperçu de la discussion en théorie du droit, V. nt. BIX B., *Law, language, and legal determinacy*, Oxford, OUP, 1993, p. 35-62 ; CHEROT J.-Y., « Suivre une (la) règle », J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365-378.

⁷⁵³ La position de Robert Brandom est développée dans le premier chapitre de *Rendre Explicite*, BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2010, p. 57s. On en trouve l'exposé, situé au sein des autres auteurs de l'École de Pittsburgh, au chapitre trois

« régularisme⁷⁵⁴ ». Les normes sont vues comme des règles ou des principes explicites. C'est ce que Wittgenstein présente comme la « description mythologique de l'emploi d'une règle⁷⁵⁵ ». Cette position peut être résumée en disant qu'elle conçoit la règle comme complète et comme fixant elle-même la suite de ses applications. Elle se heurte au problème de la régression à l'infini. Pour savoir comment suivre la règle, il faut une interprétation permettant d'indiquer l'acte à faire dans chaque cas. Or, une interprétation en ce sens ne peut qu'être la substitution d'une expression à une autre, qui devra elle-même être interprétée. La difficulté est bien connue ; elle se pose avec une particulière acuité pour les méthodes d'interprétation en droit. Comme le dit Hart, les « canons » de l'interprétation « ne peuvent, pas plus que les autres règles, assurer leur propre interprétation⁷⁵⁶ ».

Le second type de réponse est le « régularisme ». Les normes sont perçues comme de simples régularités ; la règle se limite à une succession d'applications factuelles⁷⁵⁷. Cette solution se heurte au problème mis en évidence dans la lecture que fait Saul Kripke de Wittgenstein⁷⁵⁸. Une succession d'applications ne permet pas de déterminer si une application postérieure peut être jugée conforme ou non à la règle. Supposons que, entrant dans une classe, nous constatons qu'un étudiant a écrit la suite suivante au tableau : « 2 ; 4 ; 6 ; 8 ; 10⁷⁵⁹ ». Ce dernier est sur le point d'écrire un nouveau nombre. Comment pouvons-nous savoir quel nombre il doit écrire au regard de ce qui est déjà écrit sur le tableau ? L'étudiant semble suivre la règle commandant d'« ajouter 2 » ; il devrait donc écrire 12. Toutefois, il pourrait aussi suivre une infinité d'autres règles, comme « ajouter 2 jusqu'à 10, puis ajouter 3 » ou « ajouter 2 jusqu'à 10, puis ajouter 4 » et ainsi de suite. Quel que soit le nombre qu'il écrit, il serait possible de construire son acte comme l'application d'une règle, ou, au contraire, comme la non-application d'une autre règle. Robert Brandom désigne cette pratique par le terme de « *gerrymandering* », qu'il n'est pas utile de traduire pour les juristes⁷⁶⁰. Il en résulte qu'une norme, dans le sens d'une régularité, ne saurait gouverner ses applications futures. Rien ne permet de passer des

de l'ouvrage de Chauncey Maher, MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy : Sellars, McDowell, Brandom*, New York, Routledge, 2012.

⁷⁵⁴ BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 82s.

⁷⁵⁵ WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, para. 221.

⁷⁵⁶ HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 145.

⁷⁵⁷ BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 96s.

⁷⁵⁸ KRIPKE S.A., *Règles et langage privé : introduction au paradoxe de Wittgenstein*, traduit par Thierry MARCHAISSE, Paris, Seuil, 1996.

⁷⁵⁹ L'exemple de la suite de nombre est proposé par Wittgenstein. V. WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, *op. cit.* para. 185s. La présentation que nous en faisons est fortement inspirée de celle qu'en donne Chauncey Maher. V. MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy*, *op. cit.*, p. 49s.

⁷⁶⁰ BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 99. Ce mot-valise, formé à partir du nom d'Elbridge Gerry, qui fût gouverneur du Massachusetts, et du mot *salamander* [salamandre], n'est en général pas traduit dans les manuels de droit. Les traducteurs de Robert Brandom le traduisent par « recirconscription abusive ».

régularités observées dans le passé à ce qui doit être fait dans l'avenir. Comme le souligne Jean-Yves Chérot, « la question n'est pas tant de savoir si on suit une règle, mais bien si l'on suit "la" règle, car c'est dans le passage de l'indéfini au déterminé que se joue aussi l'essentiel de la discussion⁷⁶¹ ».

Robert Brandom propose une solution qui permet d'éviter les difficultés posées par ces deux types de réponse. Pour échapper au problème de la régression à l'infini qu'entraîne le régularisme, il considère que les normes explicites reposent sur des normes implicites se trouvant dans la pratique. Ces normes ne sont pas des interprétations des normes explicites, au sens de la substitution d'une expression à une autre, mais résultent du fait de traiter un acte comme correct ou incorrect en pratique⁷⁶². La distinction entre l'acte de faire une action et celui de la traiter comme correcte permet d'éviter le problème du *gerrymandering*, auquel est confronté le régularisme. Pour ce faire, Robert Brandom passe par un mécanisme de sanction et de rétribution pensé de manière normative. Sanctionner ou rétribuer doit aussi être fait correctement, c'est-à-dire selon certaines normes (qui ne sont pas des normes explicites⁷⁶³). Il y a donc bien des normes « de haut en bas⁷⁶⁴ ». Il ne tombe donc pas dans une approche régulariste, sans pour autant que ces normes doivent être interprétées. Cette lecture peut être vue comme une forme de « phénoménalisme pragmatique » à propos des normes implicites instituées par les attitudes normatives des participants à un jeu de langage ; « en dernier lieu, *être correct* doit être expliqué dans les termes d'*être correctement traité comme correct*⁷⁶⁵ ».

Ainsi, les normes ne sont pas déterminées à l'avance mais au sein de la pratique consistant à demander et à donner des raisons⁷⁶⁶. Dans ce cadre, le processus d'explicitation des normes implicites joue un rôle important. Comme le montre le titre de son ouvrage majeur, *Rendre explicite*, l'auteur s'inscrit en effet dans une approche expressiviste de l'activité conceptuelle⁷⁶⁷. Celle-ci peut être

⁷⁶¹ CHEROT J.-Y., « Suivre une (la) règle », *op. cit.*, p. 367.

⁷⁶² BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 85s.

⁷⁶³ Ce mécanisme est construit à partir du modèle du *Common law*, il sera explicité par la suite. V. *infra*, chapitre 2, section 1.

⁷⁶⁴ « norms all the way down », BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁶⁵ « Ultimately, *being correct* is to be explained in terms of *being correctly taken to be correct*. », GLÜER K. et Å. WIKFORSS, « The Normativity of Meaning and Content », E.N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Ainsi, la signification inférentielle d'une phrase ne se déduit pas simplement des inférences dans lesquelles elle se trouve impliquée, mais des inférences qu'il serait correct de faire avec celle-ci. « Thus, the inferential role of a sentence is not simply the inferences (or "moves") speakers make with it or tend to make with it, but rather the inferences that it would be *appropriate* for them to make with it. » MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy*, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁶⁶ V. MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁶⁷ V. BRANDOM R.B., *Rendre explicite I*, *op. cit.*, p. 15s. L'expressivisme de Robert Brandom joue aussi un rôle fondamental dans sa conception de la logique, qui renverse l'ordre d'explication usuel. « [E]n utilisant le vocabulaire logique, je peux rendre explicites les engagements inférentiels implicites qui articulent le contenu des concepts que j'applique en faisant des affirmations explicites ordinaires [...] ». BRANDOM R.B.,

opposée à une approche représentationnelle ; l'expression ne consiste pas dans l'externalisation de ce qui est interne, mais dans le fait de « rendre *explicite* ce qui est *implicite*⁷⁶⁸ ». Au sens pragmatique retenu par l'auteur, « il s'agit de transformer quelque chose que nous pouvons seulement *faire*, initialement, en quelque chose que nous pouvons *dire* ; en codifiant une sorte de savoir *comment* en une sorte de savoir *que*⁷⁶⁹ ». L'explicitation intervient notamment lorsque surviennent des désaccords sur les normes implicites. Exprimer une norme inférentielle qui se trouvait implicite permet de débattre sur ce que le concept permet de faire⁷⁷⁰. Si Robert Brandom recourt souvent au modèle du juge de *Common Law* pour expliquer sa conception du langage, c'est qu'il y voit un cas prototypique du processus d'explicitation des normes implicites à une pratique.

L'approche proposée par Robert Brandom présente une réponse à la critique naturaliste, mais elle a aussi pu faire l'objet d'objections⁷⁷¹. La possibilité de suivre une règle demeure l'une des questions les plus controversées en philosophie ; il n'entre pas dans le cadre de ce travail de la discuter. Si nous nous inscrivons dans l'approche développée par le philosophe états-unien, c'est surtout parce qu'elle présente un grand intérêt pour l'enquête poursuivie, à la différence de l'analyse conceptuelle classique. En effet, le modèle dans lequel le concept est soit entièrement le même, soit entièrement un autre, qui est implicitement ou explicitement adopté par la plupart des théoriciens du droit, pose des difficultés importantes pour entreprendre une enquête sur les concepts juridiques. C'est ce que montrent déjà les observations de Mariana Valverde et d'Edward Levi précitées. Il n'est pas étonnant que celles-ci soient formulées par des théoriciens qui s'inscrivent dans une approche pragmatique et s'intéressent tout particulièrement aux pratiques. Le modèle proposé par Robert Brandom permet de dépasser les difficultés résultant d'une approche dans laquelle le changement conceptuel ne peut être vu que comme la succession de concepts bien déterminés. En permettant de concevoir l'institution du concept de citoyen de l'Union comme un processus social et historique, il autorise l'enquête sur les formes que prend ce processus d'institution dans le cas de la citoyenneté de l'Union.

La controverse ne doit pas être vue comme un épiphénomène. Elle participe à l'institution même du contenu conceptuel sur lequel elle porte ; son déplacement n'est pas seulement le signe d'un accord atteint par ailleurs. Cette partie cherche à montrer comment le concept de citoyen de l'Union est

L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009, p. 27.

⁷⁶⁸ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons*, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁷⁰ En ce sens, V. MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy*, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁷¹ Pour une discussion des thèses de Robert Brandom et sa réponse, V. WEISS B. et J. WANDERER (dir.), *Reading Brandom : on Making it explicit*, Londres, Routledge, 2010.

institué par la controverse, dans laquelle le juge occupe une place singulière. Pour ce faire, il convient tout d'abord de décrire et de caractériser les déplacements qui sont à l'œuvre dans la controverse sur le concept de citoyen de l'Union se développant devant la Cour (chapitre 1). Ensuite, il faut montrer comment ces déplacements participent à l'institution du contenu conceptuel (chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ÉVOLUTION DE LA CONTROVERSE

La controverse présentée jusqu'alors portait essentiellement sur l'adoption d'un chemin conceptuel, au sens du choix entre différentes grandes façons de construire la citoyenneté. Le statut de citoyen de l'Union permet-il de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité ? Les droits de circulation et de séjour prévus par le traité ne font-ils que reprendre des droits déjà garantis par le droit dérivé ? Des mesures discriminatoires ou des atteintes à la liberté de circuler et de séjourner peuvent-elles être justifiées ? Par la suite, ces interrogations sortent progressivement du champ de ce qui est discuté. Les réponses données par la Cour dans ses arrêts fondateurs sont connues des participants à la controverse. Ceux-ci reprennent dans leur argumentation les modèles de raisonnement identifiés précédemment ; on peut en ce sens parler de l'institution de certains usages du concept. Celle-ci se traduit par une certaine « réification » ou « naturalisation » de ces usages, que l'on peut voir, en reprenant une expression utilisée par Marija Bartl pour le marché intérieur, comme participant à la constitution d'« îlots de connaissances non-contestées⁷⁷² ».

De même que les acteurs et les commentateurs du droit de l'Union savent, de manière générale, comment utiliser le concept de travailleur dans le cadre du marché intérieur, ou bien d'abus de position dominante dans le champ du contrôle des concentrations, après le moment *Martínez Sala*, ils savent que le « statut de citoyen » permet aux ressortissants d'un État membre de se prévaloir, dans certains cas, du principe de non-discrimination et du droit de circuler et de séjourner. Ils savent également que les mesures qui sont constitutives d'une discrimination en raison de la nationalité ou d'une atteinte au droit de circuler et de séjourner du citoyen sont contraires au droit de l'Union, à moins d'être justifiées. En outre, ils connaissent les modèles de raisonnement dans lesquels ils peuvent s'insérer et les arguments-types qui peuvent être mobilisés à cette occasion. Ceci n'implique pas que tout soit déterminé ; des doutes peuvent surgir quant à ce qu'ils impliquent, comme d'ailleurs pour les concepts de travailleur ou d'abus de position dominante. En outre, ce qui est conçu comme un usage correct du concept peut toujours être remis en cause.

⁷⁷² BARTL M., « Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union : Resuscitating the Market as the Object of the Political », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 5, p. 574.

La présence même de questions préjudicielles montre que, loin de s'éteindre, la controverse perdure, tout en se déplaçant. Repris dans de nouvelles situations, les modèles types de raisonnement forgés par la Cour sont mis en relation avec d'autres énoncés. Ces derniers peuvent déjà se trouver ou non dans la pratique discursive du droit de l'Union. Certains sont des énoncés normatifs, comme ceux qui se trouvent dans les traités, les différents instruments juridiques codifiés ou les arrêts de la Cour. Le modèle de raisonnement issu de l'arrêt *Martínez Sala* peut par exemple être confronté à des dispositions de la directive 90/364 relative au droit de séjour des étudiants⁷⁷³ ou à l'affirmation se trouvant dans les arrêts *Lair* et *Brown*, selon laquelle une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation échappe au domaine d'application du traité au sens de l'article consacré à la non-discrimination en raison de la nationalité⁷⁷⁴. Étant donné le chemin conceptuel adopté, les participants à la controverse s'appuient essentiellement sur les énoncés se trouvant dans le champ de la non-discrimination en raison de la nationalité et des libertés de circulation.

La controverse s'enrichit également de nouveaux matériaux. Tout d'abord, parce que de nouvelles dispositions sont introduites dans le droit de l'Union. Le texte le plus important, pour ce qui concerne la citoyenneté, est la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁷⁷⁵. Elle refond les principaux textes relatifs à la libre circulation des personnes et introduit de nombreuses dispositions nouvelles, reprenant pour partie la jurisprudence de la Cour. Ensuite, la controverse se nourrit également des propres arrêts de la Cour qui font souvent l'objet de discussions dans les affaires suivantes. Enfin, la controverse s'enrichit d'arguments proposant de reconnaître comme normes des énoncés qui ne sont pas tenus pour tels par l'ensemble des participants à la controverse. Il est par exemple possible de dire que la citoyenneté implique nécessairement la reconnaissance d'un principe général d'égalité ou que les citoyens doivent pouvoir invoquer la protection de leurs droits fondamentaux en tant que citoyen. Ceux-ci peuvent être acceptés ou non par la Cour.

Les grands traits de ce qu'implique le statut de citoyen connus de l'ensemble des participants à la controverse, le débat ne s'éteint pas. Les participants à la controverse reprennent les modèles de raisonnement antérieurement contestés, pour poser de nouvelles questions (section 1). Si la structure de l'argumentation a tendance à se sédimenter au fil du temps, elle ne met pas fin aux questions qui

⁷⁷³ Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE* L 317 du 18 décembre 1993, p. 59-60.

⁷⁷⁴ CJCE, 21 juin 1988, *Lair / Universität Hannover*, 39/86, EU:C:1988:322, para. 13.

⁷⁷⁵ Directive 2004/38/CE, *op. cit.*, p. 77-123.

ont tendance, à mesure que la controverse se déplace, à se reproduire sous de nouvelles formes (section 2).

SECTION 1. LE DÉPLACEMENT DE LA CONTROVERSE

Les modèles de raisonnement présentés précédemment se stabilisent. Les étapes du raisonnement suivi dans les différents modèles sont reproduites, tant dans la justification de la Cour que dans l'argumentation des différents participants à la controverse. Cette stabilisation ne doit pas cacher que la répétition se fait toujours dans de nouveaux contextes et que les affirmations de la Cour sont confrontées à de nouvelles affirmations. Si les structures se répètent, les questions – au sens de la question préjudicielle posée par le *juge a quo*, mais aussi au sens de ce qui fait débat – se déplacent (A). Le processus par lequel la controverse s'enrichit de nouveaux objets peut être mis en évidence à partir de la présentation plus détaillée d'une série de cas concernant les citoyens étudiants (B).

§ 1. LE DÉPLACEMENT DES QUESTIONS

Pour mettre en évidence le processus par lequel les modèles se stabilisent alors que les questions se déplacent, il est proposé de retracer les arguments discutés devant le juge et la justification adoptée par la Cour dans les grands modèles de raisonnement présentés auparavant. Ces derniers impliquent le droit de ne pas être discriminé et le droit de séjour (A) ainsi que droit de circuler librement (B).

A. Les modèles impliquant la non-discrimination et le droit de séjour

Le déplacement de la controverse s'observe tant dans le cas des modèles *Martínez Sala*, *Bickel et Franz* et *Grzelczyk* (1) que dans celui du modèle *Baumbast* (2).

1. Les modèles impliquant la non-discrimination en raison de la nationalité

Les arrêts *Garcia Avello*⁷⁷⁶ et *Bidar*⁷⁷⁷, rendus en 2003 et 2005, reproduisent, dans l'essentiel, le modèle *Martínez Sala*. Ils seront discutés plus en détail par la suite, le premier pour montrer le rôle des formules dans la justification de la Cour⁷⁷⁸, le second pour mettre en évidence les nouveaux objets de

⁷⁷⁶ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*

⁷⁷⁷ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169.

⁷⁷⁸ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.* V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 1, A, 1.

la controverse⁷⁷⁹. À la différence des arrêts présentés dans la section précédente, lors des discussions entourant ces affaires, les différents acteurs, quelle que soit leur position, reconnaissent que le citoyen peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité. Le débat porte essentiellement sur d'autres questions, comme l'exigence que le citoyen ait exercé sa liberté de circulation ou l'existence d'une exception à la règle pour les aides d'entretien destinées aux étudiants. Il porte aussi sur l'évaluation des justifications qui peuvent être apportées à un traitement discriminatoire.

Ainsi, dans l'arrêt *Bidar*, considérant que le citoyen étudiant peut invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et que la condition de résidence imposée aux étudiants citoyens est une discrimination indirecte, la Cour décide qu'elle ne saurait être justifiée que si « elle se fonde sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national⁷⁸⁰ ». Ce n'est pas sur ce point que porte le débat, tant M. Bidar que les gouvernements du Royaume-Uni, autrichien et allemand, reconnaissent cette possibilité⁷⁸¹. En revanche, la controverse porte sur la possibilité pour le gouvernement d'exiger un lien entre le citoyen et la société (ou le marché du travail) de l'État d'accueil, sur la nature de celui-ci et les moyens de l'établir⁷⁸². La Cour a décidé qu'il était « légitime pour un État membre de n'octroyer une telle aide qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État », mais que l'État « ne saurait cependant exiger des étudiants concernés qu'ils établissent un lien avec son marché du travail⁷⁸³ ». Ensuite, la Cour estime que s'il est possible de demander une résidence antérieure de trois ans pour s'assurer de l'intégration des étudiants citoyens, la condition d'établissement exigée ne peut être considérée comme justifiée par cet objectif⁷⁸⁴.

Quelques mois après l'arrêt *Bidar*, la Cour reprend le même type de raisonnement dans l'arrêt *Schempp*⁷⁸⁵. M. Schempp, ressortissant allemand résidant dans son État de nationalité, contestait l'impossibilité de déduire fiscalement la pension alimentaire de son ex-épouse résidant en Autriche. En première analyse, il semblait difficile de se reposer sur l'exercice par le requérant au principal de sa liberté de circulation (modèle *Bickel et Franz*) ou sur son séjour légal dans un autre État membre

⁷⁷⁹ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.* V. *infra*, § 2, A, 1.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, para. 54.

⁷⁸¹ AG Geelhoed, ccl sur CJCE 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 56.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 57-58.

⁷⁸⁴ En effet, il n'était possible pour les étudiants d'obtenir le statut de personne établie. *Ibid.*, para. 60-61. De manière plus générale, sur la justification et l'intégration du citoyen, V. *infra*, partie III, chapitre 2, section 1, § 2.

⁷⁸⁵ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446.

(modèle *Martínez Sala*). C'est ainsi que les gouvernements allemand et néerlandais arguaient que la situation était purement interne. La Cour, dans un premier temps, répond en disant que l'absence de circulation de la part du citoyen ne saurait suffire pour qualifier la situation de purement interne, s'appuyant sur l'arrêt *Zhu et Chen*, qui reprenait le mouvement opéré dans l'affaire *Garcia Avello*⁷⁸⁶. Toutefois, dans cette affaire, comme dans l'arrêt *Martínez Sala*, si le citoyen n'avait pas exercé sa liberté de circulation, on pouvait dire qu'il résidait dans un autre État membre en raison de ses deux nationalités, contrairement à M. Schempp.

La Cour estime que « l'exercice par l'ex-épouse de M. Schempp d'un droit octroyé par l'ordre juridique communautaire ayant eu une incidence sur le droit à déduction du requérant au principal dans l'État membre de sa résidence, une telle situation ne saurait être considérée comme étant une situation interne⁷⁸⁷ ». On retrouve ici une construction proche de celle de l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions sur *Garcia Avello*, qui soulignait, de façon subsidiaire, que la situation des enfants relevait du droit de l'Union car elle résultait de l'exercice de son droit de circulation par leur père. Cet arrêt montre le travail que l'on trouve parfois à l'œuvre dans la construction d'une situation, afin qu'elle puisse relever du champ d'application du traité. L'Avocat général Geelhoed percevait bien la difficulté du rattachement, en soulignant qu'il serait « artificiel » d'établir un lien entre la situation du requérant et la liberté de circulation. Toutefois, pour éviter de mettre la question « à l'abri de tout contrôle judiciaire », il plaidait pour une approche très restrictive des « situations internes », limitée aux « cas les plus évidents », et estimait qu'en l'espèce, la situation avait « incontestablement un aspect transfrontalier⁷⁸⁸ ». Pour établir un lien avec le traité, il proposait de dire qu'il y avait une restriction à la liberté des paiements, au surplus d'un raisonnement proche de celui adopté par la Cour⁷⁸⁹. La Commission avait, quant à elle, proposé de considérer le couple divorcé comme « une unité fiscale » et d'imputer à M. Schempp la circulation de son ex-épouse⁷⁹⁰.

Bien que généralement formulé dans le cadre de la non-discrimination en raison de la nationalité, l'arrêt *Schempp* présente des différences importantes par rapport aux autres arrêts mentionnés. Malgré la référence à l'article 12 CE [18 TFUE], il semble très difficile d'affirmer que ce qui est en jeu est une discrimination fondée sur la nationalité. Pour déterminer s'il y a une discrimination, la Cour indique

⁷⁸⁶ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.* Sur cet arrêt, V. *infra*, B. Sur l'arrêt CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 1, A, 1.

⁷⁸⁷ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*, para. 25.

⁷⁸⁸ V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446, para. 14 et 15.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, para. 18 à 20.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, C-403/03, para. 12.

en effet qu'elle doit établir si la situation d'une personne comme M. Schempp versant une pension alimentaire à un ex-conjoint résidant en Autriche et celle d'une personne qui verserait de telles sommes à un ex-conjoint en Allemagne sont comparables⁷⁹¹. Comme dans les arrêts construits sur le modèle *D'Hoop*, la Cour applique donc la non-discrimination en raison de la nationalité à des groupes de personnes de même nationalité, sans justification particulière⁷⁹². Il faut noter que le raisonnement de la Cour est d'autant plus surprenant que, à la différence de ces arrêts, elle considère de façon distincte la question de la restriction à la libre circulation⁷⁹³.

Sur l'application de l'article 12 CE [18 TFUE], la Cour conclut que la situation de M. Schempp, qui verse une pension alimentaire à son ex-épouse résidant en Autriche, n'est pas comparable à celle d'une personne qui verserait une telle somme à un ex-conjoint résidant en Allemagne. La différence retenue vient du fait que les pensions alimentaires sont imposées en Allemagne alors que tel n'est pas le cas en Autriche – et, si tel était le cas, le requérant pourrait déduire la pension versée en application du droit allemand⁷⁹⁴. Il ne saurait donc y avoir de traitement discriminatoire⁷⁹⁵. Si cet arrêt interroge au regard de l'utilisation qu'il fait de la discrimination en raison de la nationalité et du rattachement de la situation au droit de l'Union, il permet d'illustrer le déplacement de la controverse. Le débat portait sur le fait de savoir si la situation en cause pouvait être rattachée au droit de l'Union, dans la circonstance particulière où le requérant au principal n'avait pas fait usage de sa liberté de circulation et résidait dans son État de nationalité. La discussion concernait également la comparabilité d'une situation du type de celle de M. Schempp avec une situation où un ex-conjoint n'aurait pas exercé sa liberté de circulation. Loin de faire débat, les inférences constituant les modèles *Bickel et Franz* et *Grzelezyk* ne sont pas contestées par les différents acteurs de la controverse, quelle que soit la position défendue, mais au contraire, elles leur permettent de développer leur argumentation.

D'autres décisions ont repris les structures de raisonnement présentées. Dans l'arrêt *Huber*, en 2008, portant sur le caractère discriminatoire d'un système de traitement de données à caractère personnel, la Cour suit le modèle *Grzelezyk*⁷⁹⁶. En 2009, dans l'arrêt *Gottwald*, concernant une disposition réservant l'octroi à titre gratuit d'une vignette routière annuelle aux personnes handicapées

⁷⁹¹ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*, V. para. 29.

⁷⁹² V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

⁷⁹³ Il faut d'ailleurs signaler qu'elle ne considère pas tant la liberté de circulation du requérant au principal, qui ne semblait en rien affecté par les mesures contestées (para. 40 à 45), que la liberté de circulation de son ex-épouse (para 45-46).

⁷⁹⁴ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*, V. para. 30 et 33.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, V. para. 27 à 39.

⁷⁹⁶ CJCE, 16 décembre 2008, *Huber*, C-524/06, EU:C:2008:724, para. 69 et 70.

ayant leur domicile ou leur résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre, la Cour reprend plutôt le modèle de raisonnement suivi dans l'arrêt *Bickel et Franz*, même si elle cite les arrêts *Martínez Sala*, *Grzeleczyk* et *Bidar*⁷⁹⁷. Il faut noter qu'elle n'établit pas explicitement de lien entre la mesure en cause et la circulation ou le séjour des citoyens. On perçoit que le modèle peut être transposé dans des matières très différentes.

La formulation des questions par les juges de renvoi dans ces affaires montre que ce n'est plus le rattachement de la non-discrimination à la citoyenneté qui est discuté. Dans l'affaire *Huber*, après avoir cité les arrêts de la Cour sur la non-discrimination en raison de la nationalité, le juge *a quo* estime que le requérant pourrait se prévaloir de ce principe et qu'il y a une différence de traitement entre les ressortissants allemands et les ressortissants d'autres États membres⁷⁹⁸. Toutefois, le « doute » porte sur la justification de cette différence de traitement ; le juge de renvoi interroge la Cour sur la compatibilité du dispositif de traitement de données avec « l'interdiction de toute discrimination liée à la nationalité des citoyens de l'Union qui exercent leur droit de circuler sur le territoire des États membres et d'y séjourner (article 12, paragraphe 1, CE [18 TFUE], combiné avec les articles 17 CE et 18, paragraphe 1, CE [20 TFUE et 21, paragraphe 1, TFUE⁷⁹⁹] ». Dans l'affaire *Gottwald*, la question était posée uniquement par rapport à l'article 12 CE [18 TFUE⁸⁰⁰]. De même, elle ne portait pas sur l'application de cet article au citoyen – une personne se rendant sur son lieu de vacances –, mais sur la compatibilité de la disposition en cause avec le principe de non-discrimination énoncé par celui-ci⁸⁰¹. Le gouvernement autrichien acceptait l'application de l'article 12 CE [18 TFUE] à la situation de M. *Gottwald* et citait la jurisprudence *Grzeleczyk*, mais il arguait que la différence de traitement entre les résidents et les non-résidents était justifiée⁸⁰².

Par la suite, le déplacement de la controverse se poursuit, notamment à l'égard d'un certain nombre d'arrêts relatifs au traitement des étudiants. L'arrêt *Bressol e.a.*⁸⁰³ concernait la question très sensible

⁷⁹⁷ CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, C-103/08, EU:C:2009:597, para. 23 et 25.

⁷⁹⁸ CJCE, 16 décembre 2008, *Huber*, *op. cit.*, para. 35 et 36.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, para. 40.

⁸⁰⁰ CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, *op. cit.*, para. 11.

⁸⁰¹ La Cour de renvoi pensait pouvoir faire jouer le principe de non-discrimination sans se fonder sur la citoyenneté, mais en s'appuyant sur la jurisprudence *Cowan* relative aux destinataires de service ou bien en raison du fait que la situation en question était régie par les dispositions du traité relatives à la politique commune des transports, V. AG Mazák, ccl. sur CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, C-103/08, EU:C:2009:597, para. 15.

⁸⁰² V. AG Mazák, ccl sur CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, *op. cit.*, para. 37 à 41. Jugeant que les dispositions en cause constituaient une discrimination indirecte, la Cour a toutefois considéré qu'elles étaient justifiées car elles poursuivaient de façon proportionnée un objectif légitime.

⁸⁰³ CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, C-73/08, EU:C:2010:181.

des restrictions mises à l'inscription d'étudiants non-résidents dans certains cursus en Belgique. Si les enjeux sont importants, la question préjudicielle et l'ensemble de la controverse portent uniquement sur la justification de la discrimination indirecte⁸⁰⁴. La Belgique admet l'existence d'une discrimination indirecte et concentre toute son argumentation sur la justification de celle-ci, ainsi que sur l'effet de l'arrêt dans le temps, pour le cas où les mesures en causes ne seraient pas compatibles avec le droit de l'Union⁸⁰⁵. Dans l'affaire *N.*⁸⁰⁶, la Cour reprend exactement la structure de raisonnement de type *Bidar*, même si le citoyen bénéficie, *in fine*, de l'égalité de traitement sur le fondement de son statut de travailleur. Dans les affaires *Commission / Autriche*⁸⁰⁷ et *Commission / Pays-Bas*⁸⁰⁸, qui seront détaillées par la suite, la controverse porte essentiellement sur la question des limitations mises au principe de non-discrimination en raison de la nationalité par la directive 2004/38⁸⁰⁹.

L'évolution par rapport à la controverse présentée dans la première partie est notable. C'est très visible lorsque l'on reprend l'argumentation développée à l'occasion de l'arrêt *Martínez Sala*. Le débat ne portait aucunement sur l'existence d'une discrimination – le gouvernement allemand avait d'ailleurs reconnu l'existence d'une différence de traitement –, ni sur sa justification – aucune n'était proposée –, mais sur la possibilité pour une ressortissante d'un État membre d'invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité en tant que citoyenne de l'Union⁸¹⁰. Les débats devant la Cour à l'occasion des arrêts faisant immédiatement suite à l'arrêt *Martínez Sala* portaient encore de façon importante sur le rattachement de la non-discrimination en raison de la nationalité à la citoyenneté⁸¹¹. Au fil des arrêts, cette possibilité a été reconnue par les différents acteurs du droit de l'Union, y compris par ceux qui s'y opposaient à l'origine, comme la plupart des États et, dans un certain nombre de cas, la Commission. Après avoir tenté d'exclure certains domaines ou certains types de situation, l'essentiel de la controverse se concentre sur la question de la justification de la discrimination, comme dans les arrêts *Bidar*, *Huber*, *Gottwald* et *Bressol e.a.*, ou sur la dérogation prévue par la directive 2004/38, avec par exemple les arrêts *Commission / Autriche* et *Commission / Pays-Bas*. Comme le résumait Astrid Epiney en 2013, lorsque des mesures entraînent une différence de

⁸⁰⁴ La question de la nature de la discrimination directe ou indirecte est longuement discutée par l'Avocate générale, toutefois cette question est ignorée par la Cour et par les parties dans l'affaire. V. AG Sharpston, ccl sur CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, C-73/08, EU:C:2010:181, para. 37-76.

⁸⁰⁵ CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, *op. cit.*, para. 46 (pour la reconnaissance de la discrimination), para. 47s. (pour sa justification) et para. 89s. (pour l'application dans le temps de l'arrêt).

⁸⁰⁶ CJUE, 21 février 2013, *N.*, C-46/12, EU:C:2013:97.

⁸⁰⁷ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*

⁸⁰⁸ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, C-233/14, EU:C:2016:396.

⁸⁰⁹ V. *infra*, § 2, B.

⁸¹⁰ V. CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 56.

⁸¹¹ V. *supra*, chapitre 2, section 1.

traitement en raison de la nationalité, « la question centrale pour déterminer leur éventuelle compatibilité avec le droit de l'UE est de savoir si la distinction peut être justifiée⁸¹² ».

Dans l'ensemble de ces arrêts, le rôle du statut de citoyen de l'Union est, comme l'indique la formule de la vocation fondamentale utilisée par la Cour, « d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique ». Le cas *Schempp* excepté, il autorise le citoyen ayant exercé sa liberté de circulation (modèle *Bickel et Franz*) ou bien résidant légalement dans un autre État membre (modèles *Martinez Sala* et *Grzelczyk*) à se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application du traité. La reprise et la stabilisation des structures-types de raisonnement ne doit toutefois pas cacher que celles-ci ne sont pas si claires. Parmi les points qui sont discutés, il n'y a par exemple pas d'accord en doctrine sur le fait de savoir s'il faut que la mesure contestée présente un lien avec le séjour ou la circulation du citoyen – ce que la Cour n'affirme jamais expressément mais suggère dans certains cas, comme *Bickel et Franz* et *Grzelczyk*. Astrid Epiney soutient que tel est le cas⁸¹³, à la différence d'Alina Tryfonidou⁸¹⁴. Ferdinand Wollenschläger considère quant à lui que le lien n'est pas nécessaire mais que, en tout état de cause, cette opposition n'est pas très importante puisque, si un lien est exigé, celui-ci est entendu de façon très large et n'est pas en mesure de véritablement limiter la possibilité de se prévaloir de la non-discrimination⁸¹⁵. En outre, même si certaines structures-types de raisonnement se stabilisent, elles peuvent toujours être remises en cause ou modifiées⁸¹⁶.

⁸¹² EPINEY A., « L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 149.

⁸¹³ V. Pour le lien avec le séjour, V. EPINEY A., « The Scope of Article 12 EC », *op. cit.* De manière moins assertive, maintenant l'exercice de sa liberté de circulation par un citoyen ne permet de se prévaloir de l'article 18 TFUE que si le domaine dans lequel a lieu la discrimination relève du champ d'application des Traités, V. EPINEY A., « L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union », *op. cit.*, p. 151.

⁸¹⁴ TRYFONIDOU A., « The Notions of 'Restriction' and 'Discrimination' in the Context of the Free Movement of Persons Provisions : From a Relationship of Interdependence to one of (Almost Complete) Independence », *Yearbook of European Law*, 2014, vol. 33, n° 1, p. 385-416.

⁸¹⁵ WOLLENSCHLÄGER F., « A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, p. 21.

⁸¹⁶ Nous verrons que, dans des arrêts plus récents, la Cour a profondément modifié les conditions dans lesquelles le citoyen peut se prévaloir de la non-discrimination. V. nt. CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358 et CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14 avant C-64/14, EU:C:2015:597. Sur ces arrêts, V. *infra*, partie III, chapitre 2, section 1, § 2, B, 2.

2. Le modèle *Baumbast*

Le modèle développé dans l'arrêt *Baumbast* se retrouve dans des affaires concernant le droit de séjour du citoyen. Les débats ne portent plus sur la possibilité de se prévaloir directement d'un droit de séjour, mais se déplacent sur d'autres questions. Le mouvement initié dans les arrêts fondateurs, faisant de la liberté de séjourner et de circuler du citoyen une liberté fondamentale au sens des libertés de circulation, a été confirmé par les arrêts postérieurs. Comme pour la non-discrimination, la controverse se déporte sur les limites mises par le droit dérivé au droit de séjour, ainsi que sur une éventuelle justification de l'atteinte portée à celui-ci. Dans l'arrêt *Trojani*, le juge *a quo* interrogeait la Cour, comme dans l'affaire *Baumbast*, sur la possibilité d'invoquer directement l'article 18 CE [21 TFUE⁸¹⁷]. La lecture des conclusions de l'Avocat général et de l'arrêt révèle que, à la différence de la controverse lors de l'arrêt *Baumbast*, les débats n'ont pas tant porté sur la possibilité d'invoquer le droit de séjour sur le fondement de cet article, que sur la possibilité de revendiquer celui-ci pour un citoyen sans ressources propres. Pour dire que M. Trojani ne peut pas invoquer l'article, les États membres intervenants et l'Avocat général ne remettent pas en cause l'effet direct des dispositions de celui-ci, mais s'appuient sur le fait que le requérant « ne dispose pas des moyens nécessaires à sa propre subsistance ».

La construction d'un droit de séjour qui ne serait pas invocable par des citoyens sans ressources se trouvait déjà dans les conclusions de l'Avocat général Geelhoed sur *Baumbast et R*, dans lesquelles la situation concrète de M. Baumbast jouait un rôle très important⁸¹⁸. C'est d'ailleurs en reprenant ce raisonnement que, concluant également sur *Trojani*, il propose de considérer qu'« un citoyen de l'Union européenne ne peut pas non plus revendiquer un droit de séjour sur la base de l'article 18 CE si et pour autant qu'il ne dispose pas de ressources propres⁸¹⁹ ». La Cour décide que :

« un citoyen de l'Union se trouvant dans une situation telle que celle du requérant au principal ne tire pas de l'article 18 CE [21TFUE] le droit de séjourner sur le territoire d'un État membre dont il n'est pas ressortissant, faute de disposer de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364⁸²⁰ ».

⁸¹⁷ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*, para. 12. La décision du tribunal de travail de Bruxelles de saisir la Cour date du 21 novembre 2002, soit deux mois après l'arrêt *Baumbast et R*.

⁸¹⁸ Il proposait alors d'appliquer, par analogie, le cadre réglementaire prévu pour les travailleurs à un citoyen comme M. Baumbast. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 115s.

⁸¹⁹ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*

⁸²⁰ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*, para. 36.

Toutefois, en application de la jurisprudence *Baumbast*, la limitation au droit de séjour énoncée par la directive ne doit pas être disproportionnée. Dans un bref examen, la Cour distingue la situation de M. Trojani de celle de M. Baumbast, et considère qu'« aucun indice ne suggère que, dans une situation telle que celle en cause au principal, un défaut de reconnaissance de ce droit irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par cette directive⁸²¹ ».

Dans le célèbre arrêt *Zhu et Chen*⁸²², décidé quelques mois après l'arrêt *Trojani*, les questions posées à la Cour par l'*Immigration Appellate Authority* ne portent pas non plus sur la possibilité, en général, pour un citoyen de se prévaloir du droit de séjourner énoncé dans le traité, mais sur le fait de savoir si tel est le cas « à la lumière des faits particuliers de la présente affaire⁸²³ ». L'Avocat général signale d'ailleurs « un cas certainement insolite et avec des caractéristiques si singulières que le débat lui-même entre les parties en a été en quelque sorte conditionné⁸²⁴ ». L'Irlande est alors le seul État européen à consacrer un *jus soli* qui n'était soumis à aucune autre condition que la naissance⁸²⁵, avec, en outre, la particularité que le territoire pris en compte était l'ensemble de l'île.

Mme Chen, une ressortissante chinoise se rendant fréquemment dans différents États membres de l'Union pour des raisons professionnelles, a tiré parti de cette réglementation grâce à un conseil juridique avisé. Entrée au Royaume-Uni alors qu'elle était enceinte de six mois, elle s'est délibérément rendue à Belfast pour donner naissance à sa fille afin qu'elle acquière la nationalité irlandaise, avant de s'installer à Cardiff. Il n'était pas contesté que la mère disposait d'une assurance maladie pour elle-même et sa fille, Catherine Zhu, ainsi que de ressources suffisantes pour ne pas qu'elles représentent « une charge pour l'assistance sociale de l'État de séjour ». Devant la Cour, le débat porte en revanche sur de nombreuses questions : la possibilité d'invoquer les dispositions relatives à la citoyenneté en l'absence de circulation, l'existence d'une condition d'âge pour pouvoir se prévaloir du droit de circuler et de séjourner, la caractérisation d'un abus de droit, la nécessité de disposer personnellement

⁸²¹ *Ibid.* Comme nous l'avons déjà évoqué, la Cour poursuit son raisonnement sur le terrain de la non-discrimination en raison de la nationalité en affirmant que le citoyen, bien que ne pouvant se prévaloir d'un droit de séjour en tant que citoyen de l'Union, doit bénéficier de l'égalité de traitement tant qu'il séjourne légalement en Belgique. V. *supra* section 1, § 1. B.

⁸²² CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

⁸²³ *Ibid.*, para. 15, question 5. Pour une présentation du contexte de cette affaire, V. KOCHENOV D. et J. LINDEBOOM, *Breaking Chinese Law – Making European One : The Story of Chen, Or : Two Winners, Two Losers, Two Truths*, New York, Social Science Research Network, 2015.

⁸²⁴ AG Tizzano, ccl sur CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, para 24. Il propose, au contraire des parties, « de vérifier si même les aspects les plus inhabituels de cette affaire n'auraient pas pu être rattachés au cadre des règles habituelles et des principes juridiques communautaires, tels que définis par la jurisprudence de la Cour ».

⁸²⁵ La Constitution irlandaise a par la suite été modifiée par référendum en 2004. La naissance ne confère plus automatiquement la nationalité pour les enfants dont les parents ne sont pas irlandais.

de ressources suffisantes pour le citoyen et la possibilité de reconnaître un droit de séjour dérivé pour l'ascendant d'un citoyen.

La Cour y répond dans un arrêt bref. Tout d'abord, en s'appuyant sur le raisonnement développé dans l'arrêt *Garcia Avello*, elle considère que le seul fait qu'une personne n'ait pas fait usage de sa liberté de circulation n'implique pas que la situation soit « purement interne » et ne la prive de sa capacité de se prévaloir des dispositions du droit communautaire en matière de liberté de circulation et de séjour des personnes⁸²⁶. Si la Cour n'est pas plus explicite sur le rattachement au droit communautaire, les deux paragraphes de l'arrêt *Garcia Avello* auxquels elle renvoie énoncent le fait qu'un tel rattachement existe pour les ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre. La solution de l'arrêt *Garcia Avello* a parfois été présentée comme une solution intimement liée aux spécificités de l'affaire en cause, en y voyant notamment une question de reconnaissance des éléments du statut personnel⁸²⁷. Que ces explications aient emporté ou non la décision des juges dans la première affaire, force est de constater que la formule est ici sortie du contexte dans lequel elle a été forgée pour être appliquée à une situation différente⁸²⁸.

Ensuite, la Cour décide que « l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même ses droits⁸²⁹ ». La Cour, comme son Avocat général, s'appuie sur sa jurisprudence relative à la liberté de circulation des travailleurs. Elle cite l'affaire *Echternach et Moritz*, dans laquelle elle avait décidé que le fils mineur d'un travailleur ayant quitté le pays d'accueil pouvait invoquer le droit communautaire pour y demeurer et y poursuivre ses études⁸³⁰. Elle se réfère aussi à l'arrêt *Baumbast et R.*, qui reprenait *Echternach et Moritz* et en généralisait la solution, à propos des enfants de MM. Baumbast et R, en tant qu'enfants de travailleurs. En conséquence, la question de savoir s'ils auraient également pu en bénéficier en tant qu'enfant de citoyen, également posée à la Cour, n'avait pas eu à être tranchée⁸³¹. Dans ces affaires, le droit dont disposait le mineur découlait de la liberté de circulation d'un membre de sa famille. En revanche, dans l'arrêt *Garcia Avello*, c'était bien la liberté de

⁸²⁶ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 19.

⁸²⁷ V. par ex. NOURISSAT C., « CJCE, Ass. plén., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c/ Etat belge*, aff. C-148/02, *Rec. I-11613* », M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 373- 378.

⁸²⁸ De façon plus générale, sur le déplacement des formules, V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 1, A.

⁸²⁹ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 20.

⁸³⁰ V. CJCE, 15 mars 1986, *Echternach et Moritz* / *Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, 389/87 et 390/87, EU:C:1989:130, para. 21.

⁸³¹ V. CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R.*, *op. cit.*, para. 52-63.

circulation et de séjour du citoyen qui était en jeu⁸³². Les réponses de la Cour sur la possibilité d'invoquer les dispositions du traité, malgré l'absence de circulation et le jeune âge de la citoyenne, sont présentées comme des « considérations préliminaires ». Elles sont formulées de façon générale quant à la liberté de circulation des personnes et non spécifiquement par rapport à la liberté de circulation et de séjour du citoyen⁸³³.

Sur la question de l'abus de droit, contrairement à ce que soutenait le Royaume-Uni, la Cour décide que le caractère délibéré du déplacement de Mme Chen pour donner naissance à sa fille ne saurait être considéré comme tel. Elle s'appuie, comme dans l'arrêt *Garcia Avello*, sur la compétence des États membres relativement à l'acquisition de la nationalité et sur l'impossibilité dans laquelle ils sont de restreindre « les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité⁸³⁴ ». Comme dans les arrêts *Micheletti* et *Garcia Avello*, mais de façon encore plus nette, la protection des effets de l'attribution de la nationalité par un autre État membre permet de garantir le plein effet des dispositions du droit de l'Union.

Concernant le droit de séjour, la Cour affirme, comme dans l'arrêt *Baumbast*, qu'« [e]n sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, partant de citoyen de l'Union », Catherine Zhu peut se prévaloir du droit de circuler et de séjourner garanti par le traité dans les limitations et conditions prévues par celui-ci et les dispositions prises pour son application. Le débat porte alors sur ces dernières, notamment sur les conditions de la directive 90/364 relatives aux ressources du citoyen, car les gouvernements de l'Irlande et du Royaume-Uni arguaient que la citoyenne devait disposer elle-même de ces ressources et que tel n'était pas le cas en l'espèce. Au-delà d'une analyse des termes de la directive, la Cour s'appuie principalement sur le fait que les dispositions de la directive 90/364 reposent sur « un principe fondamental tel que celui de la libre circulation des personnes » pour décider que la condition exigeant des ressources suffisantes ne saurait impliquer que la citoyenne doive en disposer elle-même et qu'elle ne puisse se prévaloir des ressources de sa mère⁸³⁵.

⁸³² V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 21.

⁸³³ Ceci s'explique notamment par le fait qu'il était également demandé à la Cour si l'enfant ne pouvait être considérée comme destinataire de service. Elle a répondu sur ce point que ces dispositions ne sauraient concerner les prestations de services pendant une durée indéterminée (concernant les services de puériculture) et que les services fournis de façon temporaire ne sauraient, en tout état de cause, fonder un droit de séjour à durée indéterminée (pour les services médicaux), CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 23.

⁸³⁴ *Ibid.*, para. 39.

⁸³⁵ *Ibid.*, para. 29 à 34.

Enfin, une question portait sur le fait de savoir si le droit de séjour du citoyen avait pour conséquence la reconnaissance d'un droit de séjour pour sa mère. En effet, la directive 90/364, telle qu'interprétée par la Cour, ne saurait fonder un droit de séjour pour l'ascendant qui n'est pas à la charge du citoyen au sens économique. Cette conclusion « ressort de la jurisprudence » antérieure de la Cour relative à l'interprétation de membre de la famille « à charge » dans la directive relative à la libre circulation du travailleur⁸³⁶. Elle ne suit donc pas l'argumentation développée par l'avocat de Mme Chen, selon lequel celle-ci serait « à charge » de sa fille en raison de liens affectifs ou de sa dépendance quant à son droit de séjour. Toutefois, la Cour décide qu'un droit de séjour devrait être reconnu à la mère assurant effectivement la garde de l'enfant car la solution contraire « priverait de tout effet utile » le droit de séjour de l'enfant⁸³⁷. Elle s'appuie alors, « *mutatis mutandis* », sur des développements de l'arrêt *Baumbast et R* qui portaient sur l'interprétation de la directive relative au droit de circulation du travailleur⁸³⁸.

Ainsi, l'observation de la mise en œuvre de ces modèles de raisonnement dans les arrêts de la Cour montre que, après les arrêts fondateurs, la controverse ne porte plus sur la possibilité pour le citoyen de se prévaloir, dans certains cas, de la non-discrimination et du droit de circuler et de séjourner. Ceci n'est plus contesté. En revanche, les questions préjudicielles et le débat s'articulent principalement autour de deux types de questions. Tout d'abord, il porte sur les cas dans lesquels un citoyen peut se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité ou bien du droit de circuler et de séjourner, c'est-à-dire sur la détermination des cas dans lesquels on est autorisé à dire que si X est citoyen, alors il peut se prévaloir de la liberté de non-discrimination ou bien du droit de circuler et de séjourner. Une lecture tendant à généraliser les situations dans lesquelles le citoyen peut se prévaloir de ces droits s'oppose à divers arguments visant à les limiter en empêchant le citoyen de se prévaloir de ces droits pour différentes raisons : parce qu'il est mineur, en raison d'un soupçon « d'abus de droit », parce qu'il n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, etc.

Ensuite, la controverse se déplace aussi sur ce qu'impliquent ces droits lorsqu'ils peuvent être invoqués, c'est-à-dire, ce qui découle de l'affirmation selon laquelle X peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité ou d'un droit de séjour et de circulation. La discussion porte

⁸³⁶ V. nt. CJCE, 18 juin 1987, *CPAS de Courvelles / Lebon*, *op. cit.*, para. 20-22.

⁸³⁷ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 42 à 47. L'avocat général avait proposé un raisonnement similaire, qui s'appuyait toutefois également sur le respect de la vie familiale, et qui était doublé d'une autre justification tirée du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. V. para. 79 à 106.

⁸³⁸ *Ibid.*, para. 45, renvoyant à CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 71-75. Il faut noter que dans ces paragraphes, la Cour mentionnait également le droit au respect à la vie privée et familiale de la CEDH, ce qu'elle ne fait pas dans l'arrêt *Zhu et Chen*.

essentiellement sur deux questions. Tout d'abord, l'argumentation des parties sur les limites que le droit dérivé peut mettre à l'exercice des droits de séjourner, de circuler et de ne pas être discriminé. Celles-ci, suivant le modèle *Baumbast*, doivent respecter le droit de l'Union et le principe de proportionnalité. Ensuite, la question de savoir si les mesures peuvent être vues comme justifiées et, en conséquence, ne pas être tenues pour contraires au droit de l'Union occupe une place très importante dans certaines affaires. L'arrêt *Zhu et Chen* montre également un déplacement de la controverse, qui se poursuivra par la suite, en direction des conséquences du statut de citoyen de l'Union sur les ressortissants d'États tiers liés à des citoyens⁸³⁹.

B. Les modèles impliquant la liberté de circulation

Les arrêts *D'Hoop*⁸⁴⁰ et *Pusa*⁸⁴¹ peuvent déjà être considérés comme relevant d'un raisonnement sanctionnant l'entrave à la circulation citoyenne, mais leur justification n'est pas seulement fondée sur la restriction à la liberté de circulation⁸⁴². Après l'abandon de la ligne de justification sanctionnant la discrimination en tant que telle, la Cour sanctionne de façon claire une restriction à liberté de circulation dans le cadre de deux modèles de raisonnement très proches : les modèles *Tas-Hagen et Tas* et *Gootjes-Schwarz*⁸⁴³. Dans les deux cas, la différence de traitement caractérisée se trouve entre les citoyens mobiles et les citoyens sédentaires ; elle est prise en compte en tant qu'obstacle au droit de circuler du citoyen. Le dépassement de la simple non-discrimination en raison de la nationalité pour une approche générale fondée sur l'entrave à la circulation est un mouvement bien connu des juristes du marché intérieur. La doctrine souligne d'ailleurs immédiatement qu'il fait accéder la liberté de circulation à une étape supérieure en permettant aux citoyens de se prévaloir de façon beaucoup plus large de leur citoyenneté à l'encontre des mesures prises par les États membres⁸⁴⁴.

Dans un premier temps, la Cour utilise les deux modèles de raisonnement présentés précédemment. Bien que très proches, ils reposent sur une rhétorique et des formules légèrement

⁸³⁹ Caractérisant ce déplacement à partir d'une étude systématique de la jurisprudence sur la période 1992-2014, V. ŠADL U. et M.R. MADSEN, « Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law ? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 1, p. 40-60.

⁸⁴⁰ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*.

⁸⁴¹ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*.

⁸⁴² V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2, B, 1.

⁸⁴³ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2, B, 2.

⁸⁴⁴ COLLECTIF, « Two-speed European Citizenship ? Can the Lisbon Treaty help close the gap ? », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n° 1, p. 1-11.

différentes (1). Ensuite, elle les combine pour forger un nouveau modèle ; celui-ci semble désormais l'unique modèle utilisé pour sanctionner l'entrave à la circulation des citoyens de l'Union (2).

1. La coexistence de deux modèles de justification

Dans une première forme de raisonnement, la Cour abandonne complètement le langage de la non-discrimination en raison de la nationalité pour interdire l'obstacle à la circulation, sans toutefois parler explicitement d'entrave ; il s'agit du modèle *Tas-Hagen et Tas*. Dans une seconde, tout en conservant la rhétorique de la non-discrimination et en recourant à la formule de la vocation fondamentale du statut, elle sanctionne *in fine* explicitement l'entrave à la circulation ; c'est le modèle *Schwarz et Gootjes-Schwarz*.

Le modèle Tas-Hagen et Tas

La Cour reprend la structure-type de raisonnement mise en place dans les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas* en 2006 dans de nombreux arrêts⁸⁴⁵. Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Tas-Hagen et Tas* se retrouve presque à l'identique dans l'arrêt *Nerkowska*, concernant une prestation ayant pour but de dédommager les victimes civiles de la guerre ou de la répression du préjudice psychique ou corporel qu'elles ont subi⁸⁴⁶. Un raisonnement très proche est suivi dans l'arrêt *Zablocka-Weyhermüller*, pour une prestation ayant pour but de dédommager les conjoints survivants des victimes de guerre⁸⁴⁷. La situation présentée à la Cour était toutefois quelque peu différente. La conjointe survivante, ressortissante polonaise, se voyait opposer par l'organisme allemand son établissement en Pologne. Les mesures restreignant la liberté de circulation n'étaient ni le fait de l'État d'accueil, ni de celui de l'État de nationalité, mais de celui de l'ancien État d'accueil – l'Allemagne. La Cour aurait donc pu traiter la différence de traitement comme une discrimination indirectement fondée sur la nationalité (les ressortissants étrangers étant plus vulnérables à une condition de résidence en Allemagne que les ressortissants allemands) – avec toutefois la difficulté que la requérante au principal, si elle avait exercé sa liberté de circulation, ne résidait pas légalement sur le territoire d'un autre État membre⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 2, B.

⁸⁴⁶ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, C-499/06, EU:C:2008:300, V. para. 21 à 26.

⁸⁴⁷ CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, C-221/07, EU:C:2008:681.

⁸⁴⁸ Envisageant la configuration d'un citoyen invoquant le principe de non-discrimination en raison de la nationalité dans l'État dans lequel il ne séjourne pas, en l'absence même de circulation, V. AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 21-23.

La question a toutefois été posée par rapport la liberté de circulation et personne n'argumente en se fondant sur la non-discrimination. La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire que l'Avocat général produise des conclusions et choisit de reprendre le raisonnement suivi dans les arrêts *Tas-Hagen et Tas* et *Nerkowska*. La sanction de l'établissement dans un autre État membre est vue comme un désavantage résultant de l'exercice de la liberté de circulation et non comme une discrimination en raison de la nationalité. Le juge européen fait d'ailleurs preuve d'un degré d'abstraction étonnant en transposant les formules déjà utilisée, ce qui le conduit à parler de l'État de nationalité, la Pologne, comme d'un « État membre d'accueil⁸⁴⁹ ». Il est vrai que la situation est particulière car si la requérante n'est pas allemande, ce qui était en cause était la réversion d'une pension versée à son mari, ressortissant allemand, avant son décès. L'acceptation progressive de la jurisprudence de la Cour se perçoit dans la façon dont les questions sont posées dans ces deux arrêts et aux points qui sont débattus par les parties intervenantes. La controverse ne porte en effet pas sur le fait de savoir si une mesure restreignant la liberté de circulation des citoyens entre dans le champ d'application du droit de l'Union, ni sur le fait qu'elle est contraire à celui-ci à défaut de justification, mais sur la justification des mesures en cause.

Ce déplacement est aussi très perceptible dans l'arrêt *Morgan et Bucher*, décidé en 2007⁸⁵⁰. L'affaire, qui portait sur les conditions nécessaires pour obtenir une aide à la formation, a suscité des débats importants, avec l'intervention de sept gouvernements et de la Commission. Deux ressortissantes allemandes s'étaient vu refuser leur demande d'aide à la formation pour des études suivies dans d'autres États membres, en application de la législation allemande qui conditionnait cette aide au fait que la formation soit la poursuite d'une formation suivie pendant un an en Allemagne et à la résidence permanente dans une localité frontalière. Ici aussi, la controverse ne porte pas sur le fait de savoir si le citoyen tient directement, en vertu du traité, un droit de circuler et de séjourner, mais sur celui de savoir si la mesure en cause pouvait être considérée comme une restriction à la circulation et, le cas échéant, si celle-ci pouvait être justifiée. Les gouvernements allemand, néerlandais, autrichien, du Royaume-Uni, ainsi que la Commission soutiennent que la condition d'une première phase d'étude ne doit pas être vu comme une restriction à la circulation, et, à titre subsidiaire, qu'une telle restriction serait justifiée⁸⁵¹. Les gouvernements italiens, finlandais et suédois arguent au contraire qu'une telle

⁸⁴⁹ « [...] les facilités ouvertes par le traité en matière de libre circulation ne pourraient produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis à son séjour dans l'État membre d'accueil en raison d'une réglementation d'un autre État membre pénalisant le fait qu'il les a exercées ». CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, *op. cit.*, para. 34.

⁸⁵⁰ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, C-11/06 et C-12/06, EU:C:2007:626.

⁸⁵¹ *Ibid.*, para. 20.

condition constitue une restriction. Le premier soutient qu'une telle restriction n'est pas justifiée, contrairement au gouvernement suédois, alors que le gouvernement finlandais estime que la question doit être tranchée par la juridiction de renvoi⁸⁵².

La Cour propose exactement le même type de raisonnement que dans l'arrêt *Tas-Hagen et Tas* et s'appuie également, par analogie, sur la solution développée dans le cadre de la liberté de circulation du travailleur dans l'arrêt *Kranemann*⁸⁵³. Les dispositions en cause sont considérées comme de nature à dissuader la circulation des citoyens⁸⁵⁴. En outre, la Cour, répondant aux arguments du gouvernement allemand, introduit l'exigence d'un effet sur la liberté de circulation qui ne soit ni trop insignifiant ni trop aléatoire, en estimant que :

« les effets restrictifs engendrés par la condition d'une première phase d'étude ne sont ni trop aléatoires ni trop insignifiants, en particulier pour ceux dont les ressources financières sont les plus limitées, pour constituer une restriction de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18, paragraphe 1, CE⁸⁵⁵ ».

Cette affirmation a pu être rapprochée de l'arrêt *Kremzow* dans lequel le juge avait décidé que, si l'emprisonnement par un État d'un national était de nature à entraver sa liberté de circulation, « la perspective purement hypothétique d'un tel exercice ne constitue pas un lien suffisant avec le droit communautaire pour justifier l'application des dispositions du droit communautaire⁸⁵⁶ ». Elle se retrouve, sous une forme quelque peu différente, dans les arrêts concernant la réglementation des noms de famille qui exigent de « sérieux inconvénients » pour le citoyen pour parler d'entrave à la circulation⁸⁵⁷. Il faut noter que, dans le cas de la non-discrimination en raison de la nationalité, la Cour n'exige pas que la discrimination revête une certaine importance ; elle statue parfois sur des discriminations dont l'enjeu matériel peut sembler faible, comme dans l'affaire *Huber*⁸⁵⁸, ou d'une importance limitée, comme dans les arrêts concernant les réductions tarifaires pour le transport des étudiants⁸⁵⁹.

⁸⁵² *Ibid.*, para. 21.

⁸⁵³ CJCE, 17 mars 2005, *Kranemann*, C-109/04, EU:C:2005:187.

⁸⁵⁴ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 30 et 31.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, para. 32.

⁸⁵⁶ CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow / Republik Österreich*, C-299/95, EU:C:1997:254, para. 16. Ce rapprochement est fait par Ferdinand Wollenschläger. WOLLENSCHLÄGER F., « A New Fundamental Freedom beyond Market Integration », *op. cit.*, p. 28, note 168.

⁸⁵⁷ Sur ces arrêts, V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 1.

⁸⁵⁸ CJCE, 16 décembre 2008, *Huber*, *op. cit.*. V. *supra*, A, 1. L'exemple est cité par CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law : text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 487.

⁸⁵⁹ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.* et CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.* Sur ces arrêts, V. *infra*, § 2, B.

L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, après un éloge nourri de la mobilité des étudiants, et un retour sur les arrêts *Grzelecznyk*, *D'Hoop* et *Bidar*, souligne de façon très nette que si l'interdiction de discriminer et la libre circulation ont souvent été combinés dans la jurisprudence de la Cour, « ces principes ont leur substance propre, évaluable en tant que telle⁸⁶⁰ ». Il renvoie en note à l'arrêt *Trojani* qui examinait les deux de façons successives et souligne que, dans les arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*, seul l'article 18 CE [21 TFUE] est mentionné⁸⁶¹. La différence avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *D'Hoop* est clairement marquée. Il n'est pas nécessaire de parler d'établir une discrimination en raison de la nationalité pour que le droit de l'Union s'oppose à une mesure restreignant la liberté de circulation du citoyen.

Le concept de citoyen joue un rôle similaire dans d'autres arrêts. C'est le cas des arrêts *von Chamier-Glisczynski*⁸⁶² en 2009 et *van Delft e.a.*⁸⁶³ en 2010, concernant des régimes de sécurité sociale. Dans ces deux affaires, il n'était pas exclu que les requérants relèvent de la liberté de circulation des travailleurs ou des destinataires de service. Ne tranchant pas ces questions, la Cour considère le statut de citoyen, dont ils jouissent, « en tout état de cause⁸⁶⁴ ». Dans les arrêts *Grunkin et Paul*⁸⁶⁵, en 2008, et *Sayn-Wittgenstein*⁸⁶⁶, en 2010, relatifs à la réglementation du nom de famille, la Cour suit la même structure de raisonnement. Malgré le recours par trois avocats généraux au terme « entrave » dans leurs conclusions sur certaines des affaires précitées⁸⁶⁷, la Cour ne l'a utilisé que dans ces deux derniers arrêts relatifs au nom de famille.

Le modèle Schwarz et Gootjes-Schwarz

Dans une autre ligne d'arrêts, la Cour suit la structure de raisonnement adoptée dans les arrêts *Commission / Allemagne* et *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, qui utilise, en revanche, explicitement le terme

⁸⁶⁰ AG Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, C-11/06 et C-12/06, EU:C:2007:626, para. 67, note omise.

⁸⁶¹ *Ibid.*, note 43.

⁸⁶² CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Glisczynski*, C-208/07, EU:C:2009:455.

⁸⁶³ CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, C-345/09, EU:C:2011:57.

⁸⁶⁴ CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Glisczynski*, *op. cit.*, para 78 et CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, *op. cit.*, para. 94.

⁸⁶⁵ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*.

⁸⁶⁶ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806.

⁸⁶⁷ Les avocats généraux Geelhoed, Kokott et Jääskinen dans leurs conclusions sur CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, et CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, *op. cit.*.

d'entrave⁸⁶⁸. À la différence de la justification construite sur le modèle *De Cuyper et Tas-Hagen et Tas*, cette structure de raisonnement se caractérise par une reprise assez large de la structure de justification de l'arrêt *D'Hoop*, avec la formule sur la vocation fondamentale du statut et la non-discrimination en raison de la nationalité. Néanmoins, elle s'en distingue en concluant clairement sur le terrain de l'entrave et en ne reprenant pas la formule selon laquelle l'égalité de traitement sous-tend le statut de citoyen. Comme les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, l'arrêt *Rüffler*⁸⁶⁹ concerne une question de réglementation fiscale, mais c'est cette fois l'État d'accueil qui est en cause. De nationalité allemande, M. Rüffler s'est installé en Pologne après avoir eu une activité salariée en Allemagne. Il conteste le fait de ne pouvoir bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu en fonction des cotisations d'assurance maladie versées en Allemagne car seules les cotisations versées en Pologne peuvent donner lieu à cet avantage fiscal. La Cour applique, « par analogie », le même raisonnement, concluant *in fine* sur le terrain l'entrave à la libre circulation du citoyen⁸⁷⁰.

L'« analogie » permet l'application de la règle retenue dans les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne* à la situation en cause dans l'affaire *Rüffler*. Ces situations « symétriques » pourraient pourtant être vues comme différentes. Lorsque la mesure en cause est celle de l'État de nationalité, il n'y a, en principe, pas de discrimination en raison de la nationalité – les groupes comparés sont les nationaux sédentaires et ceux ayant fait usage de leur liberté de circulation – alors que lorsqu'est en cause la réglementation de l'État d'accueil, comme dans l'affaire *Rüffler*, la comparaison a lieu entre les nationaux et, le plus souvent, des ressortissants d'autres États membres. De même que dans l'affaire *Zablocka-Weyhermüller*, la Cour aurait pu sanctionner les dispositions contestées comme discriminatoires en raison de la nationalité. En outre, il faut souligner que « l'effet distributif » des deux images symétriques est également différent. Dans les arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Commission / Allemagne*, la perte de recette fiscale alléguée par l'État bénéficie à ses nationaux, alors que dans l'affaire *Rüffler* elle profite à des ressortissants d'États tiers. Ce recours à l'analogie illustre la force que revêtent les formules de la Cour ainsi que leur potentiel « décontextualisant ».

L'arrêt *Rüffler* confirme aussi l'autonomie de la liberté de circulation par rapport à la non-discrimination en raison de la nationalité, à la différence des arrêts *D'Hoop*, *Pusa* et *Turpeinen*. En effet, alors que la Commission, de même que dans les arrêts précédents, continuait à parler

⁸⁶⁸ V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 2, B.

⁸⁶⁹ CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, *op. cit.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*, V. para. 62-74.

des « dispositions combinées des articles 12 CE et 18 CE [18 et 21 TFUE]⁸⁷¹ », la Cour répond en distinguant très nettement les deux articles et en décidant que la réglementation en cause « constituant une restriction non objectivement justifiée à l'article 18 CE [21 TFUE], il n'est pas nécessaire de se prononcer sur sa compatibilité au regard de l'article 12 CE [18 TFUE]⁸⁷² ».

Cette structure de raisonnement perdure par la suite. Elle est reprise dans différents domaines, au-delà de questions fiscales. Si, dans l'arrêt *Zanotti*, en 2010, c'est la déduction fiscale de frais de fréquentation de cours d'enseignement universitaire dans un autre État membre qui était en cause, un raisonnement similaire se retrouve dans l'arrêt *Stewart*, en 2011, à propos de la légalité d'une condition de résidence pour l'octroi d'une prestation de sécurité sociale⁸⁷³ et dans l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn*, lors d'une affaire concernant le nom de famille⁸⁷⁴.

Avec ces arrêts, la Cour reprend explicitement le terme « d'entrave » dans le champ de la citoyenneté. Il avait déjà été mentionné dans le contexte de la citoyenneté dans l'arrêt *Wijzenbeek*, sans s'appliquer explicitement à la liberté de circulation du citoyen⁸⁷⁵. La Cour l'avait également utilisé de manière négative dans l'arrêt *Schempp*, pour répondre à la Commission et aux gouvernements allemand et néerlandais que « la réglementation nationale en cause n'entrav[ait] en rien le droit de M. Schempp, en tant que citoyen de l'Union, de circuler et de séjourner dans d'autres États membres en vertu de l'article 18, paragraphe 1, CE⁸⁷⁶ ». Toutefois, c'est à partir de l'arrêt *Schwarz et Gootjes-Schwarz* qu'elle l'utilise de façon très générale et systématique, suivant en cela les conclusions de différents avocats généraux et des certaines cours de renvoi. Dans un raccourci saisissant, la Cour parle même d'« entrave à la citoyenneté » dans l'arrêt *Zanotti*⁸⁷⁷.

La différence entre la ligne de cas construite sur le modèle *De Cuyper et Tas-Hagen et Tas* et celle construite sur celui de *Schwarz et Gootjes-Schwarz* ne doit pas être exagérée. Les arrêts rédigés selon le second modèle citent ceux qui le sont d'après le premier et réciproquement. Ces deux structures ne

⁸⁷¹ *Ibid.*, V. para. 47.

⁸⁷² *Ibid.*, para. 86. L'argumentation de la Commission est citée aux paragraphes 47 et 48.

⁸⁷³ La Cour reproduit les mêmes formules, en évitant toutefois de parler « d'entrave ». CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, C-503/09, EU:C:2011:500, V. para. 77-87. L'AG Cruz Villalón avait conclu différemment, notamment car il n'avait pas pris en compte la liberté de circulation du citoyen.

⁸⁷⁴ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291.

⁸⁷⁵ Sans se prononcer sur l'effet direct de l'article 8A TCE [21 TFUE], la Cour avait utilisé le terme d'entrave pour décider que des contrôles d'identité sous peine de sanctions pénales étaient admissibles à conditions que celles-ci ne soient pas disproportionnées, auxquelles cas elles seraient constitutives « d'entrave à la libre circulation des personnes ». CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:439, para. 44.

⁸⁷⁶ CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*

⁸⁷⁷ CJUE, 20 mai 2010, *Zanotti*, C-56/09, EU:C:2010:288, V. para. 67s.

sont le plus souvent pas distinguées par la doctrine. Enfin, la Cour ne justifie pas le fait d'adopter une rhétorique plutôt qu'une autre et il ne semble pas que ce choix s'explique par des raisons sous-jacentes significatives, telle que la matière concernée ou l'issue de l'arrêt. La motivation d'arrêts portant sur des affaires très similaires, comme celles qui concernent les noms de familles, peuvent d'ailleurs prendre différentes formes⁸⁷⁸. Il est donc loisible de voir la coexistence de ces deux modèles comme montrant qu'il n'y a pas toujours de raison pour expliquer la présence ou non de certaines formules ; différents modèles de justification pour décider le même type de cas peuvent perdurer dans le temps.

Il est tentant de penser que la différence de rédaction s'explique par les juges rapporteurs. Alors que les cas suivant la rhétorique *De Cuyper et Tas-Hagen et Tas* ont d'abord été décidés sur le rapport de la juge Rosario Silva de Lapuerta⁸⁷⁹, ceux qui adoptent une justification du type *Schwarz et Gootjes-Schwarz* l'ont été sur celui du juge Allan Rosas⁸⁸⁰. Toutefois, cette explication n'est pas véritablement décisive parce que, par la suite, les arrêts sont décidés sur le rapport de juges différents et des arrêts décidés sur le rapport du même juge n'adoptent pas le même modèle de justification⁸⁸¹. La Cour utilise d'ailleurs actuellement une justification qui combine ces deux structures de raisonnement. Celle-ci se trouve tout d'abord dans des arrêts décidés sur le rapport du juge Aindrias Ó Caoimh, qui avait rapporté dans les deux lignes de cas précédentes⁸⁸².

2. La combinaison des modèles : le modèle *Prinz et Seeberger*

La justification de l'arrêt *Prinz et Seeberger*⁸⁸³ peut être vue comme mêlant les deux modèles précédemment décrits. À la différence des arrêts *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, la Cour abandonne le paragraphe utilisé dans l'arrêt *D'Hoop* liant la non-discrimination en raison de la nationalité et le traitement moins favorable des ressortissants ayant fait usage des facilités ouvertes par le traité en

⁸⁷⁸ Ainsi, les arrêts *Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein* ont été décidés en suivant le modèle *De Cuyper et Tas-Hagen et Tas*, l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn* sur le modèle *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et, enfin, les arrêts *Bogendorff von Wolffersdorff* et *Freitag* sur le modèle *Prinz et Seeberger* qui sera développé dans les prochains paragraphes.

⁸⁷⁹ C'est le cas des trois premiers arrêts : *De Cuyper, Tas-Hagen et Tas* et *Nerkowska*.

⁸⁸⁰ De même, pour les trois premières décisions : *Schwarz et Gootjes-Schwarz, Commission / Allemagne et Rüffler*.

⁸⁸¹ Pour la première ligne de cas : Peter Jann pour l'arrêt *Grunkin et Paul* ; Rosario Silva de Lapuerta pour l'arrêt *Zablocka-Weyhermüller* ; Aindrias Ó Caoimh pour les arrêts *Morgan et Bucher, von Chamier-Gliszczyński* et *van Delft e.a.* ; Allan Rosas pour l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*. Pour la seconde : Aindrias Ó Caoimh pour les arrêts *Zanotti et Runevič Vardyn et Wardyn* et Alexander Arabadjiev pour l'arrêt *Stewart*.

⁸⁸² C'est le cas pour les quatre premiers arrêts : *Prinz et Seeberger, Thiele Meneses, Elrick et Martens*. Il faut aussi noter que l'avocate générale est Eleanor Sharpston dans tous ces arrêts (mais *Thiele Meneses* et *Elrick* sont jugés sans conclusions). Par la suite, l'arrêt *Petruhhin* est décidé sur le rapport du juge Carl Gustav Fernlund et les arrêts *Bogendorff von Wolffersdorff* et *Freitag* sur celui du juge Allan Rosas.

⁸⁸³ CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, C-523/11 et C-585/11, EU:C:2013:524.

matière de circulation⁸⁸⁴. Contrairement aux arrêts *De Cuyper* et *Tas-Hagen et Tas*, elle recourt à la formule de la vocation fondamentale du statut à permettre le même traitement juridique, indépendamment de la nationalité⁸⁸⁵. Cette structure de raisonnement se trouve à partir de 2013 dans une série d'arrêt portant sur la compatibilité avec le droit de l'Union de conditions mises à l'obtention d'aide pour des études à l'étranger, avant d'être utilisée dans d'autres situations.

Dans l'arrêt *Prinz et Seeberger*⁸⁸⁶, la Cour était interrogée à propos d'une condition de résidence ininterrompue de trois ans pour pouvoir bénéficier pendant plus d'une année d'une aide à la formation poursuivie dans un autre État membre. Les affaires concernaient la législation allemande, déjà en cause dans l'arrêt *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, mais qui avait été modifiée suite aux arrêts de la Cour, avec la suppression de l'exigence d'une première phase d'étude en Allemagne⁸⁸⁷. Ce qui faisait débat devant la Cour, avec l'intervention de sept États membres, n'était pas tant le fait que la règle contestée constituait une restriction à la circulation, mais les critères acceptables pour justifier des mesures entravant la circulation du citoyen et, en l'espèce, la compatibilité de l'exigence d'une résidence de trois ans⁸⁸⁸.

Le même modèle se retrouve dans les arrêts *Thiele Meneses*⁸⁸⁹, *Elrick*⁸⁹⁰ et *Martens*⁸⁹¹, où étaient encore en cause des conditions mises à l'aide que des étudiants peuvent recevoir lorsqu'ils étudient à l'étranger. Si le débat portait essentiellement sur la question de la justification, la Cour précise également certains points relatifs à l'établissement de l'entrave. Dans l'arrêt *Thiele Meneses*, elle explique que la possibilité de déroger à une condition de domicile pour les nationaux dans des « circonstances particulières nettement circonscrites » ne saurait être suffisant pour que l'entrave ne soit pas caractérisée⁸⁹². Dans l'arrêt *Elrick*, elle reprend ce qu'elle avait déjà dit dans l'affaire *Morgan et Bucher*

⁸⁸⁴ Ce paragraphe, utilisé pour la dernière fois dans l'arrêt *Steward*, est le suivant : « Dans la mesure où un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître, dans tous les États membres, le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation, il serait incompatible avec le droit de libre circulation qu'il puisse se voir appliquer, dans l'État membre dont il est ressortissant, un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation », CJUE, 21 juillet 2011, *Steward*, *op. cit.*, para. 83.

⁸⁸⁵ CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 24.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ Sur ces questions, V. AG Sharpston, ccl CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, C-523/11 et C-585/11, EU:C:2013:524, para. 6s.

⁸⁸⁸ V. la formulation des questions préjudicielles par les juges *a quo*, CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 11 et 12, puis 20 et 21. V. également AG Sharpston, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 32s.

⁸⁸⁹ CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, C-220/12, EU:C:2013:683.

⁸⁹⁰ CJUE, 24 octobre 2013, *Elrick*, C-275/12, EU:C:2013:684.

⁸⁹¹ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118.

⁸⁹² CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, *op. cit.*, para. 27.

en affirmant que l'« on ne peut pas considérer que les effets restrictifs engendrés par [la condition contestée] sont trop aléatoires ou trop insignifiants pour constituer une restriction à la liberté de circuler et de séjourner⁸⁹³ ».

L'affaire *Martens* pose plus de difficultés. Une ressortissante néerlandaise avait emménagé enfant en Belgique et y avait résidé jusqu'à ce qu'elle se rende à Curaçao pour y faire ses études. Île des Antilles néerlandaises, Curaçao fait partie des Pays-Bas, mais les dispositions du traité relatives à la liberté de circulation des personnes ne lui sont pas applicables. Les autorités néerlandaises considèrent par ailleurs que la requérante au principal n'étudiait pas aux Pays-Bas, au regard des dispositions relatives à l'octroi de bourses pour des études à l'étranger⁸⁹⁴. L'aide perçue par Mme Mertens au titre de ses dispositions est considérée comme induue au motif qu'elle n'aurait pas rempli les conditions de séjour requises pour pouvoir en bénéficier et, en conséquence, elle s'est vue demandé de la rembourser.

Il faut en outre préciser que le père de la requérante au principal, ressortissant néerlandais, avait travaillé pendant un certain temps aux Pays-Bas, avant de travailler en Belgique. La condition de résidence contestée pour bénéficier d'une aide lors d'études à l'étranger – « la règle des trois ans sur six » – s'appliquait à l'origine également aux travailleurs migrants ainsi qu'aux membres de leur famille à l'entretien desquels ils continuaient de pourvoir. La Cour a jugé en 2012 que cette disposition constituait une discrimination indirecte en raison de la nationalité⁸⁹⁵. Après cet arrêt, les autorités néerlandaises ont considéré que, pour la période où le père de Mme Mertens travaillait au Pays-Bas, la règle des trois ans sur six ne s'appliquait pas, mais qu'elle continuait en revanche à s'appliquer pour la suite. Si la Cour est interrogée tant sur les droits qui découlent pour la citoyenne du statut de travailleur de son père que de son statut de citoyen, elle décide « d'examiner ensemble » les questions de la juridiction de renvoi.

Le gouvernement néerlandais considère qu'il n'y a pas d'entrave à la circulation parce que la requérante s'est déplacée de la Belgique vers Curaçao. La Cour n'accepte toutefois pas cet argument, parce que, dit-elle, « la requérante au principal a utilisé ses droits de circuler librement en déménageant

⁸⁹³ CJUE, 24 octobre 2013, *Elrick*, *op. cit.*, para. 29.

⁸⁹⁴ Sur ces questions, V. AG Sharpston, ccl sur CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118, para. 43s.

⁸⁹⁵ CJUE, 14 juin 2012, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*. La Cour refuse dans cet arrêt l'argument selon lequel les situations des personnes résidant aux Pays-Bas et de personnes résidant dans un autre État ne seraient pas comparables car « le premier réflexe [des premières] serait, bien sûr, d'étudier dans cet État membre » et que l'aide vise précisément à les inciter à étudier en dehors des Pays-Bas. V. para. 40s.

des Pays-Bas vers la Belgique avec sa famille au cours de l'année 1993 et a continué de faire usage de ces droits tout au long de la période pendant laquelle elle a vécu en Belgique⁸⁹⁶ ». Si elle ne parle pas explicitement du droit de séjour, contrairement à l'Avocate générale Sharpston, celui-ci semble faire partie des « droits » dont la requérante a continué à faire usage⁸⁹⁷. Elle décide ensuite qu'« il est sans incidence à cet égard qu'un temps considérable se soit écoulé depuis que la requérante au principal a fait usage de ses droits de libre circulation⁸⁹⁸ ». La Cour et l'Avocate générale disent raisonner par « analogie » avec l'arrêt *Nerkowska*, dans lequel la requérante, de nationalité polonaise, résidait depuis plusieurs décennies en Allemagne. La référence au paragraphe de cet arrêt énonçant le dispositif, qui ne mentionne en rien la date de la circulation, montre bien que le rapprochement a lieu entre les situations de Mme Nerkowska et de Mme Martens, mais que la question de l'ancienneté de la circulation était complètement implicite dans le premier arrêt⁸⁹⁹. L'Avocate générale renvoie d'ailleurs également aux paragraphes consacrés aux faits de l'affaire, la date de la circulation de Mme Nerkowska n'avait pas été discutée ni mentionnée dans le raisonnement de la Cour relatif à l'établissement de l'entrave⁹⁰⁰.

L'Avocate générale considère que la règle ne pouvait avoir restreint la circulation de la requérante parce que l'aide contestée n'existait pas au moment de la circulation, mais qu'elle la défavorisait en raison de son séjour dans un autre État membre⁹⁰¹. Elle suit alors un raisonnement proche de l'arrêt *D'Hoop*, centré sur l'égalité de traitement et mettant sur le même plan la non-discrimination en raison de la nationalité et la non-discrimination en raison de la circulation : « [l]e Royaume des Pays-Bas doit accorder le même traitement juridique, indépendamment de la nationalité des demandeurs, lorsqu'il décide qui obtient le financement auquel il donne accès pour des études, que ce soit dans d'autres États membres ou en dehors de l'Union. En prenant cette décision, il ne peut pas défavoriser les demandeurs qui ont exercé leurs droits de circuler et séjourner dans un autre État membre⁹⁰². » La Cour ne reprend pas la rhétorique de l'Avocate générale et décide que « [f]orce est ainsi de constater que la condition des trois ans sur six [...], alors même qu'elle s'applique indistinctement aux

⁸⁹⁶ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 30.

⁸⁹⁷ L'Avocate générale parle de « l'exercice ininterrompu du droit de séjourner dans un autre État membre », AG Sharpston, ccl sur CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 106.

⁸⁹⁸ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 32.

⁸⁹⁹ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, *op. cit.*, para. 47.

⁹⁰⁰ La Cour se contentait de décider que « la requérante au principal, en établissant sa résidence en Allemagne, a exercé le droit conféré par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un État membre autre que celui dont il est le ressortissant », CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, *op. cit.*, para. 27.

⁹⁰¹ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 106.

⁹⁰² *Ibid.*, para. 108.

ressortissants néerlandais et aux autres citoyens de l'Union, constitue une restriction au droit de libre circulation et de séjour dont jouissent tous les citoyens de l'Union en vertu de l'article 21 TFUE⁹⁰³ ». Alors que dans l'arrêt *Prinz et Seeberger* ce paragraphe s'inscrivait dans un raisonnement soulignant l'effet dissuasif de la condition de résidence, la Cour se dispense d'un tel raisonnement dans l'arrêt *Martens*, alors qu'il serait problématique pour les raisons avancées par l'Avocate générale⁹⁰⁴.

La structure de raisonnement suivie par la Cour n'est pas limitée aux affaires concernant les aides pour étudier à l'étranger. Elle se trouve en effet plus récemment dans des cas relatifs à la compatibilité avec le droit de l'Union du refus de reconnaître un changement de nom, avec les affaires *Bogendorff von Wolfersdorff*⁹⁰⁵ et *Freitag*⁹⁰⁶, et, de façon quelque peu différente, dans l'arrêt *Petruhhin*, concernant l'extradition d'un citoyen de l'Union⁹⁰⁷. Il faut noter que dans les deux affaires relatives au nom de famille, la Cour considère qu'elle ne doit se prononcer que sur l'article 21 TFUE, malgré les saisines invoquant aussi l'article 18 TFUE. Ainsi affirme-t-elle dans l'arrêt *Freitag* que :

« conformément à une jurisprudence constante de la Cour, l'article 21 TFUE comporte non seulement le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, mais également une interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Par conséquent, il convient d'examiner la situation du requérant au principal au regard de cette seule disposition⁹⁰⁸. »

La « constance » dont se prévaut la Cour doit plutôt être vue comme le fruit d'une évolution récente. Dans les premiers arrêts relatifs à la citoyenneté, l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner de l'article 21 permettait à une situation de tomber dans le champ d'application du traité au sens de l'article 18 TFUE sur la non-discrimination en raison de la nationalité (modèles *Bickel et Franz* et *Grzelczyk*). Le jeu du principe de non-discrimination en raison de la nationalité pouvait d'ailleurs être envisagé de façon distincte des droits de séjourner et de circuler, comme le fait très clairement la

⁹⁰³ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 33.

⁹⁰⁴ Ainsi, le paragraphe repris par la Cour était suivi dans l'arrêt *Prinz et Seeberger* par le paragraphe suivant : « Une telle condition est de nature à dissuader des ressortissants nationaux, tels que les requérants au principal, d'exercer leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre, compte tenu de l'incidence que l'exercice de cette liberté est susceptible d'avoir sur le droit à l'aide à la formation. » CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 32.

⁹⁰⁵ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

⁹⁰⁶ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432.

⁹⁰⁷ CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630. Dans cette affaire, la Cour suit toutefois un raisonnement quelque peu différent, mêlant la non-discrimination en raison de la nationalité et l'entrave.

⁹⁰⁸ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 31.

Cour dans l'arrêt *Trojani*⁹⁰⁹. Face à des argumentations qui tendaient parfois à confondre les deux principes, parlant de la combinaison des articles 18 et 21 TFUE, les Avocats généraux et la Cour avaient d'ailleurs tendance à les distinguer⁹¹⁰. Ce n'est qu'avec les arrêts *Runevič Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolffersdorff* qu'elle affirme que le droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité est inclus dans l'article 21 TFUE, ce qui peut être vu comme l'abandon implicite du type de discrimination retenu dans l'affaire *Garcia Avello*⁹¹¹.

Ainsi, la Cour développe un contrôle des mesures restreignant la liberté de circulation des citoyens. Le statut de citoyen permet à ses titulaires d'invoquer leur « liberté fondamentale » de circuler et de séjourner à l'encontre des États dont la réglementation les dissuaderait d'en faire exercice. La restriction à la circulation est le fait de l'État de nationalité du citoyen dans l'ensemble de ces arrêts, à l'exception des arrêts *Zablocka-Weyhermüller*, *Rijffler* et *Petruhhin*. Les situations abordées se situent le plus souvent en dehors du champ du droit dérivé et, plus spécifiquement, en dehors du champ d'application de la directive 2004/38. La Cour reprend les techniques et les concepts développés dans le cadre de la libre circulation des travailleurs ou de la libre prestation des services, incitée en cela par les participants à la controverse qui mobilisent les règles et les cas qui peuvent soutenir leur argumentation. Il n'est plus controversé que la liberté de circulation du citoyen est une liberté de circulation au sens des libertés fondamentales. Le débat se déplace sur différentes questions, essentiellement, le fait de savoir si les mesures en cause dans l'affaire au principal sont constitutives d'une entrave à la circulation et, le cas échéant, si elles peuvent être justifiées. Le modèle de raisonnement en lui-même n'est plus contesté.

§ 2. LES NOUVEAUX OBJETS DE LA CONTROVERSE

Dans les affaires concernant les prestations destinées aux étudiants, on observe également un déplacement de la controverse. Celle-ci ne porte plus sur la possibilité, en général, pour le citoyen de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité, mais sur ce qui peut faire échec à cette règle dans le cas du citoyen étudiant cherchant à obtenir des prestations sociales dans l'État d'accueil. Ces affaires sont particulièrement intéressantes pour montrer comment de nouveaux objets sont introduits dans la controverse. En effet les modèles de raisonnement impliquant la non-

⁹⁰⁹ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*

⁹¹⁰ V., tout particulièrement, AG Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 67 et CJCE, 23 avril 2009, *Rijffler*, *op. cit.*, para. 86. L'argumentation de la Commission est citée aux paragraphes 47 et 48.

⁹¹¹ Sur cette question, V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 2, B, 2.

discrimination en raison de la nationalité développés dans le cadre de la jurisprudence de la Cour sur la citoyenneté sont confrontés à d'autres matériaux juridiques (des arrêts de la Cour et des textes législatifs), qui sont aussi bien antérieurs que postérieurs au moment *Martínez Sala*.

Du point de vue du législateur, Valérie Michel remarque que celui-ci se situe dans un « ensemble jurisprudentiel », et peut en conséquence apparaître, « selon qu'il devance ou suit le juge, comme précurseur ou codificateur de la jurisprudence⁹¹² ». Dans le cas des directives portant sur le droit de circulation et de séjour des étudiants, la directive 93/96 relative au droit de séjour des étudiants⁹¹³ et la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union⁹¹⁴, il remplit les deux fonctions. Certaines dispositions reprennent ou systématisent la jurisprudence existante, alors que d'autres proposent des évolutions qui sont susceptibles d'être reprises par la Cour. Si les textes du législateur présentent, dans un certain contexte, une contrainte pour le juge qui a pour tâche de les interpréter et de les appliquer, le législateur peut lui aussi être vu comme contraint par l'action de la Cour⁹¹⁵. Tout d'abord parce que, s'il n'intervient pas lorsque la Cour s'est prononcée sur une question, celle-ci a toute latitude pour régler la matière. Mentionnant les premiers arrêts de la Cour relatifs aux étudiants, Valérie Michel explique que, après ceux-ci, « l'alternative se résumait à deux options : légiférer ou laisser au juge la maîtrise de la reconnaissance des droits des étudiants⁹¹⁶. » En outre, il est contraint parce que, le texte adopté, le juge est chargé de l'interpréter et de contrôler sa conformité avec les traités.

Du point de vue de la Cour, en partant du cas des étudiants, il est possible de dire que le statut embryonnaire des étudiants construit par la Cour dans les années quatre-vingt est progressivement confronté aux articles du traité relatifs à la citoyenneté, à la jurisprudence que la Cour commence à développer sur la question, ainsi qu'aux directives régissant le séjour des étudiants puis celui des citoyens. Toutefois, dans le cadre d'une recherche sur le concept de citoyen de l'Union, il est possible d'inverser cette présentation. Ce qui compte n'est pas la date des arrêts ou des textes, mais le moment où ils sont introduits dans la controverse sur ce qu'implique le concept de citoyen de l'Union. Les textes et les arrêts de la Cour, même s'ils sont antérieurs à l'arrêt *Martínez Sala*, sont intégrés à la controverse sur ce qu'implique le statut de citoyen de l'Union après les tout premiers arrêts relatifs à

⁹¹² MICHEL V., « Le législateur européen et l'entrave », L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 285.

⁹¹³ Directive 93/96/CEE, *op. cit.*

⁹¹⁴ Directive 2004/38/CE, *op. cit.*

⁹¹⁵ En ce sens, V. MICHEL V., « Le législateur européen et l'entrave », *op. cit.*, p. 295s.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 296.

la citoyenneté (A). Par la suite, la controverse s'enrichit également des textes et des arrêts postérieurs à la détermination des modèles de raisonnement lors du moment fondateur (B).

A. La confrontation à des textes et des arrêts antérieurs au moment *Martínez Sala*

Il convient de présenter très brièvement la jurisprudence relative aux étudiants antérieure à la jurisprudence de la Cour sur la citoyenneté et certaines dispositions de la directive 93/96 (1). Ceci permettra de voir comment les textes et affirmations de la Cour, antérieurs à la citoyenneté, sont confrontés aux modèles de raisonnement développés après l'arrêt *Martínez Sala* (2).

1. Les textes et les arrêts antérieurs au moment *Martínez Sala*

La jurisprudence de la Cour relative aux étudiants a souvent été présentée comme participant à la construction d'une proto-citoyenneté⁹¹⁷. En effet, elle dessine « un statut de l'étudiant en mobilité⁹¹⁸ », avant même le Traité de Maastricht. La Cour permet tout d'abord aux étudiants suivant une formation professionnelle dans un autre État membre de se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, sur le fondement des dispositions relatives à la liberté de circulation des travailleurs, et décide que cela implique la reconnaissance d'un droit de séjour⁹¹⁹. Elle dit ensuite, dans l'arrêt *Gravier*, que « les conditions d'accès à la formation professionnelle relèvent du domaine d'application du traité⁹²⁰ ». À l'occasion des arrêts *Lair* et *Brown*, elle distingue, de manière très générale, deux types de prestations en décidant qu'une « aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation » échappe, en principe, au domaine d'application du traité CEE au sens de son

⁹¹⁷ V. par ex. BENLOLO-CARABOT M., « La non-discrimination entre étudiants », C. GAUTHIER, M. GAUTHIER et F. FINES (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. « Collection Droits européens », 2012, p. 240 et 242.

⁹¹⁸ PERTEK J. et E. SLEIMAN, « Les étudiants et la communauté : l'esquisse d'un statut de l'étudiant en mobilité », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998, vol. 418, p. 306-321.

⁹¹⁹ Celui-ci est soumis à certaines conditions. V. nt. CJCE, 13 février 1985, *Gravier / Ville de Liège*, 293/83, EU:C:1985:69 et CJCE, 26 février 1992, *Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, C-357/89, EU:C:1992:87. Sur cette jurisprudence avant la citoyenneté, V. *Ibid.* Sur le rôle de la citoyenneté et de la non-discrimination pour établir « un statut de l'étudiant en droit de l'UE », V. BENLOLO-CARABOT M., « La non-discrimination entre étudiants », *op. cit.*

⁹²⁰ Par conséquent, elle décide que « l'imposition d'une redevance, d'un droit d'inscription ou d'un minerval, comme condition pour l'accès aux cours d'enseignement professionnel, aux étudiants ressortissants des autres États membres, alors qu'une même charge n'est pas imposée aux étudiants nationaux, constitue une discrimination en raison de la nationalité prohibée par l'article 7 du traité [18 TFUE] ». CJCE, 13 février 1985, *Gravier / Ville de Liège*, *op. cit.*, para. 25 et 26.

article 7 [18 TFUE], contrairement à une aide ayant « pour objet de couvrir les frais d'inscription ou d'autres frais, notamment de scolarité, exigés pour l'accès à l'enseignement⁹²¹ ».

La distinction, forgée par la Cour à partir de la possibilité de se prévaloir de la non-discrimination pour l'accès à la formation professionnelle, est souvent présentée comme permettant d'étendre le champ d'application de l'égalité de traitement, sans remettre en cause de façon trop radicale le régime des bourses accordées aux étudiants.

Si « la prestation a pour objet de couvrir les frais d'inscription ou d'autres frais, notamment de scolarité, exigés pour l'accès à l'enseignement », alors « elle relève du domaine d'application du traité au sens de l'article prohibant les discriminations en raison de la nationalité ».

Si « la prestation est une aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation », alors « elle ne relève pas, en principe, du domaine d'application du traité au sens de l'article prohibant les discriminations en raison de la nationalité ».

Distinction énoncée dans les arrêts Lair/Brown

La controverse porte essentiellement sur les cas dans lesquels on doit dire qu'une aide est accordée pour couvrir les frais d'inscription ou bien pour l'entretien et la formation. Les conséquences assignées à la distinction sont en revanche peu discutées. La distinction introduite par la Cour peut être vue comme produisant deux nouveaux concepts, que l'on peut comprendre, en reprenant l'expression d'Edward Levi, comme des « concepts satellites⁹²² ». Ceux-ci se trouvent au cœur de la controverse et leur spécification contribue à déterminer l'usage du principe de non-discrimination pour les citoyens.

Cette distinction est reprise par le législateur européen. L'article 3 de la directive 93/96 relative au droit de séjour des étudiants, adoptée sur la base de l'alinéa 2 de l'article 7 CEE [18 TFUE], dispose que :

⁹²¹ CJCE, 21 juin 1988, *Lair / Universität Hannover*, *op. cit.*, para. 13 et CJCE, 21 juin 1988, *Brown / Secretary of State for Scotland*, 197/86, EU:C:1988:323.

⁹²² Il s'agit, pour l'auteur, de concepts permettant de spécifier des normes constitutionnelles ambiguës. V. LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 48s.

« La présente directive ne constitue pas le fondement d'un droit au paiement, par l'État membre d'accueil, de bourses d'entretien aux étudiants bénéficiant du droit de séjour⁹²³. »

Sur ce point, comme sur d'autres, la directive reprend partiellement la jurisprudence de la Cour. Faisant référence à la jurisprudence *Lair et Brown*, le législateur énonce au considérant 7 que, « en l'état actuel du droit communautaire, une aide accordée aux étudiants pour leur entretien ne relève pas, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, du domaine d'application du traité au sens de l'article 7 dudit traité [18 TFUE⁹²⁴] ». Ces distinctions, faites par la Cour et le législateur européen, bien qu'elles soient antérieures à la jurisprudence sur la citoyenneté, sont intégrées dans la controverse après les premiers arrêts du moment *Martínez Sala*. En effet, la Cour va devoir décider si elles peuvent faire échec à ce qu'un étudiant bénéficie de l'égalité de traitement, dans le cadre des modèles *Bickel et Franz* et *Martínez Sala*⁹²⁵.

2. Leur introduction dans la controverse sur la citoyenneté

Dans l'affaire *Grzeleczyk*, la jurisprudence naissante de la Cour sur la citoyenneté est confrontée à ses arrêts antérieurs relatifs aux étudiants et à la directive 93/96. La Cour décide que l'article du traité consacré à la non-discrimination en raison de la nationalité, lu en combinaison avec l'article relatif à la liberté de circulation et de séjour du citoyen, permet au citoyen ayant exercé sa liberté de circulation de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité⁹²⁶. Cette lecture combinée implique aussi, poursuit-elle, de prendre en compte le fait que l'article énonce que le droit de circuler et de séjourner librement est proclamé « sous réserve des limitations et des conditions prévues par le traité et par les dispositions prises pour son application⁹²⁷ ». Or, l'article 3 de la directive 93/96 était susceptible de faire obstacle à la possibilité, pour l'étudiant citoyen, d'obtenir une bourse d'entretien. Si le raisonnement de la Cour peut prêter à discussion, il semble qu'elle considère que, si le minimex est une « prestation sociale », il ne s'agit pas d'une « bourse d'entretien » au sens de la directive. En conséquence, celle-ci ne fait pas obstacle à ce que le citoyen obtienne une telle prestation, en application du principe de non-discrimination⁹²⁸. Dans cette interprétation, la Cour se démarque des

⁹²³ Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE* L 317 du 18 décembre 1993, p. 59–60, art. 3.

⁹²⁴ Directive 93/96/CEE, considérant 7.

⁹²⁵ Sur ces modèles, V. *supra*, Partie I, chapitre 1, section 1, § 1.

⁹²⁶ Sur cette affaire, V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 1, A, 2.

⁹²⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, *op. cit.*, para. 37.

⁹²⁸ *Ibid.*, para. 34-39.

arrêts *Lair* et *Brown* en acceptant qu'une « aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation » n'est pas exclue du champ d'application *ratione materiae* du traité, sans pour autant remettre en cause la directive en distinguant les « bourses d'entretien » visées par la directive des « prestations sociales ».

En 2005, dans l'arrêt *Bidar*, alors que le modèle *Martínez Sala* a été répété à plusieurs reprises, celui-ci est directement confronté aux affirmations antérieures de la Cour dans les arrêts *Lair* et *Brown* et à la directive 93/96. De nationalité française, le requérant au principal résidait depuis plusieurs années chez sa grand-mère au Royaume-Uni. Il s'y était rendu afin que sa mère, sévèrement malade, puisse y suivre un traitement médical. À la suite du décès de cette dernière, il est resté au Royaume-Uni chez sa grand-mère, à la charge de celle-ci, sans jamais recourir à l'aide sociale. Après avoir terminé ses études secondaires, il a entrepris des études supérieures pour lesquelles il a bénéficié d'une aide au titre de ses frais de scolarité. En revanche, une aide destinée à couvrir ses frais d'entretien lui a été refusé, au motif qu'il n'était pas établi au Royaume-Uni⁹²⁹. Citant les arrêts *Lair* et *Brown*, le juge *a quo* demandait à la Cour si des prêts subventionnés et des bourses destinées aux étudiants pour couvrir leurs frais d'entretien devaient toujours être considérés comme ne relevant pas du champ d'application du traité CE aux fins de l'application de l'article 12 CE [18 TFUE].

Les États et la Commission s'appuient sur le statut d'étudiant du citoyen pour estimer que l'aide financière en cause ne relève pas du champ d'application du traité, en invoquant les arrêts *Lair* et *Brown*⁹³⁰ et l'article 3 de la directive 93/96⁹³¹. Face aux gouvernements intervenants et à la Commission, M. Bidar et l'Avocat général s'appuient sur les arrêts *Martínez Sala*, *Grzelczyk* et *D'Hoop* pour affirmer que M. Bidar dispose d'un droit de séjour fondé, non pas sur la directive relative au droit de séjour des étudiants, mais sur l'article 18 CE [21 TFUE] combiné avec la directive 90/364 relative au droit de séjour⁹³². La Cour décide que l'article 12 CE [18 TFUE] doit être lu en combinaison avec les articles relatifs à la citoyenneté. Se situant dans la lignée de l'affaire *Bickel et Franz*, mais aussi des arrêts *García Avello*, *d'Hoop* et *Trojani*, elle affirme que les situations en cause entrent dans le champ d'application du traité car elles relèvent de l'exercice de la liberté de circulation et de séjour du citoyen. La Cour revient ensuite expressément sur ses arrêts *Lair* et *Brown*, en donnant comme justification les

⁹²⁹ Sur les conditions à remplir pour être établi, V. CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 15s.

⁹³⁰ V. CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 24 et 44 et AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 37s.

⁹³¹ Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE* L 317 du 18 décembre 1993, p. 59–60, V. aussi considérant 7 et art. 3.

⁹³² Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JOCE*, L 180 du 13 juillet 1990, p. 26–27. V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 33s.

modifications du traité relatives à la citoyenneté, à l'éducation et la formation professionnelle, ainsi que l'article 24 de la directive 2004/38⁹³³. Les aides destinées à couvrir les frais d'entretien des étudiants ne sont plus exclues du champ d'application de l'article 12 CE [18 TFUE⁹³⁴].

Reprenant l'arrêt *Trojani*, elle énonce ensuite que, « [s]’agissant de prestations d’assistance sociale, [...] un citoyen de l’Union économiquement non actif peut invoquer l’article 12, premier alinéa, CE [18 TFUE] dès lors qu’il a séjourné légalement dans l’État membre d’accueil pendant une certaine période ou qu’il dispose d’une carte de séjour⁹³⁵ ». Le statut d’étudiant de M. Bidar ne saurait, en lui-même, le priver de cette possibilité. La Cour précise bien que le requérant au principal dispose en l’espèce d’un droit de séjour découlant du traité et de la directive 90/364 relative au droit de séjour en général⁹³⁶. C’est ce qui lui permet de ne pas appliquer les limitations énoncées par la directive 93/96 relatives aux droits de séjour des étudiants. Si la directive 93/96 ne fonde pas un droit au paiement d’aides destinées à l’entretien des étudiants, elle ne saurait faire obstacle à ce qu’une telle aide soit accordée aux étudiants citoyens séjournant légalement sur le territoire d’un autre État, en vertu du traité et de la directive 90/364⁹³⁷.

Si « la prestation est destinée à couvrir les frais d’entretien des étudiants », alors « elle relève en principe du domaine d’application du traité au sens de l’article prohibant les discriminations en raison de la nationalité précisé par la directive ».

Si la prestation est une « bourse d’entretien », alors « la directive 93/96 ne constitue pas le fondement d’un droit au paiement de celle-ci par l’État membre d’accueil » et « la directive 93/96 ne constitue pas un obstacle au paiement de celle-ci par l’État membre d’accueil sur un autre fondement ».

Inférences résultant des arrêts *Grzelczyk et Bidar*

⁹³³ Directive 2004/38/CE, *op. cit.* Le délai de transposition de celle-ci n’était pas expiré, mais la Cour estime qu’en prévoyant une dérogation au principe d’égalité de traitement pour limiter l’octroi d’une aide d’entretien cet article admet que la réglementation de telles aides fasse partie du domaine d’application du traité. V. CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 43.

⁹³⁴ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 39s.

⁹³⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 37. V. CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*, para. 43.

⁹³⁶ *Ibid.*, para. 36.

⁹³⁷ *Ibid.*, para. 45s.

La conciliation de la possibilité de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité et de la limitation énoncée par la directive se fait de la façon suivante. Une aide accordée pour l'entretien et la formation peut échapper à la restriction posée par la directive à partir du moment où elle n'est pas réclamée au titre de celle-ci, soit parce que le citoyen réside légalement sur le territoire d'un autre État membre sur un autre fondement que la directive (arrêt *Bidar*), soit parce que la mesure n'est pas une bourse d'entretien (arrêt *Grzelczyk*). La distinction énoncée dans les arrêts *Lair* et *Brown*, entre les prestations accordées pour l'entretien et la formation et les prestations ayant pour objet de couvrir les frais d'inscription n'est plus pertinente. En outre, la nouvelle distinction introduite par la directive 93/96, entre les « bourses d'entretien » et les autres prestations d'assistance sociale, ne porte à conséquence que lorsque l'étudiant tient son droit de séjour de la directive. Les concepts satellites qui avaient été forgés par la Cour, puis le législateur, pour déterminer quand l'étudiant pouvait se prévaloir du droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité sont donc remplacés par d'autres concepts, résultant de la construction que fait la Cour du texte de la directive 93/96.

Ce faisant, la Cour limite de façon très forte l'influence de la directive quant à la possibilité pour le citoyen de se prévaloir du principe de non-discrimination consacrée par sa jurisprudence. Les distinctions sur lesquelles la Cour se fonde pour permettre aux citoyens de ne pas tomber dans l'exclusion ont parfois été jugées excessivement formelles en doctrine⁹³⁸. Elles ne peuvent se comprendre que par la forme particulière que prend la controverse devant la Cour et les différents matériaux juridiques qu'elle doit prendre en compte. Il faut toutefois noter qu'elles permettent de ne pas confronter directement l'exception de la directive à l'article 18 TFUE du traité et, comme l'écrit Ferdinand Wollenschläger, « d'éviter un conflit ouvert avec le législateur de l'Union – et les États membres – dans ce domaine sensible de l'extension des systèmes de protection sociale aux ressortissants d'autres États membres qui ne sont pas actifs économiquement⁹³⁹ ».

B. L'intégration de nouveaux textes et de nouveaux arrêts à la controverse

Abrogeant la directive 93/96, la directive 2004/38 régleme également la question des prestations dont peuvent bénéficier les étudiants. Proclamant que « le citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité », elle

⁹³⁸ Soulignant ce formalisme, V. WOLLENSCHLÄGER F., « The judiciary, the legislature and the evolution of Union citizenship », P. SYRPIS (dir.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 313.

⁹³⁹ « to avoid an open conflict with the Union legislature – and the Member States – in this sensitive area of opening up the national social systems to economically inactive nationals of other Member States ». *Ibid.*

prévoit que, par dérogation à cette règle, l'État membre d'accueil n'est pas tenu, « avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non salariés, les personnes qui gardent ce statut, ou les membres de leur famille⁹⁴⁰ ». Les États n'ont, dans une matière sensible, et à la veille de l'élargissement de l'Union, « pas souhaité faire de concessions en la matière⁹⁴¹ ». Ils ont limité de façon assez stricte le jeu du principe de non-discrimination, les exceptions à la dérogation traduisent essentiellement la jurisprudence de la Cour sur les libertés économiques, avec toutefois l'introduction notable d'un statut particulier pour les citoyens pouvant se prévaloir d'un droit de séjour permanent.

La directive semble remettre en cause le jeu des distinctions posées par la Cour. Comme l'exception n'est plus incluse dans un texte ne visant que les étudiants, le raisonnement mis en place dans l'arrêt *Bidar* semble difficile à maintenir. La question de l'exclusion de certaines aides pour les étudiants citoyens s'est posée dans le cadre de deux recours en manquement ; ceux-ci permettent de montrer comment la controverse se déplace sur les distinctions secondaires et sur les propres arrêts de la Cour. Dans un premier arrêt, la Cour prend en compte la directive et dit comment elle influence ce qu'implique le droit de ne pas être discriminé que les étudiants tiennent de leur statut de citoyen (1). Dans un second arrêt, la controverse porte toujours sur cette question, avec la différence qu'elle se concentre en grande partie sur ce que la Cour a dit dans le premier arrêt (2).

1. La directive 2004/38

En 2012, dans l'arrêt *Commission / Autriche*⁹⁴², la Cour doit dire si la limitation du bénéfice de tarifs de transports réduits aux seuls étudiants dont les parents perçoivent des allocations familiales en Autriche est un manquement aux obligations résultant des articles 18, 20 et 21 TFUE et de l'article 24 de la directive 2004/38. Le débat porte essentiellement sur la conceptualisation de la réduction en cause. La Cour retient, de façon générale, que la réduction prend la forme de tickets semestriels à tarifs réduits, alloués aux étudiants sur la base d'accords de financement conclus entre le ministère, les collectivités régionales et les entreprises⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Directive 2004/38/CE, *op. cit.*, art. 24.

⁹⁴¹ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007, p. 237-238.

⁹⁴² CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*

⁹⁴³ Le régime de ces prestations dépendait toutefois des régions. CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 10.

La stratégie suivie par le gouvernement autrichien repose essentiellement sur l'assimilation de la réduction à une augmentation des allocations familiales, plutôt qu'à une indemnité de transport⁹⁴⁴. Elle relèverait, à ce titre, des règles de conflit prévues par le règlement 1408/71⁹⁴⁵. De façon subsidiaire, il soutient également que, participant au financement des études, la réduction de tarif tombe dans le champ de l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article 24 de la directive 2004/38⁹⁴⁶. Jouer sur ces deux arguments, même si l'un est proposé à titre principal et l'autre à titre subsidiaire, met en œuvre un équilibre difficile. L'Autriche doit en effet déployer un effort important pour minimiser le rapport de la réduction avec le financement des études dans un premier temps, pour ensuite se reposer sur celui-ci afin de se prévaloir de la dérogation prévue pour les aides d'entretien aux études sous la forme de bourses d'études ou de prêts⁹⁴⁷.

La Cour n'accepte pas l'argument au principal, rappelant qu'elle a déjà jugé que des mesures similaires relevaient du champ d'application du traité en citant les arrêts *Bidar*, *Grzelczyk* et *D'Hoop*⁹⁴⁸ et que, en tout état de cause, la qualification retenue par l'Autriche ne permettrait pas aux mesures contestées d'échapper au principe de l'égalité de traitement⁹⁴⁹. Avant même d'examiner l'argument à titre subsidiaire, qui excipe de la nature d'aide d'entretien aux études de la réduction tarifaire, la Cour décide que les conditions requises pour bénéficier de la réduction sur les tarifs de transport conduisent à une discrimination indirecte des étudiants étrangers faisant leurs études en Autriche. Après quoi, elle dit classiquement qu'une telle discrimination « ne pourrait être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national⁹⁵⁰ ».

Avant de considérer ces justifications, la Cour explique toutefois qu'elle doit examiner les arguments invoqués par l'Autriche pour estimer si le régime de la réduction tarifaire contestée « relève

⁹⁴⁴ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 20 et 30.

⁹⁴⁵ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 149 du 5 juillet 1971, p. 2-50

⁹⁴⁶ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, V. para. 28s.

⁹⁴⁷ Elle le fait en soulignant que l'allocation « remplit une double fonction », alléger le budget familial et contribuer au financement des études. *Ibid.*, V. para. 30 et 35.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, V. para. 42.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, V. para 44-48. La Cour reprend la formule selon laquelle le même traitement juridique du citoyen de l'Union dans l'exercice de sa liberté de circulation est un principe qui sous-tend le statut de citoyen de l'Union. Cependant, le raisonnement suivi ne correspond pas à celui du modèle *D'Hoop*, la différence de traitement étant alléguée entre nationaux et ressortissants d'autres États membres. V. *Ibid.*, para. 51, V. *infra*. Chapitre 2, section 2, § 2., A.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, V. para. 52.

du champ d'application de la dérogation » prévue à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38⁹⁵¹. De manière générale, elle dit qu'« en tant que dérogation au principe d'égalité de traitement prévu à l'article 18 TFUE et dont l'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/38 ne constitue qu'une expression spécifique, le paragraphe 2 de cet article 24 doit être interprété de manière stricte⁹⁵² ». Revenant sur la formulation de la dérogation prévue par le second paragraphe de l'article 24, elle exclut que les dispositions contestées puissent en faire partie :

« Si [...] les réductions sur les tarifs de transport octroyées aux étudiants concernés constituent des aides d'entretien pour ces derniers, seules les aides d'entretien aux études “sous la forme de bourses d'études ou de prêts” relèvent de la dérogation⁹⁵³ ».

Au-delà de cet argument – que l'on pourrait dire « formaliste » au sens de la critique faite à la Cour pour les arrêts *Grzelczyk* et *Bidar* –, elle insiste en affirmant qu'il ne s'agit pas simplement de se prévaloir du « libellé » de la directive, mais « de l'obligation, incombant à la Cour, d'interpréter cette dérogation en conformité avec les dispositions du traité, y compris celles relatives à la citoyenneté de l'Union⁹⁵⁴ ». Elle cite l'arrêt *Vatsouras et Koupatantze* dans lequel elle avait relevé l'obligation d'interpréter cette dérogation conformément à la disposition du traité garantissant l'égalité de traitement des travailleurs⁹⁵⁵. Si la Cour souligne l'importance du traité, elle ne reprend toutefois pas complètement le modèle *Baumbast*, en n'affirmant pas la nécessité de respecter les limites imposées par le droit communautaire et l'application de celui-ci conformément aux principes généraux de ce droit, et notamment au principe de proportionnalité⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ *Ibid.*, V. para. 52.

⁹⁵² *Ibid.*, V. para. 54. Dans le même sens, l'Avocate générale Kokott souligne qu'il s'agit d'une exception, au surplus de l'article 18 TFUE, de l'article 21 § 2 de la charte des droits fondamentaux et de l'article 24 § 1 de la directive et que « [t]oute dérogation doit donc être interprétée restrictivement ». Les versions françaises et anglaises mentionnent l'article 24 § 2, mais il s'agit certainement d'une erreur matérielle, d'autres versions, comme la version italienne, mentionnent l'article 24 § 1 (nous corrigeons). AG Kokott, ccl sur CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, C-75/11, EU:C:2012:605, para. 69.

⁹⁵³ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, V. para. 55.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, V. para. 56.

⁹⁵⁵ CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze*, C-22/08 et C-23/08, EU:C:2009:344, para. 44.

⁹⁵⁶ Sur le modèle *Baumbast*, V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2, A, 2. L'absence de ce rappel peut toutefois s'expliquer par le fait que la Cour considère que la mesure contestée n'entre pas dans le champ de la dérogation.

Si « la prestation est destinée à couvrir les frais d'entretien des étudiants », alors « elle relève en principe du domaine d'application du traité au sens de l'article prohibant les discriminations en raison de la nationalité tel qu'il est précisé par la directive ».

Si « la prestation est une aide d'entretien » et si « elle prend la forme de bourses d'études ou de prêts », alors « le citoyen ne peut pas, en principe, se prévaloir de l'égalité de traitement à son égard ».

Inférences résultant de l'arrêt Commission / Autriche

La dérogation prévue par la directive ne remet donc pas en cause le fait que la matière relève du champ d'application du traité, il ne s'agit pas d'un retour à la jurisprudence *Lair et Brown*, mais elle fait échec à la conclusion selon laquelle le principe permet d'obtenir le même traitement. En l'espèce, la dérogation ne pouvant jouer, la Cour n'envisage pas les dérogations à la dérogation, contrairement à l'Avocate générale⁹⁵⁷. La justification de la mesure proposée par l'État, qui permettrait d'éviter la contrariété au droit de l'Union, n'est pas acceptée par la Cour⁹⁵⁸.

La distinction entre les aides « accordées pour l'entretien et la formation » et les « aides destinées à couvrir les frais d'inscription et autres frais », forgée par la Cour, se retrouve donc en partie dans les directives postérieures, avec les concepts de « bourse d'entretien » dans la directive 93/96 puis d'« aide d'entretien sous la forme de bourse d'étude ou de prêts » dans la directive 2004/38. Toutefois, si la distinction perdure, son rôle dans le raisonnement évolue. Alors que dans les arrêts *Lair et Brown*, elle permettait de déterminer le champ d'application du traité au sens de l'article consacré à la non-discrimination en raison de la nationalité, elle est construite, dans les arrêts *Grzeleczyk* et *Bidar*, comme permettant seulement d'affirmer que les citoyens séjournant sur le fondement de la directive 93/96 ne peuvent pas se prévaloir de celle-ci pour obtenir des « bourses d'entretien ». Sous cette réserve, un étudiant citoyen peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité pour obtenir une prestation sociale, qu'elle soit ou non une bourse d'entretien, en application de la jurisprudence *Martínez Sala*. En revanche, avec la directive 2004/38, telle qu'elle est construite dans l'arrêt *Commission / Autriche*, la distinction joue à nouveau un rôle central. Si elle ne permet pas de déterminer quelles situations entrent dans le champ d'application du traité au sens de l'article 18 TFUE, elle autorise les

⁹⁵⁷ Elle fait remarquer que la législation nationale ne fait pas de dérogation pour les étudiants bénéficiant d'un droit de séjour permanent. V. AG Kokott, ccl sur CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 71.

⁹⁵⁸ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, V. 59.

États à faire exception au jeu de cet article pour les aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts⁹⁵⁹.

2. Les arrêts de la Cour

La controverse s'enrichit également par l'intégration progressive de la jurisprudence même de la Cour. En effet, elle ne porte pas simplement sur ce que signifient les dispositions du traité ou du droit dérivé, mais sur ce que la Cour a dit que signifiaient ces dispositions à l'occasion des cas antérieurs. Cette intégration à la controverse des arrêts de la Cour conduit à mettre en évidence des phénomènes de dépendance de sentier ; l'histoire compte. Comme l'explique Oona Hathaway, qui développe cette approche dans un contexte de *Common Law*, la forme d'une solution à un moment donné dépend du chemin adopté pour y parvenir⁹⁶⁰. À ce titre, les premiers arrêts dans lesquels se pose une question jouent souvent un rôle déterminant sur le sort qui lui sera réservé par la suite. Des événements qui peuvent sembler anodins peuvent avoir des conséquences inattendues et de grande ampleur. Des phénomènes de « blocage » peuvent se produire – il peut être difficile de se départir d'une solution une fois qu'elle a été adoptée. De manière générale, il faut souscrire à l'affirmation de Paul David qui expliquait, dans son travail sur le développement de la norme du clavier « QWERTY », qu'« il est parfois impossible de mettre à jour la logique (ou l'illogique) du monde qui nous entoure à moins de comprendre comment nous en sommes arrivé là⁹⁶¹ ».

Reconnaître l'importance de ces cas peut se concilier avec une approche dans laquelle l'évolution jurisprudentielle est le fruit d'un processus⁹⁶². Les premiers arrêts ne sont pas déterminants seulement parce qu'ils produisent une révolution par leur seul texte, ou parce qu'ils contiennent une proposition complètement définie. Ils sont importants parce qu'ils deviennent l'objet de la controverse et structurent le processus argumentatif qui leur fait suite. Les textes législatifs présentés ainsi que la jurisprudence de la Cour sur la citoyenneté concernant les étudiants sont fortement marqués par les

⁹⁵⁹ Sous réserve de la possession d'un statut plus protecteur que celui de simple citoyen.

⁹⁶⁰ V. HATHAWAY O.A., « Path dependence in the law: The course and pattern of legal change in a common law system », *Iowa Law Review*, 2001, vol. 86, p. 601-665. Pour une application dans le cadre des libertés de circulations, V. CARO DE SOUSA P., *The European fundamental freedoms: a contextual approach*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2015. Pour l'explication de ce phénomène, V. nt. p. 19s.

⁹⁶¹ « It is sometimes not possible to uncover the logic (or illogic) of the world around us except by understanding how it got that way. » DAVID P.A., « Clio and the Economics of QWERTY », *The American Economic Review*, 1985, vol. 75, n° 2, p. 332.

⁹⁶² Contrairement à l'affirmation d'Alec Stone Sweet. V. *supra*, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2 et STONE SWEET A., « Response to Gianluigi Palombella, Wojciech Sadurski, and Neil Walker », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 951-952.

arrêts antérieurs au Traité de Maastricht, ils en reprennent parfois les distinctions, mais ils peuvent aussi changer leur signification ou les remplacer par de nouvelles. L'influence d'un arrêt sur la controverse peut être présentée à partir de l'argumentation produite par les différents participants à la controverse lors de l'affaire *Commission / Pays-Bas* en 2016⁹⁶³. L'arrêt présente de nombreuses similarités avec l'arrêt *Commission / Autriche*, qui avait donné une première interprétation des dispositions de la directive 2004/38 relatives aux étudiants. Il était reproché aux Pays-Bas de limiter le bénéfice des tarifs préférentiels de transports publics prévus pour les étudiants qui font leurs études sur leur territoire aux seuls étudiants nationaux ainsi qu'aux étudiants originaires d'autres États membres qui font partie, aux Pays-Bas, des personnes économiquement actives ou qui ont obtenu un droit de séjour permanent⁹⁶⁴. Une partie importante de la controverse porte sur ce qu'a fait la Cour dans l'arrêt *Commission / Autriche*.

Les Pays-Bas, contrairement à l'Autriche dans l'arrêt précédent, admettent immédiatement qu'il s'agit d'une « aide d'entretien⁹⁶⁵ ». Plus encore, ils affirment qu'il s'agit d'une « bourse d'étude » ou d'un « prêt » pour se prévaloir de la dérogation de l'article 24 § 2⁹⁶⁶. Tirant partie du fait que l'étudiant ne réussissant pas ses études dans un délai de dix ans doit rembourser l'avantage perçu, ils affirment qu'il s'agit d'un « prêt conditionnel », relevant donc de la dérogation⁹⁶⁷. Cet argument cherche à différencier le cas de l'affaire *Commission / Autriche*, dans lequel, bien que la Cour ne l'ait pas dit de façon explicite, elle semblait estimer qu'une réduction des frais de transport ne pouvait être considérée comme une « bourse » au sens de la directive. On peut aussi penser que, alors que le terme de « bourse » est souvent entendu comme visant une somme en espèces, le passage par le « prêt conditionnel » permettait de mettre sur le même plan la « prestation », qu'elle soit en espèces ou en nature. L'effort de construction porte aussi sur le cas précédent pour s'en différencier. Les Pays-Bas

⁹⁶³ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*

⁹⁶⁴ La discussion est complexe et porte notamment sur la procédure suivie par la Commission, nous n'en reprendrons que certains points. La requête introductive de la Commission posait un certain nombre de problèmes, et le grief tiré d'une discrimination indirecte – qui aurait pu s'appuyer sur la condition de l'inscription dans un établissement d'enseignement agréé – est jugé irrecevable. Le grief tiré d'une discrimination directe n'est recevable que de façon limitée, vis-à-vis des citoyens de l'Union ne possédant pas la nationalité néerlandaise (et non vis-à-vis des personnes ayant la nationalité suisse ou celle d'un État de l'Espace économique européen) qui étudient dans le cadre de l'enseignement professionnel au Pays-Bas. *Ibid.*, para. 32-46.

⁹⁶⁵ V. AG Sharpston, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, C-233/14, EU:C:2016:396, para. 52.

⁹⁶⁶ Cet argument n'intervient que de façon subsidiaire pour les étudiants du programme Erasmus. Les Pays-Bas soutiennent, à titre principal, qu'ils ne se trouvent pas dans une situation objectivement comparable à celle des étudiants néerlandais. V. CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 59.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, para. 17.

reprennent l'argument de l'Autriche au principal, qui n'avait pas été accepté, pour dire que, dans cette affaire précédente, le tarif réduit « n'avait rien à voir avec le financement des études⁹⁶⁸ ».

Au contraire, la Commission se réclame de l'arrêt *Commission / Autriche* pour dire que, dans cet arrêt, « la Cour a dit pour droit qu'un tarif préférentiel étudiant pour les transports publics est i) non pas une bourse ou un prêt au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, mais ii) une autre forme d'aide d'entretien au sens de cette disposition⁹⁶⁹ ». Elle soutient que la réduction tarifaire en cause doit être vue comme une aide d'entretien qui ne prend pas la forme d'une bourse d'étude ou d'un prêt, quand bien même l'avantage économique procuré par celle-ci doit être remboursé en cas de non-obtention du diplôme dans les dix ans. Pour contrer l'argument du prêt, la Commission considère dans un premier temps que la réduction tarifaire est un « prêt conditionnel⁹⁷⁰ », qui ne relève pas de la dérogation, avant de retourner le raisonnement pour la présenter comme un « don conditionnel⁹⁷¹ ».

La Cour reprend tout d'abord le raisonnement qu'elle avait adopté dans l'arrêt *Commission / Autriche*. La prestation pour frais de transport relève du champ d'application du traité au sens de l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité⁹⁷². Elle suit ensuite un raisonnement légèrement différent, en examinant si la situation ne relève pas de la dérogation au principe prévue par le paragraphe 2, avant d'examiner s'il y a une discrimination⁹⁷³. Comme certains intervenants à la controverse, elle distingue la situation en cause de celle de l'arrêt *Commission / Autriche*. La différence énoncée est exprimée de façon sibylline, mais semble résider dans le fait que la réduction est accordée à tous les étudiants dans le cas des Pays-Bas, alors que dans celui de l'Autriche elle était réservée à ceux dont les parents percevaient des allocations familiales⁹⁷⁴. Elle

⁹⁶⁸ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 52.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, para. 50.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, para. 50.

⁹⁷¹ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 53.

⁹⁷² *Ibid.* Elle reprend toutefois la limitation énoncée dans l'arrêt *Alimanovic*, selon laquelle l'égalité de traitement de l'article 24 ne concerne que les citoyens dont le séjour respecte les conditions énoncées par la directive, bien que cela n'ait pas d'influence dans l'affaire car les parties admettaient que tel était le cas pour les étudiants concernés. V. CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 81-83 et AG Sharpston, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 85s. Il faut noter que cette dernière, à la différence de la Cour, semble dire que si les étudiants séjournaient aux Pays-Bas sur un autre fondement, la question se poserait différemment, puisqu'elle souligne de façon très claire qu'elle n'examine pas ce cas. V. para. 88.

⁹⁷³ *Ibid.*, para. 85.

⁹⁷⁴ Le paragraphe dans lequel la Cour distingue les deux cas est le suivant : « il convient d'observer que, à la différence de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 4 octobre 2012, *Commission/Autriche* (C-75/11, EU:C:2012:605), dans laquelle l'État membre concerné réservait en principe le bénéfice des tarifs de transport réduits aux seuls étudiants dont les parents perçoivent des allocations familiales de cet État, dans la présente affaire, ainsi qu'il ressort du dossier soumis à la Cour, l'octroi de la prestation pour frais de transport aux

décide ensuite que, à la différence de la réduction tarifaire discutée dans l'arrêt précédent, celle qui lui est soumise « doit être considérée comme étant octroyée “sous la forme de bourses d'études ou de prêts⁹⁷⁵” ». L'argument différenciant les deux situations s'inspire des conclusions de l'Avocate générale qui opposait des bourses dépendant du statut des parents aux bourses dépendant du statut des étudiants⁹⁷⁶. Il tire avantage de la stratégie autrichienne qui visait à présenter les réductions tarifaires comme des prestations sociales déconnectées des études, mais emporte difficilement la conviction puisque la réduction tarifaire est dans les deux cas liée au statut d'étudiant.

La Cour est en revanche très claire sur ce qu'il n'est pas pertinent de prendre en compte pour déterminer si une réduction tarifaire peut être vue comme une bourse d'étude ou un prêt. Tout d'abord, peu importe que l'avantage tiré de la réduction doive parfois être remboursé⁹⁷⁷. Mais, surtout, peu importe que la prestation soit octroyée « en nature », sous la forme d'un titre de transport, ou « en espèces », sous la forme d'une réduction tarifaire⁹⁷⁸. Ce point était le plus discuté, parce que l'arrêt *Commission / Autriche* pouvait être compris comme affirmant qu'une réduction tarifaire ne saurait être vue comme une bourse ou un prêt dans une interprétation stricte de la dérogation. Si la Cour n'était pas si explicite, l'Avocate générale Kokott avait clairement affirmé que « la notion de “bourse d'études” serait entendue dans un sens large si elle comprenait également les réductions sur les tarifs de transport⁹⁷⁹ ».

Si la Cour répète que, en tant que dérogation au principe de l'égalité de traitement, l'article 24 § 2 doit être interprété de manière stricte, elle ne reprend pas l'obligation énoncée dans les arrêts *Commission / Autriche* et *N.* de l'interpréter en conformité avec les dispositions du traité, y compris celles relatives à la citoyenneté de l'Union⁹⁸⁰. Elle ne reprend pas non plus le modèle de raisonnement figurant dans l'arrêt *Baumbast*, pour limiter les limitations aux droits découlant du traité⁹⁸¹. Sans l'affirmer explicitement, elle propose en effet une interprétation large du texte de la dérogation. Elle

étudiants néerlandais que la Commission estime favorisés par la réglementation nationale en cause, dépend précisément du fait que ces étudiants suivent une formation aux Pays-Bas et qu'ils ont droit au financement de leurs études conformément à la réglementation néerlandaise. » *Ibid.*, para. 88.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, para. 90.

⁹⁷⁶ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 96s.

⁹⁷⁷ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 89.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, para. 92.

⁹⁷⁹ Celle-ci invoquait aussi « l'ampleur de l'aide » pour juger que ne seraient exclues du principe de non-discrimination que les aides d'une certaine ampleur. AG Kokott, ccl sur CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 70.

⁹⁸⁰ V. CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, V. para. 56 et CJUE, 21 février 2013, *N.*, *op. cit.*, para. 33.

⁹⁸¹ CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, V. *supra*, chapitre 1.

accepte notamment les arguments selon lesquels l'octroi de la prestation sous la forme d'un titre de transport est plus avantageux économiquement pour l'État et permet un meilleur contrôle de son usage⁹⁸². Elle semble souscrire, sans le dire explicitement, à l'argumentation proposée par l'Avocate générale cherchant à faire prévaloir le critère de la finalité de l'aide sur celui de sa forme⁹⁸³.

La Cour explique aussi que les Pays-Bas ne sauraient être contraints d'octroyer une telle aide, ni de l'octroyer en espèces⁹⁸⁴. Une telle interprétation, ajoute-t-elle, « non seulement méconnaîtrait le libellé même de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38, mais viderait également de sa substance la dérogation relative aux aides d'entretien aux études prévue par cette disposition⁹⁸⁵ ». L'argument est ici aussi astucieux. À l'évidence, ce n'est pas ce qui était en cause. Personne ne défendait que les Pays-Bas devraient octroyer de telles aides ni, le cas échéant, les octroyer en espèces. La Cour reprend un argument classiquement avancé par les États, et dont elle relève en général le caractère fallacieux, en expliquant que si les États sont libres de prendre telle ou telle mesure, le droit de l'Union implique seulement qu'ils ne doivent pas, en principe, le faire de façon discriminatoire⁹⁸⁶. En l'espèce, il était seulement défendu que, dans le cas où de telles aides seraient prévues, elles ne le soient pas d'une façon discriminatoire en raison de la nationalité, à moins de tomber dans le champ de la dérogation.

La Cour reprend donc une forme d'argumentation fondée sur l'effet utile de la dérogation – très développée dans les conclusions de son Avocate générale⁹⁸⁷ –, visant à écarter une interprétation « formaliste » de la directive pour limiter la dérogation aux « bourses » et aux « aides » dans une acception stricte. L'élargissement des conditions dans lesquelles on peut utiliser ces concepts se perçoit d'ailleurs dans le vocabulaire utilisé. La Cour dit que la réduction « s'apparente soit à une bourse d'étude, soit à un prêt⁹⁸⁸ », puis qu'elle « doit être considérée comme étant octroyée “sous la forme de bourses d'études ou de prêts⁹⁸⁹” », avant de conclure qu'elle « relève de la notion d'“aides d'entretien [...] sous la forme de bourses d'études ou de prêts⁹⁹⁰” ».

⁹⁸² CJUE 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, C-233/14, para. 92.

⁹⁸³ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 93s.

⁹⁸⁴ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 92 et 93.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, para. 92 et 93.

⁹⁸⁶ V. par ex. CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, *op. cit.*, para. 29. « Les États membres sont ainsi libres d'opter soit pour un système d'enseignement fondé sur un accès libre à la formation – sans limitation d'inscription du nombre d'étudiants –, soit pour un système fondé sur un accès régulé qui sélectionne les étudiants. Cependant, dès lors qu'ils optent pour l'un de ces systèmes ou pour une combinaison de ceux-ci, les modalités du système choisi doivent respecter le droit de l'Union, et, en particulier, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. »

⁹⁸⁷ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 93-95.

⁹⁸⁸ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 89.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, para. 90.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, para. 94.

La controverse évoquée montre que la question ne se pose plus à la Cour dans les mêmes termes avant et après l'arrêt *Commission / Autriche*. La proximité des situations en cause, ainsi que la structuration de la discussion autour de l'interprétation du premier arrêt par les participants à la controverse, rendaient difficile de ne pas se situer par rapport à celui-ci. Pour conclure que la mesure relevait de la dérogation, la Cour était incitée à construire les situations en cause dans les deux arrêts comme différentes, à moins de revenir explicitement sur sa solution précédente, ou de ne pas donner de raison pour justifier ce qui pourrait apparaître comme une incohérence. De même, si aucun participant à la controverse ne propose à la Cour de revenir sur sa solution, tous cherchent à construire l'arrêt précédent conformément à la solution qu'ils défendent. La controverse se déroule donc sur deux plans. Il s'agit, d'une part, de défendre une solution quant à la détermination de ce qui peut être considéré comme une bourse d'étude ou un prêt et, d'autre part, de construire l'arrêt *Commission / Autriche* comme compatible avec cette solution.

Les premiers arrêts rendus lorsque de nouvelles questions sont posées à la Cour jouent donc un rôle important parce qu'ils vont ensuite être utilisés dans l'argumentation des parties et qu'il peut être difficile de s'en écarter. En ce sens, on peut parler de dépendance de sentier. Toutefois, ceci ne signifie pas que les décisions antérieures déterminent les cas postérieurs. L'exemple présenté montre que lorsque de nouveaux textes sont introduits, l'évolution de la jurisprudence peut se justifier facilement, comme dans les affaires *Grzeleczyk* et *Bidar*. Parfois, elle n'a même pas besoin d'être justifiée, dans la mesure où la Cour se prononce sur de nouvelles dispositions qui remplacent des textes antérieurs, comme dans l'arrêt *Commission / Autriche*. Ensuite, même lorsque la question se pose dans des termes très proches et sur les mêmes textes, la Cour a toujours le loisir de choisir une solution différente – comme le montre l'arrêt *Commission / Pays-Bas* –, en justifiant éventuellement une évolution de sa jurisprudence par l'invocation d'une différence pertinente. Enfin, la contrainte que présentent les cas antérieurs dépend de leur mobilisation dans l'argumentation et donc du travail des différents participants à la controverse⁹⁹¹.

La controverse porte ainsi sur de nouveaux objets, au sens où elle se déplace sur de nouvelles questions. De nouvelles affirmations sont discutées alors que d'autres, auparavant débattues, sont reprises par l'ensemble des participants. Les nouveaux objets de la controverse peuvent s'entendre dans le sens trivial de nouveaux sujets de débats. Ils peuvent aussi s'entendre comme de nouveaux

⁹⁹¹ La contrainte que constitue les arrêts antérieurs de la Cour sera étudiée plus en détail par la suite, V. chapitre 2, section 2.

objets au sens de constructions sociales ou d'artifices. Tout d'abord, comme le montre la distinction entre les types de prestation dans le cas des étudiants, la controverse peut donner naissance à de nouveaux concepts. Ensuite, les arrêts de la Cour, loin de mettre fin aux questionnements, deviennent l'enjeu de la discussion. Le déplacement de la controverse et la génération de nouvelles questions et de nouveaux objets d'une affaire à l'autre ne sont pas sans lien avec une particularité de la controverse : les oppositions à l'œuvre dans l'argumentation des parties tendent à se reproduire aux différentes étapes du raisonnement suivi par la Cour pour décider une affaire.

SECTION 2. LA STRUCTURE DE L'ARGUMENTATION

L'accent a été mis sur le déplacement de la controverse dans son ensemble, d'un arrêt à l'autre. Il faut maintenant s'intéresser plus spécifiquement à la structure de l'argumentation au sein de chaque décision. En effet, le processus de stabilisation des modèles de raisonnement et de déplacement des questions s'accompagne d'une certaine stratification d'arguments-types qui peuvent être invoqués aux différentes étapes du raisonnement mis en œuvre pour décider une affaire (§ 1). Une attention particulière sera accordée à l'argumentation sur la détermination de la signification des textes ; celle-ci occupe en effet une place très importante dans le contexte du droit de l'Union (§ 2).

§ 1. LES « OPPOSITIONS IMBRIQUÉES »

La grille de lecture en termes d'« oppositions imbriquées », proposée par Duncan Kennedy, est particulièrement utile pour voir comment l'argumentation se structure en termes de questions et de sous-questions (A), tout en reproduisant des oppositions au fil du raisonnement mis en œuvre pour décider un cas (B).

A. La structure de l'argumentation en questions et sous-questions

Duncan Kennedy définit l'« imbrication [nesting] » comme « la reproduction, au sein de la solution doctrinale donnée à un problème, du conflit politique que la solution était supposée résoudre⁹⁹² ». Ce

⁹⁹² « the reproduction, within a doctrinal solution to a problem, of the policy conflict the solution was supposed to settle ». KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 344.

mécanisme peut être expliqué à partir de l'exemple donné par l'auteur⁹⁹³. Il suppose que A, pensant agir en légitime défense, blesse B, alors que B était en réalité venu lui porter secours. La première question qui se pose au juge pour savoir si B peut obtenir une compensation est de déterminer s'il est possible de considérer qu'une défense par erreur peut compter comme un cas de légitime défense. Pour décider cette question, tout un ensemble d'arguments politiques, bien connus au sein d'une pratique juridique donnée, peuvent être mobilisés dans un sens comme dans l'autre. Dans le contexte états-unien, ces arguments en appellent aux droits, à la moralité, à l'utilité, à la bonne administration de la justice. Il est très important de souligner qu'il ne s'agit pas de l'expression directe de préférences politiques mais d'arguments stéréotypés et acceptés au sein du système juridique. Dans l'exemple donné, l'auteur mentionne les paires d'arguments suivantes : la simplicité de l'administration de la preuve et l'équité ; la sécurité et la liberté d'action ; la maxime selon laquelle entre deux innocents, celui qui a causé le dommage a l'obligation de réparer ; et la maxime selon laquelle il n'y a pas de responsabilité sans faute.

Ce qui caractérise une structure en termes d'oppositions imbriquées est que, si la question est en apparence résolue, les mêmes arguments peuvent à nouveau surgir lors de sous-questions. Dans l'exemple, Duncan Kennedy fait l'hypothèse que le juge accepte qu'une défense par erreur puisse être tenue pour une défense légitime à condition qu'elle soit raisonnable. Pour dire si la défense est raisonnable, il doit ensuite décider s'il faut appliquer un standard objectif ou s'il suffit d'exiger que celui qui se défend soit de bonne foi. Les mêmes types d'arguments politiques peuvent être avancés pour répondre à ces deux questions au prix de légères adaptations.

⁹⁹³ V. KENNEDY D., « A Semiotics of Legal Argument », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Academy of European Law., Kluwer, 1994, vol. 3, p. 344 ; KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 175s.

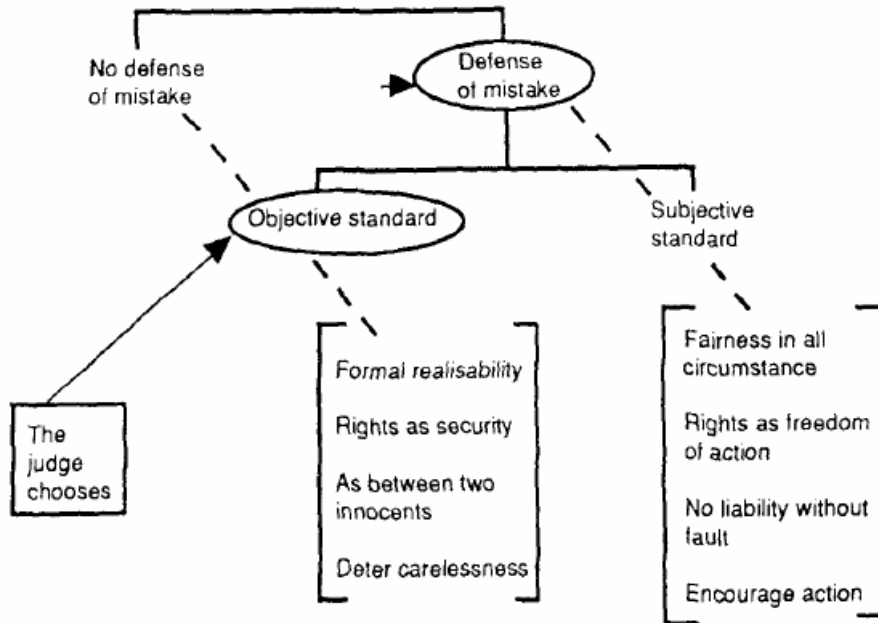


Schéma de l'opposition imbriquée proposé par Duncan Kennedy⁹⁹⁴

Le style du schéma repris à Duncan Kennedy met en évidence la filiation assumée avec Claude Lévi-Strauss⁹⁹⁵. Comme le fait remarquer Caroline Levine, pour éviter la critique parfois faite à un certain structuralisme de voir ces formes comme naturelles et universelles, « il n'est pas nécessaire d'être structuraliste pour reconnaître les oppositions binaires comme une forme omniprésente et mobile, pouvant imposer leurs arrangements sur la vie sociale et les textes littéraires⁹⁹⁶ ». Ce que montre le schéma est que, lorsque les questions s'enchaînent, les sous-questions peuvent reproduire les mêmes oppositions argumentatives. En lien avec ce phénomène, une idée importante défendue par l'auteur est qu'il n'y a pas de raison de penser que les « grandes questions » sont nécessairement plus politiques que les « petites⁹⁹⁷ ». Par exemple, les choix initiaux sur le chemin conceptuel à adopter – dire qu'un citoyen peut ou non se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité – n'impliquent pas forcément que la question soit plus « idéologique » pour le juge que de décider de la classification d'une bourse destinée aux étudiants ou bien de la méthode à suivre pour évaluer le

⁹⁹⁴ KENNEDY D., « A Semiotics of Legal Argument », *op. cit.*, p. 346.

⁹⁹⁵ L'auteur explique s'être inspiré de schémas issus de *La pensée sauvage*. *Ibid.*, p. 357. V. par ex. LEVI-STRAUSS C., *Oeuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2008, p. 610.

⁹⁹⁶ « one does not have to be a structuralist to agree that binary oppositions are a pervasive and portable form, capable of imposing their arrangements on both social life and literary texts ». LEVINE C., *Forms : whole, rhythm, hierarchy, network*, Princeton, Princeton University Press, 2015, p. 5.

⁹⁹⁷ KENNEDY D., *A critique of adjudication*, *op. cit.*, p. 173.

caractère proportionné d'une atteinte à l'égalité. Cette remarque fait écho à l'affirmation fondamentale en sociologie des sciences et des techniques selon laquelle il n'y a pas de questions purement techniques, ou avec l'idée que les formes ne sont pas neutres, qui est développée dans le cadre du renouveau du formalisme dans les études littéraires⁹⁹⁸. Les constructions juridiques sont chargées de choix politiques⁹⁹⁹.

Cette façon de voir l'argumentation est particulièrement fertile pour qui souhaite prendre la controverse juridique au sérieux. Elle permet en effet de tenir compte des formes de l'argument juridique, comme le montre, en miroir, un schéma qui présenterait la même décision sans retenir la structure de l'argument pour ne garder que l'opposition sous-jacente.

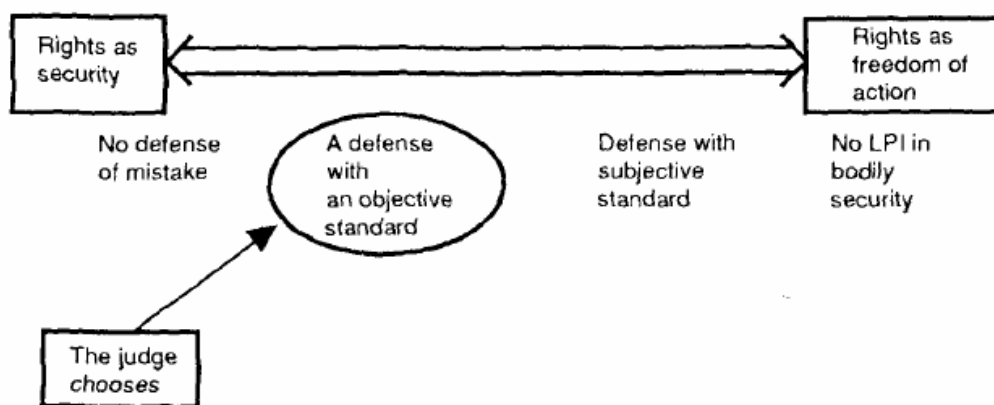


Schéma sans la reprise de l'opposition imbriquée par Duncan Kennedy¹⁰⁰⁰

Duncan Kennedy explique que ce deuxième schéma traduit de façon bien moins convaincante la structure de l'argument juridique pour deux raisons. D'une part, la succession de questions représente mieux la façon dont les arguments sont échangés dans la pratique. D'autre part, il permet de faire ressortir une convention fondamentale de l'argumentation juridique ; il est possible de recourir à un argument lors de la première question, sans pour autant être obligé de le reproduire lors de la seconde. Le juge peut utiliser l'argument selon lequel l'équité doit primer sur la sécurité juridique pour dire que

⁹⁹⁸ V. LEVINE C., *Forms, op. cit.*, p. 5s.

⁹⁹⁹ La grille d'analyse de Hohfeld permet de montrer que de très nombreuses configurations sont possibles ; le choix de l'une d'entre elles n'est donc pas neutre. V. Partie I, chapitre 1, section 2, § 2, B.

¹⁰⁰⁰ KENNEDY D., « A Semiotics of Legal Argument », *op. cit.*, p. 347.

la défense par erreur doit être acceptée, avant de considérer que la sécurité juridique doit primer sur l'équité pour décider de recourir à un standard objectif lorsqu'il faut évaluer le caractère raisonnable de la défense par erreur. On retrouve ici une des caractéristiques distinguant les principes des règles selon Dworkin : ils ne fonctionnent pas sur le mode du « tout ou rien¹⁰⁰¹ ».

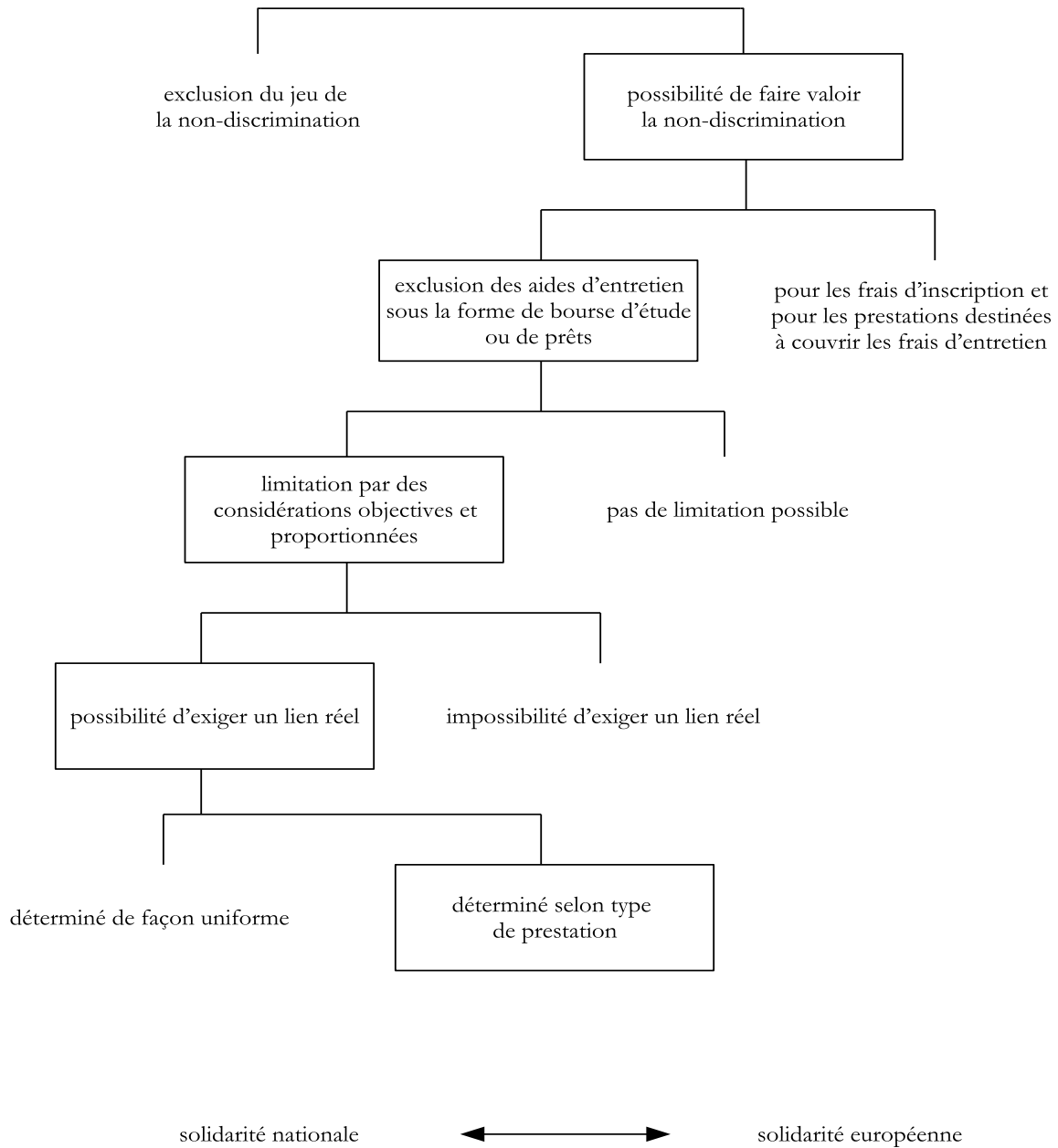
Le type de schéma proposé par Duncan Kennedy est précieux pour présenter la structure de la controverse se déroulant devant la Cour de justice. Le juge, et les autres acteurs, travaillent dans le *medium* du droit de l'Union. Les arguments ne sont pas présentés de façon générale, pour défendre les droits du citoyen ou bien les limiter dans un registre purement politique, mais ils sont développés à chaque étape du raisonnement, selon des formes stéréotypées. On peut le constater à l'aide des arrêts concernant les aides destinées aux étudiants. L'organisation de l'argumentation en questions et sous-questions peut être présentée à partir du cas de l'arrêt *Bidar*, pour ce qui concerne la possibilité pour un citoyen résidant légalement dans un État membre d'obtenir des prestations sociales sur un autre fondement que la directive 93/93. Il faut noter que le juge de renvoi peut ne poser qu'une seule question, mais qu'il peut également poser des sous-questions. La Cour reste toutefois maîtresse de la structure du raisonnement suivi ; il lui arrive fréquemment de reformuler les questions qui lui sont posées et la structuration en sous-questions résulte en grande partie de sa jurisprudence.

¹⁰⁰¹ DWORKIN R.M., « The model of rules », *The University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, n° 1, p. 25s.

Ce schéma oppose deux façons de voir ce qu'implique la citoyenneté quant aux mécanismes nationaux de protection sociale. Les participants à la controverse ne soutiennent pas simplement qu'il faille ouvrir les systèmes de protection sociale aux étudiants citoyens de l'Union (solidarité européenne) ou, au contraire, que l'autonomie réglementaire des États membres commande de limiter les prestations à leurs ressortissants (solidarité nationale). Ils reproduisent cette opposition à l'occasion de tout un ensemble de sous-questions. Tout d'abord, ils argumentent sur le fait de savoir si les étudiants citoyens peuvent invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité – un étudiant peut-il invoquer l'article 12 CE [18 TFUE] ? Ensuite, ils débattent pour déterminer si cette possibilité doit être limitée à certains types de prestations – les prestations destinées à couvrir les frais d'entretien entrent-elles dans le champ d'application du traité au sens de l'article 12 CE [18 TFUE] ? Si les étudiants citoyens peuvent invoquer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour obtenir des prestations destinées à couvrir leurs frais d'entretien, les États peuvent-ils y apporter des limites ? Une réponse positive implique de s'interroger sur les limites compatibles avec le droit de l'Union. L'État peut-il exiger un lien avec son marché du travail ? Est-il acceptable de demander un lien d'intégration entre l'étudiant citoyen et la société de l'État d'accueil ? Pour établir ce lien, est-il compatible avec le droit de l'Union de demander que les citoyens soient établis, comme le fait le Royaume-Uni ?

La solution retenue par la Cour dans l'arrêt *Commission / Autriche* reproduit des arguments similaires mais ils s'articulent de façon différente, dans la mesure où les matériaux que doivent travailler les différents participants à la controverse ont évolué avec l'introduction de la directive 2004/38.

Opposition imbriquée dans l'arrêt *Commission/Autriche*



L'enchaînement des questions ne suit pas exactement la même structure que dans l'arrêt *Bidar*. Tous les intervenants à la controverse acceptent que les étudiants citoyens ne puissent en principe pas revendiquer l'égalité de traitement pour les aides d'entretien sous forme de bourse et de prêt. La présentation du raisonnement développé par la Cour et de l'argumentation développée par les participants à la controverse lors de ces deux affaires montre que la question ne se réduit pas une opposition entre des arguments purement politiques, pour une solidarité européenne très large ou, au contraire, en faveur d'une fermeture des systèmes sociaux nationaux. Si cette opposition est bien présente, elle doit passer par l'argumentation sur différentes questions, qui se fait dans un certain contexte et selon une certaine tradition. L'introduction de nouveaux matériaux, au premier titre desquels de nouveaux textes ou de nouveaux arrêts, peuvent faire évoluer la structure du questionnement.

B. La reproduction de l'opposition

La culture juridique états-unienne, dans laquelle écrit Duncan Kennedy, se distingue de façon importante de celle du droit de l'Union. Toutefois, on retrouve également dans ce dernier certains « arguments politiques ». Certaines paires d'arguments sont très répandues et peuvent se trouver dans de nombreux contextes, d'autres sont spécifiques à certaines traditions juridiques. La tradition ne doit être vue ni comme donnée ni comme immuable, mais comme une construction susceptible d'évoluer. Une controverse donnée peut voir la reproduction d'oppositions anciennes, mais elle peut également contribuer à en structurer de nouvelles, qui viendront s'incorporer à la tradition. Dans la mesure où la controverse n'est pas le simple reflet de conflits sous-jacents, il n'est pas étonnant que certaines paires d'arguments ne soient pas antérieures à celles-ci mais se trouvent produites dans le cadre de la controverse elle-même.

À partir de la structure de l'argumentation présentée dans les schémas précédents, il est possible de développer l'opposition entre plusieurs visions de la solidarité pour ce qui concerne le droit de recourir aux prestations sociales pour les étudiants citoyens de l'Union. L'opposition entre une solidarité dépassant le cadre étatique et la charge que représente le financement d'étudiants non-nationaux peut être vue comme sous-jacente aux débats précédant l'introduction de la citoyenneté dans les traités. Ainsi, la solution donnée dans les arrêts *Lair* et *Brown* permet une certaine ouverture des systèmes de bourse tout en la limitant de façon très importante avec la distinction entre les différents types de bourses. Cette opposition se retrouve ensuite dans le cadre de la citoyenneté. Elle est formulée de façon explicite avec l'arrêt *Grzelczyk* afin de déterminer s'il est contraire au droit

communautaire de mettre fin au droit de séjour du citoyen en raison du seul fait qu'il ait eu recours à l'aide sociale¹⁰⁰². La Cour dit qu'un État peut limiter l'ouverture de son système de protection sociale aux étudiants en prenant appui sur les dispositions de la directive 93/96, énonçant que « les bénéficiaires du droit de séjour ne doivent pas devenir une charge 'déraisonnable' pour les finances publiques de l'État membre¹⁰⁰³ ». Mais elle explique aussi que la directive admet « une certaine solidarité financière » entre les étudiants, « notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire¹⁰⁰⁴ ».

L'opposition se reproduit par la suite à différentes reprises, et notamment dans l'argumentation portant sur la justification d'une mesure traitant de façon différente les citoyens de l'Union selon qu'ils sont nationaux ou étrangers. Elle se trouve tout d'abord pour justifier l'exigence d'un lien entre le citoyen étudiant et l'État auquel la prestation est demandée. Dans l'arrêt *Bidar*, le gouvernement du Royaume-Uni estime qu'il est légitime d'exiger que « la contribution des parents ou des étudiants, au moyen des prélèvements opérés par l'impôt, est ou sera suffisante pour justifier l'octroi de prêts subventionnés » et « d'exiger un lien réel entre l'étudiant demandant l'aide visant à couvrir ses frais d'entretien et le marché du travail de l'État membre d'accueil¹⁰⁰⁵ ». La Cour dit chercher un équilibre entre une « certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres », dont les États sont appelés à faire preuve dans « l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale » et leur souci que « l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État¹⁰⁰⁶ ». Elle décide qu'il est légitime pour un État de réserver les aides aux seuls étudiants « ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société de cet État¹⁰⁰⁷ » mais qu'il n'est pas légitime d'exiger un lien avec le marché du travail. De façon très similaire, l'opposition se retrouve dans l'arrêt *Commission / Autriche*, lorsque la Cour dit à nouveau qu'un « lien réel » entre l'État et l'étudiant non national peut être exigé pour limiter les personnes pouvant se prévaloir de l'aide¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰² La cour décide que c'est possible si cela n'en est pas la conséquence automatique. V. CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelezyk*, *op. cit.*, para. 42 et 43.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, para. 44.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, para. 44.

¹⁰⁰⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 55.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, para. 56.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, para. 57.

¹⁰⁰⁸ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 57-61.

L'exigence d'un lien de rattachement acceptée, l'opposition surgit de nouveau lorsque se posent des questions relatives à la détermination de celui-ci. Dans l'arrêt *Bidar*, la Cour décide que, si l'exigence d'un séjour de trois ans de résidence peut être nécessaire pour établir ce lien, l'obligation d'être établi ne poursuit pas cet objectif parce que les étudiants ne peuvent être établis au sens du droit national, quel que soit leur degré d'intégration¹⁰⁰⁹. Dans l'arrêt *Commission / Autriche*, l'opposition intervient pour déterminer s'il faut considérer l'intégration comme une sorte de statut, qui permettrait ensuite de déterminer de manière générale les étudiants citoyens qui peuvent être exclus des aides d'entretien sous forme de bourses ou de prêts, ou s'il faut déterminer ce lien en fonction de la nature et des finalités de la prestation en cause¹⁰¹⁰. La seconde branche de l'alternative permet à la Cour de dire que, pour une réduction des tarifs de transport pour les étudiants, le lien peut être vérifié par la simple constatation qu'ils sont inscrits dans un établissement privé ou public, agréé ou financé par l'État membre d'accueil pour y suivre à titre principal des études¹⁰¹¹.

L'opposition peut aussi être formulée de façon quelque peu différente. Ainsi, dans l'arrêt *Commission / Autriche*, elle est exprimée sous l'angle des compétences respectives des États et de l'Union. La Cour relève à propos de la possibilité de se prévaloir de la non-discrimination que, « [s]i les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, [...] ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité FUE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres [...] »¹⁰¹². La Cour reprend ici l'opposition traditionnelle entre le respect de la compétence des États membres et leur obligation de respecter le droit de l'Union, qui joue un rôle fondamental dans le cadre des libertés de circulation et de la citoyenneté¹⁰¹³.

L'analyse en termes d'oppositions imbriquées permet de mettre en évidence le fait que la controverse, dans chaque cas, peut potentiellement porter sur une multitude de questions qui reproduisent parfois les mêmes oppositions argumentatives. Au fil de ces sous-questions, les différents acteurs peuvent favoriser un terme ou l'autre de l'opposition. Ainsi, dans l'arrêt *Bidar*, la Cour fait un certain nombre de choix témoignant d'une volonté d'ouvrir les systèmes nationaux de protection sociale (possibilité de faire jouer le principe de non-discrimination pour les prestations

¹⁰⁰⁹ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 57s. V. *supra*.

¹⁰¹⁰ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 63-64.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, para. 64.

¹⁰¹² *Ibid.*, para. 47.

¹⁰¹³ Sur cette question, V. *infra*, partie III, chapitre 1, section 1, § 2.

destinées à couvrir les frais d'entretien ; impossibilité d'exiger un lien avec le marché du travail ; contrôle de la façon dont le lien entre la société et l'État d'accueil est établi). Toutefois, elle adopte aussi dans d'autres sous-questions une réponse limitant cette ouverture (acceptation de limiter la possibilité de bénéficier d'aide d'entretien pour les étrangers ; possibilité d'exiger un lien d'intégration dans la société de l'État d'accueil).

Le mouvement précédemment décrit, dans lequel les modèles de raisonnement se déplacent bien que la controverse se poursuive, s'explique notamment par le fait que la solution donnée à une question n'évacue pas nécessairement les oppositions qui lui sont sous-jacentes. Il contribue toutefois à déterminer les formes d'arguments qui peuvent être invoquées. Le registre de ces arguments n'est pas fixé une fois pour toutes, mais évolue au fil de la controverse. À côté de nouvelles oppositions subsistent des oppositions plus traditionnelles, éventuellement adaptées à de nouveaux contextes. C'est le cas des oppositions concernant les techniques d'interprétation qui jouent un rôle fondamental en droit de l'Union.

§ 2. L'OPPOSITION DES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION

Les arrêts étudiés s'inscrivent, pour la plupart, dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation prévu par l'article 267 TFUE. L'argumentation sur les méthodes d'interprétation occupe une place très importante devant la Cour, ainsi que dans la littérature sur le juge de l'Union. Celle-ci peut être vue comme fonctionnant de façon similaire aux arguments politiques décrits par Duncan Kennedy ; elle oppose des arguments stéréotypés bien connus des participants à la pratique (A). Le travail des différents acteurs sur la détermination de la signification de textes se rapproche de celui qui est décrit pour l'argumentation politique ; il s'agit avant tout de défendre une position à partir d'un travail sur les matériaux juridiques (B).

A. L'opposition stéréotypée des arguments méthodologiques

L'argument sur la signification d'un texte peut être vu, avec Riccardo Guastini, comme une « thèse interprétative » (par exemple, « la directive 93/96 exclut que les étudiants citoyens de l'Union puissent obtenir des aides d'entretien »), combinant un « argument interprétatif » (« telle était l'intention des auteurs de la directive ») et « un principe méthodologique¹⁰¹⁴ » (« il faut attribuer à la directive la

¹⁰¹⁴ GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, p. 209.

signification voulue par ses auteurs »). Dans le contexte du droit de l'Union, une partie importante de l'argumentation devant le juge voit s'affronter différentes thèses interprétatives. L'opposition met parfois face à face différents « principes méthodologiques ». Ainsi peut-on s'opposer à la thèse selon laquelle « la directive 93/96 exclut que les étudiants citoyens de l'Union puissent obtenir des aides d'entretien » en s'appuyant sur le principe méthodologique d'après lequel il faut donner à un texte sa signification littérale et sur l'argument interprétatif que le texte de l'article doit s'interpréter comme n'excluant pas les étudiants. L'opposition peut aussi avoir lieu malgré le recours au même principe méthodologique ; les participants à la controverse peuvent s'accorder sur le fait qu'il faille prendre en compte l'intention des auteurs de la directive mais ne pas être d'accord sur celle-ci. Enfin, il est commun que les participants à la controverse combinent différents principes méthodologiques au service de leur thèse, en disant, par exemple, que la directive n'exclut pas les étudiants parce que telle est sa signification littérale, que telle était l'intention des auteurs et que telle est sa finalité.

La question des techniques d'interprétation est discutée dans la plupart des écrits sur le juge de l'Union, que cela soit dans les travaux classiques¹⁰¹⁵, ou dans les ouvrages plus récents¹⁰¹⁶. Joxerramon Bengoetxea, reprenant Wróblewski, distingue de façon célèbre les critères d'interprétation de premier ordre et ceux de second ordre. Les « critères interprétatifs de premier ordre [first-order interpretative criteria] » sont utilisés pour déterminer la signification d'un texte. Il distingue trois grands types de critères : « (i) les arguments sémiotiques ou linguistiques, (ii) les arguments systémiques et contextuels et (iii) les arguments téléologiques, fonctionnels et conséquentialistes¹⁰¹⁷ ». Ces différents critères se trouvent plus ou moins sous cette forme dans la plupart des travaux consacrés à la CJUE, mais aussi dans les études concernant d'autres juges. Par exemple, Riccardo Guastini souligne deux grandes oppositions qui traversent les doctrines de l'interprétation constitutionnelle : entre la doctrine « littéraliste » et la doctrine « intentionnaliste » d'une part, et entre la « doctrine statique » et la « doctrine dynamique », d'autre part¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ V. nt. BREDIMAS A.E., *Methods of interpretation and community law*, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1978 ; RASMUSSEN H., *On law and policy in the European Court of Justice : a comparative study in judicial policymaking*, Boston, M. Nijhoff, 1986 ; BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press - OUP, coll. « Oxford European Community law series », 1993.

¹⁰¹⁶ V. nt. CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in European law and policy », 2012 ; BECK G., *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2012 ; SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013 ; PAUNIO E., *Legal certainty in multilingual EU law: language, discourse, and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham, Ashgate Publishing Limited, 2013.

¹⁰¹⁷ « (i) semiotic or linguistic arguments, (ii) systemic and context-establishing arguments, and (iii) teleological, functional, or consequentialist arguments ». BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰¹⁸ GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 214s.

Les « critères interprétatifs de second ordre [second-order criteria] » servent à déterminer comment mettre en œuvre les premiers. Ils peuvent être rapprochés du « principe méthodologique » de Riccardo Guastini. Ces critères sont vus par Joxerramon Bengoetxea comme ayant une portée normative faible, entre une conception qui leur donne le caractère de règle et une approche qui en fait des *topoi* ou lieux argumentatifs¹⁰¹⁹. Au début des années quatre-vingt-dix, l'auteur estimait que la Cour appliquait l'ensemble des critères, quand bien même la formulation du texte à interpréter semblait claire, mais qu'elle avait tendance à préférer les critères systémiques et fonctionnels¹⁰²⁰. Il notait aussi que la Cour recourrait aux méthodes caractéristiques de l'interprétation constitutionnelle, plutôt qu'à celles du droit international, avec la directive fondamentale d'une interprétation large de la « Constitution de la communauté », ayant pour corollaire une interprétation stricte des exceptions aux principes communautaires fondamentaux¹⁰²¹.

De manière générale, ce constat n'a pas véritablement été remis en cause par la pratique ultérieure de la Cour. Les monographies récentes s'accordent sur l'importance du recours à des arguments téléologiques et systémiques par la Cour, que cela soit pour critiquer son activisme¹⁰²², le nuancer¹⁰²³ ou mettre en exergue l'incertitude causée par la pluralité des méthodes d'interprétation¹⁰²⁴, qui plus est dans un contexte de plurilinguisme¹⁰²⁵. Le plus prudent est peut-être de conclure que l'« étude de la jurisprudence démontre néanmoins que la CJUE tend à combiner toutes les méthodes d'interprétation à tour de rôle selon le résultat visé, mais sans hiérarchie pré-établie et sans que l'on ne sache jamais vraiment pourquoi l'une devrait l'emporter sur l'autre en cas de conflit¹⁰²⁶ ». En tout état de cause, personne n'affirme qu'il existe véritablement de règles, au sens fort, quant aux choix des méthodes d'interprétation et, au demeurant, si ces règles existaient, encore faudrait-il les interpréter¹⁰²⁷.

¹⁰¹⁹ V. BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 233s.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 233.

¹⁰²² CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, *op. cit.*

¹⁰²³ SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, *op. cit.*

¹⁰²⁴ BECK G., *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, *op. cit.*

¹⁰²⁵ PAUNIO E., *Legal certainty in multilingual EU law*, *op. cit.*

¹⁰²⁶ BESSON S. et M.-L. GÄCHTER-ALGE, « L'interprétation en droit européen - Quelques remarques introductives », S. BESSON, N. LEVRAT et E. CLERC (dir.), *Interprétation en droit européen*, Bruxelles - Genève, Bruylant - Schulthess, coll. « Fondements du droit européen », 2011, p. 19, notes omises.

¹⁰²⁷ Ceci pose en effet le problème de la régression à l'infini posée par l'interprétation évoquée précédemment, V. *supra*, partie II, introduction.

Il ne s'agit pas de proposer une nouvelle description des techniques d'interprétation utilisées par la Cour, mais simplement de souligner que les voir comme des oppositions imbriquées offre de nouvelles perspectives pour comprendre la controverse se déroulant devant le juge. En effet, dans le contexte du droit de l'Union, les méthodes d'interprétation jouent un rôle proche de celui qui est joué par les arguments politiques dans le contexte états-unien. Il s'agit d'arguments qui peuvent être mobilisés tout au long de la controverse et auxquels un contre-argument stéréotypé peut toujours être opposé. Comme le résume Riccardo Guastini, sans viser de système juridique particulier, « pour tout principe méthodologique existant, il est toujours possible de trouver un autre principe opposé qui conduirait à une conclusion interprétative différente¹⁰²⁸ ». En outre, le même acteur peut parfaitement recourir à plusieurs principes méthodologiques pour différentes sous-questions. Par exemple, il peut expliquer qu'il faut préserver « l'effet utile » de la libre circulation du citoyen pour limiter les limitations mises à celle-ci, dans un premier temps, puis dire qu'il faut interpréter de façon littérale l'exception au principe d'égalité, pour que ne soient comprises que des prestations prenant la forme de bourses d'étude ou de prêts.

Le phénomène que cherche à expliquer Duncan Kennedy pour les arguments politiques, alliant le recours à des formes stéréotypées relativement bien définies et la possibilité de défendre différentes solutions au prix d'un certain travail, se retrouve de façon très nette en droit de l'Union pour les techniques d'interprétation. Les participants d'une pratique sont capables de déterminer de façon assez claire ce qui peut compter comme un bon argument, sans pour autant que cela permette de clore la controverse. Toute personne familière avec la jurisprudence de la Cour sait par exemple que dire que « l'effet utile de la liberté de circulation doit être préservé » est un « bon argument » dans le contexte du droit de l'Union pour interpréter le texte de la directive. Elle sait également que cet argument n'est pas « décisif » ; il est toujours possible de lui opposer des contre-arguments, par exemple, que les auteurs de la directive ont clairement entendu limiter la possibilité pour les citoyens de percevoir certaines prestations destinées à pourvoir à l'entretien des étudiants. Si les arguments ne fonctionnent pas toujours deux à deux, des structures d'arguments/contre-arguments stéréotypées se retrouvent à partir des différentes méthodes. Ainsi, à la méthode de la signification littérale, il est possible d'opposer des arguments forgés à partir des méthodes systémiques ou téléologiques ; à un argument d'ordre téléologique, on peut opposer des arguments s'inscrivant dans une méthode littérale ou systémique, et ainsi de suite.

¹⁰²⁸ GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 110.

La proximité entre les méthodes d'interprétation et les arguments politiques au sens de Duncan Kennedy ne doit d'ailleurs pas étonner ; les premières sont sous-tendues par des arguments politiques. Benoît Frydman souligne par exemple que les différentes méthodes s'inscrivent dans « une vision du droit » et que chacune s'adosse à une valeur propre : l'interprétation historique, sur « l'autorité des gouvernants et l'obéissance qui leur est due » ; l'interprétation systémique, sur « la rationalité du système juridique et de ses applications » ; et l'interprétation pratique, sur « l'utilité ou la justice, au sens classique de l'attribution à chacun de ce qui lui revient, de manière distributive ou rétributive¹⁰²⁹ ». Les auteurs en droit de l'Union reconnaissent également, la plupart du temps, que les différentes méthodes s'appuient sur certaines valeurs¹⁰³⁰. Par exemple, la critique générale du recours à des méthodes d'interprétation dynamiques par Gerard Conway s'appuie, au-delà d'une confiance très forte dans la possibilité de déterminer l'intention des auteurs et la signification littérale des textes, sur une théorie de la séparation des pouvoirs dans laquelle le juge n'est que la bouche de la loi¹⁰³¹.

B. Le « travail des textes¹⁰³² » dans le cadre de la controverse

L'argumentation développée dans les affaires *Commission / Autriche* et *Commission / Pays-Bas* sur l'interprétation de la directive permet d'illustrer l'opposition des différentes thèses interprétatives et le rôle du travail des participants à la controverse. Dans l'affaire *Commission / Autriche*, l'argumentation porte en partie sur l'interprétation de la directive pour déterminer si la réduction tarifaire doit être exclue ou non du champ d'application de la non-discrimination en raison de la nationalité. Différentes techniques d'interprétation sont opposées de façon très explicite pour déterminer ce qui relève des aides d'entretien aux études « sous la forme de bourses d'études ou de prêts ». La Cour présente différents arguments pour soutenir une interprétation de la directive excluant les réductions de tarifs.

¹⁰²⁹ FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 2007, p. 604. V. également, GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰³⁰ V. par ex. pour le droit de l'Union, BENGOTXEA J., N. MACCORMICK, et L. MORAL SORIANO, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », G. DE BÚRCA et J.H.H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », 2001, p. 58.

¹⁰³¹ « To briefly outline the normative theory advocated in this work, it contrasts interpretation with lawmaking and relates legitimate interpretation to a close textual analysis of the most relevant specific laws (in priority over more general provisions) and an effort to retrieve original intention. This understanding is linked to the idea of a separation of powers as classically stated by Montesquieu. » CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰³² Cette expression est empruntée à la Théorie structurante du droit développée par Friedrich Müller, V. MÜLLER F., *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier JOUANJAN, Paris, PUF, 1996 ; JOUANJAN O. et F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Saint-Nicolas, Les presses de l'université Laval, 2007.

Elle dit qu'il faut interpréter restrictivement l'exception à la règle¹⁰³³. Le libellé même de la directive conduirait à ne pas inclure des aides comme les réductions tarifaires concernées¹⁰³⁴. Elle soutient enfin que la directive doit être interprétée en conformité avec les dispositions du traité relatives à la citoyenneté¹⁰³⁵. L'argument du gouvernement autrichien n'est pas très clairement repris par la Cour ou l'Avocate générale, mais celui-ci semble dire que la finalité de la mesure étant d'aider les étudiants, elle devrait être considérée comme une bourse d'étude ou un prêt¹⁰³⁶. D'autres arguments auraient pu être avancés, comme le montre d'ailleurs la discussion dans l'affaire *Commission / Pays-Bas*.

Dans l'arrêt *Commission / Pays-Bas*, la Commission reprend en grande partie les arguments mobilisés par la Cour dans l'arrêt précédent. Elle défend que la dérogation de la directive doit être interprétée strictement et ne peut donc viser une réduction de frais de transport. Au contraire, les Pays-Bas soulignent que ce qu'il faut prendre en compte, plus que sa forme, est la finalité de la mesure. La Cour, qui décide que la réduction tarifaire doit être vue comme une aide d'entretien « sous la forme de bourse d'étude ou de prêt » donne de nombreux arguments. Elle invoque à nouveau le libellé de la directive, mais, cette fois, pour inclure les aides concernées dans la dérogation. Les termes de la directive sont d'abord invoqués pour dire que les États ne sauraient être obligés d'octroyer des aides aux études sous la seule forme d'espèces¹⁰³⁷, puis qu'un État ne saurait être obligé d'octroyer la prestation pour frais de transport du seul fait de l'inscription de l'étudiant citoyen dans un établissement agréé¹⁰³⁸. En outre, comme l'Avocate générale, la Cour en appelle aussi à l'effet utile de l'exception, en énonçant qu'une telle interprétation « viderait [...] de sa substance la dérogation relative aux aides d'entretien aux études¹⁰³⁹ ».

¹⁰³³ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 54.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, para. 56.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

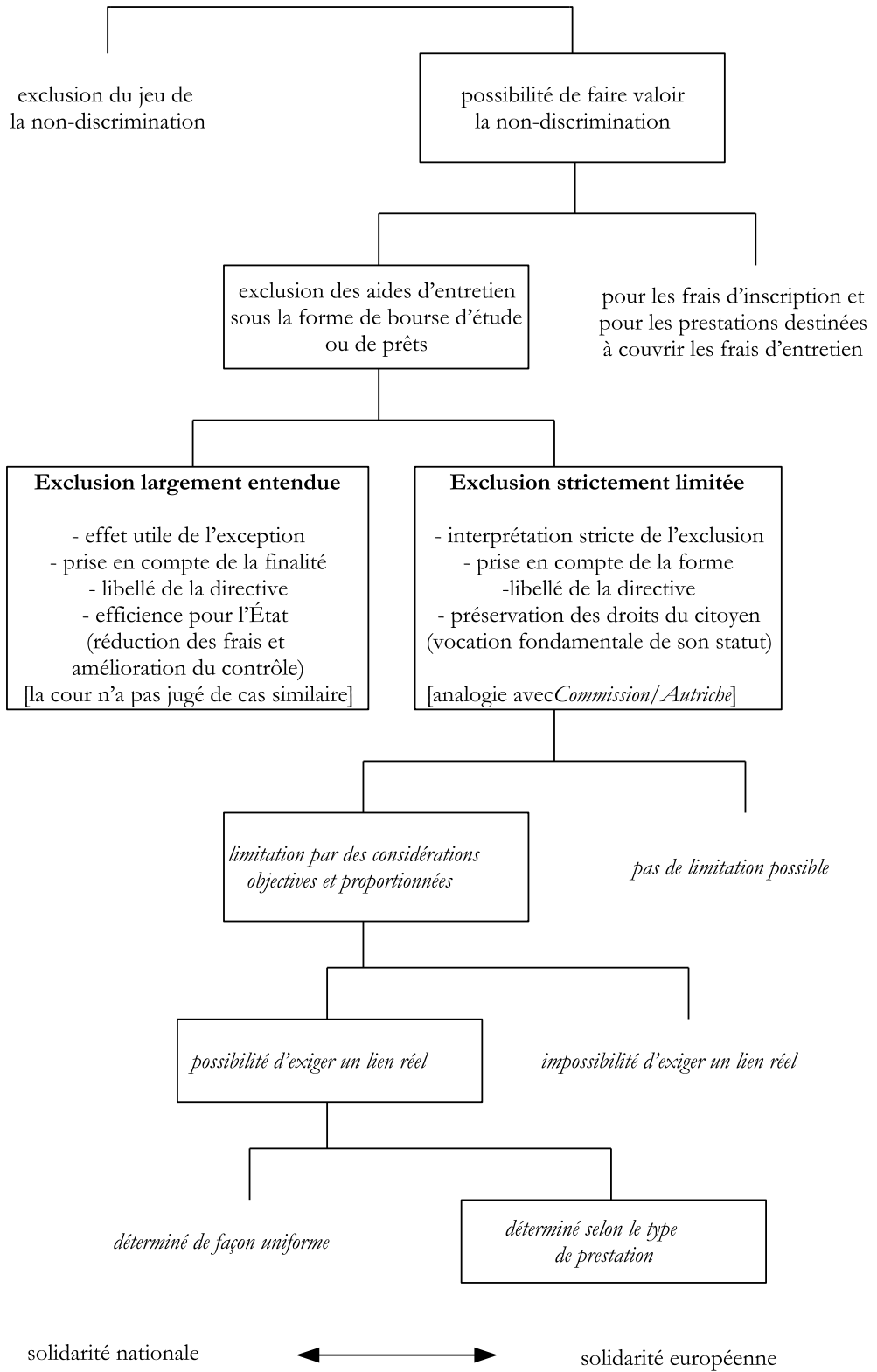
¹⁰³⁶ AG Kokott, ccl sur CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 65s.

¹⁰³⁷ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*, para. 92.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, para. 93.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

**Opposition imbriquée dans l'arrêt *Commission/Pays-Bas*
Argumentation sur l'interprétation de la dérogation**



L'argumentation développée montre que la controverse se concentre en partie sur les techniques d'interprétation¹⁰⁴⁰. Le schéma montre que, dans le cas *Commission / Pays Bas*, l'argumentation se concentre sur la question de l'étendue de la dérogation. Celle-ci avait déjà été discutée lors de l'arrêt *Commission / Autriche*, mais le débat est à nouveau posé. Les arguments présents dans le schéma sont ceux qui ont été invoqués par les participants à la controverse, relatifs aux techniques d'interprétation. Au-delà de l'incertitude provenant de la concurrence de différents principes méthodologiques, un même principe peut être invoqué pour soutenir différentes thèses interprétatives en raison d'un argument interprétatif différent (c'est le cas ici pour le libellé de la directive).

La dernière paire d'arguments mentionnée entre crochets, « la Cour n'a jamais jugé de cas similaire » et « une analogie est possible avec l'affaire *Commission/Autriche* », ne concerne pas directement l'interprétation du texte mais la façon dont la Cour l'avait interprété auparavant. La question occupait une place très importante dans la controverse. Elle pose un certain nombre de problèmes et sera discutée de façon plus détaillée par la suite. Elle permet toutefois de souligner que le travail du juge ou des autres participants à la controverse doit prendre en compte différents types de matériaux. Le choix entre le *follow-up* et le *distinguishing*, typique de la tradition formaliste de *Common Law*, n'offre pas plus de certitudes que les « techniques d'interprétation », élément-clé de la rhétorique du droit civil. Les cas, comme les textes, ne sont pas donnés mais doivent être travaillés par les différents participants à la controverse. Dans la position particulière de la Cour, qui ne s'inscrit pas dans une tradition de *Common Law* mais se distingue de façon importante de certains juges de tradition romano-germanique, il est très commun que la controverse mêle l'appel aux cas antérieurs et les techniques d'interprétation¹⁰⁴¹.

Le schéma permet aussi d'illustrer comment la controverse peut se déployer en se focalisant sur certaines questions tout en reproduisant une structure-type de raisonnement pour le reste. Dire que les structures de raisonnement se stabilisent n'implique pas que la controverse ne peut plus se développer et que les structures présentées ne peuvent pas être remises en cause. Le déplacement peut opérer de façon « descendante », au sens où il peut se concentrer, une fois une question résolue, sur des sous-questions. C'est le sens général du déplacement observé dans la première section. Une fois admis que le citoyen peut se prévaloir du droit de ne pas être discriminé, la controverse se déplace sur la possibilité de justifier une discrimination. Toutefois, il ne s'agit pas d'une nécessité. L'exemple

¹⁰⁴⁰ En partie seulement, parce que, comme cela a déjà été évoqué, la controverse portait également sur ce que la Cour avait dit dans l'arrêt *Commission / Autriche*. V. *supra*, section 1, § 2, B, 2.

¹⁰⁴¹ Sur ce type d'usage du précédent, V. JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice : unfinished business*, Cambridge, CUP, 2014, p. 122s.

de l'arrêt *Commission / Autriche* montre qu'il est toujours possible de remettre en cause une structure établie, par exemple en dégagant une nouvelle question. Une étape du raisonnement qui semblait ne pas être problématique *prima facie* peut être construite comme telle. Ajouter une question nouvelle à un moment du raisonnement peut changer toute la suite de la discussion. En l'espèce, une fois établi que l'aide tombe dans le champ de la dérogation, les questions suivantes, mises en italique, ne se posent plus. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'elles n'ont pas été discutées, parce qu'elles auraient été pertinentes si la Cour avait fait un choix différent sur l'étendue de la dérogation, ni que la controverse n'aurait pas pu se poursuivre par d'autres sous-questions. Cette propriété de la controverse juridique joue un rôle important alors que le juge ou les autres acteurs ont des ressources et des capacités limitées. Ils peuvent avoir intérêt à faire porter leur effort sur certains points du raisonnement ou préférer discuter de nombreuses questions (ce que permet l'argumentation à titre subsidiaire, indépendamment de la réponse défendue pour les autres questions). Si tout est potentiellement discutable, tout n'est jamais discuté.

Ainsi, l'évolution de la controverse n'est pas le simple reflet d'un accord acquis par ailleurs. Elle va bien au-delà ; elle participe à la naturalisation des modèles de raisonnement qui sont reproduits au fil des arrêts. C'est le recours à des structures-types de raisonnement connues qui permet aux participants à la controverse de formuler les arguments et de faire porter leurs questions sur de nouveaux objets. Les arguments échangés ne sont pas définis en dehors de la controverse mais dans ses termes. Ils s'inscrivent dans des structures stéréotypées, propres à un certain contexte, qui se sédimentent avec le temps. La résolution des questions et leur déplacement n'impliquent pas que les oppositions qui leur sont sous-jacentes disparaissent. Si les participants à la pratique peuvent déterminer ce qui compte comme un bon argument, cela n'entraîne pas que l'issue de l'argumentation soit déterminée. Le mouvement de la controverse présenté, il s'agit de s'interroger de façon plus approfondie sur son rôle dans l'institution du contenu conceptuel.

CHAPITRE 2. L'INSTITUTION DU CONTENU CONCEPTUEL

S'il constitue une source d'inspiration importante, le travail de Michel Troper sur les concepts juridiques lors de la Révolution française illustre aussi les difficultés pratiques que peut poser une conception dans laquelle les concepts juridiques n'ont pas d'histoire¹⁰⁴². L'approche développée par l'auteur peut être rattachée à une vision instituante de la controverse. Les participants aux débats des assemblées constituantes n'ont pas une définition *a priori* des différents concepts juridiques ; la détermination de ceux-ci résulte des différentes contraintes argumentatives auxquelles ils font face. L'auteur propose le concept de « mutation autonome des concepts » pour désigner « une mutation qui ne reflète pas directement l'intention des acteurs ou les valeurs dont ils se réclament, mais [...] la solidarité qui existe entre les éléments d'une constitution, comme entre les éléments d'une construction intellectuelle quelconque¹⁰⁴³ ». Cette solidarité, qui est présupposée, « rend inévitable, dès lors que des règles nouvelles sont introduites dans le système, une transformation des concepts constitutifs des théories juridiques¹⁰⁴⁴ ». L'accent est mis sur l'idée que ces mutations ne sont pas simplement le reflet de forces extérieures, mais qu'elles dépendent aussi des termes de la controverse.

Michel Troper souligne, ce qui est aussi tenu pour fondamental dans une approche inférentielle, que les concepts peuvent évoluer en raison de l'ensemble des relations dans lesquelles ils se trouvent impliqués :

« on ne peut percevoir l'identité ou la différence dans le contenu et la signification des principes, c'est-à-dire leurs fonctions, que par l'analyse des contextes dans lequel ils s'insèrent. Ce contexte est en réalité double. C'est d'abord celui de l'argumentation. Les constituants modifient les principes pour tenir compte des objections, pouvoir les réfuter, réaliser un compromis, disposer d'arguments pour justifier une règle qu'ils se proposent d'introduire. Mais le contexte, c'est aussi l'ensemble des dispositions déjà adoptées. Si un principe n'a pour signification que la fonction qu'il remplit, dès lors qu'il est jugé apte à justifier une règle nouvelle, son contenu a changé¹⁰⁴⁵. »

¹⁰⁴² V. nt. TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 301-322 ; TROPER M., *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006 ; TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 255-268.

¹⁰⁴³ TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*

¹⁰⁴⁵ TROPER M., *Terminer la Révolution*, *op. cit.*, p. 21.

La Constitution de l'an III, explique-t-il, offre un terrain de recherche particulièrement fécond pour étudier les mutations à l'œuvre, parce que « les Conventionnels ont cherché à maintenir les principes et les concepts qu'ils tenaient de cette Constitution. Mais, insérés dans un contexte différent, employés à justifier des règles particulières sensiblement nouvelles, ces principes et ces concepts subissent des glissements et des modifications importantes¹⁰⁴⁶ ». Cette affirmation d'une certaine mutabilité des concepts – l'auteur parle de « mutations des concepts », de « glissements » ou du « changement de contenu des principes » – est fondamentale.

Elle semble toutefois difficile à concilier avec l'approche des concepts juridiques que Michel Troper défend par ailleurs.

« [L]es concepts juridiques n'ont pas d'histoire, si l'on entend par histoire la séquence de leurs états successifs. Si un concept est bien “*la classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié*”, dès lors que les membres de la classe changent, c'est le concept qui change. Il est le même où il est un autre¹⁰⁴⁷ ».

Pour parler du même concept, il faudrait, dit le théoricien du droit, qu'il soit applicable exactement dans les mêmes conditions et qu'il entraîne exactement les mêmes conséquences. Ainsi, pour comparer le concept de mariage dans deux systèmes juridiques, « il faudrait relever tous les emplois du concept¹⁰⁴⁸ ». Pour que le concept d'organe en droit allemand du XIX^e siècle soit le même que celui de représentant pour les constituants de 1791, « il aurait fallu que toutes les normes applicables lorsqu'on est en présence d'un organe du droit allemand du XIX^e fussent également applicables aux autorités appelées *représentant* en 1791, mais à elles seulement¹⁰⁴⁹ ». Le concept juridique de mariage n'est plus le même s'il peut s'appliquer à deux personnes de même sexe alors que tel n'était pas le cas auparavant¹⁰⁵⁰. Michel Troper refuse clairement que l'on puisse distinguer des conditions essentielles pour parler du même concept juridique¹⁰⁵¹.

La difficulté est alors que chaque « nouvel emploi », n'importe quelle modification normative ayant un lien avec le concept, voire tout nouvel usage dans un contexte différent par un interprète

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 22, note omise.

¹⁰⁴⁷ TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 267.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 262.

¹⁰⁵¹ Il admet en revanche cette possibilité pour les concepts de la science du droit. Ainsi peut-on avoir un méta-concept de mariage.

authentique, devraient conduire à dire qu'il s'agit d'un nouveau concept. Comme le suggère par exemple Michel Troper, le concept de mariage n'est plus le même s'il permet à la femme mariée d'ouvrir un compte bancaire alors que tel n'était pas le cas auparavant. Dans cette perspective, le mariage en droit français ne devrait pas non plus être le même avant et après la directive 2004/38, puisqu'elle modifie les possibilités de séjour du conjoint d'un citoyen de l'Union dans les autres États membres.

L'approche de Michel Troper repose donc sur la distinction nette entre une période de formation des concepts, avant leur cristallisation par l'adoption d'un texte (ou par l'arrêt d'un juge), et leur application. Son texte sur le concept de citoyen dans les constitutions révolutionnaires compare une succession de concepts de « citoyen » distincts et bien définis d'une constitution à l'autre. L'angle retenu permet de bien caractériser différents concepts qui s'inscrivent dans différents contextes et servent à faire différentes choses. Toutefois, cette approche pose aussi certaines difficultés. Tout d'abord, bien que cela puisse surprendre au regard de son travail sur l'interprétation, l'auteur semble admettre que l'on puisse déduire les concepts juridiques du texte constitutionnel et des débats présidant à son adoption, en dehors de leur application par les interprètes authentiques. Or, il est possible de penser que, au contraire, ce qu'impliquent les concepts dans les différentes constitutions abordées n'est pas complètement déterminé et peut faire l'objet de discussions. Il en va de même pour les contraintes entre les différents éléments d'une construction intellectuelle dont il parle. Celles-ci ne sont pas forcément clairement déterminées ; elles peuvent n'apparaître qu'*a posteriori*. En effet, lorsqu'une affirmation est faite, elle n'est pas immédiatement confrontée avec « l'ensemble des dispositions déjà adoptées ».

Au-delà du cas des concepts révolutionnaires, Michel Troper envisage le changement conceptuel d'origine jurisprudentiel. Ainsi écrit-il que le contenu du principe selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale a changé à la suite de la fameuse incise du rapporteur Vedel dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985¹⁰⁵². Elle n'est plus qu'une présomption relative, « le Parlement n'exprime la volonté générale que sous le contrôle du juge¹⁰⁵³ ». L'exemple choisi est un cas où le « changement » est évident. Michel Troper semble considérer qu'il y a un nouveau concept après l'arrêt. S'il parle de changement de concept, en choisissant des évolutions qui peuvent être vues comme des ruptures importantes, la question est beaucoup plus difficile lorsque le contenu du

¹⁰⁵² Selon laquelle la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». C.C., 23 août 1985, 85-197 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie II*, R. p. 70. V. cons. 27.

¹⁰⁵³ TROPER M., *Terminer la Révolution*, *op. cit.*, p. 22.

concept n'est pas bien déterminé avant le nouvel usage ou lorsque l'évolution se fait de façon incrémentale. Or, rien dans l'approche de Michel Troper ne permet de distinguer selon l'importance des changements en cause, puisqu'il refuse de distinguer des éléments essentiels pour les concepts juridiques. Tout changement implique de parler d'un nouveau concept.

Le problème d'un modèle dans lequel le changement conceptuel est pensé en termes de « tout ou rien » se perçoit aisément dans le cas du statut de citoyen de l'Union. Les débats présentés dans les chapitres précédents montrent que l'interprétation des dispositions du traité relatives à la citoyenneté a fait l'objet de discussions importantes. Il serait difficile, voire hasardeux, d'en déduire la signification de la citoyenneté. Or, si une signification déterminée du concept n'est pas arrêtée, comment qualifier ce que fait la Cour lorsqu'elle l'utilise dans l'arrêt *Martínez Sala* ? S'agit-il du même ou d'un autre ? Le problème ne disparaît pas par la suite. Doit-on dire que le concept juridique de citoyen de l'Union est le même après l'arrêt *Baumbast*, dans lequel la Cour estime que le citoyen peut se prévaloir directement d'un droit de séjour ? De même, faut-il dire que la Cour emploie un nouveau concept de citoyen après l'arrêt *García Avello*, parce qu'elle estime, pour la première fois, qu'il permet à un mineur de se prévaloir de son statut de citoyen ?

L'approche pragmatique de Robert Brandom permet de déplacer l'enquête. Voir l'institution du contenu conceptuel comme un processus social et historique permet de montrer comment la controverse participe à l'institution du contenu du concept de citoyen de l'Union (section 1). L'une des caractéristiques de la controverse devant la Cour est qu'elle a lieu à l'occasion de cas et que les participants à la controverse recourent abondamment à des formules dans leur argumentation. Il faut donc s'interroger sur le rôle que jouent ces formules et ces cas dans ce processus instituant (section 2).

SECTION 1. UN PROCESSUS SOCIAL ET HISTORIQUE

Une approche selon laquelle l'utilisation d'un concept contribue à sa détermination permet de penser le déplacement de la controverse décrit dans le chapitre précédent comme participant à l'institution de la citoyenneté de l'Union (§ 1). Plus spécifiquement, cette institution peut être vue comme procédant d'un processus d'engagement et de reconnaissance prenant place dans le cadre de la controverse juridique (§ 2).

§ 1. L'INSTITUTION PAR LE QUESTIONNEMENT ET L'APPLICATION DU CONCEPT

Les questions préjudicielles peuvent être vues comme demandant à la Cour d'affirmer explicitement les normes gouvernant l'usage du concept. Les réponses données par celle-ci aux questionnements des juges *a quo* et aux différents arguments soulevés par les participants à la controverse contribuent à déterminer le contenu du concept (A). De manière plus générale, on peut dire que toute application du concept par le juge dans un nouveau contexte participe à l'institution des normes gouvernant son usage (B).

A. Questionner la Cour sur de nouvelles prémisses

La non-monotonie du raisonnement juridique permet d'expliquer que, même si les modèles de raisonnement sont repris, il est possible de remettre en cause le résultat auquel ils devraient conduire (1). Une partie de la controverse consiste à interroger la Cour sur la possibilité de reconnaître une exception (2).

1. La non-monotonie du raisonnement juridique

Dans « The ascription of responsibility and rights », texte précurseur, en partie renié, Hart livre une critique radicale de la conception traditionnelle des concepts juridiques, et notamment de la possibilité de les définir par des conditions nécessaires et suffisantes en raison de leur caractère vague et défectible¹⁰⁵⁴. Le caractère vague est selon lui une question familière dans le cadre d'un système où les concepts ne sont pas définis textuellement¹⁰⁵⁵. En dehors de définitions didactiques, utiles pour les étudiants, il faut renvoyer aux arrêts de référence, auxquels on doit ajouter la locution « etcetera¹⁰⁵⁶ ». Hart remarque aussi que les termes « à moins que » sont également nécessaires pour définir les cas dans lesquels s'appliquent les concepts juridiques. Ainsi, même lorsqu'une situation semble réunir les conditions nécessaires à l'application d'un concept, quelque chose peut y faire échec [*defeat*]. Il nomme ce caractère « défectibilité [*defeasibility*] », reprenant un mot utilisé par ailleurs en droit anglais¹⁰⁵⁷. L'auteur prend l'exemple du contrat en droit anglais. Une fois qu'un étudiant connaît

¹⁰⁵⁴ HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, vol. 49, p. 171-194.

¹⁰⁵⁵ Hart écrit à propos d'un système de *Common law*. V. *Ibid.*, p. 173-174.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 174.

¹⁰⁵⁷ Pour l'explication du choix terminologique, V. *Ibid.*, p. 175. Nous reprenons ici la traduction usuelle en droit ; Mathieu Carpentier, suivant l'usage que l'on trouve dans d'autres disciplines, préfère parler de

les conditions nécessaires pour qu'il puisse y avoir un contrat valide, sa compréhension du concept est toujours incomplète. « En effet, ces conditions, bien que nécessaires, ne sont pas toujours suffisantes et il doit encore apprendre ce qui peut *faire échec* à l'affirmation selon laquelle il y a un contrat valide, bien que toutes ces conditions soient satisfaites¹⁰⁵⁸. »

Il ne s'agit pas de donner un aperçu des débats nourris qui ont eu lieu sur le concept de défectibilité en théorie du droit¹⁰⁵⁹, mais simplement de souligner que cette observation de Hart peut être relue à partir de la philosophie pragmatique de Robert Brandom et, surtout, que cette relecture nous permet de mieux comprendre certains aspects de la construction des concepts juridiques. En effet, de nombreux arguments présentés dans le chapitre 2 traduisent le fait que les règles d'usage des concepts juridiques sont, dans le vocabulaire de Robert Brandom, des inférences matérielles qui peuvent être mises en échec. Les inférences sont dites matérielles lorsque leur correction dépend essentiellement du contenu des concepts non-logiques qu'elles contiennent. Ainsi, l'inférence permettant de dire « si Pittsburgh est à l'ouest de Princeton, alors Princeton est à l'est de Pittsburgh » dépend essentiellement de ce qu'impliquent les concepts « est » et « ouest¹⁰⁶⁰ ». De même, l'inférence selon laquelle « si X a fait usage de sa liberté de circulation, il n'est pas dans une situation interne » dépend du contenu des concepts de « liberté de circulation » et de « situation interne ». Les inférences du raisonnement juridique peuvent en outre être défaites ; on dit alors qu'elles sont non-monotones. Une inférence est dite monotone lorsque l'on peut dire que si l'inférence de p à q est bonne, alors l'inférence de p et r à q est également bonne¹⁰⁶¹. Au contraire, une inférence est non-monotone si l'ajout d'une prémisse peut la changer en mauvaise inférence.

Pour Robert Brandom, les inférences matérielles utilisées dans le « raisonnement ordinaire » ne sont pas monotones. Il donne l'exemple suivant :

- « 1) Si je frotte cette allumette en bon état et sèche, alors elle s'allumera ($p \rightarrow q$)
- 2) Si p et l'allumette est dans un champ électromagnétique très fort, alors elle *ne* s'allumera *pas* ($p \& r \rightarrow \sim q$)

défaillance dans sa thèse. V. CARPENTIER M., *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014.

¹⁰⁵⁸ « For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. » HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *op. cit.*, p. 174-175.

¹⁰⁵⁹ Pour une discussion générale de la défectibilité en droit, V. CARPENTIER M., *Norme et exception*, *op. cit.*

¹⁰⁶⁰ BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009, p. 60. V. également, BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2010, p. 217s.

¹⁰⁶¹ V. BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons*, *op. cit.*, p. 93s.

- 3) Si p et r et l'allumette est dans une cage de Faraday, alors elle s'allumera ($p \& r \& s \rightarrow q$).
- 4) Si p et r et s et la pièce est vidée de son oxygène, alors elle *ne* s'allumera pas ($p \& r \& s \& t \rightarrow \sim q$ ¹⁰⁶²) ».

Lorsque le raisonnement n'est pas monotone, il autorise toujours, comme dans l'exemple, « la construction de hiérarchies inférentielles¹⁰⁶³ » permettant de faire varier la conclusion.

Le philosophe de Pittsburgh met en garde contre la tentation de recourir à des clauses *ceteris paribus* pour conserver le caractère monotone du raisonnement. En effet, explique-t-il, il ne s'agit pas de « raccourcis pour quelque chose que nous *pourrions* dire si nous en prenions le temps ou la peine¹⁰⁶⁴ ». Ces clauses doivent s'entendre comme « marquant explicitement la non-monotonie d'une inférence, plutôt que comme un *deus ex machina* qui, de manière magique, *enlève* sa non-monotonie¹⁰⁶⁵ ». Ainsi, l'inférence énoncée en 1) peut être vue comme correctement formulée, bien qu'elle soit susceptible d'être défaite si l'on ajoute certaines prémisses. La formuler pour dire que « si je frotte cette allumette en bon état et sèche, alors, *ceteris paribus*, elle s'allumera » permet seulement de rendre explicite son caractère défectible. On retrouve ici l'idée de Hart qui soulignait, dans sa critique de la conception classique des concepts, qu'une définition des conditions dans lesquelles un concept peut être mobilisé ne saurait être formulée sans la clause « à moins que ». C'est la précaution qui est prise lorsqu'il est écrit que le statut de citoyen permet, *en principe*, de déclarer contraire au droit de l'Union un traitement discriminatoire du citoyen ou une restriction de son droit de circuler et de séjourner.

Cette non-monotonie est parfois exprimée par la Cour. Ainsi, quand elle dit qu'une solution ne vaut qu'au « au stade actuel de l'évolution du droit communautaire », comme pour l'affirmation selon laquelle une « aide accordée aux étudiants pour l'entretien et pour la formation » échappe au domaine d'application du traité CEE au sens de son article 7 [18 TFUE¹⁰⁶⁶], elle affirme explicitement son caractère défectible. Derrière le truisme apparent – comment en irait-il autrement ? – la formule peut être vue comme une explicitation de la clause *rebus sic stantibus*. Dire que la Cour n'exprime rien en disant cela, tout comme dire qu'une solution est « artificielle » n'est pas une simple tautologie, conduirait à manquer une partie de ce qui est exprimée¹⁰⁶⁷. Si toute solution n'est valable que dans un

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 93-94, la forme de la seconde inférence est corrigée en raison d'une erreur dans la traduction.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ CJCE, 21 juin 1988, *Lair / Universität Hannover*, *op. cit.*, para. 15 et CJCE, 21 juin 1988, *Brown / Secretary of State for Scotland*, *op. cit.*, para. 18.

¹⁰⁶⁷ *V. supra*, Partie I, chapitre 2, section 2, § 1, A, 2.

certain contexte et peut être défaite par l'évolution du droit de l'Union, il est possible de penser que l'annoncer explicitement dans certains cas signale la probabilité d'un tel changement, voire, que cela constitue un appel de la Cour à ce que le changement intervienne. Ainsi, dans l'arrêt *Lair*, le passage précité peut être vu comme une invitation faite au législateur communautaire d'intervenir.

Ce caractère matériel et défectible des inférences dans lesquelles les concepts juridiques sont impliqués explique une partie de l'argumentation décrite dans les développements précédents. Il faut préciser que le propos n'est pas de dire qu'il s'agit d'un cas particulier dans lequel on observe des inférences défectibles, mais que c'est ce caractère du raisonnement juridique qui conduit les participants à la controverse à interroger la Cour et à rendre les questions et les réponses pertinentes¹⁰⁶⁸.

2. Faire ou ne pas faire exception

Il a été dit que le concept de citoyen permettait de faire l'inférence suivante : « si une personne a le statut de citoyen de l'Union et qu'elle réside légalement dans un autre État que son État de nationalité, alors elle peut se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application du traité ». L'arrêt *Garcia Avello*¹⁰⁶⁹ peut être lu comme un cas dans lequel la Cour doit se prononcer explicitement sur le fait de savoir si l'inférence tient toujours si on ajoute différentes prémisses : « le citoyen de l'Union est mineur » ; « il possède également la nationalité de l'État de résidence » ; « il n'a jamais fait usage de sa liberté de circulation » ; « les mesures contestées relèvent de la compétence des États membres ». La Cour répond que l'ajout de ces prémisses ne vient pas modifier la solution proposée¹⁰⁷⁰.

Les inférences que l'on trouve dans la structure-type de raisonnement relative à la liberté de circulation et de séjour sont discutées de la même façon. Être citoyen de l'Union permet à un ressortissant d'un État membre d'invoquer un droit de circuler et de séjourner. Dans l'affaire *Zhu et Chen*¹⁰⁷¹, la Cour est interrogée sur le fait de savoir si cette inférence est maintenue si l'on ajoute d'autres prémisses. Est-ce toujours le cas si le citoyen est mineur ? Peut-il se prévaloir d'un droit de séjour s'il n'a jamais fait usage de sa liberté de circuler ? Peut-il faire valoir la nationalité d'un autre

¹⁰⁶⁸ Si l'on reprend la distinction qui structure la thèse de Mathieu Carpentier, la défectibilité visée est celle du raisonnement juridique et non celle de la règle juridique. V. Carpentier M., *Norme et exception, op. cit.*, p. 30s.

¹⁰⁶⁹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello, op. cit.*

¹⁰⁷⁰ Sur cet arrêt, V. *infra*, chapitre 2, section 2, § 2, A, 1.

¹⁰⁷¹ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen, op. cit.*

État membre pour bénéficier d'un droit de séjour alors qu'il a acquis cette nationalité spécifiquement à cette fin ? Ici aussi, la réponse de la Cour n'a pas conduit à reconnaître des cas dans lesquels les inférences seraient remises en cause. Les tentatives pour défaire l'inférence selon laquelle un citoyen peut se prévaloir du droit de séjourner dans un autre État membre peuvent être présentées à la manière dont Robert Brandom présente les inférences du raisonnement dans le cas de l'allumette. Les prémisses sont ici proposées par les acteurs de la controverse ; leur acceptation ou non est une décision du juge et non l'observation d'une réaction physique.

Affaire *Zhu et Chen* :

- 1) Si X est citoyen de l'Union, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE [21 TFUE] ($p \rightarrow q$)
- 2) Si p et X est mineur, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE [21 TFUE] ($p \& t \rightarrow q$)
- 3) Si p et t et X n'a pas fait usage de sa liberté de circulation, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE ($p \& t \& u \rightarrow q$).
- 4) Si p et t et v et X a acquis la nationalité d'un autre État membre dans le dessein d'obtenir un droit de séjour, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE ($p \& r \& s \& t \rightarrow q$)
- 5) Si p et t et v et u et X ne dispose des ressources exigées par la directive 90/364 par l'intermédiaire de sa mère, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE ($p \& r \& s \& t \& u \rightarrow q$)

En revanche, l'arrêt *Trojani*¹⁰⁷² peut être lu comme changeant la solution de l'inférence. Lorsque le citoyen ne dispose pas de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364, la Cour décide qu'il ne tire pas de son statut un droit de séjour. Si, dans le cas d'espèce, l'application de ces conditions n'est pas jugée comme disproportionnée, la Cour dit que, si tel avait été le cas, elles seraient contraires au droit de l'Union.

¹⁰⁷² CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*

Affaire Trojani

- 1) Si X est citoyen de l'Union, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE [21 TFUE] ($p \rightarrow q$)
- 2) Si p et X ne respecte pas les conditions mises au séjour en vertu de la directive 90/364, alors il n'a pas le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE [21 TFUE] ($p \& r \rightarrow \sim q$)
- 3) Si p et r et l'application des conditions mises au séjour est disproportionnée, alors il a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre en vertu de l'article 18 CE [21 TFUE] ($p \& r \& s \rightarrow q$).

Après le moment fondateur, la controverse a de plus en plus touché la justification des mesures discriminatoires ou des mesures restreignant la liberté de circuler ou de séjourner. Son déplacement traduit la non-monotonie de l'inférence selon laquelle, « si une mesure est discriminatoire en raison de la nationalité ou restreint la liberté de circulation et de séjour du citoyen, alors elle est contraire au droit de l'Union ». La conclusion de l'inférence change si la mesure est dite « justifiée ». Ainsi, dans l'arrêt *Gottwald*¹⁰⁷³, limiter la gratuité de vignettes automobiles aux personnes handicapées résidant dans un État est justifié parce que la différence de traitement est fondée sur des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national. La nouvelle prémisse – les arguments évoqués pour justifier la mesure – défait le raisonnement. En revanche, dans l'arrêt *Huber*¹⁰⁷⁴, la Cour décide que l'objectif de lutte contre la criminalité ne peut justifier une différence de traitement quant au traitement des données personnelles entre les ressortissants d'un État membre et les ressortissants d'autres États membres résidant sur son territoire. Dans ce cas, la nouvelle prémisse ne permet pas de défaire le raisonnement. Si l'on présente le raisonnement de façon abstraite, la même hiérarchie inférentielle se retrouve dans les deux affaires.

¹⁰⁷³ CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, *op. cit.*

¹⁰⁷⁴ CJCE, 16 décembre 2008, *Huber*, *op. cit.*

Affaires *Gottwald et Huber*

- 1) Si une mesure discrimine les citoyens de l'Union en raison de leur nationalité, alors elle est contraire au droit de l'Union ($t \rightarrow \text{v}$)
- 2) Si t et la mesure fondée sur des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national, alors elle n'est pas contraire au droit de l'Union ($t \& u \rightarrow \sim \text{v}$)

Les exemples donnés ne tombent toutefois pas tous dans ce que l'on considère usuellement comme relevant du caractère défectible du raisonnement. Il faut introduire une distinction entre exception et condition négative, que l'on trouve notamment dans la thèse de Mathieu Carpentier¹⁰⁷⁵. Dans l'exemple de l'allumette donnée par Robert Brandom, cela permet de dire que le caractère humide ou sec est une condition, alors que l'existence d'un champ magnétique très fort est une exception. Autrement dit, je suis autorisé à conclure de façon usuelle que l'allumette va s'allumer lorsque je peux dire qu'elle est sèche (condition) ; je n'ai, en revanche, pas besoin de pouvoir dire qu'elle ne se situe pas dans un fort champ magnétique (exception).

Les nouvelles prémisses qui sont proposées à la Cour dans les cas discutés peuvent parfois être vues comme des exceptions à proprement parler (résultant du caractère défectible du raisonnement), parfois comme des conditions négatives (la règle n'a pas à s'appliquer *prima facie* si la condition n'est pas remplie). Cette distinction peut toutefois être difficile à faire dans le cadre du raisonnement juridique, surtout lorsque l'on refuse la dichotomie stricte entre la détermination et l'application de la règle, et que l'on considère que la règle n'est pas complètement déterminée. Comme le remarque d'ailleurs Mathieu Carpentier, la distinction prend moins de sens dans une approche dynamique ; « *[u]ne fois introduite, [l'exception] pourra tout à fait se comporter comme une condition négative, et être, pour ainsi dire, normalisée dans l'antécédent de la règle*¹⁰⁷⁶ ».

Avec ces réserves, il est possible d'appliquer la distinction aux cas présentés. La minorité et l'absence de circulation semblent proposées à la Cour pour compter comme des conditions négatives. Il s'agit, pour leurs défenseurs, d'introduire des prémisses qui devraient être requises pour permettre au citoyen de se prévaloir de ses droits. Si elles avaient été acceptées dans l'arrêt *Zhu et Chen*, il faudrait

¹⁰⁷⁵ CARPENTIER M., *Norme et exception, op. cit.*, p. 22s. Sur le « coût logique » de l'exception, qui consiste essentiellement à renoncer à la loi du renforcement de l'antécédent et au *modus tollens*, à la différence de la condition négative, V. *Ibid.*, p. 184s. et 306s.

¹⁰⁷⁶ CARPENTIER M., *Norme et exception, op. cit.*, p. 23.

ajouter la condition de la majorité et de la circulation pour dire que le concept de citoyen peut être utilisé pour revendiquer un traitement non-discriminatoire en raison de la nationalité. En revanche, l'hypothèse de l'abus de droit, qui n'a pas non plus été acceptée par la Cour dans le même arrêt, semble plutôt être invoquée comme une exception. Il n'est pas proposé qu'il soit nécessaire de constater, à chaque application du concept, que l'acte du citoyen n'est pas abusif, mais plutôt que, si tel était le cas, le citoyen ne pourrait pas se prévaloir de ses droits. La formulation selon laquelle le citoyen séjournant dans un autre État membre peut se prévaloir de son droit de séjour et de circulation n'aurait alors pas à être amendée.

La justification des mesures discriminatoires ou des mesures restreignant la libre circulation du citoyen est en général considérée comme une exception, même après de nombreuses applications¹⁰⁷⁷. Lorsque rien n'est avancé par les parties pour justifier une mesure, la Cour estime qu'elle doit être considérée comme contraire au droit de l'Union, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elle n'est pas justifiée¹⁰⁷⁸. Toutefois, cette lecture a pu être contredite. Antonio Marzal Yetano explique qu'en raison de la présence quasiment systématique de justifications, il faudrait plutôt exprimer la règle en disant qu'une mesure restreignant la liberté de circulation du citoyen viole le droit de l'Union si elle est disproportionnée à l'objectif légitime qu'elle entend poursuivre¹⁰⁷⁹. On devrait donc dire, « si une mesure est discriminatoire ou restreint la liberté de circulation et que cette mesure n'est pas proportionnée, alors elle est contraire au droit de l'Union » et non simplement « si une mesure est discriminatoire ou restreint la liberté de circulation, alors elle est contraire au droit de l'Union à moins d'être justifiée¹⁰⁸⁰ ».

Une partie de l'argumentation décrite dans le chapitre précédent peut donc se comprendre comme un débat portant sur le fait de savoir si certaines prémisses peuvent mettre en échec les raisonnements-types présentés. Il s'agit de débats car, le plus souvent, la Cour est interrogée sur la question et les participants à la controverse argumentent, en proposant différentes solutions et en offrant des raisons

¹⁰⁷⁷ Il n'est pas toujours clair de savoir si la justification retire son caractère discriminatoire à une mesure ou si elle permet de dire qu'une mesure discriminatoire n'est pas contraire au droit de l'Union (parce que justifiée). Toutefois, ceci n'importe pas pour dire que la justification est considérée comme une exception plutôt que comme une condition négative.

¹⁰⁷⁸ Ainsi, dans *Martínez Sala*, la Cour décide que « [d]ans le domaine d'application du traité et à défaut de justification, une telle inégalité de traitement constitue une discrimination interdite par l'article 6 du traité CE », CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. Cit.*, para. 55. Il faut toutefois noter que la Cour examine parfois la justification de la mesure, en l'absence même d'argumentation en ce sens.

¹⁰⁷⁹ V. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2013, p. 356s.

¹⁰⁸⁰ De manière plus générale, sur le processus de justification, V. *infra*, partie III, chapitre 1, section 2.

pour soutenir leurs positions. La recherche de prémisses susceptibles de faire échec au raisonnement fait partie du travail conceptuel que peuvent produire les différents acteurs. Celles-ci peuvent être issues de la situation en cause (par exemple, le citoyen est mineur dans l'affaire *Zhu et Chen*) ou de la mobilisation d'autres matériaux juridiques (par exemple, la directive 90/364 dans l'affaire *Trojani*). L'argumentation visant à faire reconnaître ces prémisses comme faisant exception à la règle peut prendre la forme de paires d'arguments stéréotypées ; la hiérarchie inférentielle reproduit alors une opposition imbriquée¹⁰⁸¹.

B. Appliquer le concept dans de nouveaux contextes

Pour Robert Brandom, « chaque nouvel ensemble de prémisses avec lequel une affirmation peut être mise en relation est un nouveau *contexte* dans lequel sa signification inférentielle peut être évaluée¹⁰⁸² ». Par exemple, l'affirmation de l'arrêt *Martínez Sala*, selon laquelle un citoyen peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité s'il réside légalement sur le territoire d'un autre État membre peut être utilisée dans de nouvelles situations ou mise en relation avec d'autres affirmations, qui vont constituer autant de « contextes » dans lesquels elle devra être spécifiée. Dans l'approche retenue, l'application du concept dans de nouveaux contextes par la Cour ne le laisse jamais complètement indemne (1). Pour chaque application, le contexte est nécessairement différent, la nouveauté de celui-ci est toutefois susceptible de degrés ; la détermination de ce qui est plus ou moins nouveau est une appréciation située au sein d'une pratique (2).

1. Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre

La difficulté que pose une approche dans laquelle le changement conceptuel n'est que la succession de différents états où les concepts sont clairement déterminés peut être présentée en développant l'exemple imaginaire d'Alf Ross. S'appuyer sur une fiction est particulièrement utile puisque cela permet de mettre en évidence ce qu'il y manque pour penser l'institution des concepts juridiques. On sait que ce qu'implique le concept de « tû-tû » est notamment formulé de la façon suivante :

¹⁰⁸¹ Sur la structuration de la controverse en oppositions imbriquées, V. *supra*, chapitre 1, section 2.

¹⁰⁸² « Each set of further premises with which a claim can be conjoined is a further *context* in which its inferential significance can be assessed. » BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, Harvard University Press, 2002, p. 95.

- « 1) Si quelqu'un a consommé la nourriture du chef, il est *tû-tû*.
2) Si quelqu'un est *tû-tû*, il sera soumis à une cérémonie de purification¹⁰⁸³. »

Ross ne dit pas qui est chargé d'appliquer la règle. En tirant pleinement partie de la licence que laisse la fiction, l'exemple peut être complété en supposant que la règle est appliquée par Saint Louis, à l'ombre d'un palmier des îles Noisulli. Supposons également que, par le passé, le roi capétien ait décidé cinq fois qu'une personne était *tû-tû* alors qu'elle avait consommé la nourriture du chef – les différents personnes condamnées ayant, chaque fois, mangé un plat de viande ou de légumes, cuits pendant de longues heures, spécialement pour le chef. Imaginons maintenant qu'un nouveau cas se présente ; il est reproché à un homme, le chef d'une tribu voisine, d'avoir bu un jus de fruits destiné au chef.

Lors du procès qui se déroule devant Saint Louis, de nombreux arguments sont présentés. Certains arguent que le buveur indélicat est *tû-tû* parce qu'il a consommé la nourriture du chef. À l'opposé, celui-ci se fonde sur la formulation de l'interdiction pour dire que le jus ne peut être considéré comme une « nourriture » et que, en tout état de cause, il est nécessaire que la nourriture soit cuite pour que l'on parle de la nourriture du chef. Il souligne aussi que son cas est différent de toutes les affaires précédentes parce que les fruits qu'il a consommés n'étaient pas cuits et que la préparation était liquide. La controverse porte également sur d'autres questions. L'accusé se défend en observant que, quand bien même on considérerait qu'il a consommé la nourriture du chef, il ne saurait être *tû-tû* parce qu'il est lui-même chef et qu'un chef ne saurait en aucun cas être *tû-tû*. De nombreux autres arguments pourraient être imaginés et justifiés. Tout dépend du travail conceptuel mis en œuvre par les participants à la controverse et du contexte dans lequel ils argumentent. La fiction peut être poursuivie en supposant que Saint Louis décide que le buveur est *tû-tû* et qu'il doit, en conséquence, être soumis à une cérémonie de purification.

Une approche en termes de tout ou rien – le concept est le même ou un autre – se heurte ici à de profondes difficultés. Tout d'abord, comment déterminer si, ce faisant, Saint Louis applique un nouveau concept qui n'aurait de *tû-tû* que le nom ou bien s'il ne fait qu'appliquer le même concept ? Qu'en serait-il s'il décidait que le buveur est *tû-tû*, mais qu'il ne doit pas être soumis à une cérémonie de purification, parce qu'il est le chef d'une autre tribu ? Pour répondre à ces questions, il faudrait être en mesure de savoir comment le concept devrait s'appliquer dans la nouvelle situation,

¹⁰⁸³ ROSS A., « *Tû-tû* », *Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 106.

indépendamment de la décision du juge. En outre, cela impliquerait que l'application suivie par Saint Louis n'ait pas d'incidence sur le concept. Que l'on suppose que le concept doive s'appliquer ou non à un buveur indélicat, le juge ne peut qu'appliquer le concept ou en appliquer un autre ; l'application du juge n'a pas de conséquence sur celui-ci. Au contraire, dans la perspective pragmatique proposée par Robert Brandom, la décision de Saint Louis contribue à l'institution du concept¹⁰⁸⁴.

L'interrogation de la Cour sur le rôle que pouvait jouer la minorité du citoyen dans sa capacité à se prévaloir des droits qu'il tient de son statut est un cas intéressant pour voir comment fonctionne le processus instituant. Tout d'abord, cette question montre qu'une règle peut être plus ou moins explicitée. Lors des premiers arrêts, la Cour n'a pas utilisé le concept dans le cas d'un citoyen qui ne soit pas majeur. Elle n'a pas non plus pris position de façon expresse sur la question, ce qu'elle aurait pu faire dans un considérant *obiter dictum*. Elle a simplement énoncé qu'un citoyen pouvait se prévaloir, dans certains cas, de son droit de ne pas être discriminé en raison de la nationalité, sans préciser de condition d'âge. En revanche, dans l'arrêt *Garcia Avello*¹⁰⁸⁵, la Cour a permis à de très jeunes enfants de se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. L'âge des enfants est mentionné dans la question préjudicielle, ainsi que par la Cour, mais il ne fait pas l'objet d'une discussion particulière. En effet, la question de la minorité apparaît de façon quelque peu oblique dans l'affaire. Elle est mentionnée par le juge *a quo* pour exclure l'application de la libre prestation de service. Si elle est reprise dans la question portant sur les dispositions relatives à la citoyenneté, la Cour ne semble pas considérer qu'elle puisse poser problème¹⁰⁸⁶. Elle n'énonce pas non plus de façon générale que les citoyens de l'Union, quel que soit leur âge, peuvent se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité.

Au contraire, dans l'arrêt *Zhu et Chen*¹⁰⁸⁷, la question de la minorité fait directement débat et la Cour va plus loin dans l'explicitation de ce qu'implique, sur ce point, un usage correct du concept. Elle décide que « l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même ses

¹⁰⁸⁴ C'est le cas s'il décide que le buveur indélicat est tû-tû. En effet, l'application du concept dans ce nouveau contexte contribue à le déterminer, en affirmant, par exemple, que la distinction cru/cuit ne devrait pas être considérée comme déterminante pour distinguer ce qui relève de la nourriture du chef. Cela serait également le cas s'il décidait au contraire que l'on ne peut être tû-tû que lorsque l'on consomme un produit qui a été cuit pour le chef.

¹⁰⁸⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, V. para. 19 et 45.

¹⁰⁸⁷ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

droits¹⁰⁸⁸ ». La Cour, prenant en considération différents arguments présentés devant elle, énonce donc que, de façon générale, l'âge n'est pas pertinent et ne saurait constituer une condition pour que le citoyen puisse se prévaloir de ses droits¹⁰⁸⁹. Comme le résume Fabrice Picod, « [c]'est la consécration de l'enfant citoyen, sujet de droit¹⁰⁹⁰ ». En effet, explique-t-il, la Cour ne distingue pas entre les titulaires et les bénéficiaires du droit, « mais considère les personnes titulaires de droits, indépendamment de leur capacité d'agir en justice¹⁰⁹¹ ». La Cour ne se limite pas à utiliser le concept dans une certaine situation, elle propose un discours sur l'usage qui doit être fait de celui-ci. Dans l'exemple du buveur de jus de fruit, on perçoit que Saint Louis peut décider que celui-ci est tû-tû, sans explication, ou bien décider que celui-ci est tû-tû avec un considérant de principe, par exemple, « que les aliments consommés soient crus ou cuits ne saurait être pris en compte pour déterminer si leur consommation entraîne l'état de tû-tû », ou bien, « que les aliments consommés soient liquides ou solides ne saurait être pris en compte pour déterminer si leur consommation entraîne l'état de tû-tû ».

Ces différents cas permettent de voir la difficulté à l'œuvre dans l'approche en termes de « tout ou rien » qui conduit à focaliser l'enquête sur la question de déterminer si la Cour applique le même concept ou en produit un autre. En effet, dans ces termes binaires, comment dire si la Cour utilise le même concept de citoyen dans les arrêts *Martínez Sala*, *García Avello* et *Zhu et Chen* ? Il faudrait supposer, à chaque fois, que la question est déjà déterminée. Si l'on estime que les mineurs peuvent se prévaloir des droits qui découlent de leur statut de citoyen, la Cour ne fait qu'appliquer le même concept. *A contrario*, si l'on considère que le statut de citoyen ne permet pas à un mineur de se prévaloir des droits découlant de ce statut, l'arrêt *García Avello* est vu comme mettant en œuvre un nouveau concept. Au-delà même du problème fondamental de la détermination du concept *a priori*, cette approche n'est pas satisfaisante parce qu'elle ne permet pas de penser que c'est l'usage que fait la Cour du concept qui contribue à le déterminer.

Or, l'usage du concept dans un nouveau contexte ne le laisse jamais complètement indemne dans le contexte d'un raisonnement non-monotone. Cette remarque est souvent faite dans le cas où l'ajout de nouvelles prémisses conduit à remettre en cause une inférence. Par exemple, lorsque la Cour admet

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, para. 20.

¹⁰⁸⁹ Le gouvernement irlandais contestait qu'un citoyen n'ayant pas l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même ses droits puisse se prévaloir de sa liberté de circuler et de séjourner. *Ibid.*, para. 20.

¹⁰⁹⁰ PICOD F., « Le statut des particuliers, désormais titulaires droits individuels », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 90.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 90.

qu'un nouveau type de justification permet à des mesures de ne pas être contraires au droit de l'Union, malgré leur caractère discriminatoire. Toutefois, c'est aussi le cas lorsque l'inférence n'est pas remise en cause malgré la présence de nouvelles prémisses. Dans l'affaire *Zhu et Chen*, le refus de remettre en cause la possibilité pour le citoyen de se prévaloir de son droit de séjour en dépit du fait qu'il soit mineur et qu'il n'ait pas fait usage de sa liberté de circulation est une décision sur l'application du concept. En effet, si le raisonnement est défectueux, toute inférence faite alors que de nouvelles prémisses sont ajoutées, qu'elles soient discutées explicitement, comme la minorité dans l'arrêt *Zhu et Chen*, ou qu'elles résultent du contexte d'application, comme la minorité dans l'affaire *Garcia Avello*, contribue à déterminer le concept¹⁰⁹². Au contraire, dans une approche classique des concepts juridiques, le refus de faire exception laisse le concept indemne. Ceci explique d'ailleurs sans doute le peu d'intérêt que porte la littérature sur la défectibilité pour les cas dans lesquels le raisonnement n'est pas défectueux.

Les échecs des tentatives visant à limiter la signification du contenu conceptuel de la citoyenneté contribuent donc à son institution. Si, avant les arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*, on pouvait douter de la possibilité pour les mineurs de revendiquer des droits en vertu de leur statut de citoyen de l'Union, la question ne se pose plus dans les mêmes termes après chacun de ces arrêts. Il serait peu probable que la Cour accepte que l'âge puisse empêcher le citoyen de se prévaloir de son statut, parce qu'elle a permis dans deux cas à un jeune enfant de s'en prévaloir, mais également par ce que, dans le second cas, la Cour a explicitement dit que cet usage était correct. Depuis lors, la Cour a utilisé le concept pour un mineur à de nombreuses reprises. À notre connaissance, aucun participant à la controverse n'a défendu que tel ne devrait pas être le cas. Cette institution ne doit toutefois pas être vue comme quelque chose d'absolu. Elle peut toujours être remise en cause. Ce que montrent les cas présentés est simplement que, si toute application d'un concept contribue à l'instituer, il faut sortir de l'alternative entre l'application d'un concept complètement déterminé ou l'institution d'un concept complètement nouveau. Après son utilisation par la Cour dans un nouveau cas, un concept n'est ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre.

2. La nouveauté du contexte

Dire que l'application d'un concept dans un nouveau contexte contribue à sa détermination n'implique toutefois pas de dire que toute application doit être considérée de la même façon. Certaines

¹⁰⁹² Si l'on reprend la notation formalisée, dire que $(p \rightarrow q)$ ne permet pas de conclure que $(p \& r \rightarrow q)$ est la définition même du caractère non-monotone de l'inférence.

applications peuvent être vues comme procédant plus de l'institution de quelque chose de nouveau que d'autres. Ce jugement ne peut être fait, dans l'approche de Robert Brandom, que si l'on partage un certain nombre de normes implicites à une pratique (que l'on pourrait voir aussi comme une culture ou une forme de vie). L'exemple d'Alf Ross, tel qu'il a été complété, permet bien de saisir l'importance de ces normes ou de cette culture par leur absence. Il n'y aurait aucun sens à se demander si Saint Louis, dont le choix procède de la volonté de souligner le caractère fictif de la parabole, fait quelque chose de particulièrement nouveau lorsqu'il considère que la distinction cru/cuit n'est pas pertinente pour déterminer le contenu de tû-tû. Tout dépend de la façon dont cette distinction est perçue par les différents participants à la pratique. Ceux-ci n'existant pas en dehors du texte, il est seulement possible de développer leur histoire. Si l'on dit que la distinction cru/cuit n'existe pas ou ne revêt en général aucune importance dans la société imaginaire, la décision de Saint Louis ne présente pas un changement important. Si l'on suppose le contraire, la décision devrait être vue comme particulièrement novatrice.

La situation est très différente lorsque l'on s'intéresse à la Cour de justice. L'usage des concepts se fait dans le cadre d'une certaine pratique, dont la connaissance permet de procéder à ce type d'évaluation. Utiliser le concept pour un citoyen mineur dans l'arrêt *Garcia Avello* peut être vu comme entraînant une certaine nouveauté, puisque l'on peut estimer que la Cour n'avait jamais explicitement ou implicitement tranché la question. Seule une connaissance de la pratique de la Cour permet de dire que son affirmation n'est pas véritablement surprenante pour la plupart des participants à la controverse, notamment parce qu'aucune indication textuelle n'allait dans le sens d'une telle limitation, que les enfants sont particulièrement protégés en droit de l'Union et que la Cour pouvait s'appuyer sur des arrêts précédents relatifs aux libertés de circulation économique pour fonder cette solution. D'ailleurs, si de nombreuses raisons ont été invoquées pour dire que les enfants Garcia Avello ne pouvaient se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité, personne n'a invoqué leur âge. Avancer que l'âge constituait une condition pour se prévaloir de la citoyenneté n'était toutefois pas complètement indéfendable. Pour preuve, l'argument a été proposé par le gouvernement irlandais dans l'arrêt *Zhu et Chen*¹⁰⁹³. Cette position pouvait s'appuyer sur différents arguments, comme le fait que dans certains systèmes nationaux, tels la France, la citoyenneté est réservée aux majeurs¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹³ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 20.

¹⁰⁹⁴ À propos de l'utilisation du terme citoyen pour des mineurs, Hélène Gaudin parle par exemple d'une « forme de détournement de vocabulaire ». GAUDIN H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et F. FINES, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 126.

Ce type d'appréciation permettant de distinguer ce qui est plus ou moins nouveau, du point de vue d'une pratique, est très commun. Il se trouve implicitement derrière de nombreuses affirmations. C'est le cas lorsque l'on parle d'un « nouvel usage », d'une « nouvelle situation » ou d'une « nouvelle fonction ». Dire que l'affaire *Garcia Avello* pose une question nouvelle parce que la Cour n'a pas encore utilisé le concept dans une situation où de très jeunes enfants se prévalent de droits tirés du statut revient à estimer que la question de l'âge puisse être une différence pertinente. On imagine en revanche difficilement que l'on affirme qu'une question nouvelle se pose à la Cour parce que la citoyenne se prénomme Esmeralda (comme dans l'affaire *Garcia Avello*) ou parce qu'elle est née un 16 septembre (comme dans l'affaire *Zhu et Chen*). Ces éléments ne sont pas perçus comme susceptibles de distinguer les situations des situations précédentes. Il s'agit d'une évaluation des prémisses qui peuvent conduire à remettre en cause l'inférence en tant qu'exception ou condition négative, c'est-à-dire des prémisses qui sont susceptibles de fournir une raison pour faire exception à la règle dans le contexte du droit de l'Union.

Dire qu'une situation est nouvelle peut être vu comme un raccourci pour dire qu'elle présente une différence qui pourrait être reconnue comme pertinente. C'est ainsi qu'il faut entendre la « nouveauté » qui justifie le renvoi préjudiciel. Comme le dit la Cour dans ses recommandations à l'attention des juridictions nationales :

« un renvoi préjudiciel peut notamment s'avérer particulièrement utile lorsqu'est soulevée, devant la juridiction nationale, *une question d'interprétation nouvelle* présentant un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union ou lorsque la jurisprudence existante ne paraît pas fournir l'éclairage nécessaire dans *un cadre juridique ou factuel inédit*¹⁰⁹⁵ ».

La nouveauté de la question ou le caractère inédit du cadre juridique ou factuel procèdent d'une évaluation. Ce type d'appréciation est déjà présent dans la façon même dont les « affaires » sont présentées. À la différence de la fiction, le contexte n'est pas fini. Seuls certains éléments de celui-ci sont portés à la connaissance des autorités nationales, puis, le cas échéant, de la Cour. Le choix de ce qui est présenté ou non (et, éventuellement, de ce que les autorités ou la Cour demandent à savoir) procède d'une évaluation, le plus souvent implicite, de ce qui est pertinent. Pour ce qui est de la saisine préjudicielle, la Cour recommande une « rédaction simple, claire et précise, sans élément superflu » et souligne que, d'expérience, « une dizaine de pages suffisent souvent pour exposer, de manière

¹⁰⁹⁵ Recommandations de la CJUE à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, *JOUE* C 439/01 du 25 novembre 2016, para. 5. Nous soulignons.

adéquate, le cadre juridique et factuel ». L'exposé ne doit contenir que les « faits pertinents » et, éventuellement, « la jurisprudence nationale pertinente¹⁰⁹⁶ ».

Le travail de Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom sur le contexte historique et social de l'affaire *Zhu et Chen* permet de contraster ce qui se trouve dans les arrêts de ce qui ne s'y trouve pas¹⁰⁹⁷. Si les deux auteurs soulignent à loisir l'apparence physique de la requérante, on imagine aisément que ce n'est pas un élément qui peut être invoqué dans le débat sur la possibilité qu'elle obtienne un droit de séjour en tant que mère d'une citoyenne de l'Union. Ceci n'exclut bien sûr pas que cette apparence puisse jouer dans le succès de sa prétention, comme, par exemple, le petit déjeuner du juge. Cela permet toutefois de souligner que la part du « contexte » donnée à voir au juge, puis au lecteur des arrêts de la Cour, n'est qu'une sélection parmi un ensemble infini de faits qui pourraient être mentionnés. Comme le dit Paul Veyne pour le récit historique, « toute description implique le choix, inconscient le plus souvent, des traits qui seront décrétés pertinents¹⁰⁹⁸ ». Pour Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom, comme pour la Cour, les faits retenus sont ceux qui sont « dignes d'intérêt ». Or, pour déterminer ce qui peut être tenu pour tel, « tout dépend de l'intrigue¹⁰⁹⁹ ».

L'intrigue de l'article de Dimitry Kochenov et Justin Lindeboom n'est pas celle de la Cour. Ceux-ci cherchent précisément à montrer ce qui n'est pas apparent dans le discours juridique, à contraster l'histoire qui se trouve « derrière » l'affaire de l'histoire donnée à voir par l'arrêt. De même, ce qui est discuté devant la Cour est une sélection. Celle-ci répond toutefois à un objectif différent. La sélection de ce qui peut compter pour la Cour dépend des formes d'argumentation admises et de la connaissance de ce qui peut être accepté comme pertinent au sein de la pratique du droit de l'Union¹¹⁰⁰. Elle peut impliquer un certain travail de recherche (que cela soit pour chercher des données ou des matériaux juridiques pouvant être invoqués) et un travail de réflexion (le contexte sélectionné peut dépendre de la stratégie adoptée). L'argumentation et la construction du contexte sont situées dans une pratique. En ce sens, s'il est possible de souscrire à l'affirmation centrale des approches du « droit en contexte », selon laquelle le droit est construit par le contexte, il ne faut pas

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, para. 14 et 15.

¹⁰⁹⁷ KOCHENOV D. et J. LINDEBOOM, *Breaking Chinese Law – Making European One : The Story of Chen, Or : Two Winners, Two Losers, Two Truths*, New York, Social Science Research Network, 2015.

¹⁰⁹⁸ VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1996, p. 66.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 52.

¹¹⁰⁰ Tout ce qui est mentionné n'est pas nécessairement susceptible d'être pertinent par rapport à une question. Dans l'exemple que nous avons pris, le prénom et la date d'anniversaire, qui ne sont à l'évidence pas pertinents pour décider si un citoyen peut se prévaloir de ses droits, figurent dans les arrêts parce qu'ils permettent l'identification de la personne et l'exposé chronologique des faits.

oublier que l'inverse est tout aussi important ; le contexte, au sens du contexte pertinent dans le cadre d'une pratique juridique, est construit par le droit.

Refuser l'alternative entre la simple application d'un contenu conceptuel déjà déterminé et l'institution d'un contenu conceptuel complètement nouveau n'empêche donc pas de parler d'usages plus ou moins novateurs, de même que l'on peut dire qu'un contexte est plus ou moins nouveau. Si chaque application développe le contenu du concept, toutes ne sont pas aussi importantes. Ainsi peut-on estimer qu'affirmer, dans l'arrêt *Martínez Sala*, que le statut de citoyen permet de se prévaloir du droit de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité est un mouvement plus important que soutenir, par la suite, que cette affirmation n'est pas défaire par l'âge du citoyen, dans l'arrêt *Garzia Avello*. Cette conclusion n'a toutefois rien d'absolu, elle suppose, dans le vocabulaire de Robert Brandom, la connaissance de normes implicites, mais elle pourrait être vue de façon différente, comme le partage d'une culture ou d'une forme de vie. L'essentiel est de souligner que cette connaissance ne peut être perçue qu'au sein d'une pratique. Un regard purement externe ne peut discriminer ce qui peut constituer un changement plus ou moins important dans l'usage du concept. Il faut savoir si, dans un contexte culturel, l'âge de la requérante est important, ou bien, dans l'exemple construit à partir de Ross, si le fait que l'aliment soit cru est significatif.

§ 2. UN PROCESSUS HISTORIQUE D'ENGAGEMENT ET DE RECONNAISSANCE

L'accent a pour l'instant été mis sur l'évolution du contenu conceptuel de la citoyenneté, c'est-à-dire sur l'évolution des cas dans lesquels le concept peut être mobilisé et de ce qu'il permet de faire. Au-delà des propriétés d'un savoir, il faut s'intéresser à l'acte d'attribuer ou de reconnaître ce savoir à quelqu'un. De nombreux auteurs partagent l'idée qu'accepter ou non une affirmation a une signification sociale. Cette idée, qui joue un rôle central en sociologie des sciences et des techniques, est moins fréquente en philosophie. L'accent mis sur l'acte d'attribuer un savoir à quelqu'un est toutefois une des caractéristiques de la philosophie pragmatique de Robert Brandom. Comme l'explique Jeremy Wanderer :

« dans une approche classique, les actes attribuant un savoir sont vus comme décrivant une propriété qui est indépendante de ces actes d'attribution, le but étant de fournir une description de cette propriété. En revanche, dans notre approche, l'acte d'attribuer ne correspond pas à la

description de quelque chose, mais revient à faire quelque chose, le but est alors de fournir une description de ce en quoi consiste cet acte¹¹⁰¹ ».

Robert Brandom a développé un modèle de l'institution des normes gouvernant l'usage des concepts comme un processus social et historique de « reconnaissance réciproque ». Résultant de ce que font les participants à une pratique, ces normes ne sont à trouver ni dans le ciel des idées ni dans la nature. Fonder les normes dans la pratique est ce qui permet d'éviter la régression à l'infini, tout en refusant une approche dans laquelle les normes ne seraient que de simples régularités¹¹⁰².

Il convient de voir comment l'approche développée par Robert Brandom pour penser l'institution des normes gouvernant l'usage des concepts peut s'adapter au contexte de la controverse devant le juge de l'Union (A), avant de s'intéresser de façon plus détaillée au rôle que joue la reconnaissance du contenu conceptuel par les différents participants à la controverse (B).

A. Penser l'institution des normes conceptuelles

En s'attaquant frontalement au problème de l'institution des normes, l'approche de Robert Brandom donne une justification au processus d'institution des normes conceptuelles (1). Cette approche fournit des pistes de réflexion intéressantes et originales pour penser l'institution des concepts juridiques ; elle peut être amendée et spécifiée pour mieux rendre compte de ce qui est à l'œuvre devant un juge comme la CJUE (2).

1. Le modèle développé par Robert Brandom

L'institution des normes chez Robert Brandom peut être résumée de la façon suivante. Tout d'abord, le processus dont il parle est normatif, c'est-à-dire que les statuts normatifs ou déontiques ne peuvent être réduits à des attitudes. Ensuite, il est social, au sens où il prend place au sein d'une communauté. Les attitudes et les statuts normatifs sont liés à des actes de reconnaissance¹¹⁰³. « Pour

¹¹⁰¹ « In the classical account we treat attributions of knowledge as describing some property that is independent of such attributions, and the aim is to provide an account of this property. By contrast, on our account, attributing is not describing something but doing something, and the aim is to provide an account of what this doing is. » WANDERER J., *Robert Brandom*, Stocksfield, Acumen, coll. « Philosophy now », 2008, p. 75.

¹¹⁰² V. *supra*, introduction de la partie II.

¹¹⁰³ L'approche de Robert Brandom, malgré son holisme, propose une vision du social essentiellement fondée sur les interactions individuelles. « En même temps et de la même façon que les *individus*, dans un sens normatif, sont produits, le sont les *communautés*, comme des ensembles structurés d'individus dont tous reconnaissent et sont reconnus par les autres. [At the same time and by the same means that *selves*, in this normative sense, are synthesized, so are *communities*, as structured wholes of selves all of whom recognize and

que je sois engagé, je dois avoir reconnu un engagement, et les autres doivent me l'attribuer. C'est seulement dans ce cas qu'un engagement véritable, doté de contenu, est institué. C'est uniquement ainsi que je peux être vu comme m'étant engagé¹¹⁰⁴. » Dans cette perspective, ma liberté de me lier – au sens d'« autonomie » – dépend des autres¹¹⁰⁵. La reconnaissance est réciproque parce que le statut normatif d'une personne est institué par les attitudes de ceux qui reconnaissent son autorité et dont il reconnaît l'autorité. L'auteur donne l'exemple du statut de « bon joueur d'échec ». Pour qu'une personne soit reconnue comme un maître, il faut que les autres joueurs à qui elle attribue ce statut la reconnaissent comme tel¹¹⁰⁶.

Enfin, le processus de reconnaissance est historique :

« L'autorité des applications passées, qui ont institué la norme conceptuelle, est administrée en son nom à l'occasion des applications *futures* , qui incluent une évaluation des applications passées. C'est à ceux qui utilisent un concept de décider, pour chaque application antérieure du concept, si elle était correcte ou non, au regard de la tradition instituée par les usages encore plus anciens. Ce faisant, les applications futures exercent une autorité réciproque sur les applications passées¹¹⁰⁷. »

La dimension historique de l'analyse permet à l'auteur d'introduire la question centrale de l'évaluation des évaluations – c'est-à-dire d'expliquer ce qui est correct « dans les termes de ce qui est correctement traité comme correct¹¹⁰⁸ ». Comme le résume Francesco Callegaro, l'approche de la pratique sociale développée par Robert Brandom présente une « *structure triangulaire* où un individu est pourvu de l'autorité consistant à soumettre la responsabilité qu'il prend avec son action à l'autorité

are recognized by one another] » BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 217, note omise. Cette dimension de l'approche peut être critiquée. V. nt. BLUNDEN A., *Concepts : A Critical Approach*, Leiden ; Boston, BRILL, 2012, p. 70s.

¹¹⁰⁴ « For me to be committed, I have to have acknowledged a commitment, and others must attribute it to me. Only so is a real, contentful commitment instituted. Only so can I really be understood to have bound myself. » BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 29.

¹¹⁰⁷ « The authority of the past applications, which instituted the conceptual norm, is administered on its behalf by *future* applications, which include assessments of past ones. It is for later users of a concept to decide whether each earlier application was correct or not, according to the tradition constituted by still earlier uses. In doing so, the future applications exercise a reciprocal authority over past ones. » BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁰⁸ « Ultimately, *being correct* is to be explained in terms of *being correctly taken to be correct*. » GLÜER K. et Å. WIKFORSS, « The Normativity of Meaning and Content », E.N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

par là même acceptée d'un autre individu qui assume la responsabilité d'incarner la norme commune héritée du passé¹¹⁰⁹ ».

L'approche de Robert Brandom présente un rapport particulier à la pratique du juge. En effet, pour expliquer le mécanisme d'institution sociale des normes, il prend souvent l'exemple du juge de *Common Law*¹¹¹⁰. Le choix n'est guère surprenant. Le droit présente un cas particulièrement stimulant pour l'approche normative et inférentielle du langage. De nombreux mécanismes qu'elle cherche à mettre en évidence dans le cas du langage ordinaire se trouvent de façon beaucoup plus explicite dans le langage juridique. C'est ce que soulignait déjà Edward Levi dans son introduction au raisonnement juridique cité dans l'introduction de la partie¹¹¹¹. Certains développements de Hart et de Ross, partant d'une réflexion sur la particularité du langage juridique, peuvent d'ailleurs être vus comme précurseurs de l'approche pragmatique et inférentielle développée par Robert Brandom¹¹¹².

À côté de cet usage ancillaire de la figure du juge, Robert Brandom a également eu l'occasion d'appliquer son modèle aux concepts juridiques dans un article écrit pour un ouvrage de philosophie du droit. Celui-ci est présenté comme une spécification de la métaphore de l'écriture d'un roman à la chaîne, proposée par Ronald Dworkin¹¹¹³. Transposé au cas du *Common Law*, le modèle de la reconnaissance réciproque implique pour Robert Brandom de pouvoir dire que les juges sont à la fois « responsables *du* droit [responsible *for* the law] » et « responsable *devant* le droit [responsible *to* the law¹¹¹⁴] ». Le droit se limite, dans sa vision idéalisée du *Common Law*, aux décisions des juges. Tout

¹¹⁰⁹ CALLEGARO F., « Robert B. Brandom : rendre l'autonomie humaine explicite », *La philosophie analytique*, Paris, Ellipses, coll. « Lectures de », 2011, p. 589.

¹¹¹⁰ V. par ex. BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 230s.

¹¹¹¹ « The law forum is the most explicit demonstration of the mechanism required for a moving classification system. [le forum juridique est la manifestation la plus explicite du mécanisme nécessaire à un système de classification évolutif] » LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 503.

¹¹¹² C'est tout particulièrement le cas, à divers titres, de HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *op. cit.* ; HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48 ; ROSS A., « Tû-tû », *op. cit.* ; ROSS A., « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD, Elsa MATZNER et Pierre BRUNET, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 167-182.

¹¹¹³ BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.* Pour la métaphore initiale, V. DWORKIN R.M., *Law's empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 128s.

¹¹¹⁴ BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*, p. 32. La traduction de « responsibility » pose problème, et ce, d'autant plus que les traducteurs français de Robert Brandom ont adopté différents termes pour le traduire, ce qui peut engendrer certaines confusions. Nous utilisons ici « responsabilité » parce que l'auteur joue sur les deux sens du mot – être responsable *de* (au sens actif d'être l'auteur de) et être responsable *devant* (au sens passif d'être soumis à).

d'abord, explique-t-il, en sélectionnant dans les arrêts passés ceux qu'il va traiter comme des précédents, et en déterminant ce qui a été décidé dans ces affaires (« providing a rationale for it »), le juge contribue à déterminer les concepts juridiques en cause, et en fait une nouvelle application, qui sera elle-même susceptible d'être traitée comme un précédent. « En ce sens, en décidant, le juge exerce une autorité sur le contenu des concepts juridiques qu'il applique et, par là même, sur les juges futurs¹¹¹⁵. » Il est « responsable *du* droit ». En changeant de point de vue, cela signifie également que le juge est « responsable *devant* le droit ». Les applications passées des concepts, dans les différents cas décidés par les juges, exercent une autorité sur les applications futures en fournissant des précédents qui constituent les seules raisons qui vont permettre au juge de justifier ses décisions¹¹¹⁶. Lorsqu'un juge décide, il est contraint par le contenu des concepts dont il doit juger de l'application, parce qu'il les hérite de « la tradition ».

La détermination des normes est vue comme résultant d'un processus historique de reconnaissance réciproque d'autorité et de responsabilité. L'originalité profonde du modèle est que ce processus doit être compris de façon diachronique. Le passé a une autorité sur le futur et, réciproquement, le présent a une autorité sur le passé¹¹¹⁷. Le passé a une autorité sur le futur parce que le juge actuel est lié par la tradition constituée par les décisions précédentes, dont il doit rendre compte aux juges futurs – c'est le sens de l'affirmation selon laquelle « l'autorité du passé sur le présent est administrée en son nom par le futur¹¹¹⁸ ». Le présent a une autorité sur le passé parce que les décisions antérieures n'ont d'autorité que si elles sont reconnues comme faisant autorité par les juges présents. Ce faisant, le juge présent opère ce que l'auteur nomme une « reconstruction rationnelle de la tradition¹¹¹⁹ ».

Comme le processus n'a pas de limites, Robert Brandom peut le considérer comme symétrique. Il n'y a pas d'autorité finale qui ne dépendrait d'aucun acte de reconnaissance, chaque juge est, symétriquement, reconnu et reconnaissant¹¹²⁰.

« Chaque juge est reconnu (implicitement) comme ayant une autorité à la fois par les juges précédents (ceux dont les décisions vont être jugés comme ayant valeur de précédent ou non), et

¹¹¹⁵ « In this way the deciding judge exercises authority over both the content of the legal concepts being applied and, thereby, over the decisions of future judges. » *Ibid.*

¹¹¹⁶ BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 232.

¹¹¹⁷ V. *Ibid.*

¹¹¹⁸ « The authority of the past over the present is administered on its behalf by the future. » *Ibid.*, p. 233.

¹¹¹⁹ BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*, p. 32.

¹¹²⁰ V. BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 233.

(explicitement) par les juges futurs (ceux qui évaluent les décisions actuelles comme dotés d'autorité, c'est-à-dire ayant, ou n'ayant pas, valeur de précédent). De même, chaque juge reconnaît à la fois l'autorité des juges précédents (dont il est responsable des décisions ayant valeur de précédent), et celle des juges futurs (son autorité dépend de leur évaluation de la façon dont il s'est acquitté de cette responsabilité envers les décisions des juges précédents¹¹²¹). »

Le modèle développé par Robert Brandom est ambitieux ; comme le souligne Pascal Engel, en lecteur peu convaincu, il tente de se frayer « une voie entre le Charybde de l'hegelianisme et le Scylla du relativisme social¹¹²² ». Si son approche peut être contestée, il faut lui reconnaître qu'il s'attaque à une difficulté fondamentale, souvent esquivée, et que les approches concurrentes font également face à de lourdes critiques.

2. Spécification pour le travail de la CJUE

Le modèle développé par Robert Brandom propose une explication du processus par lequel les juges doivent tenir compte de ce qui a été décidé auparavant et dont leurs décisions seront prises en compte par les juges futurs. Lorsqu'il l'applique au droit, son modèle reste toutefois marqué par une vision idéalisée de la *Common Law*, qui tient lieu d'exemple pour expliquer sa thèse plus que de véritable objet d'étude. Il présente son travail comme une « spécification » de la métaphore dworkinienne du roman à la chaîne, dont le succès s'explique sans doute par les diverses interprétations qu'elle peut revêtir¹¹²³. Néanmoins, il est possible de penser que le modèle Brandomien n'implique pas nécessairement une vision dworkinienne de la décision juridique, comme, par exemple, dans la lecture retenue par Mathias Klatt¹¹²⁴. Autrement dit, le processus d'institution sociale des normes par un mécanisme de reconnaissance historique ne débouche pas nécessairement sur une vision objectiviste du raisonnement juridique.

¹¹²¹ « Each judge is recognized (implicitly) as authoritative both by prior judges (the ones whose decisions are being assessed as precedential or not) and (explicitly) by future judges (the ones who assess the current decision as authoritative, that is precedential, or not). And each judge recognizes the authority both of prior judges (to whose precedential decisions the judge is responsible) and of future judges (on whose assessments of the extent to which the present judge has fulfilled his responsibility to the decisions of prior judges the present judges's authority depends). » BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*

¹¹²² ENGEL P., *Hegel et l'ornithorynque*, <https://www.unige.ch/lettres/philo/enseignants/pe/Engel%202012%20CR%20de%20Robert%20Brandom%20Rendre%20explicite%20in%C3%A9dit.pdf>, consulté le 15 septembre 2017.

¹¹²³ L'image est par exemple reprise par Michel Troper, à propos de l'histoire constitutionnelle française, dans l'ouvrage que nous avons évoqué précédemment, sans qu'il n'explique toutefois véritablement ce qui fait que « chaque juge est comme un auteur, qui *doit* écrire le chapitre d'un roman en *tenant compte* de ce que les autres ont écrit dans les chapitres précédents ». Troper M., *Terminer la Révolution*, *op. cit.*, p. 22, nous soulignons.

¹¹²⁴ KLATT M., *Making the law explicit : the normativity of legal argumentation*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

En tout état de cause, il doit être adapté à la situation de la Cour de justice. L'importance de la contrainte qu'entraîne le mécanisme de reconnaissance réciproque doit être vue dans le contexte du droit de l'Union. La construction conceptuelle prend place dans un jeu institutionnel. Le positionnement de la Cour présente certaines particularités. D'un côté, le processus de reconnaissance réciproque n'offre qu'une limitation assez faible dans la mesure où les juges passés, présents et futurs sont parfois incarnés par les mêmes personnes physiques et sont une seule et même personne en tant que collectif réifié. Le processus de reconnaissance ne doit toutefois pas être vu simplement comme un dialogue de la Cour avec elle-même, comme dans le modèle de Robert Brandom. L'autorité du juge de l'Union ne peut s'exercer que s'il est saisi. À ce titre, les parties et les juges de renvoi jouent un rôle fondamental. En outre, sans la reconnaissance des juges nationaux, la décision de la Cour n'a aucune portée. Si la contestation frontale, comme lors du second renvoi lors de l'affaire *Kaba*, est rare, les juges disposent d'une certaine liberté pour reconnaître l'autorité des différentes affirmations de la Cour et les interpréter.

La controverse met en scène de nombreux autres intervenants que les juges – l'Avocat général, le juge de renvoi, les parties, la Commission, les États, la doctrine etc. – et s'inscrit dans une certaine procédure. Tous les participants n'occupent pas la même place dans celle-ci. La parole de la Cour revêt une autorité spéciale ; « interprète authentique¹¹²⁵ », c'est elle qui décide *in fine* d'appliquer ou non d'un concept et qui énonce ce qu'il permet de faire. Les interventions des autres participants peuvent seulement être vues comme des propositions faites au juge de reconnaître certaines normes d'usage comme correctes. Les participants à la controverse ne sont d'ailleurs pas tous à égalité, en raison de la place qui leur est formellement assignée (le juge *a quo* n'occupe pas la même position que l'Avocat général ou qu'une partie au principal) ou en raison de leur statut social (certains participants sont perçus comme dotés d'une parole qui fait plus ou moins autorité, ils peuvent être des intervenants réguliers à la pratique ou bien exceptionnels etc.).

La question est aussi plus complexe parce que le droit ne se limite pas aux « précédents ». Dans le système du droit de l'Union, les précédents ne sont pas des précédents au sens strict et ils ne sont pas tout ce qui peut justifier une décision. Le modèle de Robert Brandom peut toutefois être adapté en considérant que les auteurs du traité et du droit dérivé peuvent être vus comme exerçant une certaine autorité sur le juge, mais, réciproquement, leurs affirmations doivent être reconnues et interprétées

¹¹²⁵ Kelsen H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999, p. 339s.

par celui-ci. Les décisions du juge peuvent aussi être vues comme ayant une certaine autorité sur les auteurs du traité et du droit dérivé, qui peuvent toutefois les prendre en compte ou non, et, le cas échéant, déterminer ce qu'elles impliquent. Ce jeu complexe a été mis en évidence dans le cas de la réglementation des bourses pour les étudiants/citoyens¹¹²⁶. Le législateur, avec la directive 2004/38, reprend des solutions forgées par la Cour, mais, dans le même temps, les reconstruit. Une certaine autorité est en ce sens reconnue à la jurisprudence passée, mais, ce faisant, le législateur exerce aussi son autorité sur les juges futurs qui devront la prendre en compte. Cette construction dépend toutefois de ce dernier qui, en appliquant la directive, reconnaît l'autorité du législateur, mais, dans le même temps, exerce la sienne en déterminant ce qu'elle implique.

Ensuite, le rationalisme de Robert Brandom, qui perçoit essentiellement la pratique conceptuelle comme un processus « d'offre et de demande de raisons », permet de mettre en évidence certains aspects de la pratique du juge, mais a tendance à exagérer le caractère déterminé du processus. La masse de « précédents » et de textes dans lesquels les différents intervenants à la controverse peuvent puiser pour appuyer leur argumentation conduit à ce que, si une solution peut s'appuyer sur des matériaux et des arguments permettant de la fonder, il est toujours possible d'y opposer d'autres matériaux et d'autres arguments pour obtenir un autre résultat. Si des structures types de raisonnement ou des formules se stabilisent, ceci n'empêche pas que le droit de l'Union soit traversé de multiples contradictions qui ne sont jamais résolues. Les nouveaux usages peuvent susciter de nouvelles questions quant au contenu du concept ; les « hiérarchies inférentielles » décrites précédemment peuvent à certains égards être vues comme reproduisant des « oppositions emboîtées [nested oppositions] » au sens de Duncan Kennedy. De façon générale, l'accord sur des formes d'arguments – certains types d'arguments sont acceptables dans le contexte du droit de l'Union et d'autres ne le sont pas – n'implique pas que l'issue d'une question soit déterminée.

En conséquence, ce qui est porté à la controverse devant le juge joue un rôle fondamental, même si le juge ne se prononce pas toujours sur les arguments développés par les différents acteurs intervenant devant lui. La contrainte de « rationalité » de la construction dépend notamment du contexte argumentatif dans lequel elle s'insère. Tout n'est pas discuté ni justifié. L'exigence de justification dépend en partie des arguments présentés par les participants à la controverse. Si la Cour dispose d'une certaine liberté, il lui est toujours difficile de ne pas répondre à des arguments qui sont perçus comme sérieux. Par exemple, il lui serait très difficile, dans l'affaire *Commission / Pays-Bas*, de

¹¹²⁶ V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2.

ne pas expliquer pourquoi elle décide que les réductions tarifaires sont des bourses d'études ou des prêts alors que tel n'est pas le cas dans l'affaire *Commission / Autriche*, parce que la question est au cœur du débat porté devant elle. De façon générale, les affirmations susceptibles de faire autorité doivent être sélectionnées et construites, ce qui implique un travail important, qui peut être fait directement par la Cour, mais également par les différents participants à la controverse.

L'intérêt majeur de l'approche proposée par Robert Brandom est toutefois qu'elle permet de développer une réflexion sur l'institution de l'autorité. Ainsi, elle se distingue de la lecture classique opposant le précédent – que le juge est obligé de suivre – à l'analogie – à laquelle le juge peut librement recourir pour justifier sa décision¹¹²⁷. Les théoriciens du droit s'intéressent surtout au fait de savoir si l'objet de la référence (la cible de l'analogie ou le précédent) est contraignant ou non. En insistant sur la signification sociale et normative de l'acte par lequel un participant à la controverse attribue un savoir à un autre, Robert Brandom renverse partiellement la question en partant de la reconnaissance. L'acte par lequel le juge se réfère à un arrêt ou à une affirmation contribue à l'instituer comme faisant autorité. Se référer à une affirmation pour faire quelque chose contribue à en déterminer la portée ; les arrêts et les affirmations de la Cour ne posent pas moins de problèmes que l'interprétation d'un texte du législateur ou des traités.

B. Le déplacement de la controverse comme forme de reconnaissance

L'observation qu'accepter un cadre conceptuel contribue à l'instituer n'est pas complètement nouvelle pour le juriste. En effet, elle est sous-jacente à l'opposition bien connue entre la « défense de connivence » et la « défense de rupture ». Cette dernière est sans doute aussi ancienne que la défense elle-même ; les procès de Socrate ou de Jésus sont parfois cités en exemple. Elle a été théorisée par l'avocat communiste Marcel Willard, à partir d'une lettre de Lénine¹¹²⁸. Elle se caractérise par le refus du langage utilisé au sein du système juridique et, de manière plus générale, de l'autorité du juge et des normes qu'il applique¹¹²⁹. Elle est souvent opposée à la « stratégie de connivence », où l'accusé se défend en niant les faits ou en plaidant la culpabilité, tout en cherchant l'excuse de

¹¹²⁷ V. par ex. SCHAUER F.F., *Thinking like a lawyer : a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009, p. 85s.

¹¹²⁸ WILLARD M., *La Défense accuse*, Paris, Éditions sociales, 1955. Celui-ci s'appuie notamment sur une lettre de Lénine datant de 1905, V. *Ibid.*, p. 23s.

¹¹²⁹ Ce qui la distingue d'autres grandes stratégies où le procès devient également une affaire dépassant l'arène du débat judiciaire, comme, par exemple, l'affaire Calas ou bien l'affaire Dreyfus. Sur ce point, et pour une présentation de la défense de rupture par rapport à d'autres stratégies contemporaines de défense, V. ISRAËL L., *L'arme du droit*, Paris, les presses de Sciences Po, 2009, p. 63s.

circonstances exceptionnelles. Lénine et Marcel Willard voient la stratégie de rupture comme un sacrifice de la personne au nom de la cause. Jacques Vergès montre qu'elle peut aussi se révéler la plus efficace dans certains contextes, la victoire n'est toutefois pas obtenue sur le plan judiciaire mais en déplaçant l'affrontement sur le terrain politique¹¹³⁰. L'opposition entre défense de rupture et défense de connivence permet de souligner deux points fondamentaux : reconnaître un savoir contribue à l'instituer et argumenter pour gagner un cas a des conséquences bien au-delà de celui-ci.

La reconnaissance du contenu conceptuel de la citoyenneté a été en partie évoquée lors de la description du déplacement de la controverse ; les modèles de raisonnement antérieurement contestés sont repris alors que les questions se déplacent¹¹³¹. Il s'agit maintenant de souligner comment ce processus contribue à instituer le contenu conceptuel (1). Une attention particulière doit être apportée à un mode d'argumentation permettant aux participants à la controverse de faire certains arguments tout en évitant de reconnaître les prémisses qu'ils devraient impliquer (2).

1. La dynamique institutive du déplacement de la controverse

La reconnaissance ne doit pas être entendue comme une adhésion, au sens fort, des différents acteurs, mais comme l'acceptation que certaines règles gouvernent l'usage des concepts juridiques. Il faut donc distinguer l'usage que reconnaissent les différents participants à la controverse de la façon dont ils souhaiteraient que le concept soit déterminé. Le gouvernement autrichien, au moment de l'arrêt *Gottwald*, peut penser que la citoyenneté ne devrait pas permettre à un ressortissant d'un État tiers d'invoquer la non-discrimination en dehors des libertés économiques, mais, connaissant le rôle du concept dans le discours de la Cour, il peut décider de se concentrer sur la justification des mesures contestées. De manière différente, le gouvernement pourrait choisir de ne pas reconnaître la possibilité pour un citoyen de se prévaloir du principe de non-discrimination. Le refus de reconnaître un usage peut témoigner une défiance vis-à-vis de celui-ci, dont l'expression extrême est une stratégie de rupture, mais il peut aussi être vu comme une proposition de le modifier. La pratique discursive devant le juge de l'Union consiste le plus souvent, dans le cadre de l'idéologie de la décision-liée, à ne pas présenter une proposition de changement comme telle. La reconnaissance ou le refus de reconnaître est donc entendu comme un processus externe et public, qui peut répondre à des raisons stratégiques.

¹¹³⁰ La stratégie permet de sauver sa tête mais pas nécessairement de gagner le procès. V. nt. VERGES J., *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de Minuit, 1968, p. 182s.

¹¹³¹ V. *supra*, chapitre 1, section 1.

L'analyse d'une affirmation dans un contexte donné n'est pas toujours claire, notamment dans les périodes où le contenu conceptuel suscite des doutes importants, car il n'est pas encore véritablement institué ou qu'il semble avoir été remis en cause. Lorsque le gouvernement du Royaume-Uni soutient à l'occasion de l'arrêt *D'Hoop*, en 2002, que, pour se prévaloir de la non-discrimination, la requérante au principal devrait avoir suivi une formation professionnelle, il n'est pas facile de savoir si l'argument traduit un doute sur ce que signifiait la citoyenneté pour la Cour dans les arrêts précédents ou s'il s'agit d'une proposition de faire évoluer sa jurisprudence¹¹³². En revanche, si un gouvernement soutenait, à l'occasion de l'arrêt *Gottwald*, en 2009, que les dispositions relatives à la citoyenneté ne visaient que les actifs, il serait clair, pour les familiers du droit de l'Union, que ce gouvernement refuserait de reconnaître l'usage consacré par la Cour et proposerait une évolution des normes gouvernant l'usage du concept.

Dans cette perspective, le déplacement général de la controverse peut être vu comme contribuant à instituer l'autorité des solutions dégagées par la Cour. Soutenir que, dans une affaire, la citoyenneté ne permet pas de se prévaloir de la non-discrimination parce que le citoyen n'a pas exercé sa liberté de circulation revient à reconnaître que la citoyenneté permette, en principe, de se prévaloir de la non-discrimination. De même, dire qu'une atteinte au droit de circuler ou de séjourner est justifiée revient à accepter que le citoyen puisse se prévaloir de ce droit. Exciper d'une exception suppose en effet de reconnaître la règle. « L'exception confirme la règle en ce qu'elle rappelle que la règle s'applique par défaut dans les cas non exceptés¹¹³³. » Le caractère circulaire du raisonnement – proposer une exception présuppose la règle, mais la règle est instituée parce qu'on traite quelque chose comme une exception –, loin d'être problématique, traduit parfaitement le mécanisme d'institution par reconnaissance réciproque. L'observation que vouloir échapper à la règle peut contribuer à l'instituer, en même temps que l'autorité de celui qui est chargé de l'appliquer, est d'ailleurs la raison principale pour laquelle Lénine et Marcel Willard promeuvent une défense de rupture.

Le déplacement de la controverse et la reprise de modèles types de raisonnement peuvent être vus, avec David Mashall, comme un processus conduisant à « rendre implicites » certaines affirmations. En renversant l'expression de Robert Brandom, il souligne l'intérêt de considérer la façon dont « des affirmations cruciales informant un champ de pratiques intellectuelles (*cum* des pratiques culturelles)

¹¹³² V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 30.

¹¹³³ CARPENTIER M., *Norme et exception*, *op. cit.*, p. 26. Pour les différentes acceptions de l'expression, V. *Ibid.*, p. 45s.

sont considérées comme données au point qu'elles ne sont plus exprimées¹¹³⁴ ». Un certain nombre de normes informant les arguments ne sont plus explicitées. Dans certains cas, ces normes sont complètement passées sous silence. Par exemple, la primauté du droit de l'Union n'est pas mentionnée lorsqu'elle ne fait pas problème. Ces affirmations sont acceptées au point qu'il n'est plus nécessaire de les exprimer et qu'elles ne sont plus contestées. De la même façon, Richard Posner et William Landes ont pu remarquer que certains arrêts, les « *super-precedents* », ne sont plus cités parce que les questions qu'ils ont résolues sont considérées comme données, bien qu'ils influencent les décisions postérieures¹¹³⁵. Toutefois, le discours du juge laisse en général une grande partie de la justification explicite. C'est d'ailleurs pour cela qu'il constitue un objet intéressant pour l'approche expressiviste de Robert Brandom.

Dans le cadre de la pratique de la Cour, une façon plus faible de « rendre implicite » certaines inférences est la reprise quasiment automatique de formules et de structures-types de raisonnement. En ce sens, la sortie de la controverse peut déjà être vue comme une première forme « d'implication », quand bien même les inférences restent exprimées. Une question qui a pu faire débat à un moment donné, comme l'âge du citoyen dans les arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*, peut être passée sous silence par la suite parce qu'elle ne fait plus problème et que personne ne la conteste. Ainsi, dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, la Cour mentionne que le citoyen est un enfant, mais, la question n'étant plus controversée, elle ne juge pas utile de répéter l'affirmation faite dans l'arrêt *Zhu et Chen*, selon laquelle « l'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même ses droits¹¹³⁶ ». De manière générale, certaines structures de raisonnement sont considérées comme données au point qu'elles ne sont plus discutées. Le processus de réification ou de naturalisation contribue à stabiliser toute une partie des usages conceptuels. Sans être implicites, ils vont tellement de soi qu'ils sont répétés de façon plus ou moins mécanique, dans des modèles qui sont repris d'un arrêt à l'autre.

¹¹³⁴ « “making it implicit”—the process by which crucial assertions informing a field of intellectual activity (cum cultural practice) become so assumed that they are no longer voiced ». MARSHALL D.L., « The Implications of Robert Brandom's Inferentialism for Intellectual History », *History and Theory*, 2013, vol. 52, n° 1, p. 4.

¹¹³⁵ LANDES W.M. et R.A. POSNER, « Legal Precedent : A Theoretical and Empirical Analysis », *The Journal of Law & Economics*, 1976, vol. 19, n° 2, p. 251s. Ces types de cas sont mentionnés par ŠADL U. et S. HINK, « Precedent in the Sui Generis Legal Order : A Mine Run Approach », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 548.

¹¹³⁶ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 20.

2. Le cas de l'argumentation à titre subsidiaire

Le mécanisme d'institution du contenu conceptuel par le déplacement de la controverse se perçoit aussi à partir de l'argumentation à titre subsidiaire, particulièrement présente dans les arrêts étudiés. Ce mode d'argumentation est singulier en ce qu'il peut précisément être vu comme permettant de faire une affirmation, et d'en tirer des conséquences, tout en se dispensant de reconnaître ce qui devrait l'être pour être autorisé à utiliser cette affirmation. Un gouvernement peut par exemple arguer que le citoyen ne saurait se prévaloir du principe de non-discrimination s'il n'a pas exercé une liberté économique, mais que, si tel était le cas, il n'y aurait pas de discrimination en l'espèce. Le deuxième argument implique, en principe, la reconnaissance de la possibilité pour un citoyen de se prévaloir de la non-discrimination en dehors d'une circulation économique. La technique de l'argumentation à titre subsidiaire permet s'en dispenser.

Plusieurs « couches » d'argumentations peuvent parfois être observées, avec différents « degrés de subsidiarité ». Le même gouvernement peut, par exemple, poursuivre en disant que, néanmoins, si la Cour reconnaissait une discrimination, celle-ci serait justifiée. Argumenter à titre subsidiaire permet donc de reprendre une structure de raisonnement, tout en marquant sa défiance par rapport à celle-ci. Cette forme d'argument typique de la controverse juridique peut être vue comme une réponse à la structure de l'argumentation juridique¹¹³⁷. La controverse n'oppose pas les participants de façon générale mais à travers une série de questions et de sous-questions. L'argumentation à titre subsidiaire permet de proposer des arguments pour trancher les sous-questions, indépendamment de la solution donnée aux précédentes questions.

Cette déconnexion n'est toutefois pas complète en pratique. Les ressources argumentatives des différents participants à la controverse ne sont pas illimitées, ce qui peut les inciter à restreindre ce qu'ils peuvent refuser de reconnaître à titre principal. Si l'argument qui présente des chances d'être accepté arrive, à titre subsidiaire, après cinq strates d'argumentations, il risque de ne pas être pris au sérieux. En outre, comme le montre l'approche de Robert Brandom, le statut normatif d'une personne dépend des affirmations qu'elle fait. Même dans le contexte particulier du procès – où il est en quelque sorte accepté que les parties « fassent flèche de tout bois » –, il est parfois peu efficace de soutenir une affirmation qui marquerait une rupture radicale avec les usages partagés au sein d'une communauté. Il est par exemple difficile d'imaginer, dans l'affaire *Baumbast*, que le Royaume-Uni

¹¹³⁷ Sur cette question, V. *supra*, chapitre 1, section 2.

commence par dire que le droit de l'Union ne prime pas sur le droit national ou qu'il ne saurait en aucun cas conférer directement un droit à un particulier, avant d'argumenter, à titre subsidiaire sur les critères de l'effet direct. De même, il est peu probable qu'un individu dans la situation de M. Trojani commence par affirmer devant le juge que, « homme libre », il doit pouvoir séjourner ou bon lui semble, avant de dire que, en tout état de cause, il est citoyen de l'Union. La possibilité que les règles du droit de l'Union soient dotées d'effet direct ou la compétence des États pour autoriser le séjour des étrangers sur leur sol sont en effet largement reconnus comme faisant autorité par l'ensemble des participants à la pratique. Les contester reviendrait à se situer clairement dans une stratégie de rupture. Les participants à la controverse souhaitant gagner une affaire peuvent avoir intérêt à ne contester que les affirmations qu'ils pensent avoir une chance de remettre en cause dans un certain contexte.

Symétriquement, un argument, même à titre subsidiaire, implique déjà une certaine forme de reconnaissance. Une véritable stratégie de rupture n'est pas toujours conciliable avec une argumentation reconnaissant le cadre conceptuel en vigueur et l'autorité du juge, même à titre subsidiaire. Lorsqu'un gouvernement donne de nombreux éléments pour justifier une pratique pour le cas où elle serait discriminatoire, il reconnaît implicitement que la Cour est susceptible de considérer que le citoyen puisse se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité et que la pratique contestée constitue une discrimination. En ce sens, l'argumentation à titre subsidiaire permet de discerner une certaine gradation dans la reconnaissance du contenu conceptuel et dans l'évolution de la controverse. La reprise d'une structure de raisonnement dans une argumentation à titre subsidiaire peut être vue comme impliquant déjà une certaine reconnaissance, bien qu'elle témoigne aussi d'un doute ou d'une défiance. Dans un premier temps, ainsi qu'il a été dit, différents acteurs n'ont reconnu qu'à titre subsidiaire les modèles de raisonnement proposés par la Cour. Toutefois, après un certain nombre de répétitions, les arguments cherchant à justifier une différence de traitement ou une atteinte au droit de circuler et de séjourner sont le plus souvent présentés à titre principal.

SECTION 2. LA CONSTRUCTION CASUISTIQUE DE L'ABSTRACTION

Un enseignement important de l'approche développée par Robert Brandom est que reprendre un modèle de raisonnement ou citer un arrêt en référence contribue à l'instituer comme faisant autorité. Il ne s'agit donc plus simplement de penser l'autorité du « précédent » sur les arrêts postérieurs, mais également celle des arrêts ultérieurs sur les arrêts passés. Les décisions passées n'ont d'autorité que si celle-ci leur est reconnue par les arrêts postérieurs. En effet, tous les arrêts ne sont pas nécessairement reconnus comme faisant autorité – par exemple, si l'arrêt *Martínez Sala* est une référence, les arrêts

Kaba, ou du moins certaines inférences développées dans ceux-ci, n'ont jamais véritablement été considérées comme faisant autorité par la Cour, et les arrêts *Lair* et *Brown* ne font plus autorité pour ce qui est du domaine d'application du traité au sens de l'article 18 TFUE. En outre, lorsque la Cour reprend ses arrêts, elle contribue à déterminer le contenu conceptuel qui était en cause par une opération de reconstruction. Par exemple, elle dit, dans l'arrêt *Zhu et Chen*, qu'elle avait décidé dans l'arrêt *Garcia Avello* qu'un citoyen n'ayant pas fait usage du droit à la libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilé à une situation purement interne¹¹³⁸.

L'acte par lequel le juge reconnaît l'autorité d'une décision passée dans le cadre d'une autre affaire peut correspondre à ce que Robert Brandom nomme une « reconstruction rationnelle ». Il s'agit d'une « reconstruction », écrit-il, « parce que certaines décisions antérieures sont traitées, en pratique, comme non pertinentes, comme n'ayant pas valeur de précédent, ou comme incorrectes¹¹³⁹ ». Elle est rationnelle au sens où le juge est obligé envers la tradition constituée à partir des arrêts des juges précédents, et que cette responsabilité sera évaluée par les juges futurs¹¹⁴⁰. « L'autorité du passé sur le présent est administrée en son nom par le futur¹¹⁴¹. » L'idée d'une reconstruction *a posteriori* s'inscrit plus largement dans un genre d'histoire intellectuelle que Robert Brandom nomme l'historiographie *de traditione*. Il peut être situé, de façon un peu caricaturale, entre une historiographie *de dicto* – qui serait plutôt celle des historiens intellectuels qui s'intéressent à la signification des affirmations dans un contexte donné – et une historiographie *de re* – qui serait plutôt celle des philosophes, dans laquelle l'attention est centrée sur les objets sur lesquels portent ces assertions¹¹⁴². La façon dont Robert Brandom conçoit la reconstruction rationnelle permet de penser l'autorité des précédents dans un modèle où celle-ci n'est pas donnée mais construite dans un processus d'engagement et de reconnaissance.

Une interrogation fondamentale pour continuer l'enquête est alors de se demander plus précisément de quoi l'on parle lorsque l'on évoque les « précédents » de la Cour, ou lorsque l'on dit qu'« elle a décidé quelque chose ». Cette question est parfois envisagée sous l'angle de la distinction

¹¹³⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 19.

¹¹³⁹ « It is a *reconstruction* because some prior decisions are treated practically as irrelevant, non-precedential, or incorrect. » BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 32-33.

¹¹⁴¹ « The authority of the past over the present is administered on its behalf by the future. » BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead*, *op. cit.*, p. 233.

¹¹⁴² *Ibid.*, p. 17s. Pour une présentation et une discussion des trois genres historiographiques proposées par Brandom, V. MARSHALL D.L., « The Implications of Robert Brandom's Inferentialism for Intellectual History », *op. cit.*, p. 17s.

entre les motifs et le dispositif, dans les traditions de droit civil, ou dans la recherche de la *ratio decidendi*, dans la tradition de *Common Law*. Il faut toutefois aller au-delà de ces approches pour s'interroger de façon plus approfondie sur ce que fait la Cour lorsqu'elle décide un cas. Ses arrêts peuvent être vus comme des ensembles composites ; les concepts sont appliqués à des situations, mais ils contiennent aussi un discours plus ou moins développé sur la façon dont ces concepts doivent être appliqués. Dans les deux arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*, la décision de la Cour implique que de très jeunes enfants puissent se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, mais elle ne formule cette règle de façon explicite que dans le second cas¹¹⁴³.

La distinction entre les différentes façons de poser une règle, présentée par Hart dans *Le concept de droit*, peut être utilisée pour mieux caractériser ce qui est à l'œuvre. Hart explique qu'il est possible de distinguer deux façons de communiquer des modèles généraux de conduite, faisant un usage plus ou moins important de « termes généraux établissant des catégories » : la législation et le précédent¹¹⁴⁴. Il prend l'exemple suivant. Avant d'aller à l'église, un père peut dire à son fils : « Tout homme et tout garçon doit enlever son chapeau en entrant dans une église¹¹⁴⁵. » Il peut aussi, se découvrant alors qu'il entre, lui dire « Regarde : voici la façon correcte de se comporter en de telles circonstances¹¹⁴⁶. » Hart utilise ces deux idéaux-types pour souligner que la différence entre ces deux modes de détermination des règles a souvent été exagérée, et que l'usage de termes classificateurs généraux n'offre pas de certitude en raison de la « texture ouverte des concepts¹¹⁴⁷ ».

Le propos n'est pas ici de revenir sur cette question de façon générale, mais plutôt de remarquer que, plus que deux méthodes alternatives, la coexistence d'un cas initial (ou d'un ensemble de cas) et d'une ou plusieurs formulations générales se retrouve lorsque le juge décide une affaire. Autrement dit, en poursuivant l'exemple de Herbert Hart, le juge est le plus souvent dans la position du père qui, se découvrant alors qu'il entre dans l'église, dirait à son fils « Regarde : tout homme et tout garçon doit enlever son chapeau en entrant dans une église » ou, de façon plus générale, « Regarde : il ne faut

¹¹⁴³ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 19 et 45 et CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 20.

¹¹⁴⁴ HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 143.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ *Ibid.* De manière incidente, il faut noter que ce même exemple est pris par Jacques Bouveresse pour souligner, à la suite de Wittgenstein, que certaines pratiques de nos sociétés contemporaines doivent être vues comme des rituels. Il n'est pas nécessaire, comme le ferait Frazer, de supposer que les personnes se découvrent parce qu'elles croient que, dans le cas contraire, elles risquent d'être frappées d'une malédiction. BOUVERESSE J., « Wittgenstein critique de Frazer », *Agone*, 2000, n° 23, p. 34. Sur cette question, V. *supra*, introduction.

¹¹⁴⁷ La notion est reprise à Friedrich Waismann qui s'inspire de Wittgenstein. V. *supra*, Partie I, chapitre 2, introduction.

pas offenser le Seigneur ». Lorsque ces formulations générales se figent et prennent une forme stéréotypée, répétée d'un cas à l'autre, elles peuvent être vues comme des formules. Leur « enracinement casuistique concret¹¹⁴⁸ », pour reprendre une expression de Yan Thomas, vient perturber l'opposition entre la législation et le précédent. Composées de termes généraux, les formules sont liées à des situations particulières dans lesquelles elles sont appliquées.

L'importance des cas ou des formules doit être vue au sein d'une pratique juridique donnée. Par exemple, dans la version classique du modèle de *Common Law*, ce qui compte est en principe la règle que la décision prise par le juge implique, plus que la manière dont elle est formulée. La règle peut très bien n'être qu'implicite ; c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le *Common Law* constitue un modèle idéal-typique pour présenter le processus d'explicitation brandomien. Toutefois, comme le montre Jan Komárek, la doctrine classique du précédent pose certaines difficultés¹¹⁴⁹. Pour dépasser celles-ci, il distingue de manière idéal-typique deux façons dont le juge « raisonne avec les décisions antérieures », qui se différencient par la place relative accordée au texte des arrêts et au cas : le « modèle d'attachement au cas [case-bound model] » et le « modèle législatif [legislative model¹¹⁵⁰] ». Dans le modèle d'attachement au cas, plus proche de la vision traditionnelle du précédent, « les faits sont déterminants. Ils déterminent non seulement le juge initial lorsqu'il rend sa décision, mais aussi les juges postérieurs, lorsqu'ils dégagent la règle "impliquée" par la décision précédente¹¹⁵¹. » Dans le modèle législatif, ce qui fait autorité, à l'encontre de la représentation traditionnelle de la doctrine du précédent, n'est pas la règle telle qu'elle a été utilisée dans le cas antérieur, mais la règle telle qu'elle a été formulée dans celui-ci.

Ces deux modèles, et le passage de l'un à l'autre, peuvent coexister au sein de différents systèmes. Si la tradition de *Common Law* est plus proche du modèle d'attachement au cas, Jan Komárek montre que l'importance donnée au texte des décisions a fait l'objet de nombreuses discussions aux États-Unis. Peter Tiersma met en évidence un processus de « textualisation du précédent [textualisation of precedent] », dans lequel l'attention est plus portée à la formulation des décisions antérieures qu'à la règle appliquée dans les cas¹¹⁵². Au contraire, si la pratique de la CJUE, et notamment son recours aux

¹¹⁴⁸ THOMAS Y., « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Les opérations du droit*, Paris, EHESS - Gallimard - Seuil, 2011, p. 233.

¹¹⁴⁹ KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions : Beyond the Doctrine of Precedent », *American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149-171.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 157s.

¹¹⁵¹ « facts are determinative. They inform not only the previous court when making the decision, but also subsequent tribunals, when extracting the rule "implicated" in the previous decision ». *Ibid.*, p. 157.

¹¹⁵² Peter Tiersma écrit qu'« un précédent aux États-Unis n'est déjà plus simplement une décision dans un cas antérieur, mais consiste plutôt en des mots, écrits sur du papier par les juges eux-mêmes et publiés dans

formules, peut être vue comme un cas typique du modèle législatif, ceci n'empêche pas que les cas puissent aussi jouer un rôle important¹¹⁵³. Le travail de Jan Komárek montre qu'aborder le recours par le juge à ses décisions précédentes par le seul prisme de la doctrine du précédent est très réducteur. Il permet aussi de dire qu'une particularité de la Cour est de s'inscrire dans une tradition où une grande importance est accordée au texte des décisions précédentes, à la différence du modèle traditionnel de *Common Law*. De façon générale, « les affirmations de la CJUE sont interprétées comme si elles étaient des dispositions législatives et une différence dans leur formulation, plus que dans les circonstances des affaires, est perçue comme pertinente pour raisonner avec les décisions précédentes¹¹⁵⁴ ».

Il ne s'agit toutefois pas ici de penser les arrêts de la Cour à l'aune des différentes approches du précédent, mais de caractériser comment le recours aux formules et aux cas contribue à instituer le contenu conceptuel. Les formules, qui peuvent être plus ou moins générales, sont dans une certaine mesure indexées sur des cas, au sens des situations factuelles et juridiques dans lesquelles elles ont été forgées ou appliquées. Cette tension entre les deux façons de communiquer les modèles de comportement se trouve au cœur du processus d'institution du contenu conceptuel. L'acte par lequel le juge se réfère à un arrêt ou à une affirmation contribue à l'instituer comme faisant autorité et à en déterminer la portée (§ 1). Le revers de ce processus d'institution est que d'autres formules ou modèles de raisonnement ne sont pas repris. Ils ne sont pas traités, explicitement ou implicitement, comme faisant autorité (§ 2).

une source faisant autorité. Il est prématuré de conclure que la motivation des décisions est désormais textualisée et qu'elles doivent en conséquence être interprétées de la même manière que les textes législatifs. Toutefois, il est certain que les juristes attachent beaucoup plus d'attention aux termes précisément employés dans les motivations que par le passé. Les mots utilisés dans la motivation ne sont plus une *expression* du droit, comme auparavant. Ils *sont* le droit. [A precedent in the United States is no longer simply a decision in a preceding case, but instead consists of words that have been written on paper by the judge herself and that have been published in an authoritative source. It is premature to conclude that judicial opinions have become textualized and are therefore being interpreted in the way that statutes are. But it is unquestionably true that lawyers are paying much closer attention to the exact words of opinions than they did in the past. The words of an opinion are not *evidence* of the law, as they once were. They *are* the law.] » TIERSMA P., « The Textualization of Precedent », *Notre Dame Law Review*, 2006, vol. 82, n° 3, p. 1278. Jan Komárek cite également des auteurs critiquant plus directement cette pratique, déjà au début du vingtième siècle, mais surtout récemment. V. KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁵³ KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 157s.

¹¹⁵⁴ « Statements of the ECJ are interpreted as if they were legislated rules and differences in wording, not in the circumstances of cases, are deemed relevant in reasoning with previous decisions. » *Ibid.*, p. 156-157.

§ 1. LA RECONNAISSANCE DES CAS ET DES FORMULES

Différents types de recours aux formules et aux modèles de raisonnement forgés dans des cas antérieurs peuvent être présentés à partir d'une série de six arrêts relatifs à la citoyenneté et au nom de famille : les arrêts *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul*, *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič Vardyn et Wardyn*, *Bogendorff von Wolffersdorff* et *Freitag*¹¹⁵⁵. Ces affaires ont eu un grand retentissement, tant auprès des juristes de droit de l'Union que des juristes de droit international privé et de droit civil, parce qu'elles remettent en cause la réglementation nationale relative à la question délicate des noms de famille. La réaction du civiliste français Jean Hauser, dès le premier arrêt, est significative de la défiance qu'elles ont pu susciter : « déjà occupée par une jurisprudence non négligeable de la Cour européenne des droits de l'Homme », la matière « connaît un nouvel envahisseur¹¹⁵⁶ ». Au-delà de la remise en cause du droit des personnes et du droit international privé, ces affaires sont aussi particulièrement sensibles parce qu'elles ont parfois trait à des dispositions constitutionnelles, relatives aux titres de noblesse ou au statut de la langue nationale. La dynamique des libertés de circulation à l'œuvre dans ces cas et l'importance de la justification des mesures discriminatoires ou constitutives d'une entrave seront étudiées plus en détail par la suite.

Pour le moment, cette ligne de cas a été choisie parce qu'elle permet de caractériser de manière idéal-typique deux grandes formes de déplacement des formules et modèles de raisonnement forgés par la Cour, en fonction de l'ampleur du déplacement à l'œuvre et des raisons qui sont données pour le justifier. Dans la première, la formule est reprise dans un contexte présentant des différences importantes ou se voit assigner un rôle sensiblement différent dans le raisonnement, sans que les raisons justifiant ces déplacements ne soient produites (A). Dans la seconde, la circulation de la formule est justifiée par un travail de comparaison et de distinction entre les différents cas où elle est utilisée (B).

A. La pratique formulaire : dé-contextualiser

Certains « *leitmotifs* » rythmant les arrêts de la Cour sont familiers aux juristes du droit de l'Union. « Des phrases ou des paragraphes sont répétés, arrêt après arrêt, parfois dans des termes identiques,

¹¹⁵⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.* ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.* ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.* et CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*

¹¹⁵⁶ HAUSER J., « Nom : il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, n° 1, p. 62.

parfois avec de subtiles variations¹¹⁵⁷. » Un des exemples les plus célèbres est sans doute la formule de l'entrave, forgée dans l'arrêt *Dassonville*, et selon laquelle « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives¹¹⁵⁸ ». Comme le remarque Loïc Azoulai, ces formules peuvent remplir différentes fonctions¹¹⁵⁹. La formule de l'arrêt *Dassonville* peut être vue comme spécifiant les cas dans lesquels on peut dire qu'il y a entrave. D'autres formules peuvent établir la place d'une norme par rapport à d'autres normes, par exemple, « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ». Si le recours abondant à des formules se retrouve dans d'autres contextes, il est particulièrement développé dans le cas de la CJUE, ce qui pourrait notamment s'expliquer pour des raisons d'ordre institutionnel. Les jugements sont souvent rédigés par les référendaires en français, dans un temps relativement court, avant d'être présentés aux juges et révisés par des lecteurs d'arrêts. Cette configuration tendrait à favoriser la reprise « d'une panoplie de formulations abstraites, “approuvées”, et figurant dans un *vade-mecum* interne¹¹⁶⁰ ».

À rebours de certaines approches se présentant comme relevant du « droit en contexte », l'objet n'est pas ici de dénoncer une approche « décontextualisée » des décisions. La critique d'une appréhension hors-contexte de la décision est largement acceptée ; il ne s'agit pas de la remettre en cause. Toutefois, insister sur l'évidence – le contexte importe – conduit parfois à ne pas voir la particularité de la constitution d'un savoir dont le ressort consiste précisément à prétendre s'abstraire de celui-ci. Il s'agit de penser le rôle que joue cette pratique par laquelle le contexte est « mis entre parenthèse », alors que les formules circulent d'un cas à l'autre. Les juristes sont relativement habitués à voir dans le discours juridique la reproduction d'affirmations et de formules particulièrement stables dans des contextes différents. Vue de l'extérieur, il s'agit pourtant d'une pratique singulière. L'historien David Marshall la présente même comme un des traits spécifiques du discours juridique. Les juges, dit-il, peuvent être vus comme des personnes « dédiées à la vie des assertions au-delà des situations

¹¹⁵⁷ « certain *leitmotifs* that recur through whole sequences of its decisions. Phrases or passages will be repeated in case after case, sometimes in identical terms, sometimes with subtle variations ». BROWN L.N., *Brown and Jacobs : the Court of Justice of the European Communities*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 54-55.

¹¹⁵⁸ Sur cette formule, V. AZOULAI L., « La formule de l'entrave », L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1-21.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 342-343.

¹¹⁶⁰ « a panoply of “approved” abstract formulations featured in an internal *vademecum* » V. ŠADL U. et Y. PANAGIS, « The force of EU case law: An empirical study of precedential constraint », Draft paper presented at the First SELS Global Workshop for Junior Empirical-Legal Scholars, 2015, p. 7. Pour une publication historique de ce *Vade-mecum*, V. PESCATORE P., *Vade-mecum : recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

dans lesquelles (et souvent pour lesquelles) elles ont été produites¹¹⁶¹ ». Si les formules sont produites dans des cas, leur particularité réside précisément dans une certaine déconnexion entre leurs contextes de production et leurs usages ultérieurs. Ces déplacements, parfois subreptices, jouent un rôle fondamental dans le processus d'institution du contenu conceptuel.

L'arrêt *Garcia Avello* montre comment des formules se retrouvent dans la justification d'un arrêt, sans que leur usage dans un contexte très différent du contexte dans lequel elles ont été forgées ne soit justifié par la Cour (1). La force des formules repose sur cette opération de dé-contextualisation (2).

1. L'arrêt *Garcia Avello* comme « composition formulaire »

L'arrêt *Garcia Avello*¹¹⁶² présente une combinaison particulièrement dense de justifications, provenant tant du répertoire des libertés de circulation économiques, que des premiers arrêts de la Cour concernant la citoyenneté. Il n'est pas sans faire penser à une sorte de « composition formulaire¹¹⁶³ », combinant différentes formules issues de nombreux pans de la jurisprudence de la Cour. Les citoyens de l'Union sont deux jeunes enfants résidant en Belgique, de nationalité espagnole par leur père, M. Garcia Avello, et belge par leur mère, Mme Weber. C'est le nom des enfants qui pose problème. Bien qu'il ait été enregistré au consulat espagnol, sous la forme de « Garcia-Weber », selon l'usage consacré en droit espagnol, les autorités belges l'ont inscrit en ne retenant que le nom du père, « Garcia Avello », en application du droit belge. Les parents, représentant leurs enfants, contestent le refus des autorités belges de changer leur nom afin qu'il soit conforme à l'usage espagnol.

Les mesures contestées au principal relèvent de l'état des personnes. Elles ne peuvent, contrairement aux mesures en cause dans les arrêts *Martínez Sala* et *Grzelczyk*, être considérées comme entrant dans le champ d'application *ratione materiae* du traité en elles-mêmes, indépendamment de la situation en cause. Pour savoir si la situation relève du champ d'application du droit communautaire, la Cour reprend la formule de la vocation fondamentale du statut de citoyen de l'Union, en la

¹¹⁶¹ « [...] courts are dedicated to the life of assertions beyond the situations in which (and often for which) they were made¹¹⁶¹ » MARSHALL D.L., « The Implications of Robert Brandom's Inferentialism for Intellectual History », *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁶² CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, et CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*

¹¹⁶³ La locution est reprise à Loïc Azoulay, AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 343.

formulant toutefois d'une façon quelque peu différente que dans l'arrêt *Grzelezyk*¹¹⁶⁴. Ensuite, comme dans l'arrêt *D'Hoop*, elle ajoute la réserve du « domaine d'application ratione materiae du traité CE ». Puis, reprenant le modèle *Bickel et Franz* et *Grzelezyk*, elle considère que « parmi les situations relevant du domaine d'application ratione materiae du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres telle que conférée par l'article 18 CE [21 TFUE¹¹⁶⁵] ».

Conceptualiser la liberté de circulation du citoyen comme une liberté fondamentale autorise la Cour à convoquer tout un ensemble de modèles de raisonnement et de formules, comme celle des « compétences retenues¹¹⁶⁶ ». Si des règles relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire « et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres¹¹⁶⁷ ». Plutôt que l'arrêt *Bickel et Franz*¹¹⁶⁸, la Cour choisit de mentionner, « par analogie » dit-elle, deux autres arrêts dans lesquels la formule a été employée. Elle cite tout d'abord l'arrêt *Dafelki*, dans lequel on ne trouve pas une expression générale de la formule, mais un raisonnement circonstancié selon lequel la liberté de circulation des travailleurs ne serait pas possible sans le respect de certains actes relatifs à l'état des personnes émanant d'autres États membres¹¹⁶⁹. Elle mentionne ensuite l'arrêt *Elsen*, qui concernait des mesures relatives à l'organisation par les États de leurs systèmes de sécurité sociale, mais où la Cour statuait, cette fois, par rapport au droit de circulation et de séjour des citoyens¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁴ La Cour cite la formule dans la version de l'arrêt *Baumbast*, c'est-à-dire libérée de sa finalité relative à la non-discrimination, avant d'en reprendre la seconde partie dans un autre paragraphe. Ce découpage conduit à lever l'ambiguïté de la formule originale, le statut permet d'obtenir le même traitement juridique (et n'a pas seulement vocation à le permettre). V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garvia Avello*, *op. cit.*, para. 22-23.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, para. 24.

¹¹⁶⁶ Pour une enquête sur l'histoire et le rôle de cette formule, V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.* Sur le rôle de la formule dans la jurisprudence relative à la citoyenneté, V. *infra*, partie III, chapitre 1, section 1, § 2.

¹¹⁶⁷ CJCE, 2 octobre 2003, *Garvia Avello*, *op. cit.*, para. 25.

¹¹⁶⁸ CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 17.

¹¹⁶⁹ L'analogie est justifiée par le fait que les mesures en cause sont relatives à l'état des personnes, ce qui revient, implicitement, à assimiler la liberté du travailleur à celle du citoyen. V. CJCE, 2 décembre 1997, *Dafelki* / *Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336-94, EU:C:1997:579, para. 16-21.

¹¹⁷⁰ La Cour avait utilisé une formulation très générale. La liberté de circulation des travailleurs était aussi prise en compte. « [S]i les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs [...] ou encore à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. » L'analogie se trouve entre les règles régissant le nom d'une personne et les mesures relatives à l'organisation des systèmes

La référence de la Cour à sa jurisprudence ne doit toutefois pas tromper. Dans les cas cités, la liberté de circulation et de séjour jouait un rôle important pour faire entrer les situations en cause dans le champ d'application du traité. Or, ce qui prête à discussion dans l'affaire *Garcia Avello* est précisément qu'il est difficile d'affirmer que les citoyens ont exercé leur liberté de circulation. Ils sont nés en Belgique et ont toujours séjourné dans cet État. De ce fait, les gouvernements belge, danois et néerlandais soutiennent que la situation soumise à la Cour est purement interne¹¹⁷¹. La Commission, comme l'Avocat général Jacobs, estiment en revanche que la situation relève du droit de l'Union parce que c'est M. Garcia Avello qui est affecté par le refus de changer le nom de ses enfants et que celui-ci avait bien exercé sa liberté de circulation. Ce qui est contesté à titre principal n'est pas la possibilité pour le citoyen de se prévaloir de la non-discrimination lorsqu'il a exercé sa liberté de circulation, mais la question de savoir s'il faut, en l'espèce, considérer le père ou les enfants. La Commission et l'avocat général affirment toutefois que, en tout état de cause, la situation des enfants relève également du droit communautaire parce qu'elle résulte de l'exercice par leur père de sa liberté de circulation¹¹⁷². Bien que concluant différemment, l'argumentation au principal des différents participants repose sur l'exercice de la liberté de circulation du citoyen. Dans l'argumentation à titre subsidiaire, s'il est indirect, le lien avec la libre de circulation reste présent, comme en témoigne l'effort fait par la Commission et l'Avocat général pour imputer le mouvement du père à ses enfants.

La justification adoptée par la Cour ne reprend aucune des solutions proposées. Citant la formule de l'arrêt *Uecker et Jacquet*, elle tempère tout d'abord la formule des compétences retenues en rappelant que :

« La citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE [20 TFUE], n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire¹¹⁷³. »

Dans l'arrêt *Uecker et Jacquet*, le débat portait essentiellement sur le champ d'application de la liberté de circulation des travailleurs (notamment en raison de la rédaction allemande du règlement 1612/68), et la Cour avait affirmé que « la réglementation communautaire en matière de libre circulation des

de sécurité sociale qui sont des « mesures relevant de la compétence des États membres ». CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, *op. cit.*, para. 33.

¹¹⁷¹ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 47.

¹¹⁷² *Ibid.*, para. 47s.

¹¹⁷³ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 26. La Cour renvoie alors à CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, para. 23.

travailleurs ne saurait être appliquée à la situation de travailleurs qui n'ont jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté¹¹⁷⁴ ». La formule concernant la citoyenneté, citée ci-dessus, permettait à la Cour de répondre à une question de la juridiction de renvoi qui lui demandait si, en raison de l'introduction de la citoyenneté de l'Union, une disposition nationale contraire à la liberté de circulation des travailleurs pouvait être appliquée à l'encontre de ses propres ressortissants¹¹⁷⁵.

La mention de la formule de l'arrêt *Uecker et Jacquet* permet à la Cour d'argumenter *a contrario*, en s'inspirant, sans la reprendre directement, de la formule utilisée dans l'affaire *Martínez Sala*. La Cour estime en effet que la situation n'est pas interne parce qu' :

« un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre¹¹⁷⁶ ».

Ce faisant, la Cour opère de subtils déplacements. Tout d'abord, si la question du rattachement au droit de l'Union ou du caractère interne de la situation était présente dans les débats, c'était en lien avec la liberté de circulation. Ainsi, les trois gouvernements intervenant dans la controverse commencent par affirmer que la situation est « purement interne » parce que les ressortissants en cause résident dans leur État de nationalité et n'ont pas exercé leur liberté de circulation¹¹⁷⁷. Dans l'affaire *Uecker et Jacquet*, la formule de la Cour visait à écarter la possibilité pour une personne n'ayant pas fait usage de sa liberté de circulation de se prévaloir de l'égalité de traitement. Reprise dans l'arrêt *Garcia Avello*, elle permet au contraire d'appuyer une argumentation permettant que des situations dans lesquelles le citoyen n'a pas exercé sa liberté de circulation ne soient pas considérées comme internes.

La force que peut revêtir une formule lorsque, reprise dans une autre situation, elle est considérée en elle-même, indépendamment du contexte particulier pour lequel elle a été forgée, se perçoit aussi avec le recours à la formule *Martínez Sala*. Alors que dans les arrêts *Martínez Sala* et *Grzeleczyk*, elle permettait au citoyen de se prévaloir de la non-discrimination vis à vis de mesures tombant dans le champ d'application *ratione materiae* du traité, elle est utilisée dans l'arrêt *Garcia Avello* pour décider que

¹¹⁷⁴ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, para. 19.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, para. 22.

¹¹⁷⁶ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 27.

¹¹⁷⁷ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 47.

la situation en cause est rattachée au droit communautaire. Cet usage de la formule dans l'arrêt *Garcia Avello* a pu être lu comme impliquant que toute personne ayant une double nationalité et résidant sur le territoire de l'Union puisse se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité¹¹⁷⁸.

Au-delà de la reprise de la formule *Martínez Sala*, une étape fondamentale du raisonnement suivi par la Cour est la reprise de la jurisprudence sur la reconnaissance de nationalité. En effet, dans un paragraphe présenté de façon incidente, la Cour répond à l'objection selon laquelle les citoyens en cause, ayant la nationalité de l'État dans lequel ils sont nés et où ils résident, seraient dans une situation interne. La Cour affirme, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Micheletti*¹¹⁷⁹, qu'il n'appartient pas aux États membres de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre. Ici aussi, la formule est transposée dans un contexte extrêmement différent. M. Micheletti avait la nationalité d'un seul État membre de la Communauté européenne et la question de sa reconnaissance se posait pour l'État de résidence dont il n'avait pas la nationalité. La non-reconnaissance de sa nationalité italienne aurait entraîné l'impossibilité complète de se prévaloir de la liberté d'établissement et, comme l'a souligné la Cour, « [aurait eu] pour conséquence que le champ d'application personnel des règles communautaires portant sur la liberté d'établissement [aurait pu] varier d'un État membre à l'autre¹¹⁸⁰ ». En revanche, dans l'affaire *Garcia Avello*, l'enjeu n'était pas le champ d'application personnel des libertés de circulation, mais de savoir si la situation dans laquelle les citoyens se trouvaient permettait, *ratione materiae*, de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité.

Le raisonnement suivi par la Cour la conduit, dans un premier temps, à mettre sur le même plan la situation d'un citoyen ne disposant que d'une seule nationalité, comme Mme Martínez Sala, et des citoyens binationaux, comme les enfants Garcia Avello. Ceux-ci sont vus comme des « ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre ». La citoyenneté permet donc aux enfants belges et espagnols de se prévaloir de leur nationalité espagnole en Belgique. L'Avocat général souligne, d'une façon particulièrement abstraite, qu'il faut considérer les deux nationalités : « [o]n ne saurait accepter qu'une nationalité éclipse l'autre selon l'endroit fortuit où ils

¹¹⁷⁸ Cette interprétation est la plus commune. V. par ex. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », n° 4, 2006, p. 524 ; ACKERMANN T., « Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. Etat Belge* », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n° 1, p. 146 ; SPAVENTA E., *Free movement of persons in the European Union: barriers to movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 124.

¹¹⁷⁹ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, EU:C:1992:295.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 12.

[les enfants en cause] se trouvent¹¹⁸¹ ». Le caractère « fortuit » de l'endroit pourrait être contesté, les enfants résidant dans leur État de nationalité, où ils sont nés, et qu'ils n'ont jamais quitté. En jugeant ainsi, la Cour rejette donc aussi bien l'approche la plus commune en droit international privé, affirmant la primauté de la loi du for, qu'une approche en termes de « nationalité effective¹¹⁸² ».

Après avoir décidé que la situation relevait du droit de l'Union, la Cour applique le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Elle suit son Avocat général pour dire que, si le principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, comme dans ses arrêts précédents, il implique également que des « situations différentes ne soient pas traitées de manière égale¹¹⁸³ ». Poursuivant son raisonnement, la Cour estime ensuite que les « sérieux inconvénients » que peut entraîner le refus du gouvernement belge de changer le nom des citoyens en cause conduisent à distinguer, d'une part, les ressortissants belges porteurs de différents noms de famille en raison des différentes lois auxquelles ils se rattachent par la nationalité, et, d'autre part, les ressortissants belges n'ayant pas d'autre nationalité¹¹⁸⁴. Les « sérieux inconvénients » permettent de distinguer deux catégories de personnes qui doivent être traitées différemment en application du principe de non-discrimination.

Avec l'arrêt *Garcia Avello*, la Cour poursuit donc le chemin conceptuel initié dans les arrêts fondateurs en reprenant la formule *Martínez Sala* et la conceptualisation de la liberté de circulation et de séjour du citoyen comme une liberté fondamentale. En transposant des formules dans des contextes différents, elle introduit des changements parfois significatifs. Ainsi, le simple fait d'être binational permet au citoyen de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité, par une combinaison de formules dont le rôle n'est pas toujours facile à saisir. La formule de la vocation fondamentale du statut semble appuyer, de façon générale, la jurisprudence de la Cour donnant effet au statut de citoyen. La formule des compétences retenues permet d'atteindre un domaine relevant de la compétence des États membres. La formule *Uecker et Jacquet* est utilisée pour dire que, *a contrario*, si la situation n'est pas interne, le citoyen doit pouvoir se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité. La combinaison des formules *Martínez Sala* et *Micheletti* permet d'affirmer que la

¹¹⁸¹ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 52.

¹¹⁸² V. LAGARDE P., « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004, n° 1, p. 184-243 ; AUDIT M., « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 20s.

¹¹⁸³ V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 31 et AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 62.

¹¹⁸⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36s.

situation n'est pas interne parce que les citoyens résident légalement sur le territoire d'un autre État membre, même s'ils ont la nationalité de cet « autre État membre ».

2. La mise entre parenthèses des cas : la force des formules

Les discussions entourant l'affaire *Garcia Avello* mettent en évidence que l'ensemble des affirmations passées de la Cour sont des ressources pour justifier une solution. La force de ces affirmations repose en partie sur l'omission du contexte dans lequel elles ont été produites et sur leur transposition dans de nouvelles situations. Si chaque assertion se fait dans un nouveau contexte, la circulation des formules peut être vue comme un cas paradigmatique de la déconnexion entre une assertion et son contexte d'énonciation. C'est en ce sens que l'on peut dire que la Cour « dé-contextualise » ses précédents quand elle en reprend les formules dans un cadre différent¹¹⁸⁵. Le recours aux formules par la Cour peut être vu, avec Loïc Azoulai, comme une forme de production normative spécifique, qui ne trouve pas sa place dans l'alternative entre la simple application mécanique du droit et la pure création de nouvelles normes¹¹⁸⁶. Reposant sur un « raisonnement par redondance », « local et casuel », cette pratique se distingue du raisonnement s'appuyant sur le précédent, « systématique et normatif¹¹⁸⁷ ». Ce que recherche le juge, explique-t-il, ainsi d'ailleurs que les différents participants à la controverse, est « de produire un argument dans un contexte donné au soutien d'une solution d'espèce » et non « d'établir une cohérence du droit qu'il applique¹¹⁸⁸ ».

Dans la pratique formulaire, comme dans le modèle législatif présenté par Jan Komárek, la formule se suffit à elle-même. Elle permet de faire écran en dispensant de remonter au contexte dans lequel elle a été utilisée et aux raisons qui l'ont justifiée. La situation de la Cour n'est pas sans faire penser à Bartleby, le copiste de Melville qui répond systématiquement aux demandes de son patron par la mystérieuse formule « je préférerais ne pas [*I would prefer not to*]¹¹⁸⁹ ». La formule, étrange et inachevée, n'indiquant ni l'acceptation ni le refus, a été abondamment commentée. Elle a pu être vue comme participant de l'acte fondateur du roman américain, le romancier n'étant plus, comme le souligne

¹¹⁸⁵ Cette expression et cette réflexion sont reprises à Loïc Azoulai, V. AZOULAI L., « La limite à l'arrêt. Positivité de la transgression chez Jacques Derrida », J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 506.

¹¹⁸⁶ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 341.

¹¹⁸⁸ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

¹¹⁸⁹ MELVILLE H., *Bartleby, the scrivener*, Hoboken, Melville House Pub., 2010.

Deleuze, « obligé d'expliquer le comportement de ses personnages, et de leur donner des raisons¹¹⁹⁰ ». De manière radicale, la formule, explique le philosophe, déconnecte les mots et les choses, « elle coupe le langage de toute référence¹¹⁹¹ ». Dans le cas de la Cour, l'écran procède toutefois différemment. Les références ne sont pas complètement absentes – la plupart du temps, la Cour cite la formule avec la référence de l'arrêt dans lequel elle a été forgée – et les participants à la controverse peuvent, comme nous le verrons, tenter de ramener la formule à son contexte de production. C'est la raison pour laquelle l'expression de « mis entre parenthèse » plutôt que d'effacement du contexte a été choisie. Le juge n'est pas l'écrivain américain ou Bartleby ; sa légitimité est en partie fondée sur la justification de ses décisions et la formule est souvent vue comme n'étant pas une raison suffisante.

C'est d'ailleurs à ce titre que le « style formulaire [formulaic style¹¹⁹²] » de la CJUE fait l'objet de vives critiques. Urška Šadl dénonce, à partir du cas *Ruiz Zambrano*, des arguments cités « en dehors de leur contexte (légal et factuel) », « répétés de façon quasiment aléatoire », ou qui ne « fournissent pas une solution au problème juridique pour lequel ils sont cités comme autorité ». « Ce qui relie les cas qui sont cités au soutien de l'argument de la Cour est le langage (la rhétorique de la Cour¹¹⁹³). » À propos de la même ligne de cas, Joseph Weiler critique vigoureusement la Cour en disant que si on remonte les références données par celle-ci pour justifier ses arrêts, la « pierre angulaire » est *in fine* la formule de la vocation fondamentale de la citoyenneté énoncée dans l'arrêt *Grzeleczyk*. Or, explique-t-il, cela reviendrait pour la Cour à dire : « c'est ainsi parce que nous avons dit que c'est ainsi¹¹⁹⁴ ». Marc

¹¹⁹⁰ « Pourquoi le romancier se croirait-il obligé d'expliquer le comportement de ses personnages, et de leur donner des raisons, alors que la vie n'explique jamais rien pour son compte et laisse dans ses créatures tant de zones obscures, indiscernables, indéterminées, qui défient tout éclaircissement ? [...] L'acte fondateur du roman américain, le même que celui du roman russe, a été d'emporter loin la voie des raisons, et de faire naître ces personnages qui se tiennent dans le néant, ne survivent que dans le vide, gardent jusqu'au bout leur mystère et défient logique et psychologie. » DELEUZE G., « Bartleby, ou la formule », *Critique et clinique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1993, p. 104-105.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 95.

¹¹⁹² ŠADL U., « Case – Case-Law – Law : Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments », *European Constitutional Law Review*, 2013, vol. 9, n° 2, p. 205-229. De manière plus générale, sur le manque de cohérence des références jurisprudentielles dans le domaine de la citoyenneté, V. ŠADL U. et S. HINK, « Precedent in the Sui Generis Legal Order », *op. cit.*

¹¹⁹³ « Firstly, the tracking of citations in individual judgments shows that the justificatory arguments of the Court are found in its previous decisions, which are cited out of their immediate context (legal and factual), and repeated in subsequent novel situations almost at random. Sometimes the clearly *obiter* statements metamorphose into key legal grounds for decisions, and at other times, even if the citation is followed to the initial decision (to the original citation), it does not provide a solution to the legal problem, for which it is cited as an authority, either because it is factually or legally decoupled from it. What holds the cases, which are cited in support of the Court's argument, together, is language (the Court's rhetoric). » ŠADL U., « Case – Case-Law – Law », *op. cit.*, p. 229.

¹¹⁹⁴ WEILER J., « Epilogue : Judging the judges – Apology and Critique », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 249.

Jacob, dans une étude générale de la façon dont la Cour utilise ses décisions antérieures, conclut qu'elle devrait changer radicalement sa pratique et favoriser les « citations substantielles [substantive citations] », c'est-à-dire celles qui exposent en quoi la situation en cause est similaire ou différente de la situation antérieure, plutôt que d'utiliser des citations générales « à la chaîne [string citations] » qui peuvent être rapprochées de la pratique formulaire¹¹⁹⁵.

La pratique formulaire, comme le modèle législatif présenté par Jan Komárek, repose sur une approche dans laquelle l'autorité du juge découle de sa place dans l'ordre juridique¹¹⁹⁶. Il faudrait toutefois également ajouter que cette autorité est elle-même en grande partie fondée sur son rôle d'interprète. Dans la tradition du juge « bouche de la loi », la légitimité de la décision du juge vient plus du fait qu'elle est censée révéler la volonté de l'auteur du texte que d'un processus historique de sélection, comme dans le *Common Law*. D'ailleurs, étudiant le moment du raisonnement où interviennent les références aux cas antérieurs, Marc Jacob souligne que c'est en grande partie pour justifier l'interprétation d'un texte¹¹⁹⁷. Si la pratique formulaire conduit à un certain détachement du texte censé être interprété, elle s'intègre souvent dans le cadre d'une interprétation au sens de Wittgenstein, c'est-à-dire de la substitution d'une formulation (celle de la Cour) à une autre (celle du texte à interpréter). Ainsi, lorsque dans *Garcia Avello* la Cour reprend la formule de l'arrêt *Uecker et Jacquet*, celle-ci est présentée comme l'interprétation du traité¹¹⁹⁸. La vivacité des réactions observées dans le cas de *Ruiž Zambrano* n'est pas simplement due au fait que les formules circulent sans être rapportées aux cas, mais aussi, et peut être surtout dans la critique de Joseph Weiler, au fait que la formule fondatrice n'est pas elle-même attachée de façon convaincante au traité. C'est celui-ci qui, peut-on lire en filigrane, devrait constituer la « pierre angulaire » sur laquelle repose la justification.

La formule est presque toujours considérée au moment où elle est réutilisée dans un nouveau contexte¹¹⁹⁹. En changeant de perspective, il faut insister sur un autre aspect de la pratique formulaire,

¹¹⁹⁵ Par « string citations », l'auteur vise les citations groupées, mais aussi, de manière plus générale, toute citation qui ne justifie pas l'opération faite par la Cour (*following, distinguishing* etc.) en recourant à un raisonnement substantiel sur la situation du cas précédent. JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice: unfinished business*, Cambridge, CUP, 2014, pour l'exposé de la distinction, V. p. 99s., pour les recommandations conclusives, V. p. 277s.

¹¹⁹⁶ KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 162s.

¹¹⁹⁷ JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 122s.

¹¹⁹⁸ « [l]a citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE [20 TFUE], n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire ». CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 26. La Cour renvoie alors à CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, para. 23.

¹¹⁹⁹ Avec toutefois des exceptions. Par exemple, Jan Komárek accorde de l'importance à l'écriture de la formule – le modèle législatif implique également que les décisions soient écrites comme des textes législatifs

qui n'en est que le revers. Celui qui forge la formule ne maîtrise pas son devenir. C'est d'ailleurs une affirmation fondamentale du processus d'explicitation de Robert Brandom. Lorsqu'une personne fait une affirmation, elle ne mesure pas forcément ce à quoi elle s'engage et elle n'est pas en mesure d'anticiper toutes les questions que cette affirmation va susciter. La signification d'une affirmation dépend de la façon dont elle va être articulée avec tout un ensemble d'autres affirmations. Le statut de citoyen peut, virtuellement, être articulé avec l'ensemble du droit de l'Union, et même avec les altérations qui peuvent lui être apportées.

Lorsque la Cour forge la formule *Micheletti*, pour permettre à un ressortissant argentin et italien de se prévaloir de la liberté d'établissement en Espagne, ou lorsqu'elle prononce la formule *Martínez Sala*, dans une affaire où une ressortissante espagnole réside en Allemagne depuis des décennies, elle n'a pas nécessairement envisagé que celles-ci pourraient être invoquées par des citoyens européens pour se prévaloir de la non-discrimination contre leur État membre de nationalité. De même, en justifiant comme elle l'a fait sa décision dans l'arrêt *Garcia Avello*, la Cour ne peut savoir comment son arrêt va être mobilisé par la suite pour défendre différentes solutions. En l'espèce, la précision de la question préjudicielle et la mention par la Cour dans le dispositif de « circonstances telles que celles de l'affaire au principal » ont pu faire dire qu'il s'agissait d'un arrêt d'espèce, où « c'est surtout aux résultats plutôt qu'au raisonnement suivi¹²⁰⁰ » que s'attache la Cour. Cette lecture est parfaitement défendable. Toutefois, il ne faut pas négliger que les structures de raisonnement ainsi que les formules utilisées peuvent être reprises dans des contextes très différents par la suite, de la même façon d'ailleurs que la Cour, dans l'arrêt, combine des formules qui ont été forgées dans de toutes autres circonstances.

La Cour peut toutefois choisir d'adopter une justification plus ou moins susceptible de circuler et d'être invoquée dans d'autres cas. Dans l'arrêt *Uecker et Jacquet*, elle ne se limite pas à dire que la citoyenneté ne permet pas à un travailleur n'ayant jamais exercé sa liberté de circulation de se prévaloir de la réglementation sur la liberté de circulation des travailleurs, mais elle choisit de dire que « [l]a citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE [20 TFUE], n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire¹²⁰¹ ». Dans l'exemple de Herbert Hart, le père dit à son fils que

– et souligne le rôle du juge décidant le cas susceptible d'être cité par la suite. V. KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 158 et 160.

¹²⁰⁰ NOURISSAT C., « CJCE, Ass. plén., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c/ Etat belge*, aff. C-148/02, *Rec. I-11613* », M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 373-378.

¹²⁰¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 26. La Cour renvoie alors à CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, para. 23.

« les hommes et les garçons doivent retirer leur chapeau quand ils entrent dans une église », mais il pourrait aussi dire qu'« il ne faut pas offenser le Seigneur ». Cette seconde formulation est sans doute plus susceptible de circuler et d'être réutilisée dans des contextes différents. Jurant à table le soir, le père n'est pas à l'abri que son fils ne lui dise qu'il ne doit pas le faire parce qu'« il ne faut pas offenser le Seigneur », alors qu'il est difficile d'imaginer que la formulation mentionnant le chapeau puisse être invoquée.

B. L'indexation des formules sur des cas : re-contextualiser

Une autre forme de circulation des formules peut être caractérisée, lorsque la Cour justifie l'application ou non d'une formule à partir d'un travail sur les cas. Ce type de pratique peut survenir tant pour dire que la formule doit s'appliquer que pour dire que tel n'est pas le cas. Le raisonnement de la Cour n'applique pas une doctrine du précédent au sens formaliste du terme, comme, par exemple, les juges anglais qui doivent soit suivre le précédent (*following*) soit distinguer la situation actuelle de celle du précédent allégué (*distinguishing*) – avec, pour certains juges, la possibilité de renverser la décision antérieure (*overruling*). L'indexation des formules sur les cas se distingue du modèle classique du *Common Law* ainsi que du « modèle d'attachement au cas » dans la mesure où les formules servent d'ancrage à l'indexation d'un ensemble de cas. Elle peut être vue comme une œuvre de « re-contextualisation » et se rapproche de l'opération décrite par Jan Komárek consistant à passer du modèle législatif au modèle d'attachement au cas¹²⁰². À la différence de la pratique formulaire, elle met en œuvre un travail de reconstruction rationnelle. Des raisons sont données pour justifier la circulation de la formule d'un cas à l'autre.

Dans la perspective adoptée, citer un arrêt antérieur, pour l'appliquer comme un précédent ou bien s'en distinguer en raison d'une différence pertinente, contribue à l'instituer comme autorité et à déterminer ce qu'il implique. Le changement par rapport à la perspective habituelle sur le précédent est important. Ainsi, par exemple, plutôt que de mettre l'accent sur le fait que le *distinguishing* est un moyen d'éviter le précédent¹²⁰³, il est proposé de le voir comme ayant pour effet de reconnaître le précédent comme tel. De même que celui qui soulève une exception à la règle la reconnaît, celui qui distingue sa situation d'une situation passée participe à l'institution de l'application précédente comme faisant autorité. Ce mécanisme ne se résume pas à la doctrine classique du précédent et doit être

¹²⁰² KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 159.

¹²⁰³ V., par exemple, JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 127-1545. Avoiding ECJ precedents I. Distinguishing.

compris de façon plus large, comme dans le modèle de Robert Brandom qui l'utilise pour parler de l'institution des normes conceptuelles. La sélection de certains cas plutôt que d'autres pour les attacher à une formule participe de l'opération « reconstruction rationnelle de la tradition¹²⁰⁴ ».

Le rôle des cas dans le raisonnement ne se limite bien sûr pas au formalisme du *Common Law*. Dans sa remarquable étude sur les différentes figures juridiques utilisées par les juristes du moyen-âge pour permettre aux collectivités d'agir en justice ou d'être titulaires de droits, Yan Thomas met en évidence la multiplicité des techniques envisagées pour aboutir à une solution dans un cas (réel ou imaginaire) et défend une « histoire technique du droit », qui « déplace l'attention sur les procédés », tout en insistant sur l'importance du contexte pour lequel ils ont été forgés¹²⁰⁵.

« Derrière ces jeux des catégories dont on ne peut nier l'évidence (l'on peut même choisir de ne voir qu'elles, inscrites en des déploiements doctrinaux où toute notion paraît avoir son lieu d'attente), il y a les associations plus concrètes d'un cas à l'autre, les cercles d'allégations où les questions s'enchaînent métonymiquement – ce qui donne aux élaborations savantes du droit ce tour souvent plus poétique que logique, la mémoire fixant des nœuds de formules et de notions où ne s'effacent jamais entièrement les contextes et les événements où elles sont inscrites¹²⁰⁶. »

L'indexation de formules générales sur des cas s'est d'ailleurs aussi posée dans d'autres contextes que les discours juridiques. L'observation de l'historien du droit peut en effet être rapprochée de la théorie du quasi-nom propre développée par Jean-Claude Passeron. Celui-ci voit les concepts sociologiques ou historiques comme étant à la fois indexés sur des cas et exprimés dans des définitions générales. Ils seraient à ce titre des « abstractions incomplètes », ou des « *noms communs imparfaits* qui camouflent, derrière l'écran de définitions génériques multiples et flottantes, incapables à elles seules de maintenir leur sens constant, l'intervention implicite de *déictiques* non énoncés ». Il propose alors de les considérer comme des « semi-noms propres¹²⁰⁷ ». « La définition des concepts qui dotent de généralité empirique les mots de la description historique ou de l'analyse sociologique associe en effet étroitement une opération, le plus souvent implicite, d'indexation sur des “cas” et une immobilisation provisoire et partielle par des procédures de définition générique¹²⁰⁸. » Ce statut particulier se perçoit

¹²⁰⁴ BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*, p. 32.

¹²⁰⁵ THOMAS Y., « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *op. cit.*, p. 225.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 236-237.

¹²⁰⁷ PASSERON J.-C., *Le raisonnement sociologique : un espace non poppérien de l'argumentation*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque de L'Évolution de l'humanité », 2006, p. 130.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, p. 581.

d'ailleurs très bien dans le cas où la dénomination du concept garde la trace du contexte dans lequel il a été forgé, comme c'est par exemple le cas pour le concept de *whig history* utilisé précédemment¹²⁰⁹.

Dans le cas de la Cour de justice, cette indexation des formules aux cas dans lesquels elles ont été forgées est plus ou moins explicite. Le juge, reprenant des formules stéréotypées, peut ne pas faire référence aux cas desquels elles sont tirées. L'indexation est alors implicite, comme par exemple dans la tradition de juges tels que le Conseil d'État français. Si, marquée par cette influence, la CJUE a longtemps repris des formules voire des paragraphes entiers sans en donner la source, cette pratique tend à être abandonnée. Le plus commun est dès lors pour la Cour de mentionner explicitement un ou plusieurs cas dans lesquelles les formules ont été utilisées précédemment¹²¹⁰. L'indexation explicite facilite le développement d'approches retraçant et analysant de façon systématique les réseaux de citations¹²¹¹. Les citations groupées sont très fréquentes, la Cour faisant référence à une série de cas utilisant une même formule. Le paragraphe 35 de l'arrêt *Freitag*, se lit par exemple ainsi :

« Il y a lieu de rappeler que la Cour a itérativement jugé qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux en raison du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 21, paragraphe 1, TFUE à tout citoyen de l'Union (arrêts du 14 octobre 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, point 21 ; du 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, point 53 ; du 12 mai 2011, Runevič-Vardyn et Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, point 68, ainsi que du 2 juin 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, point 36¹²¹²). »

Marc Jacob mentionne une recommandation interne conseillant de ne pas citer plus de trois cas, incluant idéalement le premier et le dernier concernant la question¹²¹³. Comme dans l'exemple cité, le plus souvent, la Cour ne se réfère pas à des arrêts de façon générale mais à des paragraphes précis

¹²⁰⁹ BUTTERFIELD H., *The Whig interpretation of history*, New York, Norton, coll. « Norton library », 1965. V. *supra*, introduction.

¹²¹⁰ JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 95s.

¹²¹¹ V. les travaux d'Urška Šadl et de ses co-auteurs. V. nt. ŠADL U. et S. HINK, « Precedent in the Sui Generis Legal Order », *op. cit.* ; ŠADL U. et Y. PANAGIS, « The force of EU case law », *op. cit.* ; ŠADL U. et M.R. MADSEN, « Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law ? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 1, p. 40-60 ; ŠADL U. et S. SANKARI, « The Elusive Influence of the Advocate General on the Court of Justice : The Case of European Citizenship », *Yearbook of European Law*, 2017, p. 1-21. V. également, DE SOMER M. et M.P. VINK, « 'Precedent' and Fundamental Rights in the CJEU's Case Law on Family Reunification Immigration », *European Integration online Papers*, 2015, vol. 19.

¹²¹² CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 35.

¹²¹³ JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 101.

(ceux où la formule reprise est utilisée¹²¹⁴). Bien qu'elle repose sur une forme d'indexation, faire références à de nombreux paragraphes reproduisant la même formule dans des cas antérieurs tend à mettre l'accent sur les formules.

Ce processus d'indexation, plus ou moins explicite, est aussi très communément utilisé par la doctrine et les travaux portant sur la Cour. Par exemple, plutôt que de répéter la formule utilisée dans l'arrêt *Dassonville*, une partie¹²¹⁵, le juge de renvoi¹²¹⁶ ou l'Avocat général¹²¹⁷ préfèrent parler directement de la « formule *Dassonville* ». Les modèles définis dans le premier chapitre ont été, le plus souvent, nommés d'après le cas historique – par exemple le modèle *Martínez Sala*, plutôt que par une périphrase telle que « le modèle de l'attachement de la non-discrimination en raison de la nationalité dans le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union ». De même, les formules ont souvent été désignées par le nom du cas dans lequel elles ont été forgées. Ainsi parle-t-on de la formule *Uecker et Jacquet*, de la formule *Grzeleczyk* ou de la formule *Micheletti*, plutôt que de reprendre l'ensemble de ces formules. Cette pratique, qui peut être vue comme une forme de raccourci, n'est pas complètement neutre. L'accent est mis sur le cas initial, même si cela n'implique pas que la signification de la formule soit déterminée lors de son premier usage ou qu'elle ne soit pas susceptible d'évoluer. Choisir une autre dénomination n'est pas neutre non plus ; la dénomination implique une sélection, à moins de reprendre l'ensemble du discours de la Cour. Parler de « la formule de la vocation fondamentale » ou du « modèle de la non-discrimination » met également l'accent sur un aspect de la formule ou du modèle de raisonnement.

La pratique par laquelle les formules ou les expressions utilisées par la Cour sont rapportées aux cas dans lesquels elles ont été utilisées peut être présentée à partir de la circulation de l'expression de « sérieux inconvénients ». Celle-ci apparaît dans l'affaire *Garcia Avello* et se retrouve dans les arrêts *Grunkin et Paul*, *Sayn-Wittgenstein*, *Sayn-Wittgenstein* et *Bogendorff von Wolfersdorff* ; elle n'est en revanche présente que dans les conclusions de l'avocat général dans l'arrêt *Freitag*¹²¹⁸. Dans un premier temps,

¹²¹⁴ C'est d'ailleurs pourquoi l'étude des réseaux de références gagne beaucoup à ne pas considérer les arrêts dans leur ensemble mais les paragraphes cités. V. en ce sens, ŠADL U. et Y. PANAGIS, « The force of EU case law », *op. cit.*

¹²¹⁵ Ainsi en est-il de « l'Apple and Pear Development Council » dans l'affaire CJCE 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*, 222/82.

¹²¹⁶ V. CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarországi*, C-132/08, EU:C:2009:281, para. 21.

¹²¹⁷ V. par ex. AG Van Gerven, ccl sur CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, EU:C:1993:905, para. 8-10.

¹²¹⁸ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.* ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.* ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.* et CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*

la Cour formule l'expression dans le contexte d'un cas et donne certains éléments permettant de dire dans quelles circonstances il est possible de dire qu'il y a de sérieux inconvénients et ce qu'ils impliquent (1). Ensuite, les « sérieux inconvénients » s'institutionnalisent comme un élément nécessaire pour caractériser l'entrave et le débat porte essentiellement sur la détermination des cas dans lesquels il est correct de dire qu'il y a de sérieux inconvénient au sens de cette jurisprudence. La controverse porte alors en grande partie sur la construction des cas passés et du cas directement discuté. L'arrêt *Freitag*, décidé en juin 2017, peut toutefois faire naître un doute quant au maintien de l'exigence de « sérieux inconvénients » (2).

1. Les « sérieux inconvénients » : formulation et circulation

Dans l'arrêt *Garcia Avello*, qui s'inscrit dans le modèle *Martínez Sala*, le raisonnement de la Cour repose sur une conception de la non-discrimination en raison de la nationalité condamnant le traitement similaire de personnes se trouvant dans une situation différente. La Cour estime que les « sérieux inconvénients » que peut entraîner le refus du gouvernement belge de changer le nom des citoyens en cause conduisent à distinguer les ressortissants belges porteurs de différents noms de famille en raison des différentes lois auxquelles ils se rattachent par la nationalité et les ressortissants belges n'ayant pas d'autre nationalité¹²¹⁹. Inspirée par les conclusions de l'Avocat général Jacobs sur *Konstandinis* et *Garcia Avello*, la formule des « sérieux inconvénients » résonne avec la loi belge relative aux noms et prénoms, qui permet au roi, de façon exceptionnelle, d'autoriser un changement de nom si un « motif sérieux » le justifie¹²²⁰.

L'expression est reprise dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, datant de 2008, qui ne s'inscrit pas dans un raisonnement fondé sur la non-discrimination mais sur le modèle de l'entrave¹²²¹. Il est demandé à la Cour si le refus de l'Allemagne de reconnaître le nom patronymique d'un citoyen allemand, tel qu'il est enregistré dans un autre État membre où ce citoyen est né et réside depuis sa naissance, est contraire aux articles 12 et 18 CE [18 et 21 TFUE]. Comme dans l'arrêt *Garcia Avello*, c'est la possibilité pour un citoyen d'exiger de son État de nationalité qu'il lui permette de porter un nom

¹²¹⁹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36s.

¹²²⁰ Ainsi, l'Avocat général soulignait qu'« [i]l existe en Belgique une procédure de changement de nom patronymique en présence de motifs suffisamment sérieux. Le seul point sur lequel la pratique belge semble être en conflit avec le droit communautaire réside dans le refus systématique de considérer une situation telle que celle de M. Garcia Avello et de ses enfants comme constituant de tels motifs ». AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 72.

¹²²¹ Il faut signaler que l'affaire avait déjà été portée devant la Cour, qui s'était jugée incompétente en raison de l'auteur de la saisine, alors que l'Avocat général Jacobs s'était prononcé sur la question. V. CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, C-96/04, EU:C:2006:254.

patronymique composé de deux noms qui est en cause. Toutefois, le requérant au principal se réclame de la règle de son État de résidence contre son État de nationalité, alors que dans l'affaire *Garcia Avello*, la règle invoquée était celle d'un des États dont les citoyens avaient la nationalité, mais dans lequel ils ne s'étaient jamais rendus, contre l'État de résidence, dont ils avaient également la nationalité.

La Cour commence par des considérations sur le champ d'application du traité. Elle reprend la formule venant de l'arrêt *Martínez Sala*, et utilisée dans l'arrêt *Garcia Avello*, pour dire « qu'un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard d'enfants qui sont ressortissants d'un État membre tout en séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre¹²²² ». Ce rattachement permet au citoyen de se prévaloir tant de la non-discrimination en raison de la nationalité que de son droit de circuler et de séjourner librement¹²²³. Elle estime que le requérant ne subit pas de discrimination en raison de la nationalité, suivant en cela les États ayant présenté des observations et la Commission, parce que, ne possédant que la nationalité allemande, il est soumis au droit allemand. Ce faisant, elle refuse implicitement la consécration d'un principe général d'égalité de traitement proposée par l'Avocate générale¹²²⁴. Pour ce qui concerne la liberté de circulation, la Cour suit de manière générale le raisonnement de l'entrave développé dans les arrêts du type *Tas-Hagen et Tas*¹²²⁵.

Bien que les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul* mettent en œuvre des structures-types d'argumentation différentes, la Cour s'appuie dans le second sur le premier, au prix de déplacements parfois subtils. Premièrement, elle suit un raisonnement quelque peu différent du modèle *Tas-Hagen et Tas* quant au champ d'application du traité, en reprenant la formule venant de l'arrêt *Martínez Sala* et utilisée dans l'arrêt *Garcia Avello* pour rattacher la situation au droit de l'Union. En outre, elle s'appuie expressément sur l'arrêt *Garcia Avello* pour souligner « qu'une diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé¹²²⁶ ». Les sérieux inconvénients jouent toutefois un rôle différent dans le raisonnement. Alors que, dans l'affaire *Grunkin et Paul*, ils autorisent à parler d'entrave à la circulation du citoyen, dans l'arrêt *Garcia Avello*, ils permettent d'établir que des groupes de personnes se trouvent dans une situation différente¹²²⁷. Ce rôle n'est toutefois pas complètement nouveau puisqu'il retrouve la logique

¹²²² CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 17.

¹²²³ La Cour considère la compatibilité des mesures contestées à chacun des articles cités de façon indépendante, marquant qu'il s'agit de deux questions différentes. *Ibid.*, para. 18.

¹²²⁴ AG Sharpston, ccl. sur CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 60s.

¹²²⁵ Sur ce modèle, V. *supra*, Partie I, chapitre 1, section 1, § 1, B, 2.

¹²²⁶ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 23, renvoyant à CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36.

¹²²⁷ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 29 et CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36s.

de l'arrêt *Konstantinidis*, dans lequel la Cour avait décidé que l'application des règles relatives à la transcription des noms ne devait pas créer « une gêne telle qu'elle porte, en fait, atteinte au libre exercice du droit d'établissement¹²²⁸ ».

C'est d'ailleurs ce que souligne l'Avocat général Jacobs, alors qu'il conclut sur la situation de l'affaire *Grunkin et Paul* à l'occasion d'une saisine antérieure dans le cadre de la même affaire¹²²⁹. Il articule les trois cas sur lesquels il s'est prononcé de la façon suivante :

« D'un point de vue pratique, Leonhard Matthias se trouvera cependant dans une position très similaire à celle des enfants Garcia Avello, si, dans l'État membre dont il est ressortissant, il faut inscrire sur les registres un nom patronymique différent de celui qu'il porte dans l'État membre de sa naissance. Même si les difficultés pratiques qu'il est susceptible de rencontrer peuvent ne pas être dues à une discrimination fondée sur la nationalité, elles constitueront clairement un obstacle à son droit en tant que citoyen de l'Union de circuler et de résider librement sur le territoire des États membres. Bien que des difficultés de ce type peuvent être similaires, par leur nature, à celles rencontrées par M. Konstantinidis, l'effet combiné des articles 17 CE et 18, paragraphe 1, CE signifie qu'il n'est plus nécessaire aujourd'hui d'établir un lien économique pour démontrer l'existence d'une atteinte au droit de libre circulation¹²³⁰. »

La Cour introduit donc, avec les sérieux inconvénients, une nouvelle formule qui joue un rôle fondamental pour justifier et déterminer la possibilité pour le citoyen de se prévaloir des droits découlant du traité. En s'appuyant sur l'arrêt *Garcia Avello* dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, la Cour contribue à l'instituer comme faisant autorité et à stabiliser l'expression de « sérieux inconvénients ». Leur rôle dans le raisonnement est toutefois différent. Alors que les « sérieux inconvénients » permettent de caractériser une discrimination en raison de la nationalité dans le premier cas, ils sont constitutifs d'une entrave dans le second. Dans les arrêts postérieurs, les « sérieux inconvénients » seront toujours utilisés pour déterminer si l'on peut parler d'entrave.

L'application du critère dans les deux cas et le discours de la Cour, particulièrement développé dans le second, contribuent à spécifier les cas dans lesquels il est autorisé de parler de sérieux

¹²²⁸ CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, *op. cit.*, para. 15. Dans l'affaire *Konstantinidis*, les inconvénients résultent de l'obligation faite à un ressortissant grec d'utiliser une graphie de son nom telle que la prononciation s'en trouve dénaturée, entraînant un risque de « confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle ». CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, *op. cit.*, para. 16.

¹²²⁹ CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, C-96/04, EU:C:2006:254. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que l'autorité la saisissant ne pouvait être regardée comme exerçant une fonction juridictionnelle et, en conséquence, qu'elle n'était pas compétente pour répondre à la question posée.

¹²³⁰ AG Jacobs, CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, *op. cit.*, para. 54.

inconvenients. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, la Cour met l'accent sur les « sérieux inconvenients d'ordre tant professionnel que privé » résultant du fait que les citoyens portent des noms de familles différents dans deux systèmes juridiques¹²³¹. À l'occasion de l'arrêt *Grunkin et Paul*, elle aborde longuement la question. Après avoir repris le paragraphe de l'arrêt *Garcia Avello*, elle précise qu'il est sans importance que la différence de nom provienne de la double nationalité ou de régimes différents pour la détermination du nom patronymique et elle spécifie les difficultés concrètes auxquelles peut faire face le citoyen. Celui-ci risque notamment de devoir dissiper des doutes concernant son identité afin d'écartier des soupçons de fausse déclaration et d'avoir des difficultés à faire valoir ses droits, tant au Danemark où il réside, qu'en Allemagne où il se rend régulièrement¹²³².

2. La spécification par l'application : le travail des cas

La spécification des situations dans lesquelles on peut parler de sérieux inconvenients se poursuit avec l'application du concept dans les arrêts *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolfersdorff*, dans lesquels la controverse porte en grande partie sur la reconstruction des anciens cas et sur la construction des nouveaux. L'arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹²³³ illustre bien le déplacement de la controverse. La requérante, de nationalité autrichienne, mais résidant et travaillant en Allemagne, s'était vue refuser par les autorités autrichiennes la reconnaissance de son nom – Fürstin von Sayn-Wittgenstein –, acquis à la suite d'une adoption en Allemagne. Le refus est motivé par le fait que le port de titres de noblesse est prohibé par une règle de valeur constitutionnelle en Autriche. Comme le souligne la Cour, elle n'est pas interrogée par la Cour constitutionnelle autrichienne sur le fait de savoir ce qu'implique la citoyenneté par rapport à un autre statut, mais sur la question de savoir s'il y a une entrave à la libre circulation et, le cas échéant, si des raisons d'ordre constitutionnel permettent de la justifier. La Cour constitutionnelle autrichienne semble tenir pour établi que la ressortissante autrichienne qui réside en Allemagne peut invoquer l'article 21 TFUE et que les mesures en cause entraînent une restriction de circulation.

Pour estimer que la situation relève du droit de l'Union, la Cour ne reproduit pas le même raisonnement que dans les arrêts *Garcia Avello* ou *Grunkin et Paul*, bien que la requérante réside dans un autre État membre, mais reprend complètement le modèle *Tas-Hagen et Tas*. C'est l'exercice par la requérante au principal de sa liberté de circulation et de séjour qui lui permet d'invoquer l'article 21

¹²³¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36.

¹²³² CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 23-28.

¹²³³ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*

TFUE¹²³⁴. Au-delà de la question de la justification, la controverse est essentiellement articulée autour de l'interprétation de l'arrêt *Grunkin et Paul* et de la comparaison de la situation de M. Grunkin et Paul et de Mme Sayn-Wittgenstein quant à l'établissement de « sérieux inconvénients ». L'Avocate générale y consacre d'ailleurs une section entière, simplement intitulée « sérieux inconvénients¹²³⁵ ». La controverse était d'ailleurs déjà présente dans le débat devant le juge de renvoi et, comme le relève la Cour, elle est interrogée « sur l'interprétation de l'article 21 TFUE en liaison avec l'arrêt Grunkin et Paul¹²³⁶ ». Sur ce point, les participants à la controverse n'argumentent pas sur le texte du traité mais seulement sur les arrêts de la Cour. Le débat se dédouble toutefois, les arguments prennent appui tant sur les situations elles-mêmes que sur les formules utilisées par la Cour pour juger les cas antérieurs.

La requérante au principal convoque l'arrêt *Grunkin et Paul* pour dire que la non-reconnaissance de son nom constitue une restriction à sa liberté de circuler – en estimant, de façon assez générale, qu'il découle de cet arrêt que « ne pas reconnaître un nom acquis dans un autre État membre et la contrainte qui en résulte de porter des noms différents dans ces deux États membres portent atteinte au droit de tout citoyen de l'Union de circuler librement¹²³⁷ ». La Commission reprend la même formulation, très générale, sans citer l'arrêt¹²³⁸. Les gouvernements qui soutiennent qu'il n'y a pas d'entrave s'appuient quant à eux essentiellement sur la disparité entre les deux situations. Pour distinguer la situation de Mme Sayn-Wittgenstein de celle de M. Grunkin et Paul, ils relèvent : des différences relatives à l'inscription sur le registre de l'État de résidence ; un risque de confusion ; la conservation des éléments essentiels du nom patronymique ; l'attribution erronée d'un nom par l'État d'accueil puis par les services de l'État de nationalité ; et, enfin, la distinction entre les noms patronymiques et les titres de noblesse¹²³⁹. En argumentant par rapport à l'arrêt *Grunkin et Paul*, c'est-à-dire en s'opposant sur la façon dont il doit être reconstruit *a posteriori*, les participants à la controverse contribuent à l'instituer comme autorité. Le *distinguishing*, qui cherche à faire exception à la règle, contribue à la définir et à l'instituer.

De façon différente, faisant abstraction de la jurisprudence de la Cour, le gouvernement slovaque s'appuie sur les règles du droit international privé, défendant implicitement que le droit de l'Union ne

¹²³⁴ *Ibid.*, para. 39.

¹²³⁵ AG Sharpston, ccl. sur CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para 40-50.

¹²³⁶ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 32 et 41.

¹²³⁷ *Ibid.*, para. 43.

¹²³⁸ Elle n'exclut toutefois pas que la justification d'une restriction à la libre circulation soit possible. *Ibid.*, para. 51.

¹²³⁹ *Ibid.*, para. 44-49.

saurait être pertinent¹²⁴⁰. Cette argumentation peut être vue comme relevant d'une stratégie de rupture, proposant une évolution radicale par rapport à la jurisprudence précédente. Il avait sans doute peu de chances d'être accepté. Toutefois, une affirmation ne cherche pas nécessairement à influencer directement une solution dans un cas, ni même la détermination des règles déterminant ce qui doit découler de l'application d'un concept. Elle peut aussi exprimer une opinion, ici, un désaccord avec la jurisprudence de la Cour, de la même façon, par exemple, que Jean Hauser dénonce une « occupation » du droit français par les droits européens. En outre, même si l'affirmation ne constitue pas un argument juridique pertinent dans le contexte du droit de l'Union, la Cour n'est pas forcément sourde à l'expression du mécontentement, et celle-ci peut avoir une influence sur l'évolution de la jurisprudence. Ces exemples permettent d'ailleurs de souligner que les participants à la controverse ont différents auditoires et que, même lorsqu'ils s'adressent directement à la Cour, ils peuvent viser d'autres personnes.

Il faut aussi souligner que, dans le cadre du contentieux préjudiciel en interprétation, des autorités admises à présenter des observations devant la Cour ne sont pas nécessairement directement concernées par la solution de l'affaire. En l'espèce, seules Mme Sayn-Wittgenstein et l'Autriche, voire l'Allemagne, seront directement affectées par la décision. Le cas est en ce sens bien « réel » et l'interprétation donnée par la Cour a des conséquences parce qu'elle doit être suivie par le juge *a quo*. Pour les États présentant des observations ou la Commission, l'objet est de déterminer les situations dans lesquelles le statut de citoyen autorisera, à l'avenir, à remettre en cause des pratiques administratives relatives à l'état des personnes. La décision de la Cour dans l'affaire, ainsi que la façon dont elle est justifiée, a une certaine autorité sur le futur. Si ce n'est pas la solution du cas, au sens strict de la solution appliquée à cette affaire, qui intéresse ces participants, ils n'en doivent pas moins argumenter dans le cadre de celui-ci. Dans cette perspective, le cas est fondamental, bien que, comme dans les controverses scolastiques décrites par Yan Thomas, sa matérialité importe peu, il pourrait tout aussi bien être imaginaire, tel un cas d'école.

La Cour, avant d'envisager la question sous l'angle de l'entrave, « relèv[e] à titre liminaire que le nom d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée », protégée par la charte des droits fondamentaux et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²⁴¹. Ensuite, après une longue considération des différents arguments en présence, et un rappel de sa jurisprudence, elle situe le cas d'espèce par rapport à l'arrêt *Grunkin et*

¹²⁴⁰ *Ibid.*, para. 50.

¹²⁴¹ *Ibid.*, para. 52.

Paul, en estimant que changer de nom pour la requérante au principal « constitue un ‘inconvé- nient sérieux’ au sens de l’arrêt Grunkin et Paul¹²⁴² » puisque, « même si ce risque peut ne pas être aussi grave que les sérieux inconvénients à craindre pour l’enfant en cause dans l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt Grunkin et Paul [...], le risque concret, dans des circonstances telles que celles au principal, de devoir, en raison de la diversité de noms, dissiper des doutes quant à l’identité de sa personne constitue une circonstance de nature à entraver l’exercice du droit découlant de l’article 21 TFUE¹²⁴³ ». La Cour décide donc que, en l’espèce, il y a une restriction « aux libertés reconnues par l’article 21 TFUE à tout citoyen de l’Union¹²⁴⁴ ».

Le même type d’argumentation se retrouve dans l’arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn*¹²⁴⁵, qui porte également sur la reconnaissance des noms patronymiques. La Cour statue à nouveau sur l’entrave, en reprenant cette fois le modèle de raisonnement *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, et notamment les passages sur la vocation fondamentale de la formule et le même traitement juridique. La controverse, comme dans l’arrêt *Sayn-Wittgenstein*, porte essentiellement sur l’établissement de l’entrave et sa justification. Les requérants au principal, de nationalité lituanienne pour la femme et polonaise pour l’homme, résident en Belgique et contestent au principal le refus opposé par la Lituanie de changer l’orthographe du nom de jeune fille de la requérante, afin qu’il respecte la graphie polonaise, ainsi que les noms et prénoms de son mari dans la transcription de l’acte de mariage. Pour ce qui concerne les dispositions relatives à la citoyenneté de l’Union, le débat se concentre sur l’existence d’une entrave et sur sa justification¹²⁴⁶. Les différents refus opposés à Mme Runevič Vardyn et M. Wardyn constituent autant de cas dans lesquels la Cour va pouvoir spécifier ce qui est susceptible de constituer une entrave ou non. Cet examen se fait à l’aune du critère des « sérieux inconvénients » pour ce qui concerne les noms et prénoms du mari.

¹²⁴² *Ibid.*, para. 67.

¹²⁴³ *Ibid.*, para. 70.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, para. 71.

¹²⁴⁵ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*

¹²⁴⁶ La première opération de la Cour est de voir l’affaire comme un cas de restriction à la liberté de circulation et non comme un cas relatif à la non-discrimination ethnique ou raciale, ou bien comme relevant du droit des minorités. En effet, le juge de renvoi interroge aussi la Cour sur l’interprétation des dispositions de l’article 2, § 2, sous b) de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique (*JOCE* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26), pour savoir si les mesures en cause doivent être vues comme entraînant une discrimination indirecte en raison de l’appartenance ethnique. En effet, Mme Runevič Vardyn revendique son appartenance à la minorité polonaise. La Cour décide qu’une réglementation imposant que les noms de famille et les prénoms soient transcrits dans les actes d’état civil de cet État dans une forme respectant la graphie de la langue officielle nationale ne relève pas du champ d’application de la directive. V. *Ibid.*

Le nom du mari, enregistré en Pologne comme Łukasz Pawel Wardyn, est transcrit dans le certificat de mariage comme Lukasz Pawel Wardyn. Les signes diacritiques des prénoms ne sont pas repris, mais le W, que ne connaît pas le lituanien, n'est pas modifié. En revanche, dans le même acte, le nom de la requérante est transcrit sous la forme de Vardyn. Sur ce dernier point, la Cour estime que le fait que le nom du mari soit adjoint au nom de jeune fille de la requérante sous une forme différente de la façon dont il est enregistré en Pologne et dont il est retranscrit dans le même certificat de mariage pour lui-même « pourrait être de nature à engendrer, pour les intéressés, des inconvénients¹²⁴⁷ ». Toutefois, elle estime que, pour constituer une restriction « aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE », « de 'sérieux inconvénients' d'ordre administratif, professionnel et privé » sont nécessaires en renvoyant aux arrêts *Garcia Avello, Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein*¹²⁴⁸. La Cour confie à la juridiction de renvoi le soin de déterminer si les inconvénients entraînés par le refus de changer la lettre V et W risquent de produire une confusion susceptible d'entraîner des inconvénients suffisamment sérieux en l'espèce pour être constitutifs d'une « restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE ¹²⁴⁹ ». Sur l'omission des signes diacritiques dans le certificat de mariage des prénoms de Łukasz Pawel Wardyn, la Cour estime qu'il est « peu probable » qu'elle « engendre pour la personne concernée de réels et sérieux inconvénients au sens de la jurisprudence citée au point 76 du présent arrêt [*Garcia Avello, Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein*] de nature à faire naître des doutes quant à l'identité ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés par celle-ci ou la véracité des données contenues dans ceux-ci¹²⁵⁰ ». Elle décide ensuite, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer l'examen de cette question au juge *a quo*, qu'il n'y a pas, en l'espèce, de restriction à la liberté de circulation.

Enfin, dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*¹²⁵¹, la controverse porte essentiellement sur la justification. La Cour suit la structure de l'entrave en reprenant le modèle initié avec l'arrêt *Prinz et Seeberger*, comprenant la formule de la vocation fondamentale du statut et la garantie d'un même traitement indépendamment de la nationalité. Le litige au principal concerne l'application d'une disposition, adoptée par le législateur allemand à la suite de l'arrêt *Grunkin et Paul*, qui permet à

¹²⁴⁷ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 74.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, para. 76.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, para. 75-78. Une différence par rapport aux arrêts antérieurs est que la Cour considère les conséquences de la divergence dans la transcription des noms de famille sur « l'exercice du droit de séjour », alors que celui-ci n'était pas mentionné de façon isolée. Le cas dans lequel elle s'en rapproche le plus est l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* à l'occasion de la justification de la mesure. La Cour parle « d'une atteinte injustifiée à la libre circulation et au libre séjour des citoyens de l'Union ». V. CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para 94.

¹²⁵⁰ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 81.

¹²⁵¹ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*

certaines conditions à un ressortissant allemand de se prévaloir d'un nom acquis dans un autre État membre, sous la réserve de l'incompatibilité avec les principes essentiels du droit allemand¹²⁵². Le requérant au principal, M. Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff, ressortissant allemand et britannique, conteste le refus des autorités allemandes de modifier ses prénoms et noms de famille dans son acte de naissance et d'ajouter au registre des naissances des titres nobiliaires faisant partie d'un nom qu'il a obtenu au Royaume-Uni, après y avoir résidé et y avoir obtenu la nationalité britannique (Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff). Pour motiver son refus, le service de l'état civil de la ville de Karlsruhe se prévaut de l'exception d'incompatibilité avec les principes essentiels du droit allemand.

Le juge devant lequel cette décision est contestée interroge la Cour sur l'application des articles 18 et 21 TFUE. Il souligne que la jurisprudence de la Cour ne lui permet pas de savoir si l'application du droit allemand faite par les autorités compétentes doit être vue comme compatible avec ces articles du traité. Il explique que la situation est différente de celle des arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*, parce que, dans ces deux cas, les noms susceptibles d'être reconnus par les autorités compétentes des États sont différents dès la naissance des intéressés, alors que M. Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff a librement changé son nom après avoir obtenu la nationalité britannique. Il distingue également l'affaire de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* parce que cette dernière n'avait pas la double nationalité, que le changement de nom résultait d'un changement de statut personnel et que les législations allemandes et autrichiennes sur les titres de noblesse ne sont que partiellement comparables. Le juge de renvoi reconnaît ainsi de manière générale le raisonnement suivi par la Cour dans les arrêts antérieurs, mais il interroge celle-ci sur des éléments du contexte qui posent pour lui des questions nouvelles. Ce faisant, il considère que certains éléments présentent des différences pertinentes pour justifier une question préjudicielle. Ceci revient, implicitement, à tenir le reste du contexte dont a connaissance le juge *a quo* comme non pertinent, par exemple, le fait que le requérant exerce la profession de « conseiller en matière d'insolvabilité ».

Sur l'existence d'une entrave à la circulation, la Cour reprend la formule selon laquelle « afin de constituer une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE, le refus de modifier les prénoms et le nom d'un ressortissant d'un État membre et de reconnaître les prénoms et le nom qu'il a acquis dans un autre État membre doit être de nature à engendrer pour celui-ci de "sérieux

¹²⁵² Celle-ci dispose que « si le droit allemand s'applique au nom d'une personne, celle-ci peut choisir, par déclaration au bureau de l'état civil, le nom acquis au cours d'un séjour habituel dans un autre État membre de l'Union et qui y est inscrit au registre d'état civil, pour autant que cela ne soit pas manifestement incompatible avec des principes essentiels du droit allemand ». CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 10.

inconvenients” d’ordre administratif, professionnel et privé¹²⁵³ ». La controverse est également développée sur ce point en comparant les circonstances de l’espèce avec celles des affaires précédentes. La Cour, qui justifie assez longuement cette question, conclut que le refus des autorités allemandes constitue une « restriction aux libertés prévues par l’article 21 TFUE ». Elle ne précise pas clairement si c’est le droit de séjour, de circulation ou les deux, qui sont en cause, toutefois, elle parle de la justification d’une restriction à la libre circulation des personnes dans la suite de l’arrêt¹²⁵⁴.

L’affaire *Freitag* est à nouveau transmise par une juridiction allemande et porte sur les mêmes dispositions. Le requérant au principal, binational, réside en Allemagne et s’est vu refuser par les autorités allemande la reconnaissance du changement de son nom obtenu en Roumanie, pays dans lequel il est né. Portant le nom de son père, Pavel, le requérant au principal, a pris le nom du nouveau mari de sa mère après le divorce de ses parents et son adoption par celui-ci, Freitag. Par la suite, alors qu’il réside toujours en Allemagne, il obtient des autorités roumaines de reprendre le nom de Pavel et demande aux autorités allemandes de reconnaître ce changement. La législation allemande adoptée pour se conformer à la réponse de la Cour dans l’affaire *Grunkin et Paul* ne permet en principe pas de répondre à cette situation puisqu’elle soumet la reconnaissance d’un nom acquis dans un autre État membre au séjour habituel dans celui-ci¹²⁵⁵. Lorsqu’elle examine la restriction que la divergence de noms peut causer, la Cour n’utilise pas l’expression de « sérieux inconvenients », mais parle simplement des « confusions et inconvenients susceptibles de naître d’une divergence entre les deux noms appliqués à une même personne¹²⁵⁶ ». De façon plus classique, l’Avocat général Szpunar utilisait l’expression de « sérieux inconvenients » en la mettant entre guillemets¹²⁵⁷.

L’interprétation de cette évolution n’est pas aisée. Elle pourrait signifier une ouverture plus large de la possibilité de reconnaître une entrave et l’abandon de l’exigence de sérieux inconvenients. Toutefois, il est aussi possible qu’elle ne soit qu’une évolution dans la formulation de la Cour, sans conséquences, voire que la Cour n’abandonne pas l’exigence de « sérieux inconvenients » malgré l’absence de leur mention dans ce cas. Il faut en effet souligner que la controverse ne portait pas sur cette question, personne ne contestait la réalité de tels inconvenients, mais sur le fait de savoir si

¹²⁵³ V. *Ibid.*, para. 38.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, para. 48, 64.

¹²⁵⁵ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, V. para. 5.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, V. para. 36s.

¹²⁵⁷ AG Szpunar, ccl sur CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, V. para. 56, 59 et 64, ainsi que la note 32.

l'existence d'une autre procédure pour changer son nom à la demande de l'intéressé était suffisante pour satisfaire aux exigences du droit de l'Union¹²⁵⁸.

Dans cette série d'arrêts, le déplacement de la controverse contribue à faire reconnaître que le citoyen peut se prévaloir de la liberté de circulation – même dans un domaine relevant de la compétence de l'État, comme l'état des personnes. Cette possibilité n'était pas véritablement discutée. La Cour répète des modèles de raisonnement devenus classiques et leurs formules, dont celle des compétences retenues. La controverse se concentre, au-delà du cas de la justification des mesures nationales qui sera discutée par la suite, sur les situations dans lesquelles il est permis de dire qu'il y a des inconvénients sérieux. Ce faisant, les participants à la controverse reconnaissent l'autorité des arrêts antérieurs et participent à l'institution de la règle selon laquelle des dispositions nationales relatives au nom de famille ne sont constitutives d'une entrave que lorsqu'elles causent de sérieux inconvénients. Le processus de reconnaissance se double d'une reconstruction des arrêts de la Cour. Les « sérieux inconvénients » peuvent être vus comme un concept satellite ; il devient décisif pour déterminer ce qu'implique le concept de citoyen de l'Union dans certains contextes¹²⁵⁹. Son contenu est progressivement spécifié par son application dans différentes situations, mais aussi par le discours tenu lors de ces applications.

Cette spécification porte tant sur les conditions dans lesquelles le concept peut être mobilisé que sur les conséquences qu'il entraîne. Ce qu'implique la caractérisation de sérieux inconvénients évolue. Tout d'abord, alors qu'ils permettaient de caractériser une discrimination en raison de la nationalité dans l'arrêt *Garcia Avello*, ils sont constitutifs d'une entrave dans les autres arrêts. Ensuite, une évolution moins visible doit être signalée. Dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*, l'expression de « sérieux inconvénients » n'est pas tant présentée comme une condition nécessaire pour distinguer deux groupes de personnes ou pour parler d'entrave, que comme une expression venant souligner l'importance que revêt le refus d'accéder à la demande de modification de l'état civil. Autrement dit, l'insistance de la Cour sur ces inconvénients dans les premières applications du concept peut se lire comme permettant de légitimer sa décision en faveur des citoyens en insistant sur la gravité des mesures étatiques. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour considère d'ailleurs qu'il n'est pas nécessaire que les inconvénients soient aussi graves pour la requérante que ceux auxquels faisait face l'enfant en cause dans l'affaire *Grunkin et Paul*¹²⁶⁰. Toutefois, dans l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn*, la Cour construit

¹²⁵⁸ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, V. para. 40s. Sur cette question, V. *infra*, partie III, chapitre 1, section 1, § 1, A.

¹²⁵⁹ Sur les « concepts satellites » au sens de Levi, V. *supra*, chapitre 1, section 1, § 2, A.

¹²⁶⁰ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 70.

ces trois arrêts comme décidant que les « sérieux inconvénients » sont nécessaires pour qu'il soit permis de parler d'une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE¹²⁶¹. Les « sérieux inconvénients » sont alors clairement institués comme une condition nécessaire pour caractériser l'entrave dans ce type de situation, ce que répète la Cour dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*¹²⁶². Les « inconvénients sérieux » jouent à certains égards le même rôle que l'exigence d'un effet qui ne soit « ni trop aléatoire ni trop insignifiant » pour la liberté de circulation citoyenne¹²⁶³. Pour les raisons données précédemment, l'absence de la mention de « sérieux inconvénients » dans l'affaire *Freitag* peut faire douter de leur nécessité pour caractériser une entrave.

La détermination de ces « sérieux inconvénients » devient en conséquence un enjeu majeur et concentre l'essentiel de la controverse, au moins jusqu'à l'arrêt *Freitag*. La question la plus discutée est en effet de savoir, dans chaque cas, si la situation autorise à parler de « sérieux inconvénients ». Pour y répondre, les participants à la controverse opposent différentes reconstructions de la tradition à partir des applications antérieures du concept qu'ils jugent pertinentes. Ces reconstructions rationnelles consistent essentiellement en un travail sur les cas passés, dans le cadre de la controverse sur un nouveau cas. Il faut d'ailleurs noter qu'en mettant le plus souvent l'expression entre guillemet et en indiquant que les sérieux inconvénients doivent être compris au sens de la jurisprudence *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein*, la Cour confère expressément une dimension déictique à la locution. Si toutes les assertions de la Cour se font dans un certains langage – le travailleur en droit du marché intérieur n'a par exemple pas la même signification que le travailleur en droit de la sécurité sociale français – elle attache ici explicitement la formule à des cas.

L'exemple construit à partir de Herbert Hart permet de caractériser l'opération à l'œuvre. Lorsque, le soir, le fils reproche à son père d'offenser le Seigneur parce qu'il jure à table, celui-ci peut distinguer le cas dans lequel son fils lui oppose cette formulation de la règle à celui dans lequel elle s'est appliquée le matin. Les possibilités sont multiples. Il peut dire que la règle ne s'applique que dans les églises, ou que la règle s'applique aussi à table, mais qu'elle n'interdit pas de jurer, ou encore, qu'elle interdit de jurer, sauf lorsque l'on a des bonnes raisons de le faire. Ces réponses reconnaissent l'autorité et la formulation de la règle tout en contribuant à la déterminer. C'est le type d'opération observé lorsque la Cour spécifie les situations dans lesquelles il est permis de dire qu'il y a de « sérieux inconvénients » en comparant la situation du cas discuté à celles des cas précédents.

¹²⁶¹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Vardyn*, *op. cit.*, para. 76.

¹²⁶² CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 38.

¹²⁶³ V. nt. CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 32.

Il faut préciser que, si l'appel aux textes des formules peut être opposé au rappel des cas dans lesquelles elles ont été produites, les deux sont intimement imbriqués et sont parfois invoqués simultanément. La pratique formulaire et l'indexation des formules sur les cas doivent être vus comme des idéaux-types entre lesquels prend place un spectre continu de pratiques. Le travail conceptuel passe par le déplacement de formules, la transposition incomplète de raisonnements et la tension entre l'appel aux formules et le retour aux cas dans lesquels elles ont été produites. Dans la perspective adoptée, les cas et les formules doivent être vus comme des matériaux juridiques au sens de Duncan Kennedy, qui peuvent appuyer l'argumentation des différents participants à la controverse. Ils peuvent être conçus comme des « sources du droit » dans la caractérisation qu'en fait Stefan Goltzberg, c'est-à-dire comme les « prémisses que, pour toutes sortes de raisons, on juge admissibles¹²⁶⁴ ». Ce qui est jugé admissible ou non est parfois l'objet même du débat ; contrairement à ce que laisse penser le terme « source », l'institution de la source résulte en partie de sa reconnaissance en aval.

§ 2. LA NON-RECONNAISSANCE DES CAS ET DES FORMULES

Reprendre un modèle de raisonnement ou citer un arrêt en référence contribue à l'instituer comme faisant autorité. Les décisions passées n'ont d'autorité que si celle-ci leur est reconnue par les arrêts postérieurs – c'est la raison pour laquelle Robert Brandom parle de « reconstruction¹²⁶⁵ ». Différentes formes de non-reconnaissance peuvent être distinguées à partir de l'observation de la pratique de la Cour. Des décisions antérieures sont traitées comme ne devant plus faire autorité. Ni le cas ni la formule ne sont conservés (A). De façon quelque peu différente, une opération consiste à dénier l'autorité de la justification adoptée dans une décision antérieure, tout en conservant la solution qui lui avait été donnée en la reformulant *a posteriori*. Les cas circulent, mais la formule qui les justifiait est traitée comme ne faisant plus autorité, et une autre lui est substituée (B).

A. La destitution : l'abandon de décisions antérieures

Dans certains cas, souvent discutés mais rares en pratique, la Cour revient expressément sur sa jurisprudence pour dire que des décisions antérieures ne font plus autorité. La Cour, pour reprendre

¹²⁶⁴ Goltzberg S., *Les sources du droit*, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2016, p. 35.

¹²⁶⁵ « It is a *reconstruction* because some prior decisions are treated practically as irrelevant, non-precedential, or incorrect. » BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », *op. cit.*, p. 32.

l'expression de Llewellyn, « tue le précédent¹²⁶⁶ » (1). De façon beaucoup plus commune, mais moins remarquée, des cas ou des formules ne sont plus traités comme faisant autorité sans que la Cour ne dise explicitement qu'ils ne peuvent plus être considérés comme tels (2).

1. L'abandon explicite

Les cas de revirement de jurisprudence explicite ou de *departing* sont rares¹²⁶⁷. Dans l'arrêt *Bidar*, la Cour explique que la solution des arrêts *Lair* et *Brown* n'est plus valable en raison de l'évolution du traité et de l'introduction de nouvelles dispositions de droit dérivé. La Cour justifie alors explicitement l'abandon d'une solution. La situation est particulière puisque l'évolution est justifiée par l'ajout de nouvelles dispositions textuelles. De façon générale, la Cour, comme, sans doute, la plupart des juges, est réticente à reconnaître explicitement qu'elle revient sur sa jurisprudence antérieure¹²⁶⁸. Face à un précédent qui fait problème, le juge qui ne souhaite pas se dédire (*departing*) peut toujours distinguer (*distinguishing*). L'arrêt *Commission / Pays-Bas* en constitue un bon exemple. L'arrêt *Commission / Autriche* semblait en effet dire que les réductions tarifaires ne devaient pas être vues comme incluses dans la dérogation prévue par la directive 2004/38 à l'interdiction de discriminer. La Cour décide toutefois que la situation est différente de la situation précédente. Que la pertinence des différences invoquées paraisse douteuse aux participants de la pratique montre bien que la Cour conserve toujours une certaine liberté par rapport à ses décisions passées. Distinguer ou renverser une décision antérieure permet d'éviter d'appliquer une règle à un cas, toutefois, la conséquence de ces deux stratégies n'est pas exactement la même : en distinguant, la Cour reconnaît l'autorité du cas antérieur. La différence en pratique est toutefois limitée lorsque la distinction conduit à neutraliser la règle énoncée.

Ces opérations peuvent aussi être présentées à partir de l'exemple de Hart. Entrant dans l'église avec un chapeau sur la tête le dimanche suivant, le père peut se voir opposer par son fils qu'il devrait se découvrir pour ne pas offenser le Seigneur. Plusieurs réponses sont possibles. Il peut lui répondre que tel n'est plus le cas, en reconnaissant explicitement s'être trompé la dernière fois (*departing*) ou bien que, depuis la semaine dernière, la règle a changé, justifiant éventuellement le changement par l'introduction d'une nouvelle disposition normative, par exemple l'entrée en vigueur d'un nouveau

¹²⁶⁶ LLEWELLYN K.N., *The common law tradition: deciding appeals*, Boston, Little, Brown, 1960, p. 87. La citation est mentionnée par Marc Jacob. JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁶⁷ Pour une présentation générale V. JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice*, *op. cit.*, p. 155-1826. Avoiding ECJ precedents II. Departing.

¹²⁶⁸ De façon générale, V. *Ibid.*, p. 155s.

règlement intérieur de l'église. Neutraliser le précédent en recourant au *distinguishing* consisterait, par exemple, à dire que la règle ne s'appliquait que le dimanche dernier ou que la règle ne vaut que lorsque c'est le pasteur Johns qui officie, comme c'était exceptionnellement le cas la semaine dernière. Ces cas sont des idéaux-types. Ce que fait le juge n'est pas toujours facile à caractériser. Dans l'affaire *Commission / Pays-Bas*, la différence est si peu convaincante que l'on peut se demander si la Cour ne revient pas d'une certaine façon sur le cas antérieur sans le dire. Elle le fait toutefois en distinguant les deux affaires plutôt qu'en disant explicitement qu'elle change la règle ou que l'application antérieure doit être vue comme erronée.

2. L'abandon implicite

De façon beaucoup plus commune, la Cour peut simplement abandonner une solution en ne reprenant pas des décisions ou des formules antérieures¹²⁶⁹. Ces abandons passent le plus souvent inaperçus, notamment lorsque personne au sein de la controverse ne propose la reconnaissance d'un arrêt ou d'une formule comme pouvant faire autorité pour décider une affaire. L'abandon peut tout simplement résulter du fait que personne n'a pensé à citer un cas qui aurait pu l'être, il est alors intimement lié à l'oubli. De ce fait, il est plus difficile à prendre en compte, tant dans le cadre d'une analyse doctrinale traditionnelle que dans celui d'une analyse systématique des réseaux de références, puisque, précisément, ce qui est significatif est l'absence de référence. Enfin, dire qu'une solution n'est pas citée implique une évaluation et un travail. Il faut en effet estimer qu'elle n'est pas mentionnée alors qu'elle aurait pu l'être. Dans l'arrêt *Freitag*, la Cour ne cite pas l'arrêt *Les Verts*, mais cette absence de citation n'est pertinente que si l'on estime qu'elle aurait eu des raisons de le faire¹²⁷⁰. Cette appréciation implique la connaissance d'une pratique, mais dépend également de l'effort déployé. Si, *prima facie*, il n'y a pas de raison que l'arrêt *Les Verts* joue un rôle important dans l'affaire *Freitag*, il n'est pas impossible qu'il puisse appuyer un argument au prix d'un certain travail conceptuel.

De façon plus visible, certains cas ou certaines affirmations absents de la justification de la Cour sont discutés dans la controverse. Une partie ou l'Avocat général peut s'appuyer sur des cas que la Cour ne reprend pas dans son argumentation, sans justifier en quoi ils ne sont pas pertinents¹²⁷¹.

¹²⁶⁹ Ce silence se distingue du cas des « *super-precedents* » au sens de Landes et Posner, qui auraient dû être cités mais ne le sont pas, sans pour autant être abandonnés. V. *supra*. Section 1, § 2, B, 1.

¹²⁷⁰ CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, *op. cit.*

¹²⁷¹ Le refus de prendre en compte les cas proposés laisse alors des traces qu'il est facile de détecter, et qui peuvent d'ailleurs faire l'objet d'un traitement automatique. Ainsi Urška Šadl et Suvi Sankari peuvent-elles définir comme paramètre le choix des précédents pour évaluer l'influence de l'Avocat général sur la décision de la Cour. Ceci ne distingue toutefois pas les cas dans lesquels la différence des cas cités est justifiée ou non.

L'enfant entendant son père jurer à table après la messe peut dire à celui-ci que cela contrevient à la règle énoncée le matin, selon laquelle on ne doit pas offenser le Seigneur. Le père peut simplement répondre qu'il est libre de jurer là où bon lui semble ou que les enfants doivent se taire à table. Ce faisant, il ne justifie pas pourquoi la règle énoncée le matin ne fait pas autorité dans cette situation (ce qui correspondrait à une forme de *distinguishing*) sans pour autant revenir explicitement sur celle-ci (*departing*). L'abandon n'est pas forcément facile à caractériser, le refus d'appliquer la règle peut aussi être construit comme un *distinguishing* implicite – le père pouvant invoquer à nouveau le précédent par la suite en distinguant *a posteriori* le cas dans lequel il ne l'a pas repris du cas qui fait autorité. Dans l'exemple, il peut, par la suite, dire qu'il est vrai qu'il ne faut pas offenser le Seigneur mais que, jurer à table ne constitue pas une offense, contrairement à entrer dans une église avec un couvre-chef.

L'abandon du raisonnement développé dans les affaires *Kaba*, qui a été présenté comme une étape importante dans l'adoption du chemin conceptuel suivi par la Cour, peut être vu comme un exemple de ce processus¹²⁷². Ces arrêts ne sont plus repris par la Cour et ne sont invoqués que de façon très marginale par les participants à la controverse. Plus qu'une reconstruction ou une reformulation des arrêts *Kaba I* et *Kaba II*, ceux qui s'opposent à ce que leur autorité soit reconnue invoquent d'autres cas conduisant à des solutions différentes. La controverse dans arrêt *Trojani*, qui reprend la formule *Martínez Sala*, en constitue une bonne illustration¹²⁷³. Dans cette affaire, le juge *a quo* interrogeait la Cour sur la liberté de circulation et de séjour du requérant au principal, au titre de diverses qualités. La Cour décide tout d'abord que le requérant au principal ne peut pas bénéficier d'un droit de séjour au sens de l'article 18 CE [21TFUE], faute de disposer de ressources suffisantes au sens de la directive 90/364. Toutefois, elle dit également que le fait que M. Trojani dispose d'une carte de séjour attestant de son séjour légal en Belgique lui permet de se prévaloir du principe de non-discrimination en raison de la nationalité pour se voir accorder une prestation d'assistance sociale comme le minimex.

Bien qu'elle ne le mentionne pas, elle suit directement le modèle *Martínez Sala*, en constatant, en premier lieu, que la prestation en cause entre dans le champ d'application du traité¹²⁷⁴. La Cour adapte toutefois quelque peu la formule pour dire qu'« un citoyen de l'Union économiquement non actif peut invoquer l'article 12 CE [18 TFUE] dès lors qu'il a séjourné légalement dans l'État membre

V. ŠADL U. et S. SANKARI, « The Elusive Influence of the Advocate General on the Court of Justice », *op. cit.*, p. 6s.

¹²⁷² CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.* et CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, *op. cit.* Sur ces affaires, V. *supra*, partie I, chapitre 2, section 1, § 2, A, 2.

¹²⁷³ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*

¹²⁷⁴ *Ibid.*, para. 42.

d'accueil pendant une certaine période ou qu'il dispose d'une carte de séjour¹²⁷⁵ ». S'il montre qu'une formule peut être quelque peu modifiée pour s'adapter à une nouvelle situation, l'arrêt *Trojani* permet surtout de voir que des formules peuvent ne pas être reprises. En effet, la Cour décide implicitement, comme dans l'arrêt *Martínez Sala*, mais contrairement aux arrêts *Kaba I*¹²⁷⁶ et *Kaba II*¹²⁷⁷, que la précarité du titre de séjour de M. Trojani n'est pas une différence susceptible d'être retenue pour considérer qu'il se trouve dans une situation différente de celle dans laquelle se trouve un ressortissant national. Dans l'affaire, le débat portait essentiellement sur la liberté de circulation économique et la liberté de circulation du citoyen. Toutefois, l'Avocat général Geelhoed, reprenant l'arrêt *Kaba II*, estimait que, si le titre de séjour n'est pas inconditionnel, comme le laisse apparaître le dossier, il n'est « pas comparable à tous égards au droit de séjour dont bénéficie une personne présente et établie en Belgique » et, en conséquence, que le requérant ne saurait se prévaloir du principe de non-discrimination¹²⁷⁸.

Cette formule de la comparabilité, issue des arrêts *Kaba*, aurait pu avoir des conséquences très importantes. Comme cela a été mentionné, elle aurait pu faire échec à la possibilité d'invoquer le droit de ne pas être discriminé de façon très large. Il est en effet souvent possible d'arguer que le séjour légal dans un autre État membre « n'est pas en tous points comparable » à celui des ressortissants de l'État membre. Elle n'a pourtant pas été reprise par la Cour après l'arrêt *Kaba II* pour empêcher un citoyen de se prévaloir du principe de non-discrimination. De même que la Cour ne justifie pas la reprise de certaines affirmations au-delà des formules, elle ne justifie pas non plus de ne pas recourir à d'autres formules, et ce malgré les conclusions de l'Avocat général en l'espèce. L'opération est différente du *distinguishing* et a pour effet de ne pas reconnaître l'autorité du raisonnement antérieur. En revanche, il faut noter que les arrêts *Kaba* sont parfois cités pour dire que « le droit de séjour des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre n'est pas inconditionnel¹²⁷⁹ ». Ces citations peuvent être vues comme relevant de la pratique formulaire, l'affirmation de cette

¹²⁷⁵ *Ibid.*, para. 43. La différence entre les deux branches de l'alternative n'est pas si claire. Dans les affaires *Martínez Sala* et *Trojani*, le titre de séjour n'est pas fondé sur le droit de l'Union. Mme Martínez Sala disposait d'un titre de séjour, mais pas d'une carte de séjour – c'est ce qui l'empêchait de pouvoir percevoir une prestation sociale –, alors que c'est la carte de séjour de M. Trojani qui atteste, pour la Cour, de la légalité de son séjour. L'adaptation permet ici à la Cour de spécifier les cas dans lesquels le citoyen peut se prévaloir de la non-discrimination, en évitant que la condition formulée à l'occasion des circonstances de l'affaire *Martínez Sala* puisse être un obstacle pour le requérant dans l'affaire *Trojani*.

¹²⁷⁶ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.* et CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, *op. cit.* Sur la jurisprudence *Kaba* et son abandon, V. chapitre 2, section 1, § 2, A.

¹²⁷⁷ CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, *op. cit.*

¹²⁷⁸ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, *op. cit.*, para. 74.

¹²⁷⁹ CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, *op. cit.*, para. 30. V. CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, *op. cit.*, para. 74 et CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, *op. cit.*, para. 21.

absence d'inconditionnalité étant mentionnée pour justifier les limites mises au droit de séjourner et de circuler et non pour reconnaître une différence de situation autorisant un traitement différent, comme dans le cas initial.

La ligne de cas sur les noms de famille fournit également un exemple dans lequel certaines inférences sont traitées, en pratique, comme ne faisant plus autorité. La possibilité de se prévaloir de la non-discrimination, dans une situation comparable à celle des enfants Garcia Avello, est implicitement abandonnée. Cet usage du concept a été défendu dans plusieurs arrêts, mais la Cour l'a toujours refusé, sans distinguer la situation des affaires en cause de celle de l'affaire *Garcia Avello* et sans revenir non plus explicitement sur sa jurisprudence. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour n'envisage pas l'éventualité d'une discrimination en raison de la nationalité, qui était pourtant alléguée par la requérante au principal, et que l'Avocate générale avait écartée¹²⁸⁰. Il en va de même dans l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn*, avec cette fois, une argumentation beaucoup plus développée pour défendre la possibilité pour les requérants de se prévaloir de la non-discrimination. En effet, la question de la non-discrimination semblait pouvoir jouer dans le cas du certificat de mariage, comme le reconnaissent la plupart des parties, quand bien même elles considéraient que la non-discrimination ne s'opposait pas aux mesures en cause¹²⁸¹. D'ailleurs, si l'Avocat général Jääskinen l'écartait pour Mme Runevič Vardyn en raison de sa nationalité lituanienne, il considérait qu'il y avait une discrimination indirecte envers les ressortissants d'États qui portent des noms avec des lettres ou des signes diacritiques inconnus en lituanien, comme M. Wardyn.

La Cour explique seulement, au moment de ses observations préliminaires, de manière quelque peu énigmatique, que «[l']article 21 TFUE comportant non seulement le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres mais également, ainsi qu'il ressort des points 61 et 62 du présent arrêt et ainsi que la Commission l'a fait valoir dans ses observations, une interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité, il convient d'examiner au regard de cette disposition le refus, par les autorités d'un État membre, de modifier des actes d'état civil dans des circonstances telles que celles en cause au principal¹²⁸² ». Selon la jurisprudence antérieure, reprise aux points 61 et 62, la Cour considérait que l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner de l'article 21 permettait à une situation de tomber dans le champ d'application du traité au sens de l'article 18 TFUE sur la non-discrimination en raison de la nationalité, sans pour autant

¹²⁸⁰ AG Sharpston, ccl. sur CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 37-39.

¹²⁸¹ V. AG Jääskinen, ccl. sur CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 69s.

¹²⁸² CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 65

considérer que le droit de ne pas être discriminé était inclus dans l'article 21 TFUE. Toujours est-il que le fait que la non-discrimination en raison de la nationalité soit incluse dans l'article 21 ne remettait pas en cause la pertinence des arguments développés par certains participants à la controverse ainsi que l'Avocat général sur la non-discrimination, auxquels la Cour ne répond pas¹²⁸³.

L'abandon implicite de la solution dégagée dans l'arrêt *Garcia Avello* est encore plus clair dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*. La controverse portait d'abord sur le fait de savoir si le requérant au principal pouvait dire, comme les enfants Garcia Avello, qu'en étant traité de manière égale avec les ressortissants ne disposant que de la nationalité allemande, il faisait l'objet d'une discrimination. La Commission ainsi que l'Avocat général, qui reprend longuement le raisonnement de l'arrêt *Garcia Avello*, estimaient que tel était le cas¹²⁸⁴. Au contraire, le gouvernement allemand soutenait que « l'application du droit allemand à un ressortissant allemand ne peut constituer une discrimination en raison de la nationalité¹²⁸⁵ ». Le raisonnement est très proche de celui qui est suivi par la Cour dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, avec toutefois la différence fondamentale que, dans ce cas, le requérant n'avait que la nationalité allemande, contrairement aux citoyens dans les affaires *Garcia Avello* et *Bogendorff von Wolffersdorff*. La Cour est à nouveau muette sur la question. Elle décide uniquement que, le requérant ayant exercé sa liberté de circulation, elle n'a pas à répondre sur l'article 18 TFUE. Elle estime en effet que l'affaire peut être jugée au regard du seul article 21 TFUE¹²⁸⁶. Pour se justifier, elle renvoie au paragraphe de l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn* qui énonce que l'article 21 TFUE comporte une interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité¹²⁸⁷.

Malgré l'importance de l'argumentation relative à la non-discrimination développée par certains participants à la controverse, la Cour ne justifie pas pourquoi le raisonnement sur la non-discrimination en raison de la nationalité suivi dans l'arrêt *Garcia Avello* ne peut pas s'appliquer en l'espèce. Elle n'affirme pas explicitement que la situation du requérant au principal est différente de celle des enfants Garcia Avello. Elle ne dit pas non plus explicitement que la solution suivie dans l'arrêt *Garcia Avello* ne fait plus autorité¹²⁸⁸. Il est possible de voir dans cet arrêt, poursuivant en cela

¹²⁸³ Cela ne posait pas problème dans le cas d'espèce, mais il faut signaler qu'inclure le droit de non-discrimination dans l'article 21 TFUE permet de le soumettre aux limites et conditions prévues par celui-ci, contrairement à l'article 18 TFUE.

¹²⁸⁴ AG Wathelet, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 35s.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, para. 38.

¹²⁸⁶ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 32.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, para. 34 et CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, para. 65.

¹²⁸⁸ On peut toutefois remarquer que, lorsqu'elle mentionne le principe de non-discrimination en reprenant le modèle de l'entrave, tel qu'il résulte de l'arrêt *Prinz et Seeberger*, le traitement identique de situations différentes n'est pas mentionné. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 30.

la justification proposée dans l'affaire *Runevič Vardyn et Wardyn*, un abandon de la solution suivie dans l'arrêt *Garcia Avello*. Étant donné la proximité des situations en cause et l'argumentation développée devant la Cour, elle revient implicitement sur la possibilité pour le citoyen résidant dans un État membre dont il a la nationalité, alors qu'il a la nationalité d'un autre État membre, d'invoquer la non-discrimination en raison de la nationalité s'il est traité de la même façon que les ressortissants de l'État de résidence.

Le silence présente un intérêt certain pour le juge. En effet, il permet d'éviter l'alternative entre une opération de *distinguishing* et de *departing*. La première consiste dans une reconstruction distinguant le cas d'espèce du cas précédent, qui, comme cela a été dit, contribue à reconnaître la solution antérieure, tout en en définissant la portée. Si elle ne l'applique pas dans le cas d'espèce, elle contribue à instituer la règle. La seconde implique de dire explicitement que la jurisprudence précédente ne fait plus autorité. En outre, la Cour peut plus facilement reprendre une solution qui était, ou paraissait, abandonnée. Il serait plus facile à la Cour de dire qu'un citoyen se trouvant dans une situation similaire à M. Bogendorff von Wolffersdorff peut se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité pour contester le refus de changer son nom, bien qu'elle ait refusé implicitement de le faire dans cette affaire, que si elle avait dit explicitement qu'une telle possibilité était dorénavant exclue. La solution de l'arrêt *Garcia Avello* est d'ailleurs le plus souvent présentée comme toujours valable. Dans son manuel publié en 2016, Catherine Barnard consacre par exemple toujours une section à la discrimination causée par un traitement similaire, dont le seul cas est *Garcia Avello*¹²⁸⁹.

Il est véritablement difficile de caractériser l'abandon implicite. Le phénomène n'est pas toujours si clair et des solutions ou des formules peuvent se raréfier et disparaître sans que les participants à la controverse ne s'en aperçoivent nécessairement. Par contre, il est toujours loisible au juge ou à d'autres participants à la controverse de caractériser *a posteriori* ce qui pouvait être tenu comme un abandon implicite ou comme un *distinguishing* implicite. Ainsi est-il possible de chercher des différences pertinentes entre les situations évoquées et celle des enfants Garcia Avello pour dire que, bien qu'elle ne l'ait pas dit, ces différences justifient que la Cour ait considéré qu'un requérant comme M. Bogendorff von Wolffersdorff ne soit pas autorisé à se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité contrairement aux enfants Garcia Avello.

¹²⁸⁹ BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016, p. 355.

B. La reformulation : le travail des formules

La Cour peut abandonner une formule ou une affirmation faite dans un cas et reconstruire explicitement la justification qu'elle avait utilisée. Dans une sorte de substitution de motif, appliquée à sa propre décision, elle propose une nouvelle justification qui permet d'aboutir à la même solution. L'objet n'est toutefois pas de sauver la décision effectivement prise sur de mauvais motifs, mais de conserver la même solution pour le cas, en tant que cas d'école. L'abandon d'une formule peut s'expliquer parce qu'elle fait problème dans un nouveau contexte, ou parce que le juge souhaite faire évoluer les règles gouvernant l'usage des concepts. Ce type d'opération occupe une place importante dans la doctrine classique du précédent, elle est parfois présentée comme une « re-caractérisation [*re-characterisation*] » (1). Elle doit toutefois être vue de façon quelque peu différente dans le contexte de la CJUE dont l'autorité n'est pas pensée dans les termes du *Common Law* (2).

1. La « re-caractérisation »

La « re-caractérisation » d'un précédent, ou sa reformulation, repose dans la doctrine classique du précédent sur la distinction entre la motivation de l'arrêt et la règle qui peut être inférée à partir de la décision. Le travail visant à retrouver la règle, la *ratio decidendi*, peut d'ailleurs être vu comme se trouvant au cœur du fameux raisonnement par cas [*case-law technique*¹²⁹⁰]. « Une part de la magie du *Common Law*, et une part de la complexité du précédent dans un tel système, est que les cas peuvent être re-caractérisés¹²⁹¹ ». La distinction entre ce que fait le juge et ce qu'il dit s'explique par la primauté des cas – le fondement de l'autorité trouve sa source dans l'expérience plus que dans l'exercice du pouvoir d'un juge (ou du législateur par la bouche du juge). Le principe fondamental est que chaque décision doit être cohérente avec les décisions antérieures, c'est-à-dire que le juge suit le précédent si la situation est similaire, et non qu'il applique la règle formulée dans le cas antérieur.

Toutefois, même dans un modèle fondé sur l'expérience et les cas, la formulation de la règle n'est pas sans importance. Comme le soulignait déjà Levi :

« Si la société a commencé à voir certaines similarités ou certaines différences comme importantes, la comparaison se fera avec un mot. Lorsque le mot est finalement accepté, il devient

¹²⁹⁰ KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 151.

¹²⁹¹ « Part of the magic of common law reasoning, and part of the complexity of the role of precedent within such a system, is that cases are subject to re-characterisation. » BIX B., *Jurisprudence : theory and context*, 5^e éd., Durham, Carolina Academic Press, 2009, p. 156.

un concept juridique. Sa signification continue à évoluer. Mais la comparaison n'interviendra plus simplement entre les cas qui ont été subsumés sous celui-ci, mais se fera aussi au regard des cas hypothétiques que le mot suggère lui-même. Ainsi, la connotation du mot est, pour un temps, contraignante, au point que le raisonnement peut même apparaître comme simplement déductif¹²⁹². »

Ce passage du texte de Levi peut d'ailleurs utilement être contrasté avec les citations de Thomas écrivant dans le contexte du droit romain et du Moyen-âge. Si les deux observent l'importance de considérer à la fois les formules et les cas, le premier doit souligner le rôle des mots face à une tradition qui s'en défie (la « textualisation » du précédent est dénoncée comme une déviance), alors que le second cherche à mettre en évidence les cas dans un contexte tendant à ne considérer que les formules (comme l'exprime la maxime justinienne *cum non exemplis, sed legibus iudicandum est*¹²⁹³).

Si le modèle de Levi reconnaît le rôle des formulations générales, elles n'en demeurent pas moins secondaires. Le terme vient après les cas et procède de la comparaison des situations concrètes, comme le montre son modèle circulaire d'institution et de destitution des concepts juridiques. Lors de la première étape, le concept est forgé à partir des comparaisons opérées entre les cas, sa formulation peut donner lieu à différentes tentatives. Ensuite, dans une seconde étape, le concept est plus ou moins stable. Toutefois, la détermination des situations qui relèvent ou non du concept est toujours faite dans le cadre d'un raisonnement par l'exemple. La dernière étape est « l'éclatement du concept [break-down of the concept] », dans laquelle le raisonnement casuistique s'est développé au point que ce que suggère le mot est devenu clairement inapproprié¹²⁹⁴. L'essentiel se passe au niveau du raisonnement casuistique « le raisonnement juridique [the legal process] ne fonctionne pas avec la règle mais à un niveau bien inférieur¹²⁹⁵ ». Ainsi précise-t-il que « la formulation de la règle est analogue au rappel de la signification d'une loi ou de la constitution, mais elle joue un rôle beaucoup moins important. Il s'agit d'un faux-semblant¹²⁹⁶ ».

¹²⁹² « If the society has begun to see certain significant similarities or differences, the comparison emerges with a word. When the word is finally accepted, it becomes a legal concept. Its meaning continues to change. But the comparison is not only between the instances which have been included under it and the actual case at hand, but also in terms of hypothetical instances which the word by itself suggests. Thus the connotation of the word for a time has a limiting influence-so much so that the reasoning may even appear to be simply deductive. » LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *op. cit.*, p. 506s.

¹²⁹³ La maxime est citée par Jan Komárek, KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 168.

¹²⁹⁴ LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *op. cit.*, p. 506-507.

¹²⁹⁵ « the legal process does not work with the rule but on a much lower level ». *Ibid.*, p. 507.

¹²⁹⁶ « The statement of the rule is roughly analogous to the appeal to the meaning of a statute or of a constitution, but it has less of a function to perform. It is window dressing. » *Ibid.*

L'exemple emblématique de ce type d'opérations se trouve dans l'opinion du juge Benjamin Cardozo qui, dans l'affaire *MacPherson v Buick Motor Co*¹²⁹⁷, reconstruit la jurisprudence antérieure concernant la responsabilité dans les chaînes contractuelles pour dégager une responsabilité fondée sur la négligence¹²⁹⁸. Parmi ces cas se trouve l'arrêt *Thomas v. Winchester*¹²⁹⁹, dans lequel un pharmacien avait vendu à un client une préparation fabriquée et étiquetée de façon erronée par un fabricant. Pour passer outre l'impossibilité d'engager la responsabilité de ce dernier en l'absence de relation contractuelle, le juge reconnaît une exception liée à la spécificité de son activité. La responsabilité peut être engagée en cas de « danger imminent [imminent danger] ». À la suite de cet arrêt, une partie importante de la controverse portée devant les juges se concentrait sur la détermination des cas dans lesquels il était permis de dire qu'il y avait un danger imminent¹³⁰⁰. Dans son opinion sur *MacPherson v Buick Motor Co*, un cas dans lequel la victime d'un accident automobile cherche à engager la responsabilité du constructeur avec lequel il n'entretient pas de relation contractuelle, Cardozo reconnaît le cas *Thomas v. Winchester* comme un cas majeur (« a landmark of the law »), mais ne reprend pas la notion de danger imminent. Il présente la décision, et les autres cas qui ne sont pas mentionnés ici, comme appliquant un principe qui n'était pas encore formulé : le constructeur a l'obligation de prévenir les dangers prévisibles, sa négligence entraîne donc sa responsabilité¹³⁰¹.

Si l'opération consistant à reformuler des cas antérieurs telle qu'elle est pensée en *Common Law* peut être utilisée de façon heuristique pour comprendre ce qui est à l'œuvre devant la CJUE, il faut prendre garde au fait que la question se pose dans des termes différents parce que la Cour ne s'inscrit pas dans un système reconnaissant la doctrine du précédent et que le modèle d'autorité sur lequel elle s'appuie diffère de façon importante de celui des juges états-uniens¹³⁰². La pratique de la CJUE s'inscrit plutôt dans le « modèle législatif [legislative model] » au sens de Jan Komárek. La légitimité des décisions ne repose pas sur le mythe d'une évolution incrémentale, par un processus d'essais et d'erreurs, mais plus sur l'autorité de la Cour en raison de sa place dans le système juridique¹³⁰³. L'idée

¹²⁹⁷ *MacPherson v. Buick Motor Co*, 217 N.Y. 382 (1916).

¹²⁹⁸ Cet arrêt est souvent pris comme exemple dans les travaux sur le raisonnement de *Common law*, V., parmi les textes les plus célèbres, V. LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *op. cit.*, p. 507s. ; SCHAUER F.F., *Thinking like a lawyer*, *op. cit.*, p. 45s. Heidi Li Feldman la détaille comme un cas « d'ingénierie conceptuelle [conceptuel engineering] », FELDMAN H.L., « Appellate Adjudication as Conceptual Engineering », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 76-97. Jan Komárek la cite comme exemple typique du modèle d'attachement au cas, KOMAREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 157.

¹²⁹⁹ *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 387 (1852).

¹³⁰⁰ FELDMAN H.L., « Appellate Adjudication as Conceptual Engineering », *op. cit.*, p. 81.

¹³⁰¹ Ce résumé partiel est repris à la présentation détaillée d'Heidi Li Feldman. *Ibid.*, p. 91s.

¹³⁰² Pour une correspondance entre les différentes façons de raisonner avec les cas précédents et différents modèles d'autorité du juge, V. KOMAREK J., « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 162s.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 163.

selon laquelle les termes de la décision ne sont qu'une formulation imparfaite de la règle appliquée en pratique trouve beaucoup moins d'échos dans ce cadre. Si l'idée que la formulation de la Cour n'est qu'une expression imparfaite de la règle se retrouve, c'est pour dire qu'elle n'est qu'une expression de la règle posée par l'auteur de textes normatifs, et non pour dire qu'il s'agit d'une expression imparfaite de la règle suivie en pratique depuis des temps ancestraux.

De manière générale, les décisions de la Cour sont « textualisées » au sens présenté ci-dessus, même s'il est toujours possible, comme cela a été dit, de recontextualiser les formules. Reformuler est donc une opération qui semble moins légitime et plus difficile que dans le contexte de *Common Law*, dans lequel, la reformulation du type de celle qui est opérée par Cardozo n'est pas toujours différenciée du *distinguishing*. Plutôt que de s'appuyer sur une nouvelle systématisation des cas antérieurs, la reformulation, dans la logique du « modèle législatif », doit plus être vue comme une interprétation des formules de la Cour que comme une nouvelle caractérisation de ce qui fait les similarités et les différences pertinentes entre les cas. La reconstruction *a posteriori* de la justification donnée dans des cas antérieurs, rare dans la pratique de la Cour, peut être nommée re-conceptualisation pour la distinguer de la re-caractérisation à l'œuvre dans les systèmes de *Common Law* et mettre en évidence le fait que la discussion porte plus sur les formules que sur les cas.

2. La re-conceptualisation

Cette opération peut être présentée en montrant comment la justification produite par la Cour dans les arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen* a été vue comme problématique par certains acteurs qui ont proposé de reconstruire leurs justifications. Le cas dans lequel la re-conceptualisation intervient est l'affaire *McCarthy*¹³⁰⁴. La Cour devait se prononcer sur une situation qui rappelait à certains égards celles des affaires *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*. Mme McCarthy, ressortissante du Royaume-Uni et de l'Irlande, avait toujours résidé dans le premier État et n'avait jamais exercé sa liberté de circulation. Elle cherchait à se prévaloir d'un droit de séjour, en tant que citoyenne de l'Union résidant dans un autre État membre. Si la demande peut paraître étonnante, Mme McCarthy disposant d'un droit de séjour inconditionnel dans son État de nationalité en tant que nationale, elle s'explique par l'objectif d'obtenir un titre de séjour pour son mari en tant que conjoint de citoyen de l'Union, en vertu des dispositions de la directive 2004/38. Comme le résume l'Avocate générale, « il s'agit donc, en fin de compte, d'un regroupement familial qui serait obtenu par le biais du droit de l'Union, puisque le droit

¹³⁰⁴ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277.

interne ne le permet pas¹³⁰⁵ ». L'enjeu, pour la requérante, est de savoir si l'on peut dire qu'un citoyen qui n'a jamais exercé sa liberté de circulation et qui séjourne sur le territoire de son État de nationalité, mais qui possède aussi la nationalité d'un autre État membre, peut se prévaloir des articles 18 et 21 TFUE¹³⁰⁶.

La Cour décide que « la situation d'une personne telle M^{me} McCarthy ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union et que l'ensemble des éléments pertinents de cette situation se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre¹³⁰⁷ ». En conséquence,

« l'article 21 TFUE n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours séjourné dans un État membre dont il possède la nationalité et qui jouit, par ailleurs, de la nationalité d'un autre État membre pour autant que la situation de ce citoyen ne comporte pas l'application de mesures d'un État membre qui auraient pour effet [...] d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹³⁰⁸ ».

Cette solution heurte de façon assez frontale la justification produite dans les arrêts *Garcia Avello* et *Zhu et Chen*.

Dans le premier arrêt, la Cour avait dit qu'un « rattachement au droit communautaire existait à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre¹³⁰⁹ ». La Cour s'appuyait, pour qu'il soit possible d'affirmer que les enfants séjournent légalement dans un autre État membre, sur la formule *Micheletti*, en vertu de laquelle il n'appartient pas aux États membres de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre. Dans l'affaire *McCarthy*, il faut d'ailleurs souligner que les autorités du Royaume-Uni n'avaient pas refusé les titres de séjour sollicités en raison de la nationalité de la requérante, mais parce

¹³⁰⁵ AG Kokott, ccl sur CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*, para. 20.

¹³⁰⁶ Cet arrêt, emblématique d'une volonté de limiter les droits du citoyen, tant par son interprétation de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen ou « critère Zambrano » que par son interprétation de la directive 2004/38, sera étudié plus en détail par la suite.

¹³⁰⁷ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*, para. 55.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, para. 56. La Cour propose en réalité une alternative dont nous avons enlevé la première branche, le critère Zambrano, sur lequel nous reviendrons par la suite, c'est-à-dire le cas où les mesures ont pour conséquence (« [...] de le [le citoyen] priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union ou [...] »). Sur le critère Zambrano, V. *infra*, partie III, chapitre 2, Section 2.

¹³⁰⁹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 27.

qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées d'un ressortissant d'un autre État membre en vertu de la directive. Elles avaient donc accepté de considérer leur ressortissante comme la ressortissante d'un autre État membre, au point qu'elles exigeaient qu'elle remplisse les conditions énoncées par la directive 2004/38. Dans l'arrêt *Zhu et Chen*, la Cour renvoyait à l'arrêt *Garcia Avello* pour dire que le seul fait qu'une personne n'ait pas fait usage de sa liberté de circulation n'impliquait pas que la situation soit « purement interne » en la privant, en conséquence, de sa capacité de se prévaloir des dispositions du droit communautaire en matière de liberté de circulation et de séjour des personnes¹³¹⁰.

La Cour ne dit pourtant pas que ces arrêts ne font plus autorité (*departing*). Elle ne dit pas non plus que la requérante au principal se trouve dans une situation différente de celle des citoyens dans les affaires précédentes, qui justifierait qu'elle se trouve dans une situation purement interne (*distinguishing*). Elle va reformuler l'arrêt *Garcia Avello* et ne rien dire sur le cas *Zhu et Chen*. Si la Cour dit distinguer l'affaire en cause de celle ayant conduit à l'arrêt *Garcia Avello*, elle se limite à proposer un résumé de la première sans en reprendre la justification¹³¹¹. Ensuite, elle soutient que :

« Ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt du 14 octobre 2008, Grunkin et Paul (C-353/06, Rec. p. I-7639), dans un contexte tel que celui examiné dans le cadre de l'arrêt *Garcia Avello*, précité, ce qui importait était non pas tant que la diversité des noms patronymiques était la conséquence de la double nationalité des intéressés, mais bien le fait que cette diversité était de nature à engendrer pour les citoyens de l'Union concernés des inconvénients sérieux qui constituaient une entrave à la libre circulation ne pouvant être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives et était proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi (voir, en ce sens, arrêt Grunkin et Paul, précité, points 23, 24 et 29¹³¹²). »

Enfin, elle conclut que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Garcia Avello*, « la mesure nationale en cause avait pour effet [...] d'entraver l'exercice de leur [les citoyens] droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹³¹³ ». Or, l'arrêt *Garcia Avello* était clairement rendu sur le fondement de la non-discrimination en raison de la nationalité – à même de s'appliquer parce que

¹³¹⁰ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 19.

¹³¹¹ « La présente affaire au principal se distingue également de celle ayant conduit à l'arrêt du 2 octobre 2003, *Garcia Avello* (C-148/02, Rec. p. I-11613). En effet, dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'application de la réglementation d'un État membre à des ressortissants de cet État membre ayant également la nationalité d'un autre État membre avait pour effet que ces citoyens de l'Union portaient des noms de famille différents au regard des deux systèmes juridiques concernés et que cette situation était de nature à engendrer, pour eux, de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre dont ils ont la nationalité des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans l'autre État membre dont ils possèdent également la nationalité. » CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*, para. 51.

¹³¹² *Ibid.*, para. 52.

¹³¹³ *Ibid.*, para. 53.

les citoyens résidaient légalement sur le territoire d'un autre État membre. La Cour abandonne cette justification et conceptualise *a posteriori* l'arrêt *Garcia Avello* comme fondé sur l'entrave, en s'appuyant sur l'arrêt *Grunkin et Paul*. La Cour ne se fonde d'ailleurs que sur un passage de l'arrêt, puisque, dans celui-ci, comme dans l'arrêt *Zhu et Chen* d'ailleurs, elle affirmait qu'un rattachement au droit communautaire existait à l'égard de citoyens qui sont ressortissants d'un État membre et qui résident légalement sur le territoire d'un autre État membre¹³¹⁴. La Cour ne dit pas que la situation de l'affaire *Garcia Avello* aurait dû être décidée avec le modèle de justification adopté dans l'arrêt *Grunkin et Paul*; elle affirme que tel a été le cas.

Cette opération, parfois présentée comme relevant du *distinguishing*¹³¹⁵, peut être distinguée de la pratique dans laquelle la re-contextualisation permet de spécifier les normes d'usage d'un concept. En effet, la Cour ne reconnaît pas l'autorité de la justification passée, mais lui substitue une autre justification en disant que celle-ci était déjà présente dans le premier arrêt¹³¹⁶. L'intérêt de la l'opération est évident en l'espèce. La reformulation des normes gouvernant les cas dans lesquels le citoyen peut se prévaloir de son statut peut rendre compte des solutions obtenues dans les arrêts *Garcia Avello* et *McCarthy*, alors que les normes exprimées dans le premier arrêt devraient conduire à une solution différente dans le second, à moins de procéder à une difficile opération de distinction¹³¹⁷. Toutefois, cette reformulation ne va pas sans poser de nouveaux problèmes, provenant cette fois de la nouvelle conceptualisation de l'affaire *Garcia Avello*.

La Cour estime en effet que « la non-prise en compte par les autorités du Royaume-Uni de la nationalité irlandaise de M^{me} McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, ni d'ailleurs dans aucun autre droit qui lui est conféré par son statut de citoyenne de l'Union¹³¹⁸ ». Or, si cette nationalité ne permettait pas à la requérante de se prévaloir d'un droit de séjour fondé sur la directive (c'est un des enjeux importants de l'arrêt qui n'est pas développé

¹³¹⁴ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 17.

¹³¹⁵ C'est ce que peut laisser entendre le paragraphe 51. C'est également ainsi que le Président Lenaerts la présente, V. LENAERTS K., « The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges: the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 50.

¹³¹⁶ CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law: text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 485. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.* et CJCE, 23 avril 2009, *Rijffler*, *op. cit.*

¹³¹⁷ Le *distinguishing* est toujours possible *in abstracto*, mais il faut trouver des raisons distinguant les situations susceptibles de convaincre le juge (pour les participants à la controverse) ou recevables par ses auditoires (pour le juge).

¹³¹⁸ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, *op. cit.*, para. 49.

ici), elle pourrait éventuellement, en application de la jurisprudence *Zhu et Chen*, lui permettre de se prévaloir d'un droit de séjour fondé sur le traité. Ainsi que l'affirme le Président Lenaerts, poursuivant la re-conceptualisation sur ce point, « comme le montre *Garcia Avello*, il suffit que les mesures nationales contestées causent de “sérieux inconvénients” à un droit attaché au statut de citoyen de l'Union¹³¹⁹ ». La difficulté est que, dans cette hypothèse, le fait que les enfants Garcia Avello soient reconnus sous le nom de Garcia Avello en Belgique et sous celui de Garcia-Weber en Espagne est jugé comme restreignant leur liberté de circulation et de séjour, alors que l'impossibilité pour Mme McCarthy de vivre avec son mari dans l'État où elle réside n'est pas considérée comme tel. La confrontation de ces solutions laisse donc penser que la Cour estime que l'impossibilité de vivre avec son conjoint affecte moins la liberté de circuler et de séjourner que le fait d'être inscrit sous des noms différents à l'état civil dans deux États membres¹³²⁰.

Une possibilité serait de considérer que l'arrêt conduit également à abandonner implicitement la solution adoptée dans l'arrêt *Zhu et Chen*, selon laquelle le séjour dans un autre État membre constitue un facteur de rattachement avec le droit de l'Union. Si la Cour reste silencieuse sur la question, le Président Lenaerts soutient qu'il ne faudrait en aucun cas y voir une incohérence. Au contraire, explique-t-il, une « lecture attentive » de l'arrêt *Zhu et Chen* montrerait que cette affaire est « parfaitement cohérente » avec l'arrêt *McCarthy*. Cette « lecture attentive » le conduit à une reformulation complète du premier arrêt, qui est présenté comme une sorte d'application anticipée du critère Zambrano¹³²¹. Il explique en effet que ce n'est pas la nationalité irlandaise de l'enfant se trouvant sur le territoire britannique qui constitue le lien de rattachement avec le droit de l'Union, comme le dit la Cour dans l'arrêt, mais le fait que l'éloignement de sa mère l'aurait obligé à quitter le territoire de l'Union, la privant en conséquence de la jouissance effective de l'essentiel des droits qu'elle tient de son statut. La cohérence dont parle le Président réside donc dans le fait que l'arrêt *Zhu et Chen* peut être reconceptualisé comme une application implicite du critère Zambrano¹³²².

¹³¹⁹ « As *Garcia Avello* shows, it suffices that the national measures at issue cause “serious inconvenience” to a right attaching to the status of citizen of the Union. » LENAERTS K., « The Court's Outer and Inner Selves : Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 50.

¹³²⁰ D'autres constructions étaient possibles pour éviter cette difficulté en aboutissant à la même solution pour le cas d'espèce. La Cour aurait par exemple pu considérer que la liberté de séjourner et de circuler de Mme McCarthy était entravée, mais que cette entrave était justifiée.

¹³²¹ LENAERTS K., « The Court's Outer and Inner Selves : Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 51.

¹³²² Cette reconstruction permettant d'affirmer la cohérence des arrêts de la Cour dans le cadre de la liberté de circulation se heurte toutefois à la jurisprudence postérieure relative au critère Zambrano. Sur ces questions, V. *infra*, partie III, chapitre 2, section 2.

La substitution d'une nouvelle justification, reprenant le critère Zambrano développé postérieurement à l'arrêt *Zhu et Chen*, permet d'affirmer que la solution acquise pourrait être maintenue, quand bien même la résidence légale d'un citoyen sur le territoire d'un autre État membre ne permettrait plus, de manière générale, de se prévaloir du droit de l'Union. Cette relecture de l'arrêt *Zhu et Chen* n'a pas été reprise par la Cour alors que la question se posait à l'occasion de l'affaire *Rendon Martin*. Celle-ci, suivant son Avocat général et la position défendue par les gouvernements espagnol, grec, italien et polonais ainsi que la Commission, dit qu'elle avait décidé dans l'arrêt *Zhu et Chen* que la requérante disposait d'un droit de séjour parce qu'elle résidait sur le territoire d'un autre État membre et non par l'application du critère Zambrano¹³²³. De même, dans l'arrêt *Freitag*, la Cour estime de façon très claire que, « selon une jurisprudence constante, un rattachement au droit de l'Union existe à l'égard de personnes ressortissantes d'un État membre et séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre », en se référant à l'arrêt *Garcia Avello*¹³²⁴.

L'intervention du président de la Cour en dehors de son office montre déjà que l'opération de reformulation n'est pas l'apanage du juge. La construction de la cohérence de la jurisprudence de la Cour est l'œuvre d'un travail conceptuel dont les possibilités ne sont pas limitées *a priori*, mais dépendent, dans un contexte donné, de l'imagination et de l'effort des participants à la controverse, ainsi que, le cas échéant, de leurs contradicteurs. Si c'est bien le juge qui l'accepte ou non *in fine*, celle-ci peut être proposée par d'autres participants à la controverse. Le service juridique central de la ville de Karlsruhe propose par exemple une reconstruction intéressante des affaires *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul* à l'occasion de l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*. Elle peut être vue comme présentant un cas limite entre une véritable re-conceptualisation et une opération de *distinguishing*.

Le service défendait une construction de la jurisprudence antérieure permettant de distinguer la situation en cause tant de celle de l'affaire *Garcia Avello* que de celle de l'affaire *Grunkin et Paul*. Il explique en effet que la jurisprudence de la Cour est fondée sur « le principe de première transcription » et que celui-ci implique que « le nom légalement enregistré pour la première fois dans un État membre bénéficierait d'une priorité¹³²⁵ ». Les États n'auraient « que l'obligation de reconnaître

¹³²³ CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, para. 38s. V. également, AG Szpunar, ccl sur CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.*, para. 76s.

¹³²⁴ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 34. Cette mention peut d'ailleurs être vue comme d'autant plus significative qu'elle n'était pas vraiment nécessaire pour justifier le rattachement au droit de l'Union. En effet il pouvait assez facilement être soutenu que le requérant au principal avait fait exercice de sa liberté de circulation puisqu'il était né en Roumanie et résidait en Allemagne.

¹³²⁵ AG Wathelet, ccl sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 39.

un changement de nom qui a été enregistré dans l'État membre de naissance ou de résidence¹³²⁶ ». Le « principe de première transcription », tel qu'il est présenté par le service juridique central de la ville de Karlsruhe, permet d'expliquer la possibilité pour le citoyen de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité dans l'affaire *Garcia Avello* et la caractérisation d'une entrave à la circulation dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, tout en affirmant que M. Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff ne saurait s'en prévaloir. Cette construction est rejetée par l'Avocat général, tant pour la non-discrimination (l'acquisition ultérieure de la nationalité ou la résidence ne sont pas pertinentes pour constater une différence de situation¹³²⁷) que pour la restriction à la libre circulation (« Si, [dans l'arrêt *Grunkin et Paul*], les autorités allemandes étaient tenues de reconnaître le premier et seul nom de famille que l'enfant en cause avait acquis au Danemark, cela résultait des faits de cette affaire plutôt que d'une constatation d'un principe d'application général¹³²⁸. ») Cette proposition, qui repose en partie sur une distinction des différentes situations à l'œuvre, peut aussi être vue comme une reformulation dans la mesure où il est proposé de substituer au critère des « sérieux inconvénients » un « principe de première transcription ».

À côté de la Cour ou des acteurs intervenant directement dans la controverse, d'autres acteurs s'occupent de la reformulation des règles posées par la Cour. Le travail de conceptualisation de la doctrine peut être vu comme procédant de ce type d'opération. Ainsi, des auteurs estiment – s'appuyant toutefois plus sur le cas *Grunkin-Paul* que sur l'affaire *Garcia Avello* – que ces arrêts peuvent être vus comme procédant de la volonté de reconnaître le caractère transnational de la situation des requérants et l'importance du nom comme élément du statut du citoyen. Loïc Azoulai parle de la protection d'un « statut personnel unique en cas de rattachements multiples dans l'Union¹³²⁹ ». Anastasia Iliopoulou-Penot y voit la mise en œuvre d'une protection des « éléments liés à l'identité dans les situations transnationales¹³³⁰ ». Il était aussi possible de soutenir, de façon plus générale, comme Alina Tryfonidou, que c'est l'exercice de son droit de séjour dans un autre État membre par le citoyen qui rattache sa situation au droit de l'Union¹³³¹. L'arrêt *Garcia Avello* est

¹³²⁶ *Ibid.*, para. 53.

¹³²⁷ *Ibid.*, para. 44.

¹³²⁸ *Ibid.*, para. 69.

¹³²⁹ V. AZOULAI L., « Le sujet des libertés de circuler », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 404.

¹³³⁰ « protection of identity elements in transnational situations », ILIOPOULOU-PENOT A., « The Transnational Character of Union Citizenship », M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE et E. SPAVENTA (dir.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2012, p. 18.

¹³³¹ TRYFONIDOU A., *The impact of Union citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 41.

interprété sur le même modèle que le raisonnement tenu dans l'arrêt *Bickel et Franz* et *Grzelczyk*, le droit de séjour remplaçant le droit de circulation. L'inférence centrale du raisonnement serait la suivante : « si X est un citoyen de l'Union et qu'il a exercé son droit de séjour, alors X peut se prévaloir du droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité *pour les mesures de nature à faciliter l'exercice de son droit de séjour* ». Ces conceptualisations ne substituent pas complètement une justification à une autre, mais proposent une justification qui serait mieux à même de rendre compte de la jurisprudence de la Cour. Les deux premières propositions pourraient être utilisées pour justifier que les enfants Garcia Avello ne sont pas dans une situation interne contrairement à Mme McCarthy. La justification fondée sur l'exercice du droit de séjour aboutirait aussi à rattacher une situation comme celle de Mme McCarthy au droit de l'Union. Les cas cités peuvent être vus comme des reformulations faites dans le langage du système, au sens où elles pourraient être défendues par des participants à la controverse ou adoptées par la Cour.

La reformulation est donc une opération qui préserve la solution acquise dans un cas antérieur, mais qui ne reconnaît plus l'autorité de la justification employée pour la justifier et lui en substitue une nouvelle. Dans certains cas, elle peut constituer une alternative aux opérations précédentes. Il a été dit que, se voyant opposer l'obligation de respecter le Seigneur formulée le matin, le père jurant à table pouvait adopter différents types de réponses. Il peut dire que la situation est différente, jurer à table n'offense pas le Seigneur contrairement à porter son chapeau dans une église (*distinguishing*). Il peut revenir expressément sur la règle en disant qu'elle a changé ou qu'il s'était trompé le matin en la présentant comme telle (abandon explicite) ou ne pas répondre sur ce point (abandon implicite). La re-conceptualisation est encore une réponse différente. Elle consiste à dire qu'il fallait bien retirer son chapeau en entrant dans l'église, comme il l'a fait le matin, mais que c'était par ce qu'il n'est pas respectueux de ne pas se découvrir lorsque l'on entre dans un lieu public et non parce qu'il faut respecter le Seigneur.

Ainsi, lorsqu'un concept est utilisé au cours du temps, les relations qu'il entretient avec d'autres concepts ne sont pas complètement déterminées *a priori*, mais le sont progressivement, au fil de son usage dans différentes occurrences. Cette articulation procède d'un ensemble de choix faits par la Cour, dans le contexte spécifique du procès, qui s'inscrit lui-même dans un contexte plus large. La détermination du contenu conceptuel est alors un processus social, historique et contingent. Les questionnements et les mises en relation sont le produit d'interventions historiquement et socialement situées. Le juge occupe une place particulière en tant qu'interprète authentique. Il faut toutefois prendre garde au fait que son pouvoir d'arrêter la controverse n'est pas absolu. Le privilège de

l'interprète authentique trouve sa limite dans la réception de son acte de langage. Si le renvoi préjudiciel en interprétation peut être vu comme un débat conceptuel ou méta-sémantique, il prend la forme d'un discours qui doit lui-même être interprété et qui peut être sujet à discussion. C'est en ce sens que la controverse se trouve enrichie par les différentes prises de position de la Cour, qui sont elles-mêmes controversées. Cette limite du pouvoir du juge peut d'ailleurs être retournée à son profit. En effet, le juge discourt également sur ses propres productions, et, toujours en raison de son statut spécifique, il dispose d'une place particulière pour les instituer ou, au contraire, les destituer.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Dans l'approche retenue, les concepts ne sont pas complètement déterminés ; le contexte dans lequel ils sont utilisés étant toujours différent, aucun usage d'un concept par la Cour ne le laisse entièrement indemne. Refuser l'alternative entre la simple application d'un contenu conceptuel déjà déterminé et l'institution d'un contenu conceptuel complètement nouveau, pour considérer que chaque application développe le contenu du concept, a permis de déplacer la recherche sur d'autres questions. Plutôt que de se demander si l'on peut parler d'un concept après le premier arrêt de la Cour qui utilise la citoyenneté, puis, à chaque nouvel usage, s'il s'agit du même ou d'un autre ; l'enquête a pu se déplacer sur les mécanismes conduisant à instituer le contenu conceptuel. En ce sens, nous avons suivi l'invitation d'Edward Levi appelant à sortir de la controverse opposant le droit vu comme un ensemble de règles immuables au droit conçu comme ne servant qu'à décider des cas particuliers, pour considérer le forum juridique comme « la manifestation la plus explicite du mécanisme nécessaire à un système de classification évolutif¹³³² ».

La distinction entre les différentes postures historiographiques proposée par Robert Brandom permet de revenir sur différentes façons de considérer la controverse juridique. La volonté de prendre en compte les différentes positions telles qu'elles étaient défendues au moment de la controverse, dans le cadre du principe de symétrie, correspond à une historiographie *de dicto*. Au contraire, la négation de l'historicité des différentes affirmations se rapprocherait de l'historiographie *de re*. Ce type de démarche se retrouve lorsque les juges ou les commentateurs font dialoguer différentes assertions comme si elles portaient sur la même chose alors qu'elles ont été émises dans des contextes très différents. Un exemple caractéristique de ce type d'historiographie est la confrontation de citations d'auteurs de toutes époques sur la citoyenneté ; les affirmations d'Aristote sont confrontées à celles

¹³³² « The law forum is the most explicit demonstration of the mechanism required for a moving classification system. » LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 503, note omise.

de Jürgen Habermas, comme s'ils parlaient de la même chose ou faisaient face aux mêmes questions¹³³³.

L'historiographie *de traditione*, dans laquelle s'inscrit la reconstruction rationnelle mérite une attention particulière. En effet, le travail de reconstruction occupe une place importante dans l'activité des participants à la controverse ; celle-ci peut, à certains égards, être vue comme opposant différentes reconstructions de la jurisprudence précédente. La nécessité qu'il peut y avoir de présenter la solution actuelle comme s'inscrivant dans la tradition des décisions passées implique un travail de construction de la tradition. La façon dont Robert Brandom conçoit la reconstruction rationnelle permet de penser l'autorité des précédents dans un modèle où celle-ci n'est pas donnée mais construite dans un processus d'engagement et de reconnaissance réciproque.

À la différence de ce que fait Robert Brandom dans *Tales of the mighty dead*, nous n'avons pas entrepris une historiographie *de traditione* ; nous avons simplement proposé de concevoir une partie de la controverse sur les concepts juridiques devant le juge comme s'inscrivant dans une telle démarche. Nous n'avons donc pas renoncé au principe de symétrie ou à l'historicité des constructions juridiques, mais simplement proposé de rendre compte du fait que, dans le contexte du droit de l'Union, de nombreux acteurs produisent des reconstructions rationnelles qui s'inscrivent, elles, dans une historiographie *de traditione*. Notre objet n'a pas été de prendre parti sur celles-ci – par exemple, la Cour utilise-t-elle de façon acceptable tel ou tel précédent ? – mais de se demander ce qu'elle fait en agissant ainsi, et, plus particulièrement, comment ce type d'opération participe à l'institution du contenu conceptuel. Ceci a notamment permis de mettre en évidence différentes opérations types du juge, sur les formules et sur les cas, qui participent à l'institution du contenu conceptuel.

¹³³³ C'est ce type d'approche qui concentre l'essentiel de la critique développée en histoire intellectuelle dans la seconde partie du XX^e siècle. V. par ex. SKINNER Q., *Visions of Politics. Volume 1: Regarding Method*, Cambridge, CUP, 2002, p. 86.

Troisième Partie

LA DYNAMIQUE DU CADRE CONCEPTUEL

S'inscrire dans la langue du droit de l'Union, au sens de reprendre ses concepts, son style et ses formes, est ce qui permet aux différents acteurs de la controverse d'articuler leurs prétentions ou de communiquer une décision sur la signification d'un texte ou sur le contenu d'une norme. Les participants à la controverse formulent leurs arguments dans le cadre conceptuel du droit de l'Union : par exemple, « le statut de citoyen permet de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité » ou « le droit de circuler doit être interprété largement ». Si, au premier abord, les normes d'une pratique linguistique peuvent être vues comme des contraintes, il faut immédiatement souligner, avec Robert Brandom, que c'est parce qu'elles sont contraignantes qu'elles permettent à ceux qui s'y soumettent d'agir.

« Les normes linguistiques sont spécifiques au sens où lorsqu'elles nous *contraignent*, elles nous donnent une forme particulière de *liberté*. Se soumettre aux normes linguistiques en adoptant un vocabulaire est indéniablement une contrainte. Cela implique d'abandonner ce qu'Isaiah Berlin appelle une liberté négative – c'est-à-dire une liberté *de ne pas être* contraint. Tout ce que l'on fait ne compte pas comme un coup dans un jeu de langage. Mais comme cela nous permet aussi de faire et de comprendre un nombre illimité de nouvelles assertions, de formuler un nombre illimité de nouveaux concepts, de définir un nombre illimité de nouveaux buts, et ainsi de suite, se soumettre aux normes implicites d'un vocabulaire confère en même temps une liberté positive sans pareil. Cela confère la liberté *de* faire des choses que nous ne pouvions non seulement pas faire auparavant, mais que nous ne pouvions même pas *vouloir* faire¹³³⁴. »

De même, dans le cadre de sa réflexion sur l'interprétation, Stanley Fish souligne que « notre liberté est fonction – dans le sens de dépendre de – d'une autre structure de contrainte sans laquelle il serait impossible d'agir¹³³⁵ ». « Une action peut seulement être conçue contre une structure faite de parcours

¹³³⁴ « Linguistic norms are special, in that being *constrained* by them gives us a distinctive sort of *freedom*. Subjecting oneself to linguistic norms by embracing a vocabulary is undeniably a form of constraint. It involves the surrender of what Isaiah Berlin calls negative freedom – that is, freedom *from* constraint. Not just anything one does counts as making a move in the language game. But since it also enables one to make and understand an indefinite number of novel claims, formulate and indefinite number of novel concepts, frame an indefinite number of novel purposes, and so on, subjecting oneself to constraint by the norms implicit in a vocabulary at the same time confers unparaleded positive freedom – that is, freedom *to* do things one could not only not do before, but could not even *want* to do. » BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism: Synthetizing Naturalism and Historicism », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, 2000, p. 177-178.

¹³³⁵ FISH S., *Respecter le sens commun: rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, traduit par Odile NERHOT, Diegem - Paris, E. Story-Scientia - LGDJ, coll. « La Pensée juridique moderne », 1995, p. 277.

alternatifs, une structure qui est déjà une contrainte en ce que, en signalant certaines actions comme possibles, elle en rend d'autres, qui pourraient apparaître comme des possibilités dans une structure différente, irréalisables¹³³⁶. » Duncan Kennedy observe cette même dualité pour le juge, « à la fois libéré et contraint en raison du fait que son travail lui impose de parler, d'argumenter, dans un langage particulier¹³³⁷ ».

Dire que le statut de citoyen de l'Union est exprimé dans le cadre du droit de l'Union n'implique pas que celui-ci ne soit pas modifié. Au contraire, le recours à la non-discrimination en raison de la nationalité et aux libertés de circuler et de séjourner ne va pas sans une certaine transformation de ces concepts. La reprise des concepts de liberté de circulation et de non-discrimination entraîne une transformation de ceux-ci, parce qu'ils peuvent être invoqués en dehors de situations liées aux circulations économiques, mais aussi parce qu'ils sont de plus en plus conçus comme de véritables droits subjectifs. Il faut rappeler que, dans l'approche des concepts retenue, l'usage des concepts dans de nouveaux contextes ne saurait les laisser indemnes. Le contenu des concepts est institué par leur usage et il n'est pas possible de distinguer de façon absolue entre l'application d'un contenu conceptuel complètement déterminé et l'institution d'un contenu entièrement nouveau. Comme le dit Robert Brandom : « [u]tiliser un vocabulaire, c'est le changer. C'est ce qui distingue les vocabulaires des autres outils¹³³⁸ ».

Dans la même perspective, Richard Rorty souligne que le problème avec la métaphore wittgensteinienne selon laquelle le langage est un outil est que, si l'artisan connaît l'objectif à atteindre avant d'utiliser ou d'inventer l'outil nécessaire à cette fin, « au contraire, quelqu'un comme Galilée, Yeats ou Hegel [...] est typiquement incapable de formuler exactement ce qu'il veut faire avant d'avoir développé un langage dans lequel il parvient à le faire¹³³⁹ ». L'image est excessive, en opposant de façon trop radicale un ancien et un nouveau vocabulaire et en donnant une vision romantique de la

¹³³⁶ *Ibid.*

¹³³⁷ « both liberated and constrained because her job requires her to speak, to argue in, a particular language ». KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997, p. 133.

¹³³⁸ « To use a vocabulary is to change it. That is what distinguishes vocabularies from other tools. » BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 177.

¹³³⁹ « By contrast, someone like Galileo, Yeats, or Hegel (a 'poet' in my wide sense of the term - the sense of "one who makes things new") is typically unable to make clear exactly what he wants to do before developing the language in which he succeeds in doing it. » RORTY R., *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge, CUP, 1989, p. 12-13. Cité par BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 169.

nouveauté¹³⁴⁰. Toutefois, l'essentiel se trouve dans la renonciation à l'indépendance des fins et des moyens, dans la continuité du pragmatisme de Dewey. Comme le résume Robert Brandom :

« Un physicien du dix-neuvième siècle n'aurait pu chercher à déterminer si les neutrons avaient une masse. Aucun gouverneur romain, même bien intentionné, n'aurait pu décider de respecter les droits de l'homme des individus se trouvant sous son pouvoir. Un poète du Moyen-âge n'aurait pu entreprendre de dépeindre les ravages causés par la rigidité de la répartition genrée des rôles inscrite dans une histoire familiale typique sur la vie d'un individu¹³⁴¹. »

Un langage spécifique est beaucoup plus qu'un simple moyen permettant d'atteindre un objectif défini en dehors de celui-ci. Il permet de penser, de formuler, et même de vouloir de nouvelles fins.

Lorsqu'ils distinguent le langage des outils conçus comme des moyens permettant d'atteindre des fins déterminées par ailleurs, Richard Rorty et Robert Brandom n'entendent pas livrer une réflexion sur les outils. L'image classique de l'outil est utilisée de façon didactique dans le cadre d'une réflexion sur le langage. Or, cette image a été profondément remise en cause par les travaux développés en sociologie des sciences et des techniques. Ceux-ci ont montré que les outils, linguistiques ou non, ne sauraient être réduits à de simples moyens permettant d'atteindre des fins définies en dehors d'eux-mêmes. En retournant le procédé utilisé par les philosophes, ces travaux peuvent être utilisés pour penser le langage, ainsi que le font des auteures comme Annelise Riles ou Mariana Valverde pour les techniques juridiques¹³⁴². Si les concepts juridiques sont un objet digne d'intérêt, c'est notamment parce qu'ils ne se limitent pas à être de simples outils, totalement contrôlés, utilisés pour atteindre des fins définies en dehors de leur usage. C'est aussi ce qui justifie que les termes de la controverse juridique soient pris au sérieux et que celle-ci ne soit pas réduite aux oppositions politiques ou économiques qui lui sont sous-jacentes.

Considérer le droit de l'Union dans ses propres termes repose sur l'hypothèse que le droit de l'Union peut être vu comme disposant d'une culture, d'un langage et d'un cadre conceptuel propres, qui ne sont pas réductibles à ceux des États membres. Le cadre conceptuel désigne, de façon très

¹³⁴⁰ C'est ce que reconnaît l'auteur lui-même, en remarquant que cela pourrait laisser entendre qu'un génie peut inventer à lui seul un langage. V. RORTY R., « Response to Brandom », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Blackwell., Malden, 2000, p. 188.

¹³⁴¹ « No nineteenth-century physicist could have the goal of determining whether neutrinos have mass. No ancient Roman governor, however well-intentioned, could resolve to respect the human rights of the individuals over whom he held sway. No medieval poet could set out to show the damage wrought on an individual life by the rigidity of gender roles inscribed by an archetypal family romance. » BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », *op. cit.*, p. 169.

¹³⁴² V. *supra*, introduction.

large, un ensemble de connaissances, implicites ou explicites. Il ne s'agit pas de s'intéresser seulement à ce que fait la Cour, mais aussi à la façon dont ce qu'elle fait est théorisé par les acteurs ou les observateurs du droit de l'Union. Comme Michel Callon et d'autres auteurs l'ont soutenu pour l'économie – développant l'idée de la performativité de l'économie, au sens d'*economics*, c'est-à-dire de la discipline –, le rôle constitutif du savoir juridique doit être inclus dans le champ de l'enquête¹³⁴³. Dans cette perspective, des auteurs ont récemment proposé dans le cadre des études européennes d'enquêter sur la « co-production des théories et pratiques de l'intégration européenne¹³⁴⁴ ». De même que les marchés sont encadrés dans l'économie, au sens de la discipline, les pratiques juridiques sont encadrées dans un ensemble de connaissances juridiques produites tant par les acteurs eux-mêmes que par ceux qui les observent.

Ce phénomène d'encastrement ne va pas sans un certain désencastrement ; toute façon de voir est également une façon de ne pas voir. Les concepts pensés dans les cadres conceptuels nationaux sont extraits de ceux-ci pour être introduits dans celui du droit de l'Union. Il serait erroné de penser que, parce que la construction européenne est récente, il ne serait pas possible de parler d'une culture juridique du droit de l'Union ou d'un cadre conceptuel propre. Au contraire, il doit être considéré que, comme construction nouvelle et singulière, le droit de l'Union est consubstantiel du développement d'un ensemble de techniques et de théories spécifiques. Antoine Vauchez a montré que la construction du droit de l'Union s'appuyait sur tout un ensemble de « doctrines maisons¹³⁴⁵ ». Si le phénomène de traduction qui nous occupe est essentiellement celui de la formulation de questions issues des cultures nationales dans les termes du droit de l'Union, il faut noter que la réciproque joue également un rôle important. L'effectivité des constructions intellectuelles du droit de l'Union dépend également de leur traduction dans les cadres conceptuels nationaux¹³⁴⁶.

¹³⁴³ V. CALLON M. (dir.), *The laws of the markets*, Londres, Blackwell, 1998 ; MACKENZIE D.A., F. MUNIESA, et L. SIU (dir.), *Do economists make markets ? on the performativity of economics*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

¹³⁴⁴ V. ADLER-NISSEN R. et K. KROPP, « A Sociology of Knowledge Approach to European Integration : Four Analytical Principles », *Journal of European Integration*, 2015, vol. 37, n° 2, p. 155-173. Considérant particulièrement le droit, V. VAUCHEZ A., « Methodological Europeanism at the Cradle: Eur-lex, the Acquis and the Making of Europe's Cognitive Equipment », *Journal of European Integration*, 2015, vol. 37, n° 2, p. 193-210 ; BARTL M., « Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union : Resuscitating the Market as the Object of the Political », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 5, p. 572-598.

¹³⁴⁵ VAUCHEZ A., *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Gouvernances », 2013, p. 44.

¹³⁴⁶ Soulignant l'importance des juges nationaux, sous l'angle institutionnel, V. DAVIES G., « Activism relocated. The self-restraint of the European Court of Justice in its national context », *Journal of European Public Policy*, 2012, vol. 19, n° 1, p. 76-91.

L'étude de ces théories est cruciale pour poursuivre l'enquête sur les concepts juridiques. Il faut toutefois prendre garde, avec Paul Kahn, à ne pas prendre cette « auto-théorisation » comme faisant partie d'« une discipline théorique étudiant la culture de la pratique juridique » mais l'inclure dans l'objet d'étude¹³⁴⁷. Si le caractère absolu de la distinction tracée par l'auteur peut être discuté, il permet de préciser notre position. Il ne s'agit pas de faire des propositions sur la façon dont les concepts juridiques devraient être construits, que ce soit pour proposer une théorie de la citoyenneté européenne, ou, de façon plus modeste, pour dire qu'il existe un problème de « discrimination à rebours » et concevoir les moyens de le résoudre. Ceci relève directement du travail conceptuel que nous proposons d'étudier. C'est en cela que notre approche se distingue des travaux doctrinaux qui cherchent à interpréter le droit, résoudre des problèmes juridiques ou suggérer des réformes jugées souhaitables. Nous nous distinguons aussi de la plupart des approches culturelles, critiques ou politiques, dans la mesure où notre objectif n'est pas tant de mettre en évidence les contradictions du système ou les rapports de force qui lui sont sous-jacents, que de chercher à « comprendre la connaissance juridique dans ses propres termes, incluant sa signification et son attrait du point de vue des différents acteurs juridiques¹³⁴⁸ ».

Ainsi qu'il a été souligné, le cadre conceptuel doit être vu à la fois comme permettant de vouloir et de faire de très nombreuses actions, mais aussi comme limitant ce qui peut être fait et même ce qui peut être désiré. En ce sens, il est à la fois libérateur et contraignant. Ces deux aspects ne sont pas dissociables ; ils doivent être vus comme la médaille et son revers. Il est toutefois possible de mettre en évidence la force que revêt le cadre conceptuel du droit de l'Union pour construire la citoyenneté (chapitre 1) avant de souligner que les attentes suscitées par le terme de citoyen peuvent mener à construire le cadre comme insuffisant en vue de le dépasser (chapitre 2).

¹³⁴⁷ « auto-theorizing », « a theoretical discipline that studies the culture of legal practice » KAHN P.W., *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 87.

¹³⁴⁸ « understand legal knowledge on its own terms, including its significance and appeal from various legal actors' own point of view ». RILES A., « Legal Knowledge », D.S. CLARKE (dir.), *International Encyclopedia of Law and Society*, 2007, p. 885- 888.

CHAPITRE 1. LA FORCE DU CADRE CONCEPTUEL

Les droits de circulation et de séjour du citoyen, ainsi que celui de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité, sont conçus à partir du cadre conceptuel des libertés de circulation. Il a été montré que la structure des droits du citoyen pouvait être présentée à partir de la grille d'analyse de Hohfeld, mais que celle-ci ne permettait pas de voir le rôle fondamental des formes à l'œuvre au cœur même des concepts juridiques¹³⁴⁹. En effet, pour comprendre ce qu'impliquent le droit de ne pas être discriminé ou le droit de circuler, il est nécessaire de connaître des doctrines telles que la primauté, l'effet utile ou l'effet direct, propres à un certain contexte. Une autre objection faite à la grille de Hohfeld par certains auteurs, comme Neil MacCormick, est que certains *droits* pourraient exister indépendamment de *devoirs*. Pour le théoricien du droit écossais, le *droit* ne serait en effet pas simplement le corolaire d'un *devoir*, mais une raison pour imposer de nouveaux *devoirs*¹³⁵⁰. Dans le même sens, Joseph Raz critique l'approche de Hohfeld comme statique, manquant « l'aspect dynamique des droits » : « [l]es droits reconnus légalement peuvent être des raisons légales au soutien d'un changement légal¹³⁵¹ ». Occulter cet aspect conduit à passer à côté du rôle des droits comme « raisons pour changer et développer le droit¹³⁵² ». Joxerramon Bengoetxea et Niilo Jääskinen, qui ont proposé d'utiliser la grille d'analyse de Hohfeld en droit de l'Union, s'inscrivent plutôt dans cette lecture sous l'influence de MacCormick¹³⁵³.

¹³⁴⁹ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 2.

¹³⁵⁰ V. MACCORMICK N., « Rights in Legislation », P.M.S. HACKER et J. RAZ (dir.), *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 1977, p. 189-209.

¹³⁵¹ « They establish the dynamic aspect of rights. Legal rights can be legal reasons for legal change. They are the ground for developing the law in certain directions. » RAZ J., « Legal Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, vol. 4, n° 1, p. 14-15.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 15.

¹³⁵³ V. BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », R. BANAKAR (dir.), *Rights in context : law and justice in late modern society*, Burlington, Ashgate, 2010, p. 277-300 ; BENGOETXEA J., « Rights (and obligations) in EU law », A. MENON, E. JONES et S. WEATHERILL (dir.), *The Oxford handbook of the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford handbooks in politics & international relations », 2012, p. 734-748.

Cette critique de l'approche de Hohfeld met en évidence le rôle du discours sur les droits dans la justification d'une évolution du droit. Toutefois, plutôt que de déformer ce qui fait la force du cadre de Hohfeld (en revenant sur la corrélativité), il semble préférable d'en reconnaître les limites et de ne pas confondre les *droits* et *libertés*, au sens des incidents hohfeldiens, avec le discours juridique usuel sur les droits. La distinction entre les *droits* et les *libertés* faite par l'auteur états-unien permet de bien comprendre la distinction entre l'analyse hohfeldienne et une explication de la « dynamique des droits » dans les termes de Joseph Raz ou de MacCormick. La distinction est fondamentale pour Hohfeld, parce qu'elle lui permet de critiquer de façon vigoureuse la déduction erronée de *droits* (et donc de *devoirs*) à partir de *libertés*. Hohfeld critique par exemple l'opinion de Lord Lindley dans l'affaire *Quinn v. Leathem*¹³⁵⁴, parce que celui-ci déduit de la *liberté* d'une personne des *devoirs* pesant sur d'autres personnes. Il s'agit de l'un des cas les plus célèbres du droit du travail britannique, dans lequel le juge reconnaît la responsabilité d'un syndicat pour avoir menacé un boucher d'une grève, dans le cas où il se fournirait chez un autre boucher, afin de faire pression sur ce dernier pour qu'il embauche des travailleurs syndiqués. Le passage cité par Hohfeld, dans une version écourtée, est le suivant :

« Le plaignant [...] avait la *liberté* de gagner sa vie de la façon dont il le souhaitait [...] Cette *liberté* impliquait la *liberté* de contracter avec les personnes acceptant de contracter avec lui. Cette *liberté* est un *droit* reconnu par la loi ; son *corollaire* est un *devoir* général pour tout un chacun de ne pas empêcher l'exercice de cette *liberté*, à moins que sa propre *liberté* ne justifie de le faire¹³⁵⁵. »

Ce que critique Hohfeld est qu'un droit, initialement conçu comme une *liberté*, prend, au cours de l'argumentation, la forme d'un *droit*, sans que cette transformation ne soit justifiée. Si une *liberté* peut exister sans *devoirs* de non-interférence, le choix d'en reconnaître ou non, explique-t-il, est *in fine* une question politique qui doit être considérée comme telle. Il faut toutefois dire, dans le sens de Joseph Raz ou de MacCormick, que la *liberté* de gagner sa vie peut, dans un certain contexte, être tenue pour une raison de reconnaître ces nouveaux *devoirs*.

¹³⁵⁴ *Quinn v Leathem* [1901] AC 495.

¹³⁵⁵ L'italique est dans la citation de Hohfeld ; il n'implique pas que les termes soient pris dans le sens de Hohfeld. « The plaintiff had the ordinary *rights* of the British subject. He was *at liberty* to earn his living in his own way, provided he did not violate some special law prohibiting him from so doing, and provided he did not infringe the rights of other people. This *liberty* involved *the liberty* to deal with other persons who were willing to deal with him. This *liberty* is a *right* recognized by law; its *correlative* is the general *duty* of everyone not to prevent the free exercise of this *liberty* except so far as his own *liberty* of action may justify him in so doing. But a person's *liberty* or *right* to deal with others is nugatory unless they are at liberty to deal with him if they choose to do so. Any interference with their liberty to deal with him affects him. » *Quinn v Leathem* [1901] AC 495, p. 534. Cité in HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001, p. 16-17.

Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Cowan* n'est pas sans rappeler celui de Lord Lindley, notamment lorsque celle-ci précise :

« Lorsque le droit communautaire garantit à une personne physique la *liberté* de se rendre dans un autre État membre, la protection de l'intégrité de cette personne dans l'État membre en cause, au même titre que celle des nationaux et des personnes y résidant, constitue le *corollaire* de cette *liberté* de circulation. Il s'ensuit que le principe de non-discrimination s'applique à des destinataires de services au sens du traité, pour ce qui concerne la protection contre le risque d'agression et le *droit* d'obtenir la compensation pécuniaire prévue par le droit national lorsque ce risque se réalise¹³⁵⁶. »

Le terme de corollaire ne doit pas induire en erreur. La Cour ne parle pas de corollaire au sens de Hohfeld, mais, comme Lord Lindley, au sens d'une raison de reconnaître de nouveaux *devoirs* (et, corrélativement, au sens de Hohfeld cette fois, de nouveaux *droits*). À la relation originale, « le destinataire de services a une *liberté* de circuler vis-à-vis de l'État hôte », s'ajoutent de nouvelles relations, telles que « le destinataire de services a le *droit* que l'État hôte protège son intégrité de la même façon que les nationaux¹³⁵⁷ ».

Si, pour Hohfeld, parler de *droit* sans *devoir* n'a pas de sens, l'existence d'un *droit* ou d'une *liberté* peut – dans certains contextes – justifier l'imposition de nouveaux *devoirs* (et la reconnaissance corrélatrice de nouveaux *droits*). Dans le contexte du droit de l'Union, la reconnaissance d'une *liberté* de séjour et de circulation pour le citoyen justifie la reconnaissance de nouveaux *devoirs* pour les États. Cette justification n'est toutefois pas à trouver dans un *droit* au sens de Hohfeld, mais dans les formes du droit de l'Union, c'est-à-dire dans la « liberté de circulation » comme concept complexe, et, de façon plus large, dans toute une culture propre au système juridique. L'opposition parfois dressée entre l'instrumentalisme (au sens de la prise en compte des finalités) et le formalisme (au sens de l'importance des catégories formelles) ne doit pas égarer. L'argument de « l'effet utile » – typique de l'instrumentalisme s'il en est – peut être vu comme une des formes les plus caractéristiques du droit de l'Union. Comme il a été écrit lors du premier chapitre, ce n'est pas le *droit* qui préexiste aux *devoirs*, mais l'affirmation d'un « droit » ou d'une « liberté », qui, dans le cadre intellectuel du droit de l'Union, peut être tenue comme impliquant différentes *obligations* auxquelles correspondent différentes *habilitations* au sens de Hohfeld. En outre, et c'est l'objet du présent chapitre, l'affirmation d'un droit

¹³⁵⁶ De même, les termes mis en italique ne doivent pas nécessairement être pris dans le sens de Hohfeld. CJCE 2 février 1989, *Cowan*, *op.cit.*, para. 17.

¹³⁵⁷ De manière équivalente – c'est-à-dire corrélativement au sens de Hohfeld –, il est aussi possible de dire que, à la relation originale, « l'État hôte n'a *pas* le *droit* de s'opposer à la circulation du citoyen », la Cour adjoint de nouvelles relations telles que « l'État hôte a le *devoir* de protéger l'intégrité du destinataire de services ».

ou d'une liberté, dans le contexte culturel du droit de l'Union conduit à justifier la reconnaissance de nouvelles relations juridiques.

Le processus est d'ailleurs bien connu. Joxerramon Bengoetxea et Niilo Jääskinen utilisent l'outillage analytique de Hohfeld pour montrer que l'effet direct conduit à transformer des obligations pesant sur les États membres – correspondant aux différentes *obligations* au sens de Hohfeld – en *habilitations* pour les individus¹³⁵⁸. « Le droit reconnu au niveau de l'UE peut impliquer l'imposition d'une obligation au niveau étatique¹³⁵⁹. » Si l'analyse proposée par les auteurs laisse place à différentes interprétations, elle permet de souligner la force du cadre conceptuel des libertés de circulation¹³⁶⁰. En l'amendant légèrement, il est possible de dire que la forme des libertés de circulation comprend des *droits* pour les individus auxquels correspondent des *devoirs* pour les États et qu'elle s'appuie sur un ensemble de justifications, au premier titre desquelles l'effet utile, l'effet direct et la primauté¹³⁶¹. Il semble en effet indispensable de parler de *droits* au sens de Hohfeld dans le cadre des libertés de circulation, prises comme des ensembles complexes, à défaut de manquer ce qui fait leur particularité¹³⁶². La force des libertés de circulation réside précisément dans le fait qu'elles entraînent la reconnaissance de nombreux *droits* pour leurs titulaires qui peuvent être vus comme constituant un *droit* très général de non-interférence à l'exercice de leur *liberté* de circulation que les citoyens peuvent opposer aux autorités publiques.

¹³⁵⁸ BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », *op. cit.*, p. 289.

¹³⁵⁹ « The right recognized at EU level might require the imposition of an obligation at state or national level ». BENGOETXEA J., « Rights (and obligations) in EU law », *op. cit.*, p. 738.

¹³⁶⁰ L'analyse proposée par les auteurs est parfois difficile à suivre et il se peut que certains points en aient été mal compris. Elle semble parfois tomber dans les « erreurs » dénoncées par Hohfeld. Ainsi par exemple, Joxerramon Bengoetxea, alors même qu'il explique le fonctionnement des relations, identifie la *liberté erga omnes* à l'interdiction générale d'interférer avec une *liberté*, ce qui est précisément la confusion dénoncée par l'auteur états-unien (pour qui la *liberté* n'implique pas ce *devoir* de ne pas interférer). « [T]he protection of A's liberty consists exactly of B's position as a holder of no-claims, where B can invoke no valid claim against A in the courts of other legal or administrative proceedings. When this absence of claim is extended to all actors within a jurisdiction, A's liberty acquires a universal dimension. We enter the domain of fundamental liberties and B's no-claim becomes a general prohibition on all addressees to interfere with A's liberty ». *Ibid.*, p. 742. Il serait possible de penser que la confusion exprime la force du cadre culturel du droit de l'Union dans lequel une *liberté* est le plus souvent accompagnée de *devoirs* de non-interférences. Toutefois, par ailleurs, les auteurs expliquent que la *liberté* n'est pas nécessairement accompagnée de *devoirs* et vont jusqu'à nier que l'on puisse parler de *droits* dans le contexte des libertés de circulation. V. BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », *op. cit.*, p. 291.

¹³⁶¹ C'est ce que disent les auteurs BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », *op. cit.*, p. 290.

¹³⁶² Les auteurs refusent explicitement de parler de *droits* dans le contexte des libertés de circulation. V. *Ibid.*, p. 291. Il faut remarquer que parler d'un *droit* de circuler au sens de Hohfeld n'aurait à l'évidence aucun sens dans le langage de Hohfeld puisque le *droit* porte sur l'action d'une autre personne ; la question ne se pose donc que pour des *droits* qui viendraient au soutien de la *liberté* de circuler.

Au-delà de ces analyses en termes de structure des droits, il faut mentionner sa dimension institutionnelle. Comme le souligne Joseph Weiler, si la doctrine de l'effet direct met l'individu au cœur du droit de l'Union, combinée avec la primauté et le système de renvoi préjudiciel, elle conduit également à mettre au centre de celui-ci la Cour de justice elle-même, et plus généralement, le pouvoir judiciaire¹³⁶³. Il en va de même pour le concept de citoyen. En effet, cette combinaison de doctrines juridiques favorables à la protection des intérêts individuels et de dispositions procédurales facilitant la mise en cause des législations des États membres a pu être présentée comme aboutissant à une forme de « “mouvement perpétuel” d'intégration par le droit¹³⁶⁴ ».

La force du cadre conceptuel des libertés de circulation se trouve exprimée de façon très claire dans les conclusions de l'Avocat général Geelhoed sur *De Cuyper*. Soulignant qu'il n'est pas nécessaire d'établir une discrimination, contrairement à ce que disaient certains intervenants qui reprenaient la jurisprudence *Pusa*¹³⁶⁵, il explique qu'« [i]l s'agit plutôt de savoir si une mesure impose une quelconque restriction à l'exercice par un citoyen de l'Union du droit de circuler et de séjourner librement et, le cas échéant, si pareille restriction peut être justifiée¹³⁶⁶ ». Si la formule est succincte, elle résume la force du cadre conceptuel des libertés de circulation. Dans le contexte des libertés de circulation, le discours sur les droits joue un rôle fondamental pour développer les droits du citoyen (section 1). En outre, l'exigence de justifier les mesures constitutives d'une entrave ou d'une discrimination en raison de la nationalité dans les termes du droit de l'Union est profondément subversive des cadres conceptuels nationaux (section 2).

¹³⁶³ V. WEILER J.H.H., « Revisiting Van Gend en Loos : Subjectifying and Objectifying the Individual », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 11-21. Il faut aussi rappeler avec Bruno De Witte, mais ce point concerne les libertés de circulation à l'exception de celle du citoyen, que l'individu n'est pas nécessairement le citoyen, mais qu'il peut également être le ressortissant d'un État tiers et, surtout, une personne morale, comme les entreprises qui ont été particulièrement actives dans les renvois devant le juge européen. DE WITTE B., « Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order », P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 1999, p. 214.

¹³⁶⁴ SCHARPF F.W., « Perpetual momentum: directed and unconstrained? », *Journal of European Public Policy*, 2012, vol. 19, n° 1, p. 127-139.

¹³⁶⁵ C'est notamment le cas de M. De Cuyper et de la Commission qui invoque alors l'arrêt *Pusa*, V. AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper, op. cit.*, para. 94 et 95.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, para. 109.

SECTION 1. LA DYNAMIQUE DU DISCOURS SUR LES DROITS

La dynamique des droits est encadrée dans un ensemble de savoirs et de pratiques propres au cadre des libertés de circulation. Il convient tout d'abord de mettre en évidence le rôle fondamental de la doctrine de l'effet utile, qui occupe une place centrale dans la culture juridique de l'Union, pour développer les droits du citoyen (§ 1). Ensuite, il faut montrer que l'extension de la portée des droits du citoyen procède d'une conception de l'exercice du pouvoir et de sa limitation pensée dans le cadre des libertés de circulation, qui se distingue profondément d'une approche traditionnelle en termes de répartition des compétences (§ 2).

§ 1. LA FORCE D'UNE DOCTRINE : L'EFFET UTILE DES DROITS DU CITOYEN

La doctrine de l'effet utile s'inscrit dans un discours plus large de justification et a joué, combinée avec l'effet direct et la primauté, un rôle fondamental dans le développement du droit communautaire. Pour José Luís da Cruz Vilaça, « le principe de l'*effet utile* du droit communautaire est au centre du processus de construction de ce "nouvel ordre juridique" (*Van Gend en Loos*), caractérisé dans *Costa/ENEL*, comme "un ordre juridique propre", "issu d'une source autonome", mais "intégré au système juridique des États-membres lors de l'entrée en vigueur des traités"¹³⁶⁷ ». Dans la littérature sur le raisonnement de la Cour, l'effet utile est souvent lié au rôle important des techniques d'interprétation de type fonctionnel ou téléologique et à l'interprétation large des principes fondamentaux du droit de l'Union¹³⁶⁸. La combinaison d'une directive « d'interprétation large » des dispositions relatives aux libertés de circulation avec la préservation de leur « effet utile » est souvent mentionnée par la Cour.

Un exemple emblématique se trouve dans l'arrêt *Antonissen*¹³⁶⁹. La Cour énonce tout d'abord que « la libre circulation des travailleurs fait partie des fondements de la Communauté et, dès lors, les dispositions qui consacrent cette liberté doivent être interprétées largement¹³⁷⁰ ». Elle ajoute ensuite que pour garantir « l'effet utile » de ces dispositions, il faut considérer que la circulation du travailleur

¹³⁶⁷ CRUZ VILAÇA J.L. da, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 281.

¹³⁶⁸ BENGOTXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press - OUP, coll. « Oxford European Community law series », 1993, p. 233s.

¹³⁶⁹ CJCE, 26 février 1991, *The Queen / Antonissen*, *op. cit.*

¹³⁷⁰ *Ibid.*, para. 11.

implique le droit pour les ressortissants des États membres de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre aux fins d'y rechercher un emploi¹³⁷¹. Si l'effet utile est utilisé pour reconnaître ce droit, il assure aussi la possibilité de le limiter. Les limitations sont permises dans la mesure où elles ne remettent pas en cause l'effet utile de celui-ci, comme dans le cas d'espèce, la limitation temporelle du droit de séjour à moins que l'intéressé n'apporte la preuve qu'il continue à chercher un emploi et qu'il a de véritables chances d'être engagé¹³⁷². La combinaison de l'effet extensif de l'effet utile et de dispositifs conduisant à en diminuer la portée est d'ailleurs un des résultats de l'analyse du recours à « l'effet utile » dans la « jurisprudence historique » de la Cour par Urška Šadl¹³⁷³.

Dans le cadre de la citoyenneté, l'effet utile des dispositions du traité a été invoqué de façon célèbre par l'Avocat général Cosmas pour dire que ces dernières entraînaient « un *dépassement* de la conception du principe de libre circulation généralement reçue jusqu'à présent¹³⁷⁴ ». S'il ne servait, explique-t-il, qu'à étendre les libertés de circulation à des situations nouvelles – celles où le citoyen ne dispose pas de ressources suffisantes ou d'une assurance maladie –, l'article 8 A TCE [18 TFUE] « perdrait alors une grande partie de son effet utile¹³⁷⁵ ». Ce dépassement se traduit par la poursuite et l'extension d'un mouvement déjà entamé avant l'introduction de la citoyenneté et visant à faire des libertés fondamentales des droits au sens où elles sont progressivement détachées de l'objectif plus général d'intégration communautaire¹³⁷⁶. Pour ce qui concerne le « droit » de circuler et de séjourner du citoyen (exprimé comme tel à la différence des autres libertés fondamentales), ce mouvement se perçoit clairement à la façon dont l'effet utile est utilisé. Le plus souvent, la Cour ne fait pas référence à l'effet utile du droit de l'Union ni à l'effet utile d'une disposition du traité, mais à l'effet utile des droits du citoyen.

La doctrine de l'effet utile se trouve au cœur même du modèle sanctionnant l'entrave à la circulation du citoyen qui tend, comme le dit l'Avocat général Bot, à « éviter toute forme d'entrave de nature à inhiber le droit fondamental à la libre circulation garanti par le droit de l'Union¹³⁷⁷ » (A). Au-

¹³⁷¹ *Ibid.*, para. 12 et 13.

¹³⁷² *Ibid.*, para. 16-21.

¹³⁷³ L'expression vise les cas sélectionnés et traduits dans le langage des États adhérent à l'Union. ŠADL U., « The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence from the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court of Justice of the EU », *European Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 8, n° 1, p. 18-42.

¹³⁷⁴ AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, *op. cit.*, para. 95.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, para. 94.

¹³⁷⁶ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 1, B.

¹³⁷⁷ AG Bot, ccl présentées le 30 mai 2017 sur CJUE, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:407, para. 72.

delà de celui-ci, l'argument de l'effet utile justifie une extension de la protection accordée aux citoyens et aux membres de leur famille (B).

A. L'effet utile des droits du citoyen au cœur du modèle de l'entrave

C'est certainement avec la reprise du modèle de l'entrave que le recours au cadre conceptuel du marché intérieur est le plus flagrant. Arrêt après arrêt, la Cour inscrit la liberté de circuler du citoyen dans des schémas de raisonnement bien connus et reprend tout un ensemble de « concepts satellites » qui ont permis le développement des autres libertés de circulation comme ceux d'obstacle, de restriction ou d'effet dissuasif. Ces concepts ne doivent pas être considérés isolément mais être lus au sein d'un langage plus vaste et articulés dans des structures de raisonnements typiques, ainsi qu'il a été montré précédemment. La doctrine de l'effet utile et le langage des droits, qui peuvent être vus comme des éléments importants de la culture juridique du droit de l'Union, se trouvent au cœur même du modèle de l'entrave. L'effet utile de la liberté de circulation se trouve exprimé dans la formule-type de l'entrave (1) ainsi que dans des cas plus spécifiques (2).

1. La formule des pleins effets des facilités de circulation

Si le modèle de l'entrave à la circulation du citoyen prend des structures-types légèrement différentes¹³⁷⁸, l'effet utile des droits du citoyen se trouve exprimé de façon similaire dans la grande majorité des arrêts présentés, sous la forme des « pleins effets » dont doivent être parées les « facilités ouvertes par le traité CE en matière de circulation ». La formulation de la Cour remonte à l'arrêt *D'Hoop*, premier arrêt à mettre en œuvre un raisonnement sanctionnant l'entrave à la circulation du citoyen :

« Ces facilités ne pourraient en effet produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis, à son retour dans son pays d'origine, par une réglementation pénalisant le fait qu'il les a exercées (voir, en ce sens, arrêt du 7 juillet 1992, *Singh*, C-370/90, Rec. p. I-4265, point 23¹³⁷⁹). »

Dans une formulation classique de l'entrave, reprenant en grande partie l'arrêt *Singh* relatif à la circulation du travailleur, une réglementation « pénalisant » l'exercice des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation est conçue comme un « obstacle » à la circulation « dissuasif » le citoyen

¹³⁷⁸V. *supra*, partie II, chapitre 1, section 1, § 1, B.

¹³⁷⁹CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 31.

de « faire usage » de sa liberté de circulation, ce qui ne permettrait pas aux facilités ouvertes par le traité de produire leurs « pleins effets ». Dans la justification de la Cour, l'atteinte au plein effet permet de justifier qu'« il serait incompatible avec le droit de la libre circulation que [le ressortissant d'un État membre] puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation¹³⁸⁰ ».

Dans l'arrêt *Pusa*, la Cour adapte la formule au cas plus commun d'obstacles mis au séjour à l'étranger plutôt qu'au retour dans l'État d'origine, en se référant, par analogie, à l'arrêt *D'Hoop* :

« Ces facilités ne pourraient en effet produire leurs pleins effets si un ressortissant d'un État membre pouvait être dissuadé d'en faire usage par les obstacles mis à son séjour dans l'État membre d'accueil en raison d'une réglementation de son État d'origine pénalisant le fait qu'il les a exercées (voir, par analogie, arrêt *D'Hoop*, précité, point 31¹³⁸¹). »

La formule joue le même rôle dans la justification. Dans les deux cas, l'inférence implicite fondamentale sur laquelle repose tout le raisonnement est que, si une mesure empêche les facilités de circulation prévues par le traité de produire leurs pleins effets, alors elle restreint la liberté de circuler. Il en résulte de très nombreuses *habilitations* pour les citoyens, et notamment ce qui peut être vu comme un *droit* très général que les États n'interfèrent pas avec leur *liberté* de circuler. La *liberté* de circuler du citoyen justifie donc la reconnaissance d'un *devoir* très général pour les États de ne pas interférer avec la *liberté* de circulation du citoyen.

Si l'ensemble de la justification des arrêts *D'Hoop* et *Pusa* laissait place à plusieurs lectures, celle de l'entrave s'est imposée, et la formulation des paragraphes précités a été constamment répétée par la suite. Le paragraphe relatif aux « pleins effets » de la liberté de circulation du citoyen peut être vu comme le cœur du modèle de l'entrave et se retrouve dans presque tous les arrêts présentés comme appartenant à ce modèle. La Cour fait le plus souvent référence aux arrêts *D'Hoop* et/ou *Pusa*, ainsi qu'à d'autres arrêts plus récents, de préférence dans une configuration similaire ou dans des matières proches¹³⁸². Plus récemment, elle introduit parfois le paragraphe comme ce qu'il « ressort de la

¹³⁸⁰ *Ibid.*, para. 30.

¹³⁸¹ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 19.

¹³⁸² Le paragraphe relatif aux pleins effets et la référence donnée par la Cour peuvent être retracés (les références sont données spécifiquement au paragraphe de l'arrêt cité qui est relatif aux pleins effets, sauf pour les arrêts *Singh* et *De Cuyper*). Pour les arrêts suivant le modèle *Tas-Hagen et Tas* : *Tas-Hagen et Tas* (para. 30, référence à *Pusa*) ; *Nerkovska* (para. 31, référence à *Pusa* et *Tas-Hagen et Tas*) ; *Zablocka-Weyhermüller* (para. 34, référence à *Pusa*, *Tas-Hagen et Tas* et *Nerkovska*) ; *Morgan et Bucher* (para. 26, référence à *D'Hoop*, *Pusa*, et *Schwarz et Gootjes-Schwarz*) ; *von Chamier-Glisczynski* (para. 82, référence à *Morgan et Bucher* et *Zablocka-Weyhermüller*) ; *van*

jurisprudence¹³⁸³ » ou ce qui « ressort d'une jurisprudence constante¹³⁸⁴ ». Comme une forme classique, il est répété de façon quasiment identique et les inférences qu'il contient ne sont, la plupart du temps, plus discutées. De manière presque automatique, une réglementation qui pénalise le citoyen ayant exercé sa liberté de circulation sera jugée comme constituant une entrave à la circulation. Les deux garde-fous hérités de la liberté de circulation des travailleurs semblent jouer un rôle assez faible¹³⁸⁵. Le premier est que le citoyen ne saurait exiger que sa circulation n'ait pas d'effet fiscal ou qu'elle soit neutre en matière de sécurité sociale, en raison des divergences existant entre les régimes fiscaux et d'assurance maladie des différents États membres¹³⁸⁶. Le second est que les effets restrictifs ne soient « ni trop aléatoires ni trop insignifiants¹³⁸⁷ ».

Il y a cependant deux exceptions à la répétition du paragraphe des pleins effets. La première est l'arrêt *De Cuyper*, qui se réfère aux paragraphes précités des arrêts *D'Hoop* et *Pusa*, mais ne reprend pas la formule mentionnée¹³⁸⁸. Dans cet arrêt précurseur, la justification n'articule pas aussi clairement que dans les arrêts postérieurs le schéma de l'entrave. C'est la raison pour laquelle nous faisons référence au modèle *Tas-Hagen et Tas* plutôt qu'au modèle *De Cuyper*. Ensuite, de façon plus significative, les arrêts relatifs aux noms de famille ne reprennent pas le paragraphe relatif aux « pleins effets » mais se contentent de dire qu'une « réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre État membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen¹³⁸⁹ ». Cette spécificité se retrouve malgré les différents modèles utilisés pour justifier la

Delft e.a (para.97, référence à *von Chamier-Glisczinski* et jurisprudence citée). Pour les arrêts suivant le modèle *Schwarz et Gootjes-Schwarz* : *Schwarz et Gootjes-Schwarz* (para. 89, référence à *Singh, D'Hoop, Pusa, et De Cuyper*) ; *Commission / Allemagne* (para. 128, référence à *Singh, D'Hoop et Pusa*) ; *Rüffler* (para. 65, référence à *Pusa, Tas-Hagen et Tas et Zablocka-Weyhermüller*) ; *Zanotti* (para. 71, référence à *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et jurisprudence citée) ; *Stewart* (para. 84, référence à *D'Hoop, Pusa, Tas-Hagen et Tas, Zablocka-Weyhermüller et Rüffler*). Enfin, pour les arrêts suivant le modèle *Prinz et Seeberger* : *Prinz et Seeberger* (para. 28, référence à *D'Hoop, Pusa, et Morgan et Bucher*) ; *Thiele Meneses* (para. 23, référence à *D'Hoop, Pusa, Morgan et Bucher et Prinz et Seeberger*) ; *Elrick* (para. 23, référence à *D'Hoop, Morgan et Bucher et Prinz et Seeberger*) ; *Martens* (para. 28, référence à *Morgan et Bucher et Prinz et Seeberger*).

¹³⁸³ CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Glisczinski*, *op. cit.*, para. 82.

¹³⁸⁴ CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, *op. cit.*, para. 97.

¹³⁸⁵ Ceux-ci sont signalés par Loïc Azoulai, AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL (dir.), *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 11.

¹³⁸⁶ En matière fiscale, V. par ex. CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*, para. 34. En matière de sécurité sociale, V. par ex. CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Glisczinski*, *op. cit.*, para. 85.

¹³⁸⁷ V. par ex. CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 32.

¹³⁸⁸ CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 39.

¹³⁸⁹ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 21. Cette formulation se retrouve sous une forme similaire dans les arrêts suivants : CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 53 ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Vardyn*, *op. cit.*, para. 21 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.*, para. 36 et CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 35.

décision de ces arrêts et les différents juges rapporteurs¹³⁹⁰. Elle semble devoir s'expliquer par le développement d'une ligne de justification spécifique à la matière des noms de familles, qui s'articule, ou du moins s'articulait, autour du critère des « sérieux inconvénients » pour caractériser l'entrave¹³⁹¹.

2. L'effet utile de la liberté de circulation

Au-delà de son rôle au cœur même du schéma de l'entrave, l'effet utile du droit de circulation du citoyen est invoqué à d'autres occasions par la Cour. Dans la série des cas présentés ci-dessus, l'arrêt *Freitag* utilise la rhétorique de l'effet utile autrement que dans le paragraphe des pleins effets. Invoqué dans le cadre de l'autonomie procédurale des États membres, il permet de voir que l'effet utile pèse aussi sur la mise en œuvre des droits du citoyen devant les autorités nationales¹³⁹². Il s'agissait pour la Cour de dire si un bureau d'état civil pouvait refuser de reconnaître et de transcrire un nom légalement obtenu par un citoyen de l'Union dans un autre État membre, en se fondant sur une disposition nationale exigeant un séjour habituel dans ce dernier État (procédure de droit civil), alors que d'autres dispositions du droit national permettaient au requérant au principal de présenter une demande de changement de nom à une autre autorité administrative (procédure de « droit administratif public¹³⁹³ »). Ce qui faisait débat était que, dans le cadre de la seconde procédure, l'autorité qui a le pouvoir de modifier le nom si « un motif sérieux justifie ce changement » pour « éliminer les effets dommageables dans un cas d'espèce » dispose d'un « pouvoir discrétionnaire¹³⁹⁴».

Le gouvernement allemand alléguait que l'élimination d'une divergence de nom patronymique pour un ressortissant allemand ayant la double nationalité constituait un « motif sérieux » et, en conséquence, qu'il serait possible d'obtenir le changement du nom par la voie du droit administratif¹³⁹⁵. La Cour décide que s'« [...] il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités prévues par le droit national et destinées à assurer la sauvegarde des

¹³⁹⁰ Les arrêts sur les noms sont jugés par la seconde chambre, à l'exception de l'arrêt *Grunkin et Paul*, qui l'est par la grande chambre, et, le plus souvent, sur le rapport du juge Rosas. Ceci ne semble toutefois pas suffire à expliquer cette rédaction différente. D'autres arrêts relatifs aux entraves sont jugés par cette chambre, le rapporteur est parfois un autre juge et, enfin, d'autres arrêts rendus sur le rapport du juge Rosas comportent le paragraphe des « pleins effets ».

¹³⁹¹ Sur la caractérisation de la restriction à la libre circulation dans cette ligne de cas, V. *supra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 1.

¹³⁹² Le recours à l'effet utile dans le cadre de l'autonomie procédurale est classique. Sur cette question, V. CRUZ VILAÇA J.L. da, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 294s.

¹³⁹³ Sur cette affaire, V. *supra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 1, B, 2.

¹³⁹⁴ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, V. para. 3s.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, V. para. 40.

droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, pour autant, d'une part, que ces modalités ne sont pas moins favorables que celles concernant des droits qui trouveraient leur origine dans l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas impossible ou excessivement difficile, en pratique, l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) [...] ¹³⁹⁶ ». Après avoir dit que c'est à la Cour de renvoi d'estimer si elle peut elle-même « mettre en œuvre les droits conférés par l'article 21 TFUE » ou si elle doit dire que le requérant au principal doit se tourner vers l'autorité administrative, elle énonce que le pouvoir d'appréciation dont dispose les autorités administratives doit être exercé « de manière à assurer le plein effet de l'article 21 TFUE ¹³⁹⁷ ». Cela signifie, dit la Cour, que « l'existence d'un “motif sérieux” puisse être retenue dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal ¹³⁹⁸ ».

Le recours au verbe « pouvoir » est ambigu, parce que, par la suite, la Cour estime que le refus du bureau de l'état civil est contraire à l'article 21 TFUE, « à moins qu'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance du nom ». Il semble donc que les autorités administratives aient l'obligation de reconnaître l'existence d'un motif sérieux dans une situation telle que celle au principal plutôt que la faculté de le faire. C'est d'ailleurs dans ces termes que le gouvernement allemand s'exprimait à l'audience :

« [...] le gouvernement allemand a fait valoir que le fait que les autorités allemandes compétentes jouissent, en vertu de ces dispositions, d'un *pouvoir* discrétionnaire pour rejeter le changement de nom demandé n'est pas de nature à remettre en question l'exercice des droits du demandeur au titre des articles 18 et 21 TFUE. En effet, selon le droit administratif allemand, une autorité publique *doit* toujours respecter son *devoir* de diligence dans l'exercice de son *pouvoir* d'appréciation et ne *doit* pas méconnaître les limites légales qui lui sont assignées, notamment par le droit de l'Union ¹³⁹⁹. »

L'italique permet de souligner que le gouvernement s'exprime dans des termes proches de la grille d'analyse de Hohfeld. Le citoyen a le *droit* que l'autorité publique exerce son *pouvoir* en conformité avec le droit de l'Union. Ainsi, dans une situation telle que celle de M. Freitag, le plein effet de l'article 21 TFUE implique que le citoyen ait le *droit* que l'autorité administrative accède à sa demande de changement de nom et que celle-ci en ait le *devoir*. Le « pouvoir discrétionnaire » de celle-ci se trouve, comme le dit l'Avocat général, « réduit à néant en raison des articles 18 et 21 TFUE ¹⁴⁰⁰ ». Dans les

¹³⁹⁶ *Ibid.*, para. 42, références omises.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, para. 45.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, para. 46.

¹³⁹⁹ AG Szpunar, ccl sur CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 75, nous soulignons.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, para. 76.

termes de Hohfeld, l'autorité a le *devoir* d'exercer son *pouvoir* d'accéder à la demande de changement de nom du citoyen.

L'effet utile des droits du citoyen se retrouve aussi, sous une forme quelque peu différente, dans une série de cas relatifs au droit, pour le ressortissant d'un État membre, de quitter son État de nationalité. Dans l'affaire *Jipa*, le requérant au principal, ressortissant roumain, avait été interdit par son État de nationalité de se rendre en Belgique à la suite de son « rapatriement » en raison de sa « situation irrégulière » dans ce pays. La question est alors directement formulée par le juge de renvoi en termes d'obstacle à « la libre circulation des personnes prévue par l'article 18 CE [21 TFUE]¹⁴⁰¹ ». La Cour décide, reprenant l'arrêt *Baumbast et R*, que le citoyen peut se prévaloir de son droit de circuler et de séjourner librement, ajoutant, que c'est aussi possible à l'égard de son État membre d'origine¹⁴⁰². Elle s'appuie sur les arrêts *Tas-Hagen et Tas* et *Morgan et Bucher* dans lesquels elle avait déjà décidé qu'une restriction à la circulation du citoyen pouvait être invoquée contre l'État de nationalité¹⁴⁰³. Elle mentionne aussi, comme l'Avocat général, sa jurisprudence antérieure pour affirmer que : « les libertés fondamentales garanties par le traité CE seraient vidées de leur substance si l'État membre d'origine pouvait, sans justification valable, interdire à ses propres ressortissants de quitter le territoire d'un autre État membre¹⁴⁰⁴ ». Elle invite alors à voir, « par analogie », des grands classiques du marché intérieur, comme *Daily Mail* et *Bosman*, décidés dans le cadre de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des travailleurs¹⁴⁰⁵. La Cour reprend le même raisonnement dans les arrêts *Gaydarov* et *Aladzhev* en 2011¹⁴⁰⁶. Dans ces arrêts, la liberté de circulation est clairement reconnue en dehors de tout raisonnement fondé sur la non-discrimination en raison de la nationalité ou de la circulation.

B. L'extension de la protection accordée aux citoyens et aux membres de leur famille

L'effet utile des droits du citoyen de l'Union peut conduire à étendre la protection à des situations qui, à première vue, pourraient ne pas relever du droit de l'Union. Il permet dans certaines

¹⁴⁰¹ CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, *op. cit.*, para. 12.

¹⁴⁰² *Ibid.*, para. 17.

¹⁴⁰³ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.* et CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*. Notons que l'AG Mázak citait, quant à lui, l'affaire *Baumbast et R* (V. para. 31).

¹⁴⁰⁴ CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, *op. cit.*, para. 18. Au surplus, elle s'appuie sur l'article 4, paragraphe 1 de la directive 2004/38, V. para. 19.

¹⁴⁰⁵ CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen / Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456 et CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. / Bosman e.a.*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁶ V. CJUE, 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10, EU:C:2011:749, para. 25 et CJUE, 17 novembre 2011, *Aladzhev*, C-434/10, EU:C:2011:750, para. 25.

circonstances au citoyen de bénéficiaire, par analogie, des dispositions de la directive 2004/38 dans son État de nationalité (1). Il permet également, en vertu de l'effet utile du droit de séjour ou des dispositions de la directive, de reconnaître des droits à des membres de sa famille qui ne sont pas couverts par la directive (2).

1. Le modèle de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour

Au cœur même de la formule résumant la structure type de raisonnement de l'entrave, l'effet utile se retrouve aussi dans d'autres situations. C'est le cas dans le schéma particulier de l'entrave constituée par les obstacles mis au retour, dans lequel l'effet utile des droits du citoyen est poussé à l'extrême. Le raisonnement repose sur l'idée que les obstacles mis au retour d'une personne ayant exercé sa liberté de circulation pourraient la dissuader d'exercer cette liberté, ce qui aurait pour conséquence de remettre en cause son « plein effet ». Initié dans l'arrêt *Singh*, pour la liberté de circulation du travailleur et la liberté d'établissement, le schéma pouvait se voir en filigrane dans l'arrêt *D'Hoop* qui reposait toutefois sur une rhétorique différente¹⁴⁰⁷.

Transposé à la circulation citoyenne, ce raisonnement implique qu'un citoyen de l'Union pourrait être dissuadé d'exercer les droits conférés par son statut si la vie de famille qu'il est susceptible de développer ou de consolider à l'occasion de son séjour dans un autre État que celui dont il possède la nationalité n'était pas protégée lors de son retour dans son État d'origine¹⁴⁰⁸. Lorsqu'elle énonce les conditions mises au séjour du citoyen et des membres de sa famille dans l'autre État membre, la Cour insiste sur le fait que c'est « l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE » qui « exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans l'État membre d'accueil puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné¹⁴⁰⁹ ».

Ces conditions, que la Cour lie à l'effet utile du droit de circulation, circonscrivent les cas dans lesquels une entrave est susceptible d'être reconnue. La Cour estime que le séjour du citoyen dans l'État membre d'accueil doit être « caractérisé par une effectivité suffisante pour lui permettre de

¹⁴⁰⁷ CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, *op. cit.* et CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.* Le raisonnement a aussi été repris pour la circulation du travailleur dans l'arrêt CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ CJUE, 12 mars 2014, O., C-456/12, EU:C:2014:135, para. 49.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, para. 54 et 55.

développer ou de consolider une vie de famille dans cet État membre¹⁴¹⁰ ». Ce caractère effectif semble devoir se déduire principalement de « l'installation » du citoyen dans cet État, que la Cour lie aux différents types de séjour prévus par la directive 2004/38. Un séjour allant jusqu'à trois mois, prévu par l'article 6 paragraphe 1, ne satisfait pas aux conditions requises car ce séjour n'a pas pour fin « l'installation » du citoyen selon la Cour¹⁴¹¹. En revanche, un séjour de plus de trois mois et, *a fortiori*, l'acquisition d'un droit de séjour permanent en vertu, respectivement, de l'article 7, paragraphe 1, et de l'article 16, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/38 sont « de nature à aller de pair avec le développement ou la consolidation d'une vie de famille dans cet État membre¹⁴¹² ». En conséquence, « l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE » exige la reconnaissance aux membres de sa famille d'un droit de séjour dérivé lors du retour dans l'État de nationalité du citoyen¹⁴¹³.

Dans cet arrêt, la Cour transpose aux citoyens migrants le schéma de l'entrave par les obstacles au retour en la fondant clairement sur « l'effet utile » des droits que le citoyen tire de l'article 21, paragraphe 1, du TFUE. Les droits de séjour que les membres de la famille du citoyen sont susceptibles d'obtenir sont fondés sur le traité et non sur la directive 2004/38 qui ne s'applique pas au séjour du citoyen dans son État de nationalité. La Cour utilise toutefois les catégories de cette dernière pour définir la notion de séjour effectif dans un autre État membre, ainsi que pour appliquer, par analogie, les conditions exigées des citoyens et des membres de leur famille séjournant dans un autre État à l'octroi d'un droit de séjour dérivé dans l'État de nationalité du citoyen¹⁴¹⁴. Cet arrêt de la Cour a pour conséquence de limiter le champ des « situations purement internes » en reconnaissant une nouvelle situation dans laquelle un citoyen peut invoquer le droit de l'Union contre son État de nationalité et conduit à lui reconnaître une protection équivalente à celle qu'il a obtenue dans un autre État membre sur le fondement de la directive. Il faut noter que la rhétorique de la Cour est complètement centrée sur l'effet utile des droits du citoyen, sans que ne soit mentionnée la formule de la vocation fondamentale du statut, à la différence d'un arrêt précédant sur l'entrave à la sortie par l'obstacle mis au retour, où la formule venait appuyer l'effet utile de la liberté de circulation du travailleur¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, para. 51.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, para. 52. L'effet cumulatif de différents séjours de courte durée dans l'État membre d'accueil, relevant de la même disposition, tels que des week-ends ou des vacances, n'est pas non plus en mesure d'ouvrir un droit de séjour dérivé, V. para. 59.

¹⁴¹² *Ibid.*, para. 53 à 55.

¹⁴¹³ *Ibid.*, para. 54 à 55.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, para. 50.

¹⁴¹⁵ Dans la logique du modèle *Collins*, le statut de citoyen joue le rôle d'un principe interprétatif. Il ne vient toutefois pas renverser une solution mais simplement renforcer la justification du modèle initié avec l'arrêt

L'Avocat général Bot, dans ses conclusions sur *Lounes*, propose de transposer l'interprétation « extrêmement dynamique » de l'article 21 TFUE de l'arrêt *O. et B.* à une situation différente¹⁴¹⁶. La citoyenne de l'Union se trouve dans son État de nationalité après avoir développé une vie de famille dans un autre État membre, non parce qu'elle retourne dans son État d'origine, mais parce qu'elle a acquis la nationalité de l'État dans lequel elle réside. Il est proposé, dans cette affaire sur laquelle la Cour ne s'est pas encore prononcée, d'appliquer par analogie les dispositions de la directive 2004/38, comme dans le cas de l'entrave à la sortie par les obstacles au retour. La transposition est justifiée par une comparaison faite avec l'arrêt *O. et B.* plus que par la démonstration d'un effet dissuasif (« en choisissant d'être naturalisée dans l'État membre d'accueil, [la citoyenne de l'Union] a manifesté sa volonté de vivre dans ce dernier de la même façon qu'elle serait amenée à vivre dans son État membre d'origine¹⁴¹⁷ »). Elle repose aussi largement sur l'effet utile de l'article 21 TFUE, lu comme cherchant à favoriser l'intégration des citoyens dans les autres États membres. Priver la citoyenne des droits dont elle a bénéficié jusqu'alors, « car elle a recherché, par la voie de la naturalisation, une intégration plus poussée dans l'État membre d'accueil, anéantirait l'effet utile des droits qu'elle tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE¹⁴¹⁸ ».

2. De l'effet utile des droits à celui des dispositions de la directive 2004/38

Dans d'autres arrêts, l'effet utile conduit à la reconnaissance d'un droit de séjour dérivé de celui de celui du citoyen pour les membres de sa famille ; la citoyenneté procède, pour reprendre l'expression de Didier Blanc, par « capillarité¹⁴¹⁹ ». Il faut rappeler que, dans l'arrêt *Zhu et Chen*, la Cour s'appuie sur le fait que les dispositions de la directive 90/364 reposent sur « un principe fondamental tel que celui de la libre circulation des personnes » pour décider que la condition exigeant des ressources suffisantes ne saurait impliquer que la citoyenne doive en disposer elle-même et qu'elle ne puisse se prévaloir des ressources de sa mère¹⁴²⁰. La condition de ressource satisfaite par la citoyenne, un droit de séjour doit être reconnu à la mère assurant effectivement la garde de l'enfant car la solution

Singh dans les termes de l'effet utile de la liberté de circulation du travailleur, la Cour énonçant qu'« une telle interprétation est confortée par l'instauration du statut de citoyen de l'Union qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres ». CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, *op. cit.*, para. 32.

¹⁴¹⁶ AG Bot, ccl présentées le 30 mai 2017 sur CJUE, *Lounes*, *op. cit.*, para. 68s.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, para. 83.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, para. 86.

¹⁴¹⁹ BLANC D., « Citoyenneté européenne et nationalité. La politique sans le politique », É. RALSER et J. KNETSCH (dir.), *La nationalité française dans l'océan Indien : actes du colloque, organisé à Saint-Denis de La Réunion, 9 novembre 2015*, Paris, Société de législation comparée, 2017, p. 190.

¹⁴²⁰ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 29 à 34.

contraire « priverait de tout effet utile » le droit de séjour de l'enfant fondé sur l'article 18 CE et la directive 90/364¹⁴²¹. Sur ce dernier point, la Cour s'appuie sur des développements de l'arrêt *Baumbast et R* qui portaient sur l'interprétation de la directive relative au droit de circulation du travailleur¹⁴²². Ce raisonnement, qui permet de reconnaître, au nom de l'effet utile du droit de séjour du citoyen, un droit de séjour au parent de celui-ci lorsque les conditions exigées par la directive sont remplies, se retrouve à la suite de l'entrée en vigueur de la directive 2004/38 dans les arrêts *Iida*, *Alokepa*, *Rendón Marín* et *NA*¹⁴²³. Dans ces arrêts, le droit de circuler ne joue aucun rôle explicite, c'est le droit de séjour du citoyen qui est au cœur du raisonnement. L'effet utile de celui-ci justifie la reconnaissance de relations juridiques en dehors de sa personne. Ainsi, le droit de séjour de Catherine Zhu conduit à reconnaître le droit de séjour que sa mère peut opposer au Royaume-Uni¹⁴²⁴.

Dans d'autres cas, comme l'arrêt *Akrich*, la Cour ne recourt toutefois pas à une conception extensive de l'effet utile des droits du citoyen. Elle admet dans cet arrêt l'exigence d'une condition de résidence légale préalable dans un État membre pour que le conjoint du travailleur, ressortissant d'un État tiers, puisse disposer d'un droit de séjour sur le fondement du règlement n° 1612/68¹⁴²⁵. À ce titre, il a pu être vu comme emblématique d'une « jurisprudence modérée », limitant les droits du citoyen¹⁴²⁶. La Cour considère en effet que si celui-ci ne disposait pas d'un droit de séjour avant le déplacement, le fait qu'il n'en dispose pas après celui-ci ne saurait être vu comme dissuadant le travailleur de circuler¹⁴²⁷. En soi, le raisonnement suivi par la Cour est cohérent, bien qu'il présente une rupture nette au regard des arrêts antérieurs dans lesquels la question de l'effet dissuasif est supposée sans qu'elle n'ait à être démontrée, comme dans les arrêts *Singh* ou *D'Hoop*. Il faut toutefois noter que, si la Cour adopte une conception restrictive de la liberté de circulation, une certaine protection des droits fondamentaux intervient à un autre niveau. La Cour exige en effet que les

¹⁴²¹ *Ibid.*, para. 42 à 47. La Cour s'appuie sur des développements de l'arrêt *Baumbast et R* qui portaient sur l'interprétation de la directive relative au droit de circulation du travailleur. V. para. 45, renvoyant à CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 71-75.

¹⁴²² *Ibid.*, para. 45, renvoyant à CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*, para. 71-75. Il faut noter que dans ces paragraphes de l'arrêt *Baumbast*, la Cour mentionnait également le droit au respect à la vie privée et familiale de la CEDH, ce qu'elle ne fait pas dans l'arrêt *Zhu et Chen*.

¹⁴²³ V. CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, para. 69 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Alokepa et Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, para. 28 ; CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.*, para. 51 et CJUE, 30 juin 2016, *NA*, C-115/15, EU:C:2016:487, para. 80.

¹⁴²⁴ Ces droits sont des *libertés* de séjour au sens de Hohfeld, auxquelles sont adossés certains *droits*, comme par exemple, celui d'obtenir un titre de séjour etc.

¹⁴²⁵ Règlement 1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

¹⁴²⁶ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, EU:C:2008:449. Selon la distinction de Alina Tryfonidou, TRYFONIDOU A., « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 5, p. 634-653.

¹⁴²⁷ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, para. 53 et 54.

autorités nationales apprécient la demande du conjoint d'entrer et de séjourner sur leur territoire à la lueur du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 CEDH, déconnectant cette question de celle de l'effectivité de la libre circulation. La rhétorique adoptée est donc très différente de celles adoptées dans des arrêts plus protecteurs mais dont le raisonnement, explicitement fondé sur l'effet utile du droit de circuler et de séjourner, ne mentionne pas la protection de la vie privée et familiale, comme par exemple l'arrêt *Zhu et Chen*¹⁴²⁸.

L'arrêt *Metock* est un cas exemplaire de la « jurisprudence plus libérale » de la Cour en matière de regroupement familial, celle-ci revenant sur la possibilité d'exiger un séjour légal préalable¹⁴²⁹. La rhétorique de l'effet utile est toutefois un peu différente parce qu'elle s'appuie essentiellement sur l'effet utile des dispositions de la directive. Dans un premier temps, la Cour considère, dans un raisonnement reposant sur l'affirmation que les citoyens ne doivent pas être dissuadés d'exercer leurs droits, que le législateur peut réglementer l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'Union, « y compris lorsque les membres de la famille ne séjournaient pas déjà légalement dans un autre État membre¹⁴³⁰ ». Sur ce point, elle s'appuie, « par ailleurs », sur le droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH dont tous les États sont membres¹⁴³¹. Cette première partie du raisonnement repose implicitement sur l'effet utile du droit de circuler, avec la particularité qu'il permet de justifier la compétence du législateur¹⁴³². Ensuite, la Cour fait reposer son argument sur l'effet utile de la directive 2004/38, lue à la lueur de ses considérants promouvant la protection du citoyen. Elle souligne en effet que la directive vise à « faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement » du citoyen de l'Union et implique, « pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de dignité », qu'il soit « également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité¹⁴³³ ». Dans cette perspective :

« les dispositions de cette directive ne sauraient être interprétées de façon restrictive et ne doivent pas, en tout état de cause, être privées de leur effet utile¹⁴³⁴ ».

¹⁴²⁸ *Ibid.*, para. 59. Sur cette question, V. DE SOMER M. et M.P. VINK, « 'Precedent' and Fundamental Rights in the CJEU's Case Law on Family Reunification Immigration », *European Integration online Papers*, 2015, vol. 19, p. 20s.

¹⁴²⁹ V. TRYFONIDOU A., « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens », *op. cit.*

¹⁴³⁰ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 63 à 65.

¹⁴³¹ *Ibid.*, para. 79.

¹⁴³² Nous reviendrons sur la formulation de la question en termes de compétence. V. *infra*, section 2, B, 1.

¹⁴³³ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 82 et 83. La Cour mentionne les considérants 1, 4, 5 et 11 de la directive 2004/38.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, para. 84. V., précédemment, CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, *op. cit.*, para. 43.

L'effet utile est cette fois un garde-fou contre une interprétation restrictive de la directive (au sens de la restriction des droits accordés aux citoyens). En l'espèce, la Cour en déduit que, à moins de « priver de leur effet utile » l'article 3 § 1 de la directive qui prévoit qu'elle s'applique pour les « membres de la famille » du citoyen qui l'accompagnent ou le rejoignent¹⁴³⁵, le conjoint d'un citoyen doit pouvoir s'en prévaloir, « quels que soient le lieu et la date de leur mariage ainsi que la manière dont ce ressortissant d'un pays tiers est entré dans l'État membre d'accueil¹⁴³⁶ ».

L'effet utile des dispositions de la directive joue également une place importante dans l'arrêt *Rahman*, où était en question l'interprétation de l'article 3, § 2 de la directive énonçant que « l'État membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour » de personnes proches du citoyen sans être membres de sa famille au sens strict¹⁴³⁷. Dans ses conclusions, l'Avocat général Bot, soulignant que les dispositions de la directive doivent faire l'objet d'une « interprétation téléologique et utile, tenant compte de leur objectif », explique que l'article en cause répond à deux objectifs énoncés dans les considérants : faciliter la liberté de circulation du citoyen et favoriser l'unité familiale¹⁴³⁸. Au regard du premier objectif, il exprime de façon très claire la dynamique que revêt la liberté de circulation du citoyen lue à la lueur de la doctrine de l'effet utile :

« Dans cette optique, le droit au regroupement familial est conçu comme le corollaire du droit à la liberté de circulation du citoyen de l'Union, en partant de l'idée que celui-ci pourra être dissuadé de circuler d'un État membre à l'autre s'il ne peut pas se faire accompagner par les membres de sa famille. Le regroupement familial bénéficie donc d'une protection par ricochet, qui s'exerce de

¹⁴³⁵ Les « membres de la famille » sont entendus au sens strict de l'article 2, c'est-à-dire : « 2) a) le conjoint ; b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil ; c) les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ; d) les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ».

¹⁴³⁶ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, resp. para. 93 et 99.

¹⁴³⁷ « 2. Sans préjudice d'un droit personnel à la libre circulation et au séjour de l'intéressé, l'État membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour des personnes suivantes :

a) tout autre membre de la famille, quelle que soit sa nationalité, qui n'est pas couvert par la définition figurant à l'article 2, point 2), si, dans le pays de provenance, il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal, ou lorsque, pour des raisons de santé graves, le citoyen de l'Union doit impérativement et personnellement s'occuper du membre de la famille concerné ;

b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée.

L'État membre d'accueil entreprend un examen approfondi de la situation personnelle et motive tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes. »

¹⁴³⁸ Ces objectifs se trouvent respectivement exprimés dans les considérants 1 et 6 de la directive. V. AG Bot, ccl sur CJUE, 5 septembre 2012, *Rahman e.a.*, C-83/11, EU:C:2012:519, para. 35-37

manière indirecte, en raison de l'atteinte qui pourrait être portée à l'effet utile de la citoyenneté de l'Union¹⁴³⁹. »

Au regard du second, il souligne le dépassement de l'accent mis sur la liberté de circulation en faisant jouer l'effet utile de la directive :

« La circulation des membres de la famille du citoyen de l'Union n'est donc pas exclusivement protégée en tant que droit dérivé du droit de libre circulation du citoyen de l'Union, puisqu'elle bénéficie également d'une protection par le truchement du droit à la préservation de l'unité de la famille, au sens large du terme¹⁴⁴⁰. »

L'effet utile occupe une place centrale dans le dispositif même de l'arrêt. Il vient encadrer la liberté laissée à l'État dans la définition des critères permettant de déterminer les personnes à charge et les exigences qu'il peut imposer quant à la nature et à la durée de la dépendance. La Cour exige, de façon singulière, que ces critères soient définis conformément « au sens habituel » des termes utilisés et qu'ils « ne privent pas cette disposition de son effet utile¹⁴⁴¹ ».

Dans la lignée de l'arrêt *Metock*, la rhétorique de l'effet utile de la directive, ou de certaines dispositions de la directive, prend de plus en plus de place, allant au-delà du simple effet utile du droit de circuler ou de séjourner. Elle joue alors essentiellement le rôle d'une limite à l'interprétation restrictive des dispositions de la directive. Une justification du même ordre que celle qui est à l'œuvre dans l'arrêt *Rahman* se trouve dans l'arrêt *Reyes* pour déterminer les membres de la famille descendants directs à charge du citoyen de l'Union au sens de l'article 2, § 2, c). La Cour considère que l'exigence d'établir le fait d'avoir vainement tenté de trouver du travail ou de recevoir une aide dans son pays d'origine et/ou essayé par tout autre moyen d'assurer sa subsistance « risque de priver les articles 2, point 2, sous c), et 7 de la directive 2004/38 de leur effet utile¹⁴⁴² ». Dans l'arrêt *Ogieriakhi*, la rhétorique de l'effet utile se retrouve pour décider que le droit de séjour permanent peut être acquis en tant que conjoint d'un citoyen de l'Union en vertu de l'article 16 § 2 de la directive, même si, en raison d'une séparation de fait, le conjoint ne vit pas dans le même logement que le citoyen ou dans un logement mis à disposition par celui-ci¹⁴⁴³.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, para. 36. Il faut cependant noter que l'Avocat général, comme dans les arrêts appliquant le critère Zambrano à la suite de l'arrêt *Dereci*, parle d'« effet utile de la citoyenneté de l'Union ».

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, para. 37.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, V. dispositif.

¹⁴⁴² CJUE, 16 janvier 2014, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16, para. 26. La situation est toutefois différente parce que dans ce cas une liberté particulière n'est pas reconnue aux États par la directive.

¹⁴⁴³ CJUE, 10 juillet 2014, *Ogieriakhi*, C-244/13, EU:C:2014:2068, para. 40.

La doctrine de l'effet utile, entendue au sens d'un principe interprétatif des dispositions de la directive, n'est toutefois pas nécessairement accolée aux droits du citoyen. Elle peut aussi être utilisée, au contraire, pour garantir l'effectivité des limites mises à ceux-ci. Dans ce cas, l'effet utile de dispositions prévoyant des exceptions à des dispositions protectrices du citoyen vient contrebalancer le principe d'interprétation stricte des exceptions. Cela est particulièrement visible dans l'arrêt ZZ. La Cour énonce, à propos de l'article 30 § 2 de la directive, autorisant les États à limiter l'information transmise à l'intéressé pour des motifs relevant de la sûreté de l'État, qu'« [e]n tant que dérogation à la règle énoncée au point précédent, cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation stricte sans toutefois priver celle-ci de son effet utile¹⁴⁴⁴ ». De même, la Cour devait décider dans l'arrêt *Commission / Pays-Bas* s'il fallait adopter une conception formelle de la dérogation à l'égalité de traitement prévue pour les aides destinées aux étudiants, en la limitant aux seules « bourses » et « aides », à l'exclusion de prestations telles que l'octroi gratuit d'un titre de transport. Après avoir rappelé qu'en tant qu'exception elle devait faire l'objet d'une interprétation stricte, elle décide qu'une telle approche « viderait [...] de sa substance la dérogation relative aux aides d'entretien aux études¹⁴⁴⁵ ».

L'effet utile peut aussi être utilisé pour justifier une interprétation téléologique de la directive faisant primer le droit des États. Ainsi, l'Avocat général Bot considère que l'art. 16 § 2 de la directive exclut qu'une période d'emprisonnement puisse compter comme un séjour légal pour obtenir un droit de séjour permanent, car une telle solution « altérerait fortement l'effet utile recherché par l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2004/38¹⁴⁴⁶ ». Si la Cour ne parle pas d'effet utile, elle reprend l'esprit de cette solution lorsqu'elle érige l'intégration comme une condition à l'obtention du droit de séjour permanent¹⁴⁴⁷, et en donne une lecture procédant de ce qui a pu être vu comme un « tournant moral¹⁴⁴⁸ » ou un « tournant normatif¹⁴⁴⁹ ». Si la Cour ne se réfère pas non plus à l'effet utile de façon expresse dans les arrêts *Dano* et *Alimanovic*, le souci d'assurer l'effectivité des limitations mises aux

¹⁴⁴⁴ CJUE, 4 juin 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, para. 49.

¹⁴⁴⁵ CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, C-233/14, EU:C:2016:396, resp. para. 86 et 93. Dans l'arrêt *Commission / Autriche*, la Cour avait retenu une interprétation différente, ne mentionnant que le principe d'interprétation stricte de la dérogation au principe de l'égalité de traitement. V. CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 54. V. aussi AG Kokott, ccl sur CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*, para. 69. Sur ces arrêts, V. *supra*, partie II, chapitre 1, section 1, § 2, B.

¹⁴⁴⁶ AG Bot, ccl sur CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2014:13, para. 64.

¹⁴⁴⁷ CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, *op. cit.*, para. 22s.

¹⁴⁴⁸ BARBOU DES PLACES S., « The Integrated Person in EU Law », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 187.

¹⁴⁴⁹ AZOULAI L., « The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society) », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 216s.

droits du citoyens garantis par la directive joue un rôle fondamental¹⁴⁵⁰. La Cour a ainsi décidé que les citoyens qui ne bénéficient pas d'un droit de séjour en vertu de la directive ne peuvent se prévaloir du principe d'égalité de traitement. La directive n'est plus interprétée au regard de ses considérants favorisant les droits du citoyen mais de ses considérants protecteurs de la liberté des États membres et notamment du considérant 10, énonçant qu'il convient « d'éviter que les personnes exerçant leur droit de séjour ne deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil pendant une première période de séjour¹⁴⁵¹ ». Le contraste avec l'arrêt *Brey* est frappant. Dans cette dernière affaire, la Cour s'était appuyée sur l'effet utile de la directive au regard de son objectif de « faciliter et de renforcer l'exercice du droit fondamental des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Elle en concluait qu'il était contraire au droit de l'Union d'exclure automatiquement un citoyen de l'Union du bénéfice d'une prestation sociale parce qu'il ne remplissait pas les conditions de ressources exigées pour bénéficier d'un droit de séjour légal supérieur à trois mois¹⁴⁵².

Associé aux droits du citoyen, l'effet utile est un outil puissant pour étendre leur portée. Il permet au citoyen d'opposer son droit dans des situations qui semblent à première vue se trouver en dehors du champ du droit de l'Union (ainsi, l'obstacle au retour est conçu comme une entrave à la sortie, poussant à l'extrême l'effet utile de la liberté de circulation). Il est aussi très puissant lorsque, associé au droit de séjour du citoyen, il permet de reconnaître un droit de séjour aux membres de sa famille dans des situations qui ne sont pas couvertes par la directive parce que la personne concernée ne figure pas parmi les « membres de la famille » (comme dans l'arrêt *Zhu et Chen*) ou parce que le citoyen séjourne dans son État de nationalité (comme dans le cas de l'entrave au retour et dans les conclusions de l'Avocat général sur *Lounes*). Le développement, plus récent, d'une rhétorique fondée sur l'effet utile des dispositions de la directive fonctionne de façon quelque peu différente. Couplé au langage des droits, interprétant la directive à la lueur de ses finalités protectrices du citoyen, il peut jouer un rôle semblable. En revanche, comme principe interprétatif, l'effet utile peut aussi donner force aux dispositions limitant les droits du citoyen. Le recours à l'effet utile joue un rôle important dans un autre contexte qui n'a pas été évoqué : l'effet utile de la citoyenneté de l'Union elle-même, et non

¹⁴⁵⁰ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, et CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, *op. cit.*

¹⁴⁵¹ V. CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, para. 67s. et CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, *op. cit.*, para. 50s.

¹⁴⁵² La Cour énonce que : « la marge de manœuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive 2004/38, qui est, notamment, de faciliter et de renforcer l'exercice du droit fondamental des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, et à l'effet utile de celle-ci ». CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, para. 71.

simplement des droits du citoyen, est en effet invoqué pour justifier la protection offerte au citoyen dans le cadre du critère Zambrano. Cette argumentation sera étudiée dans le prochain chapitre¹⁴⁵³.

§ 2. LA PERFORMATIVITÉ D'UNE THÉORIE : LES DROITS DU CITOYEN AU-DELÀ DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

Les cas discutés jusqu'alors montrent que les arrêts relatifs à la citoyenneté interviennent à l'occasion de mesures prises par les autorités nationales dans des matières très différentes – état des personnes, fiscalité, pensions, séjour de ressortissants d'États tiers liés à des nationaux, extradition, sécurité sociale – et notamment dans des champs qui relèvent de la compétence des États membres. Il a déjà été mentionné que ce qui permettait à la Cour de se prononcer indirectement sur des normes relevant de ces matières se trouvait notamment dans le recours à la formule des compétences retenues. La formule, couplée à l'argumentation sur le plein effet des droits du citoyen, permet d'étendre de façon très importante le champ d'application du droit de l'Union. Les règles ou les mesures nationales affectant une situation qui peut être rattachée aux libertés de circulation doivent respecter le droit de l'Union, et, pour ce qui intéresse la citoyenneté, le droit de circulation et de séjour du citoyen et son droit à ne pas être discriminé en raison de la nationalité.

La distribution des pouvoirs et la définition des contraintes qui pèsent sur leur exercice sont pensées dans un cadre conceptuel spécifique, développé dans le champ des libertés de circulation. Il se distingue de façon importante d'une approche classique en termes de répartition verticale des compétences, bien que cette dernière ne soit pas absente du droit de l'Union. C'est dans cette perspective que les auteurs des traités ont introduit de nombreuses dispositions à l'occasion du traité de Lisbonne dans le but de circonscrire l'action de l'Union, telles que « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribués » ou « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres¹⁴⁵⁴ ». La formule des compétences retenues peut être vue comme « un démenti constant » de ces articles selon lesquels le champ du droit de l'Union devrait être limité aux compétences de l'Union¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵³ L'« effet utile de la citoyenneté de l'Union » n'est mentionné qu'à partir de l'arrêt *Dereci*. CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, C-256/11, EU:C:2011:734, para. 67. V. *infra*, partie III, chapitre 2, section 2.

¹⁴⁵⁴ Art. 5, § 2 et 4 § 1, TUE. Pour une mention plus générale de ces dispositions, V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 345.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*

La substitution d'un cadre conceptuel à un autre permet de montrer que le langage ne joue pas simplement le rôle d'un « outil de présentation » indépendant de l'objet qu'il décrit. Tout d'abord, le cadre conceptuel particulier mis en œuvre par la Cour permet de penser, de dire et de faire des choses qui ne seraient pas pensables, dicibles ou faisables dans un autre cadre conceptuel, comme celui de la répartition verticale des compétences. Ce cadre conceptuel conduit aussi à mettre en évidence le fait que les théories développées par les acteurs contribuent à constituer l'objet même qu'elles sont supposées décrire. Lorsqu'ils utilisent la formule des compétences retenues, la Cour, comme les autres acteurs, ne décrivent pas simplement un ordonnancement des pouvoirs et des limites mises à leur exercice, mais ils participent à sa constitution. Ceci correspond non seulement à l'aspect performatif du langage juridique¹⁴⁵⁶, mais aussi, et c'est ce qui nous intéresse ici, à la performativité d'une théorie au sens de Michel Callon ; le droit est encastré dans un ensemble de savoirs juridiques qui contribuent à lui donner forme¹⁴⁵⁷.

La nouvelle façon de concevoir l'exercice du pouvoir, au-delà du langage de la répartition des compétences, conduit, en empruntant l'expression à Gareth Davies, à mettre le citoyen au « centre de son propre monde juridique¹⁴⁵⁸ » (A). La force de cette nouvelle façon de concevoir l'exercice du pouvoir se perçoit de façon très nette lorsqu'elle se trouve opposée à une conceptualisation plus classique en termes de répartition des compétences (B).

A. Une nouvelle façon de concevoir l'exercice du pouvoir et sa limitation

Ce nouveau cadre conceptuel, allant au-delà du langage de la répartition des compétences, repose sur deux opérations fondamentales : la question de l'existence d'une compétence est distinguée de

¹⁴⁵⁶ Hart explique très tôt qu'un certain nombre d'affirmations n'ont pour but principal ni de décrire quelque chose, ni d'exprimer des sentiments ou des émotions, mais de faire quelque chose. V. HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, vol. 49, p. 171–194. Les idées de l'article de Herbert Hart, de même que celles du fameux article de John Langshaw Austin, « A Plea for Excuses » (AUSTIN J.L., « A Plea for Excuses : The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, vol. 57, p. 1–30.) ont été en partie exposées lors de différentes sessions d'un séminaire organisé par les deux professeurs à Oxford V. MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, coll. « Jurists : profiles in legal theory », 2008, p. 27-28 et note 18.

¹⁴⁵⁷ V. CALLON M. (dir.), *The laws of the markets*, Londres, Blackwell, 1998 ; MACKENZIE D.A., F. MUNIESA, et L. SIU (dir.), *Do economists make markets ? on the performativity of economics*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

¹⁴⁵⁸ DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 44, 2003, p. 197. Il faut mentionner que la remarque concerne le champ matériel de la non-discrimination en raison de la nationalité.

celle de son exercice (1), le champ d'application du droit de l'Union est découplé de la compétence de l'Union (2).

1. La distinction entre l'existence et l'exercice d'une compétence

Reprenant le schéma développé pour les libertés de circulation économique, la Cour considère toutes les mesures susceptibles de faire obstacle à la liberté de circulation et de séjour des citoyens, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent. Cette logique se trouve contenue dans la « formule des compétences retenues », qui s'installe dans la jurisprudence à partir du milieu des années quatre-vingt-dix, ainsi que l'a montré Loïc Azoulai¹⁴⁵⁹. À quelques mots près, la formule prend la forme suivante :

« s'il est constant que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence retenue des États membres [laquelle est reconnue notamment en matière de fiscalité directe, de protection sociale, d'éducation, d'attribution de la nationalité, d'état civil des personnes], il n'en demeure pas moins que les États membres doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union¹⁴⁶⁰ ».

Cette formule, explique l'auteur, véhicule « une opération de *totalisation* du droit de l'Union¹⁴⁶¹ ». Les États membres doivent respecter le droit de l'Union, quel que soit le domaine dans lequel ils exercent leur action. Cette opération de totalisation se distingue d'une extension des compétences de l'Union, comme, par exemple, dans le cas de la célèbre doctrine des compétences implicites dans le domaine des relations extérieures¹⁴⁶². Comme le dit l'Avocat général Jacobs, dans ses conclusions sur *Bickel et Franz*, appliquer le principe de non-discrimination en matière pénale « n'implique évidemment pas un transfert de compétence des États membres en matière pénale au profit de la Communauté. Elle reconnaît simplement le fait que [...] les États membres doivent exercer leurs compétences en la matière conformément au principe fondamental de l'égalité de traitement¹⁴⁶³ ».

¹⁴⁵⁹ V. AZOULAI L., « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice : EU law as total law ? », *European Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 192-219 ; AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.* Il faut préciser que, si nous reprenons cette dénomination, la Cour, dans le champ de la citoyenneté, n'utilise pas le terme « retenu » mais parle simplement des matières qui « relèvent de la compétence des États membres ».

¹⁴⁶⁰ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 343. La formule apparaît sous cette forme pour la première fois dans l'arrêt CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köln-Alstadt / Schumacker*, C-279/93, EU:C:1995:31 mais, comme le montre l'enquête menée par l'auteur, ses racines sont plus anciennes.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴⁶² Sur cette question, V. CREMONA M., « EU External Relations : Unity and Conferral of Powers », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 68s.

¹⁴⁶³ AG Jacobs, ccl sur CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 25.

La formule se trouve très tôt dans la jurisprudence de la Cour relative à la citoyenneté. Ainsi, elle se lit dès les arrêts *Bickel et Franz*¹⁴⁶⁴, *Elsen*¹⁴⁶⁵, *Garcia Avello*¹⁴⁶⁶, *Pusa*¹⁴⁶⁷ ou *Zhu et Chen*¹⁴⁶⁸. Elle est reprise par la suite dans de nombreuses affaires, dans des matières qui relèvent de ce qui est classiquement perçu comme se trouvant au cœur des compétences étatiques : l'état des personnes¹⁴⁶⁹, l'éducation¹⁴⁷⁰, la fiscalité directe¹⁴⁷¹, la sécurité sociale¹⁴⁷², l'octroi de pensions allouées aux victimes de guerre¹⁴⁷³ ou l'extradition¹⁴⁷⁴. Elle s'intègre au sein des structures de raisonnement développées par la Cour, parfois encadrée par d'autres paragraphes relatifs à l'applicabilité du droit de l'Union. L'arrêt *Tas-Hagen et Tas* donne une illustration claire de l'enchaînement dans lequel peut s'insérer la formule :

« [...] au stade actuel du développement du droit communautaire, une prestation telle que celle en cause au principal, qui a pour but de dédommager les victimes civiles de guerre du préjudice psychique ou corporel qu'elles ont subi, relève de la compétence des États membres.

Cependant, ces derniers doivent exercer une telle compétence dans le respect du droit communautaire, en particulier des dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

¹⁴⁶⁴ Sous une forme toutefois un peu particulière, la Cour ne distingue pas explicitement l'exercice de la compétence mais dit que : « [s]i, en général, la législation pénale et les règles de procédure pénales, dont font partie les dispositions litigieuses concernées relatives à la langue de procédure, relèvent de la compétence des États membres, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire impose des limites à cette compétence. » CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 17.

¹⁴⁶⁵ La liberté de circulation des travailleurs était aussi prise en compte. « [...] si les États membres conservent leur compétence pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, ils doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs [...] ou encore à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. » CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, *op. cit.*, para. 33.

¹⁴⁶⁶ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 25.

¹⁴⁶⁷ CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 22.

¹⁴⁶⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 37.

¹⁴⁶⁹ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 16 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 38 ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 63 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 32 ; CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 33.

¹⁴⁷⁰ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*, para. 70 ; CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 24 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, *op. cit.*, para. 86 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 26 ; CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, *op. cit.*, para. 21 ; CJUE, 24 octobre 2013, *Elrick*, *op. cit.*, para. 21 ; CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 23.

¹⁴⁷¹ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*, para. 69 ; CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, *op. cit.*, para. 85.

¹⁴⁷² CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Gliszczyński*, *op. cit.*, para. 63 ; CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, *op. cit.*, para. 84 ; CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, *op. cit.*, para. 75.

¹⁴⁷³ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 21 ; CJCE, 22 mai 2008, *Nerkomska*, *op. cit.*, para. 23 et CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, *op. cit.*, para. 27.

¹⁴⁷⁴ CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhin*, *op. cit.*, para. 26 et 27.

En outre, il est constant que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE [20 TFUE], n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire [...]

En l'occurrence, il convient de constater qu'une situation telle que celle des requérants au principal relève du droit de libre circulation et de libre séjour des citoyens de l'Union dans les États membres¹⁴⁷⁵. »

Les deux premiers paragraphes constituent le cœur de la formule des compétences retenues. Ils se trouvent toujours repris, plus ou moins sous cette forme. La Cour encadre la compétence des États membres en imposant le respect de la liberté de circuler et de séjourner librement du citoyen. La distinction entre l'existence et l'exercice de la compétence permet de dépasser la contradiction qui pourrait être vue entre l'affirmation de la compétence des États membres dans une matière et leur obligation de respecter le droit de l'Union¹⁴⁷⁶.

Cette configuration est exprimée au niveau très général des obligations de l'État et du droit de l'Union. Elle peut aussi être exprimée à l'échelle des relations entre personnes à partir de la grille analytique de Hohfeld ; détenir un *pouvoir* à l'égard de quelqu'un n'implique pas d'avoir la *liberté* de l'utiliser. Ainsi, dans une situation telle que celle de M. Freitag, mentionnée précédemment, l'autorité administrative concernée a le *pouvoir* de changer le nom du citoyen (en vertu de la compétence nationale en la matière et du droit allemand) mais elle a aussi le *devoir* de le faire (pour assurer le plein effet de la liberté de circulation du citoyen¹⁴⁷⁷). Le recours au terme de droit de façon générique, pour désigner tant un *pouvoir* qu'une *liberté* peut ici conduire à des confusions. L'État a le droit de refuser la demande d'un citoyen dans la situation de M. Freitag de changer de nom (au sens où il en a le *pouvoir*) mais il n'en a pas le droit (au sens où il n'en a pas la *liberté*).

2. La distinction entre la compétence de l'Union et le champ d'application du traité

Ce qui « relève » des compétences des États ne permet pas de délimiter le « champ d'application » des libertés de circulation, pas plus, d'ailleurs, que ce qui relève de la compétence du droit de l'Union.

¹⁴⁷⁵ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 21-24.

¹⁴⁷⁶ Cette distinction se retrouve dans d'autres contextes, V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 350-351. Un exemple a déjà été signalé à propos de la distinction entre l'existence et l'exercice des droits du citoyen. L'Avocat général La Pergola l'utilise de façon très explicite pour justifier que les conditions et limitations évoquées par le traité ne concernent pas l'existence des droits du citoyen mais leur exercice V. ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 18 et V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 2, A, 1.

¹⁴⁷⁷ V. *supra*, § 1, A, 2.

En effet, en lien avec la distinction entre l'existence et l'exercice des compétences, la « disjonction » entre la compétence de l'Union et le champ d'application de son droit joue un rôle fondamental dans l'extension des obligations pesant sur les États membres¹⁴⁷⁸. Ce qui permet l'applicabilité du droit de l'Union est, comme la Cour le dit dans le dernier des paragraphes cités, que la « situation [...] relève du droit de libre circulation et de libre séjour des citoyens de l'Union ».

Par ceci, il faut entendre ce qui correspond aux cas « dans lesquels il y a eu circulation », mais aussi « à ceux dans lesquels la circulation est empêchée ou découragée¹⁴⁷⁹ » ainsi que, plus rarement, ceux dans lesquels le citoyen « séjourn[e] légalement sur le territoire d'un autre État membre¹⁴⁸⁰ ». Opposées aux « situations qui relèvent du droit de libre circulation et de libre séjour des citoyens de l'Union », se trouvent les « situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire », mentionnées dans le troisième paragraphe de la séquence citée. Il est admis, de façon générale, que les libertés de circulation n'ont pas de domaine d'application spécifique, au sens où elles ne concernent pas uniquement les dispositions qui sont adoptées en vue de réglementer la circulation, mais, potentiellement, toutes les mesures qui ont un effet sur la circulation, dans la logique de l'effet utile des droits. Certains participants à la controverse ont toutefois tenté, vainement, de limiter le champ des libertés de circulation aux mesures qui réglementaient directement la circulation des citoyens, tels que le gouvernement belge dans l'arrêt *Garcia Avello*¹⁴⁸¹ ou le gouvernement allemand dans l'arrêt *N*¹⁴⁸². Comme le dit l'Avocat général Jacobs, il est « évident que la liberté de circulation n'implique pas seulement l'abolition des entraves au droit d'une personne d'entrer sur le territoire d'un État membre, d'y résider ou de le quitter. Cette liberté ne peut pas être assurée à moins d'abolir également toutes les mesures de quelque nature qu'elles soient qui créent un désavantage injustifié pour ceux qui l'exercent¹⁴⁸³ ».

Le paragraphe relatif aux « situations internes » (parfois dites « purement internes »), forgé dans l'arrêt *Uecker et Jacquet*¹⁴⁸⁴, est rarement mentionné dans les arrêts précités. Son rôle n'est pas forcément

¹⁴⁷⁸ Sur cette question, V. AZOULAI L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 62s.

¹⁴⁷⁹ AG Ruiz-Jarabo Colomer, ccl sur CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 87.

¹⁴⁸⁰ CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.*, para. 34.

¹⁴⁸¹ Le gouvernement belge soutient, lors de l'arrêt *Garcia Avello* que, « au sens de l'article 18 CE, la liberté de circulation se traduit principalement par la disparition des frontières et la suppression des contrôles y exercés et la liberté de séjour s'entend comme la possibilité de s'établir dans les États membres de l'Union européenne ; [...] l'exercice de ces libertés n'étant en rien subordonné au port d'un nom particulier ». V. ccl. AG Jacobs sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 41,

¹⁴⁸² V. ccl. AG Kokott sur CJCE, 7 septembre 2006, *N*, *op. cit.*, para. 67.

¹⁴⁸³ AG Jacobs sur CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 21.

¹⁴⁸⁴ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, *op. cit.*, para. 23.

facile à saisir. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, il joue un rôle particulier puisqu'il permet de dire que des situations dans lesquelles le citoyen n'a pas exercé sa liberté de circulation ne sont pas nécessairement des situations internes et donc, implicitement, que le droit de l'Union doit s'appliquer même en l'absence de lien avec la liberté de circulation¹⁴⁸⁵. Dans les arrêts suivant le modèle de l'entrave, il n'est présent que dans les affaires relatives aux pensions pour les victimes de guerre et dans ceux qui concernent le nom de famille. Toutefois, même dans ces séries d'arrêts, sa présence n'est pas systématique ; il est difficile d'expliquer pourquoi il apparaît ou non. Ainsi, dans des cas relativement similaires, la Cour mentionne le paragraphe dans les arrêts *Tas-Hagen et Tas* et *Nerkomska*, mais il ne se retrouve pas dans l'arrêt *Zablocka-Weyhermüller*¹⁴⁸⁶. De même, s'il peut se lire dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*¹⁴⁸⁷, il ne figure pas dans les arrêts *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič Vardyn et Wardyn*, *Bogendorff von Wolffersdorff* et *Freitag*¹⁴⁸⁸.

Il est tentant de rapprocher la formule des compétences retenues du mouvement de « constitutionnalisation » du droit de l'Union conduisant à étendre le champ d'application du droit de l'Union en s'appuyant sur l'effectivité des droits qu'il garantit. Dans cette perspective, poussée à son terme, le problème des compétences ne devrait plus se poser. « L'invocation de droits subjectifs est largement indifférente au partage des pouvoirs entre l'État et l'Union¹⁴⁸⁹. » Dans ce cas, ce qui interroge est le recours à une telle formule qui, si elle s'inscrit dans la logique de l'effet utile des droits subjectifs, adopte tout de même le vocabulaire des compétences. Pour Loïc Azoulay, une raison essentielle à cela est que la formule ne joue pas uniquement au stade de l'applicabilité du droit de l'Union mais aussi lors de la justification des mesures, qui sera évoqué dans la seconde section¹⁴⁹⁰. Une autre explication est que la formule intervient comme une réponse à l'argumentation des États membres, parfois formulée dans les termes du respect de leurs compétences. C'est par exemple le cas dans les affaires relatives à l'éducation, comme l'arrêt *Schwarz et Gootjes-Schwarz* où le gouvernement allemand argue que le contraindre de verser les aides demandées « serait contraire à la répartition des

¹⁴⁸⁵ V. *supra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 1, A, 1.

¹⁴⁸⁶ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 23 et CJCE, 22 mai 2008, *Nerkomska*, *op. cit.*, para. 25.

¹⁴⁸⁷ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 26

¹⁴⁸⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.* ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.* et CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, *op. cit.* Il faut noter que dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, l'Avocat général reprenait le paragraphe des situations internes pour répondre au gouvernement allemand et au service juridique central de la ville de Karlsruhe qui estimaient que seul le droit allemand s'appliquait au ressortissant en raison de sa nationalité allemande. AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 27s.

¹⁴⁸⁹ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 353.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 362.

compétences prévue par le traité CE¹⁴⁹¹ » ou l'arrêt *Morgan et Bucher* où le même gouvernement, mais aussi les gouvernements néerlandais, autrichien, suédois et du Royaume-Uni, ainsi que la Commission affirment que les États membres sont compétents en ce qui concerne le contenu de l'enseignement et l'organisation de leurs systèmes éducatifs respectifs¹⁴⁹².

Le cadre conceptuel développé par la Cour conduit à répondre à ces objections en changeant les termes du débat. Les affirmations selon lesquelles « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées » ou « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres¹⁴⁹³ » se concentrant sur le titulaire de la compétence, ne permettent pas de limiter utilement ce que les droits du citoyen peuvent affecter dans les ordres nationaux. En effet, ceux-ci opèrent non par l'action de l'Union dans son domaine de compétence, mais par l'obligation que les États ont de les respecter lorsqu'ils agissent, peu importe qu'ils exercent une compétence qui leur est propre ou non. Un exemple typique d'une réponse tirant parti de ce changement de cadre conceptuel se trouve dans les conclusions de l'Avocat général Jacobs sur *Pusa* :

« Le gouvernement finlandais a entièrement raison lorsqu'il soutient que les dispositions de droit national en matière de saisie sur les revenus en vue du remboursement de dettes relèvent de la compétence des États membres et échappent en tant que telles à l'application du droit communautaire.

Toutefois, les États membres doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire, en particulier lorsque, ce faisant, ils portent atteinte à des libertés reconnues par le traité¹⁴⁹⁴. »

Changer les termes du débat présente une dimension stratégique, en permettant d'éviter de répondre à une question telle qu'elle est posée. Toutefois, cela va au-delà ; le nouveau cadre conceptuel permet de dire et de faire quelque chose qui ne serait pas possible dans le cadre de la répartition des compétences. Dans ce cas, le juge serait face à l'alternative de reconnaître la compétence de l'État, excluant le jeu du droit de l'Union, ou d'affirmer la compétence de l'Union, européanisant complètement des matières relevant de la compétence des États membres.

¹⁴⁹¹ CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, *op. cit.*, para. 50.

¹⁴⁹² Ils peuvent alors s'appuyer sur l'article 149, paragraphe 1, TCE. CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 24.

¹⁴⁹³ Art. 5, § 2 et 4 § 1, TUE. Pour une mention plus générale de ces dispositions, V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 345.

¹⁴⁹⁴ AG Jacobs sur CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, *op. cit.*, para. 12 et 13.

Ainsi, la nouvelle façon de penser l'exercice du pouvoir repose sur une certaine conceptualisation des compétences, dissociant leur existence de leur exercice, plutôt qu'une approche dans laquelle le titulaire d'une compétence devrait pouvoir l'exercer librement. Comme le remarque François-Xavier Millet, ceci conduit à un déplacement des questions pertinentes. L'essentiel n'est plus tant de déterminer « Qui doit être le titulaire d'une compétence ? » mais « Comment une compétence doit-elle être exercée¹⁴⁹⁵ ? ». Cette approche repose aussi sur une certaine façon de concevoir les droits, dans le cadre de la doctrine de l'effet utile, qui conduit à étendre le champ d'application du droit de l'Union à leur mesure, au-delà de la question de la compétence de l'Union. Au surplus d'une certaine conception des compétences et des droits, la dynamique de la formule des compétences retenue pour développer les droits du citoyen se trouve dans son caractère asymétrique : elle associe le langage des compétences, en partie neutralisé, aux États et celui de la protection des droits, fort de la doctrine de l'effet utile, à l'Union.

B. Le dépassement de la logique de la répartition des compétences

La force que revêt la conceptualisation portée par la formule des compétences retenues se perçoit lorsqu'elle est confrontée au langage de la répartition des compétences. Les arrêts *Akrich* et *Metock*, dans lesquels certains acteurs développent un raisonnement en termes de répartition des compétences, alors que d'autres parlent dans les termes de la formule des compétences retenues et de l'effet utile des droits du citoyen permettent de bien distinguer l'opposition des deux discours (1). L'arrêt *Hongrie / République slovaque*, exceptionnel à de nombreux égards, voit s'opposer de façon très claire un discours en termes de répartition verticale (qui, de façon peu usuelle est porté par la Commission et l'Avocat général) et un discours poussant à l'extrême la logique de l'effet utile des droits du citoyens et de la formule des compétences retenues (qui, de façon encore moins habituelle, est porté par un gouvernement). La décision de la Cour a pu faire l'objet de discussions, toutefois, si elle reconnaît de façon exceptionnelle une nouvelle limite à l'exercice des droits du citoyen, elle ne le fait pas dans le discours de la répartition des compétences (2).

¹⁴⁹⁵ MILLET F.-X., « The Respect for National Constitutionnal Identity in the European Legal Space : an Approach to Federalism as Constitutionalism », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 255s.

1. Les cas *Akrich* et *Metock*: la persistance de l'argumentation en termes de répartition des compétences

Le raisonnement développé par l'Avocat général Geelhoed dans ses conclusions sur l'arrêt *Akrich*¹⁴⁹⁶ s'inscrit essentiellement dans une conception classique de répartition des compétences. La question que la Cour doit trancher lui apparaît comme un « dilemme » trouvant sa source dans le fait que la législation sur l'immigration, d'une part, et la réglementation communautaire relative à la libre circulation des personnes, d'autre part, « sont de plus en plus divergentes », alors que « les champs d'application *ratione materiae* semblent se chevaucher sans cesse davantage¹⁴⁹⁷ ». Il parle de « concurrence de deux domaines de compétence différents¹⁴⁹⁸ » et ses conclusions sont rythmées par l'opposition binaire de la compétence des États en matière d'immigration et de celle de la communauté en matière de libre circulation. Il explique par exemple que, « [e]n soi, il est logique du point de vue de la libre circulation des personnes que le conjoint d'un citoyen migrant de l'Union soit soustrait à la compétence nationale en matière d'immigration¹⁴⁹⁹ ». La différence est aussi très claire lorsque l'Avocat général invoque ce qui peut être vu comme l'effet utile de la législation nationale plutôt que l'effet utile des droits du citoyen, en considérant que « le contrôle de l'immigration extracommunautaire incombe aux États membres. Le droit communautaire ne peut être interprété de façon telle qu'ils ne puissent pas accomplir cette mission¹⁵⁰⁰. » Plus loin, l'Avocat général relève que l'intention du couple, à laquelle le juge de renvoi accorde beaucoup d'importance, n'est pas un élément essentiel puisque « [l]a compétence qu'a un État membre d'appliquer sa législation nationale sur l'immigration est en effet indépendante de cette intention¹⁵⁰¹ ».

Ces conclusions permettent de bien saisir ce qu'implique de penser la question dans les termes de la conceptualisation portée par la formule des compétences retenues, plutôt que dans ceux de la répartition verticale des compétences. Dans la logique portée par la formule des compétences retenues, il n'est pas question de soustraire des compétences aux États mais de dire que lorsqu'ils les exercent, ils doivent respecter le droit de l'Union. Cette reformulation permet d'éviter un conflit direct autour de la question de savoir « Qui est compétent ? ». En outre, selon le cadres conceptuel adopté, les questions qui sont pertinentes ne sont pas les mêmes. Alors que la compétence de l'État en matière

¹⁴⁹⁶ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ AG Geelhoed, ccl sur CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, para. 61.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, para. 2.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, para. 6.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, para. 138.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, para. 149.

d'immigration est centrale pour l'Avocat général, elle revêt peu d'importance dans le cadre de la formule des compétences retenues. Au contraire, la question de l'intention du couple, qui est vue comme ne devant pas être un élément essentiel pour celui-ci, joue un rôle important s'il faut déterminer si le refus d'un titre de séjour risque de décourager la circulation du citoyen. La justification de la Cour ne parle pas de compétence, mais s'appuie simplement sur le fait que la non-reconnaissance d'un tel droit n'emporte pas d'effet dissuasif sur la circulation du travailleur¹⁵⁰². Si elle ne la mentionne pas, elle s'inscrit donc dans la conceptualisation en termes de compétences retenues. C'est parce que l'effet utile des droits du travailleur n'est pas en cause que l'action de l'État n'est pas contraire au droit de l'Union, et non en raison de l'application d'une clé de répartition des compétences.

L'arrêt *Metock*, qui porte en partie sur les mêmes questions, voit également s'opposer différentes façons de concevoir les compétences. De façon peu usuelle, le langage de la répartition des compétences occupe une place importante dans l'arrêt, la Cour parlant de « la répartition des compétences entre les États membres et la Communauté¹⁵⁰³ ». Le gouvernement du Royaume-Uni, s'inspirant largement des conclusions précitées de l'Avocat général Geelhoed, affirme qu'il existe « un partage des compétences entre les États membres et la Communauté » selon lequel, les premiers sont compétents « en matière d'admission dans un État membre des ressortissants de pays tiers en provenance de l'extérieur du territoire communautaire », et la seconde « pour régir la circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille à l'intérieur de l'Union¹⁵⁰⁴ ». Dans l'arrêt, la « compétence » de la Communauté est explicitement affirmée et défendue, « la Communauté tire des articles 18, paragraphe 2, CE, 40 CE, 44 CE et 52 CE – sur le fondement desquels la directive 2004/38 a notamment été adoptée – la compétence pour arrêter les mesures nécessaires en vue de réaliser la libre circulation des citoyens de l'Union¹⁵⁰⁵ ».

Cette compétence, formulée au regard de l'objectif de réaliser la libre circulation des citoyens, permet d'affirmer que le « législateur communautaire est compétent pour réglementer [...] l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dans lequel ce dernier a exercé son droit de libre circulation, y compris lorsque les membres de la famille ne séjournaient pas déjà légalement dans un autre État membre¹⁵⁰⁶ ». La Cour écarte en

¹⁵⁰² CJCE, 23 septembre 2003, *Akerich*, *op. cit.*, para. 53 et 54.

¹⁵⁰³ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 60.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, para. 44.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, para. 61.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, para. 63 et 65.

conséquence explicitement « la compétence exclusive » revendiquée par certains États membres¹⁵⁰⁷. Elle affirme au surplus qu'une telle compétence conduirait à ce que « la liberté de circulation des citoyens de l'Union dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité varierait d'un État membre à l'autre » et qu'« [u]n tel résultat serait inconciliable avec l'objectif, visé à l'article 3, paragraphe 1, sous c), CE, d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition entre États membres des obstacles à la libre circulation des personnes¹⁵⁰⁸ ». Si la justification dans cet arrêt se distingue de celle de la formule des compétences retenues, c'est que la question se pose dans des termes différents de la configuration habituelle. Il s'agit d'interpréter le texte de la directive 2004/38, ce qui pouvait poser la question de la compétence du législateur de l'Union, contrairement aux arrêts utilisant la formule des compétences retenues¹⁵⁰⁹. La réponse de la Cour est proche d'un raisonnement classique, s'appuyant sur une vision fonctionnelle de la Communauté, pour déduire des objectifs qui lui sont assignés les compétences nécessaires à les atteindre¹⁵¹⁰. L'effet utile des droits du citoyen est loin d'être absent, mais il vient, à la différence de la formule des compétences retenues, justifier la reconnaissance d'une compétence à l'Union¹⁵¹¹.

À la différence de la Cour, l'Avocat général avait présenté l'affaire dans une approche s'inscrivant dans les termes de la formule des compétences retenues. Miguel Poiares Maduro explique que la question qui se pose est de « déterminer si la jouissance pleine et entière par le citoyen de l'Union de son droit de séjour implique que le droit de séjour des membres non communautaires de la famille d'un citoyen de l'Union [...] comporte un droit d'entrée sur le territoire de l'Union¹⁵¹² ». L'Avocat général dénie d'ailleurs explicitement la pertinence de l'argumentation en termes de répartition des compétences pour déterminer ce que peut réglementer la directive :

« À cette approche et à la réponse qui peut en découler, les États membres intervenants ne sauraient valablement opposer le partage vertical constitutionnel des compétences. S'il est vrai que les États membres demeurent en principe compétents en matière de contrôle de l'immigration, donc d'admission de ressortissants de pays tiers en provenance de l'extérieur du territoire communautaire, il ne saurait en être déduit que la directive 2004/38 ne porte que sur la circulation entre États membres des citoyens de l'Union et des membres de leur famille et non

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, para. 66.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, para. 68.

¹⁵⁰⁹ Elle pouvait d'ailleurs aussi se poser au niveau communautaire. V. AG Poiares Maduro, ccl sur CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 7. V. aussi, de façon implicite, CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 66.

¹⁵¹⁰ Sur cette approche, V. AZOULAI L., « Introduction: the question of competence », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 6s.

¹⁵¹¹ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 63 et 64.

¹⁵¹² AG Poiares Maduro, ccl sur CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*, para. 5, note omise.

sur l'accès de ces derniers au territoire de l'Union. Il est, en effet, de jurisprudence établie que les États membres doivent exercer leurs compétences nationales dans le respect du droit communautaire et, en particulier, des libertés fondamentales de circulation¹⁵¹³. »

Les citations de l'Avocat général montrent que la force de la formule des compétences retenues réside dans le fait que ce qui est décisif pour savoir si le droit de l'Union peut s'appliquer n'est plus de définir le titulaire de la compétence, mais de répondre à la question suivante : « la jouissance pleine et entière par le citoyen de l'Union de ses droits est-elle mise en cause par les mesures nationales ? ». Cette approche se retrouve en partie dans l'arrêt de la Cour, pour qui l'argument fondamental permettant de reconnaître la compétence de l'Union repose sur l'effet utile des droits du citoyens et non sur le partage vertical des compétences proposé par le gouvernement du Royaume-Uni.

2. Le cas *Hongrie / République slovaque* : l'exception fondée en dehors des compétences

Il est tentant de renvoyer ce dont il est difficile de rendre compte au rang d'exception – ce qu'exprime l'usage, cette fois ironique, de la maxime selon laquelle l'exception confirme la règle. L'affaire *Hongrie / République slovaque*¹⁵¹⁴ est singulière à plus d'un titre. Il s'agit d'un rare cas de recours en manquement introduit par un État, au titre de l'article 259 TFUE, s'inscrivant dans un conflit politique important et mettant en scène un citoyen particulier : un chef d'État dans l'exercice de ses fonctions¹⁵¹⁵. À certains égards, l'affaire peut être vue comme la soumission d'un conflit d'ordre diplomatique à la Cour. Plus exactement, l'enjeu de l'arrêt est précisément de savoir si la question doit être conçue comme un conflit diplomatique ou comme un cas relatif à la libre circulation. Alors qu'il comptait se rendre en Slovaquie pour participer à une cérémonie, le président hongrois a été avisé par une « note verbale » que l'entrée sur le territoire slovaque lui serait refusée. Le refus est justifié par les autorités slovaques au motif du caractère particulièrement sensible de la visite. Le chef d'État hongrois était invité pour l'inauguration d'une statue de Saint-Étienne, premier roi de Hongrie, le lendemain du jour de la fête nationale hongroise, qui se trouve être aussi la date à laquelle les forces du pacte de Varsovie, troupes hongroises comprises, ont envahi la République socialiste tchécoslovaque. La controverse est en grande partie formulée en termes de répartition des compétences. Ce qui est au cœur du débat devant la Cour est de savoir si la qualité de chef d'État, au surplus de celle de citoyen de l'Union, influe sur le droit de circuler de celui-ci.

¹⁵¹³ *Ibid.*, para. 6, note omise.

¹⁵¹⁴ CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, C-364/10, EU:C:2012:630.

¹⁵¹⁵ Si ces recours sont rares, il faut toutefois mentionner un autre cas, concernant aussi la citoyenneté de l'Union : CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne / Royaume-Uni*, C-145/04, EU:C:2006:543.

Le gouvernement hongrois argue que la Slovaquie a violé l'article 21 TFUE et la directive 2004/38 en reprenant la rhétorique de l'effet utile des libertés de circulation. Ce faisant, il opère une traduction remarquable d'une question qui pouvait être vue comme diplomatique dans le langage des libertés de circulation. Il estime en effet que « la portée du droit de tout citoyen de l'Union à circuler librement à l'intérieur de l'Union européenne ne peut faire l'objet d'une interprétation restrictive¹⁵¹⁶ » et même que, à supposer que des normes internationales existent pour réglementer l'entrée d'un chef d'État sur le territoire d'un autre État, « leur application ne peut compromettre l'efficacité d'une réglementation de l'Union, telle que la directive 2004/38, en introduisant une dérogation dans le champ d'application personnel de celle-ci¹⁵¹⁷ ».

La réponse de la République slovaque devant la Cour, ainsi que les arguments présentés par la Commission pour conclure que le manquement allégué par la Hongrie n'était pas fondé sont au contraire essentiellement formulés en termes de compétences ; le langage des libertés de circulation est soigneusement évité. La Commission écrit que, sur la base du droit international, « les États membres se réservent le droit de contrôler l'accès d'un chef d'État étranger à leur territoire, que ce chef d'État soit ou non un citoyen de l'Union ». Elle estime en conséquence que cette « matière échapp[e] à l'application du droit de l'Union¹⁵¹⁸ ». La Slovaquie soutient que « le principe d'attribution des compétences résultant des articles 3 TUE, 4, paragraphe 1, TUE et 5 TUE exclurait les relations diplomatiques bilatérales entre les États membres du champ d'application du droit de l'Union¹⁵¹⁹ ». Elle mentionne ensuite l'article 4, paragraphe 2 TUE énonçant que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale » et allègue que « le principe de libre circulation ne peut en aucun cas entraîner une modification du champ d'application du traité UE ou des dispositions de droit dérivé¹⁵²⁰ ».

C'est aussi en termes de répartition des compétences que raisonne l'Avocat général Bot. Mentionnant également le principe d'attribution des compétences, il estime que, les traités étant silencieux, il s'agit « d'une compétence réservée des États membres¹⁵²¹ ». Parlant de l'argumentation de la Hongrie fondée sur l'effet utile des droits du citoyen, il estime qu'« [u]ne telle conception

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, para. 30.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, para. 29.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, para. 15 et 16. Ce n'était pas le cas en l'espèce, mais la Commission réserve le cas du chef de l'État en tant que personne privée, auquel s'appliquerait le droit de l'Union.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, para. 34.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, para. 35.

¹⁵²¹ AG Bot, ccl sur CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, *op. cit.*, para. 51.

extensive de ce qu'implique la citoyenneté de l'Union aboutirait à étendre les compétences de l'Union d'une manière incompatible avec le principe d'attribution des compétences¹⁵²² ». L'Avocat général ne reprend donc pas le raisonnement qui se trouve dans la formule des compétences retenues en ne donnant pas d'importance à la distinction entre l'existence et l'exercice des compétences et en centrant la question sur les « compétences de l'Union », plutôt que sur l'effet utile des droits du citoyen et du champ d'application du droit de l'Union. La distinction entre l'existence et l'exercice des compétences n'est pas complètement absente, mais elle ne joue pas au regard de la liberté de circuler. Elle joue comme une sorte de clause de sauvegarde, pour dire que, « comme toute compétence réservée aux États membres, ceux-ci ne devraient pas exercer leur compétence en matière diplomatique d'une manière qui pourrait aboutir à une rupture durable des relations diplomatiques entre deux États membres¹⁵²³ ».

La Cour conclut également que la Slovaquie n'a pas manqué à ses obligations découlant de l'article 21 TFUE et de la directive 2004/38 en refusant l'accès de son territoire au président Hongrois. Toutefois, la justification de l'arrêt diffère de l'argumentation présentée par la Commission, la Slovaquie et l'Avocat général, parce que, à la différence de ces derniers, elle ne raisonne pas véritablement en termes d'attribution des compétences. Si elle considère que le statut du chef de l'État est « régi par le droit international, avec la conséquence que les comportements de celui-ci sur le plan international, telle sa présence à l'étranger, relèvent de ce droit¹⁵²⁴ », elle ne dit pas expressément que l'Union n'est pas compétente. Elle estime en effet « que la circonstance qu'un citoyen de l'Union exerce les fonctions de chef d'État est de nature à justifier une limitation, fondée sur le droit international, à l'exercice du droit de circulation que l'article 21 TFUE lui confère¹⁵²⁵ ». En reprenant la distinction entre l'existence et l'exercice des droits du citoyen, utilisée lors de la controverse sur l'effet direct des droits du citoyen, il est possible de dire que si le chef d'État a le droit de circuler en tant que citoyen de l'Union, l'exercice de ce droit est limité par le droit international¹⁵²⁶.

La justification adoptée par la Cour peut prêter à discussion ; il a pu être considéré qu'elle disait que le droit de l'Union n'était pas applicable dans une logique proche de celle de la répartition des

¹⁵²² *Ibid.*, para. 53.

¹⁵²³ *Ibid.*, para. 58.

¹⁵²⁴ CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 49.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, para. 51.

¹⁵²⁶ La distinction entre l'existence et l'exercice du droit de circulation et de séjour joue un rôle important dans les conclusions de l'Avocat général La Pergola sur *Martínez Sala*. Celle-ci permet en effet de dire que « les limitations prévues par l'article 8A [21 TFUE] concernent l'exercice concret et non l'existence du droit ». AG La Pergola, ccl sur CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.*, para. 18.

compétences¹⁵²⁷. Toutefois, le langage utilisé se distingue très clairement de celui de la Slovaquie, de la Commission et de l'Avocat général. Elle ne parle ni de la compétence des États membres ni de celle de l'Union européenne, alors que le terme était omniprésent dans les arguments portés devant elle, à l'exception de ceux présentés par le gouvernement hongrois. Il est vrai que son raisonnement se distingue toutefois aussi du raisonnement habituel, en reconnaissant une nouvelle limite, fondée sur le droit international, à la circulation des citoyens. Il faut toutefois constater que le traitement de ce cas exceptionnel ne conduit pas la Cour à recourir au langage de la répartition des compétences, pourtant portée par de nombreux acteurs.

Le cadre conceptuel développé au cours de la controverse sur l'applicabilité du droit de l'Union conduit à changer de façon importante la façon de penser les limites mises à l'action des États. Les questions ne sont plus posées dans les mêmes termes. Des éléments importants, comme le titulaire de la compétence, perdent l'essentiel de leur pertinence. D'autres considérations, comme l'effet d'une mesure sur la circulation du citoyen, deviennent décisives. Le développement de ce cadre conceptuel ne doit pas être vu comme un simple « outil de présentation » permettant d'expliquer, de façon économique ou utile, un objet qui lui serait extérieur. Il va beaucoup plus loin, en contribuant à constituer l'objet même qu'il prétend décrire. Il ne s'agit pas de dire que l'ordonnement des pouvoirs décrits était complètement inexistant avant qu'il soit exprimé, de plus en plus clairement, comme tel. Toutefois, la répétition de ce mode de raisonnement et sa propagation participe à la production d'un tel ordonnancement et revêt en ce sens une dimension performative. Si le juge est au cœur de la production de ce cadre conceptuel, il n'est pas isolé, les participants à la controverse contribuent à la production de ce savoir, ainsi que les auteurs théorisant ce que fait la Cour.

SECTION 2. LE CARACTÈRE SUBVERSIF DE L'ÉPREUVE DE JUSTIFICATION

Lorsqu'une mesure est discriminatoire ou qu'elle constitue une restriction à la libre circulation, elle est, en principe, contraire au droit de l'Union. Comme cela a été dit, cette inférence peut être défaite lorsqu'il est jugé que la mesure est « justifiée ». Un décalage a été mis en évidence entre la littérature doctrinale et la controverse se déroulant devant la Cour. Alors que la doctrine s'est longtemps concentrée sur la question de l'établissement d'une restriction à la circulation, les arguments présentés

¹⁵²⁷ V. par ex. ROSSI L.S., « EU citizenship and the free movement of heads of State : *Hungary v. Slovak Republic* », *Common Market Law Review*, vol. 50, n° 5, p. 1459.

à la Cour concernant en grande partie la justification de cette atteinte¹⁵²⁸. L'extension des critères de l'entrave, portée par la doctrine de l'effet utile et l'absence de domaines échappant au champ d'application du droit de l'Union, conduisent de plus en plus souvent les États à devoir justifier des mesures nationales. C'est d'ailleurs, constate Niamh Nic Shuibhne, au moment du contrôle de proportionnalité que la grande majorité des cas en matière de liberté de circulation se gagnent ou se perdent¹⁵²⁹. À de rares exceptions, la controverse porte dans les arrêts évoqués, au moins à titre subsidiaire, sur la justification des mesures en cause. Il arrive même de plus en plus fréquemment que les États admettent le caractère discriminatoire ou entravant d'une mesure et argumentent à titre principal sur la justification, comme dans les arrêts *Huber, Gottwald* ou *Sayn-Wittgenstein*¹⁵³⁰.

Nous avançons que la justification des mesures contraires au droit de l'Union *prima facie*, qui intervient de façon quasiment systématique dans les affaires étudiées, peut être vue comme une véritable épreuve. Elle présente un caractère profondément subversif parce qu'elle entraîne les autorités nationales à se justifier dans un langage qui porte une conception du droit et des normes qui entre en conflit avec leur propre culture juridique. Avant de développer cette analyse, il convient de préciser brièvement le fonctionnement de la justification devant la Cour, parce que celui-ci est particulièrement complexe et ne prend pas la forme d'un régime bien déterminé. Le juge Rosas, qui l'admet tout en en minimisant la portée – « Est-ce un grand péché ? » –, souligne que cela résulte de l'ampleur des champs concernés ainsi que de la différence entre les dispositions textuelles réservées aux différentes libertés de circulation (tant de droit primaire que de droit dérivé¹⁵³¹). Bien que des incertitudes demeurent et qu'il existe des spécificités pour chaque liberté, voire pour certains domaines, il est possible de dire que la justification des mesures restreignant la libre circulation repose

¹⁵²⁸ Pour cette remarque, et un état de la littérature en anglais et en français sur la justification des atteintes, V. HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 205. Un ouvrage collectif récent, partant de ce constat, offre de nouvelles perspectives importantes sur la question. V. KOUTRAKOS P., N. NIC SHUIBHNE, et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016.

¹⁵²⁹ NIC SHUIBHNE N., « Primary Laws : Judging Free Movement Restrictions after Lisbon », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 217. V. aussi. SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest : the growing impact of evidence in free movement case law », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 4, p. 271.

¹⁵³⁰ CJCE, 16 décembre 2008, *Huber, op. cit.* ; CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald, op. cit.* et CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein, op. cit.*

¹⁵³¹ « Is it a great sin ? » ROSAS A., « Foreword », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. v.

sur un cadre conceptuel en grande partie commun¹⁵³². Ainsi, trois grands types de justifications sont habituellement distinguées : les « dérogations » prévues par le traité, les « limitations et conditions » prévues par le droit dérivé et les justifications reconnues par la Cour (les « considérations objectives » ou « raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵³³ »).

Les dérogations prévues par le traité se ramènent essentiellement aux « raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » prévues par les articles 45, para. 3, 52 et 62 TFUE, respectivement pour la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre circulation des services¹⁵³⁴. Si le traité mentionne que le droit de circuler et de séjourner librement du citoyen est reconnu « sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application », il ne reprend pas les dérogations expresses prévues pour les libertés de circulation économiques¹⁵³⁵. L'application de dérogations analogues n'a pourtant pas été véritablement contestée¹⁵³⁶. Elles se trouvaient déjà dans les trois directives relatives à la circulation des « non-actifs ». Le chapitre 6 de la directive 2004/38 reconnaît la possibilité de telles dérogations et en précise le régime, remplaçant notamment la directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964¹⁵³⁷. En outre, la directive 2004/38 prévoit de très nombreuses limitations et conditions.

Aux dérogations prévues par le traité et par le droit dérivé, il faut ajouter les justifications reconnues par la Cour. Apparues dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises, à la suite du célèbre arrêt *Cassis de Dijon*, décidant qu'un État peut invoquer des « exigences impératives d'intérêt général », elles se retrouvent pour la liberté de circulation des personnes comme des « considérations

¹⁵³² Ainsi, les dérogations et les justifications peuvent être traitées ensemble, toutes libertés confondues. V. par ex, BARNARD C., « Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected? », C. BARNARD et O. ODUDU (dir.), *The outer limits of European law*, Hart Publishing, 2009, p. 273-305 ; HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.* ; SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest », *op. cit.* Il arrive aussi que les auteurs distinguent entre la circulation des marchandises et des personnes, V. BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016, chapitres 6 et 12.

¹⁵³³ V. BARNARD C., *The substantive law of the EU*, *op. cit.*, p. 449-493.

¹⁵³⁴ Il faut aussi ajouter les dérogations spécifiques pour les emplois dans l'administration publique (art. 45, para. 4 TFUE) et les activités participant à l'exercice de l'autorité publique (art. 51 et 62 TFUE).

¹⁵³⁵ V. art. 20 para. 2 et art. 21 para. 1 TFUE.

¹⁵³⁶ Après le Traité de Maastricht, et avant même l'arrêt *Martínez Sala*, David O'Keefe écrivait qu'il était clair que des limites similaires à celles prévues pour les libertés de circulation économiques devraient s'appliquer à la liberté de circulation des citoyens. V. O'KEEFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 365.

¹⁵³⁷ Directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE*, L 56 du 4 avril 1964, p. 850-857.

objectives¹⁵³⁸ » ou des « raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵³⁹ ». Pour Catherine Barnard, ces expressions peuvent être vues comme des « équivalents fonctionnels¹⁵⁴⁰ ». Ce faisant, la Cour estime que certains objectifs, poursuivis par les réglementations nationales, peuvent faire échec à ce qu'une atteinte aux libertés de circulation ou une discrimination en raison de la nationalité soient contraires au droit de l'Union. En outre, il est classiquement exigé que ces raisons « s'appliquent de manière non discriminatoire », « qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁵⁴¹ ». Dans le cadre des arrêts relatifs à la citoyenneté, la Cour adopte en général les formules-types suivantes : la mesure restreignant la libre circulation peut être justifiée « si elle se fonde sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national », étant précisé qu'une « une mesure est proportionnée lorsque, tout en étant apte à la réalisation de l'objectif poursuivi, elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁵⁴² ».

La distinction des différents types de dérogation n'est pas sans conséquence. Bien que ces questions puissent faire l'objet de discussions et que la jurisprudence ne soit pas toujours claire, le plus commun est de considérer que les dérogations prévues par le traité peuvent être invoquées contre n'importe quel type de violation *prima facie* des libertés de circulation, alors que les justifications prétoriques ne peuvent justifier que les discriminations indirectes ou les entraves non-discriminatoires. Leur acceptation pour justifier des discriminations directes en raison de la nationalité est incertaine. En revanche, le refus d'admission ou de sortie d'un territoire ou l'expulsion ne pourraient pas être justifiés par les considérations objectives ou des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵⁴³. Malgré ces différences, la distinction entre les dérogations expresses et les raisons

¹⁵³⁸ CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn / Adjudication Officer*, C-237/94, EU:C:1996:206, para. 19 (liberté de circulation des travailleurs).

¹⁵³⁹ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger / Dennemeyer*, *op. cit.*, para. 15 (libre prestation des services) et CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411, para. 37 (liberté d'établissement).

¹⁵⁴⁰ BARNARD C., *The substantive law of the EU*, *op. cit.*, p. 482.

¹⁵⁴¹ CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, *op. cit.*, para. 37.

¹⁵⁴² V. par ex. CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 40-42.

¹⁵⁴³ V. BARNARD C., *The substantive law of the EU*, *op. cit.*, p. 216s.

impérieuses ou considérations objectives est parfois contestée : Vassilis Hatzopoulos parle de confusion¹⁵⁴⁴, Marc Fallon l'estime désormais artificielle¹⁵⁴⁵.

Le développement jurisprudentiel des nouvelles possibilités pour les États membres de justifier des atteintes aux libertés de circulation est souvent présenté comme une contrepartie à l'extension des libertés de circulation, et notamment au dépassement du critère de la discrimination¹⁵⁴⁶. Si l'arrêt *Cassis de Dijon* introduit les « exigences impératives d'intérêt général », c'est après avoir reconnu les principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle. Catherine Barnard explique que, dans « le monde donnant-donnant de la jurisprudence *Cassis de Dijon* », les possibilités de justification peuvent être vues « comme l'enrobage sucré pour les États membres de la pilule amère que peut parfois être l'intégration de marché¹⁵⁴⁷ ». Elles permettent, comme le disent Damian Chalmers *et alii*, de « mettre en balance » les libertés de circulation avec des « biens publics¹⁵⁴⁸ ». Ces « biens publics » ou raisons « d'intérêt général » sont très divers et peuvent être regroupés autour de quatre grandes préoccupations : protéger des externalités de marché, garantir les libertés civiles, permettre l'expression de préférences socio-culturelles et préserver l'appareil étatique¹⁵⁴⁹. Traditionnellement, les justifications liées à des considérations économiques sont exclues. Toutefois, il est presque aussi traditionnel de dire que les choses sont beaucoup plus complexes¹⁵⁵⁰. Cette interdiction est en effet difficile à mettre en œuvre¹⁵⁵¹. Damian Chalmers *et alii* considèrent que, bien que la jurisprudence soit peu claire, il faut dire que seules deux formes de raisons d'ordre économique ne sont pas recevables : celles qui traduisent une volonté de protéger un marché et celles qui sont d'ordre budgétaire¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁴ HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.*, p. 208.

¹⁵⁴⁵ FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne. Colloques », n° 28, 2014, p. 36.

¹⁵⁴⁶ V. par ex. HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.*, p. 217.

¹⁵⁴⁷ « In the give and take world of *Cassis de Dijon* [...] the sugar coating for the Member States on what at times can be the bitter pill of market integration ». BARNARD C., « Derogations, Justifications and the Four Freedoms : Is State Interest Really Protected ? », *op. cit.*, p. 273. Dans le même sens, V. FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁴⁸ CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law : text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014, p. 528-532.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁵⁰ V. nt. SNELL J., « Economic Justifications and the Role of the State », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 12.

¹⁵⁵¹ Sur ce problème, V. SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest », *op. cit.*, p. 997s. ; HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.*, p. 219s.

¹⁵⁵² CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law*, *op. cit.*, p. 898.

Si les justifications ont été conçues comme un moyen de préserver l'autonomie réglementaire des États membres, il est également assez largement admis qu'elles ne « sont pas toujours ce dont elles ont l'air¹⁵⁵³ ». C'est particulièrement le cas, explique Catherine Barnard, depuis que la Cour a « de plus en plus encerclé les dérogations/justifications de limites – la proportionnalité, les droits fondamentaux, la protection juridictionnelle effective, la sécurité juridique¹⁵⁵⁴ ». L'extension des objectifs qui peuvent être défendus par les États membres conduit, dans le même temps, à l'extension du contrôle juridictionnel de la Cour dans de nouveaux champs, aboutissant à une « forme d'habilitation implicite » du législateur européen¹⁵⁵⁵. Les auteurs soulignant que les justifications ne sont qu'une faible garantie pour les États membres retiennent en général essentiellement les cas dans lesquels ceux-ci échouent à présenter une justification acceptée par la Cour¹⁵⁵⁶. Si cette observation montre déjà la force que la justification peut revêtir, il faut aller au-delà et se demander ce qu'implique l'exigence même de justification telle qu'elle est pratiquée par la Cour, qu'elle soit *in fine* acceptée ou non.

De même que la logique contenue dans la formule des compétences retenues, la force de l'exigence de justification se trouve dans le fait qu'elle impose de parler, de penser et d'agir différemment. Le travail de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot sur la justification, développé dans un cadre beaucoup plus large, est utile pour saisir l'importance de ce qui est en jeu¹⁵⁵⁷. Comme le dit Laurent Thévenot, « face à une critique qui est une dévaluation » (par exemple, l'appréciation que les mesures nationales sont *prima facie* contraires au droit de l'Union parce que constitutives d'une entrave ou discriminatoires), « la justification participe d'une mise en valeur et ne se limite pas à une explication causale¹⁵⁵⁸ ». Elle ne se résume pas à l'« accomplissement d'obligations spécifiques » ou « à l'application de règles formelles rapportées à un principe d'ordre supérieur¹⁵⁵⁹ ». « [L]es personnes

¹⁵⁵³ « as we also know, the derogations and justifications are not necessarily what they seem ». BARNARD C., « Derogations, Justifications and the Four Freedoms : Is State Interest Really Protected ? », *op. cit.*, p. 273.

¹⁵⁵⁴ « it has increasingly hemmed the derogations/justifications in with limitations – proportionality, fundamental rights, effective judicial protection, legal certainty – thereby further drawing the teeth on the effective use of derogations/justifications by the Member States » *Ibid.*, p. 649.

¹⁵⁵⁵ FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁵⁶ « While they appear to give states considerable room for manoeuvre and an obvious way of preserving national regulatory autonomy, in practice the Court often says that, on the facts of a particular case, the Member State has failed to make out a justification. » BARNARD C., « Derogations, Justifications and the Four Freedoms : Is State Interest Really Protected ? », *op. cit.*, p. 273.

¹⁵⁵⁷ V. BOLTANSKI L. et L. THEVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

¹⁵⁵⁸ THEVENOT L., « Justification et compromis », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, p. 789-794.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

engagées dans des justifications s'expliquent sur leurs évaluations, et les arguments rattachés à la situation sont soumis à une exigence de généralisation¹⁵⁶⁰ ». Cette exigence de généralisation est toutefois limitée. La justification s'inscrit dans un « ordre de justification », historiquement et culturellement situé¹⁵⁶¹.

Les raisons nationales, voire, l'absence de raison quand les normes tirent leur autorité de leur seule place dans la hiérarchie des normes ou de leur pédigré, doivent être mises en forme pour être recevables devant le juge de l'Union. Le parti pris, dans l'approche adoptée dans la thèse, qui est aussi celui de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, est de ne pas considérer que cette reformulation peut se résumer à un simple habillage sans influence. Au contraire, imposer une façon de parler contient une certaine façon de penser et d'agir et participe à la constitution même de l'objet de la controverse. Prendre au sérieux les termes de la controverse n'implique toutefois pas de faire abstraction des acteurs. L'opération de justification a été présentée par Laurent Thévenot, dans le langage de l'entreprise, comme impliquant des « investissements de forme¹⁵⁶² ». Elle peut aussi être conçue comme un type de travail conceptuel parmi d'autres, celui qui consiste à construire ou reconstruire la justification des normes nationales dans le langage du droit de l'Union. S'il permet de passer d'un ordre de justification à l'autre, il se fait dans le *medium* du droit de l'Union¹⁵⁶³. En ce sens, l'épreuve de justification implique une opération de traduction, des cadres conceptuels nationaux vers le cadre conceptuel du droit de l'Union.

Dans le cadre du processus de justification, les normes nationales ne sont plus considérées dans les formes du droit national mais sont prises en compte par rapport aux objectifs qu'elles poursuivent (§ 1). En outre, les « mesures » nationales sont évaluées dans le cadre du contrôle de proportionnalité, ce qui implique de les construire comme appropriées à l'objectif poursuivi et nécessaires pour l'atteindre (§ 2).

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ Les « ordres » de justification peuvent être regroupés en grands modèles de justifications – qui correspondent aux différentes cités distinguées par les auteurs, auxquelles correspondent une matrice commune, un « ordre de grandeur ». V. BOLTANSKI L. et L. THEVENOT, *De la justification, op. cit.*

¹⁵⁶² THEVENOT L., « Les investissements de forme », L. THEVENOT (dir.), *Conventions économiques*, Paris, PUF, 1986, p. 21-71.

¹⁵⁶³ Sur la notion de « travail dans un *medium* » empruntée à Duncan Kennedy, V. *supra*, partie I, chapitre 2, introduction.

§ 1. LA MISE A NU – LES OBJECTIFS DES NORMES NATIONALES

Si le terme de proportionnalité est largement répandu et se retrouve dans de nombreux discours juridiques, il peut revêtir des significations très différentes. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour est d'ailleurs loin d'être uniforme, même si l'on se limite au domaine des libertés de circulation. Au sens large, il est possible d'inclure dans le contrôle de proportionnalité : l'évaluation du caractère légitime de l'objectif poursuivi, le caractère approprié et nécessaire des mesures adoptées pour l'atteindre et, ce qui est parfois présenté comme la proportionnalité *stricto sensu*, une mise en balance des différents intérêts en présence¹⁵⁶⁴. De nombreuses discussions portent sur la structure du modèle et la distinction de ces étapes ; en tout état de cause, elles se confondent souvent dans la justification de la Cour. Toutefois, il est possible de dire que, de façon générale, la Cour distingue la détermination d'un objectif légitime du caractère approprié et nécessaire de celui-ci et qu'elle recourt très rarement à la rhétorique de la mise en balance¹⁵⁶⁵.

Les cas relatifs à la réglementation des noms de famille, qui ont été évoqués en détail pour ce qui concerne l'applicabilité du droit de l'Union et l'établissement d'une discrimination ou d'une entrave à la circulation, permettent aussi de montrer ce qu'implique le processus de justification¹⁵⁶⁶. Ces arrêts sont célèbres en raison de la force que revêt le langage des libertés de circulation conduisant la citoyenneté de l'Union à remettre en cause un domaine particulièrement sensible de la législation nationale. La citoyenneté de l'Union influence en effet la façon dont un État réglemente le nom de ses propres nationaux, qu'ils soient binationaux (*Garcia Avello*, *Bogendorff von Wolffersdorff* et *Freitag*) ou non (*Grunkin et Paul*, *Sayn-Wittgenstein* et *Runevič Vardyn et Wardyn*). L'arrêt *Freitag* excepté, la controverse a également largement porté sur les motifs avancés par les États pour justifier la restriction à la libre circulation du citoyen. Le contrôle de ces justifications par la Cour a été remarqué, notamment parce que, pour la première fois, la Cour mentionne l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des États membres¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Pour une expression classique, V. ALEXYS R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford, OUP, 2010.

¹⁵⁶⁵ Toutefois, plus souvent dans le domaine de la libre circulation du citoyen que pour les autres libertés. En ce sens, V. FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », *op. cit.*, p. 41. V. par exemple, CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434, para. 43 et les arrêts discutés par la suite.

¹⁵⁶⁶ V. *supra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 1.

¹⁵⁶⁷ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 92.

Ces arrêts sont particulièrement indiqués pour s'interroger sur ce qu'implique la justification des mesures nationales parce que, portant sur le même type de questions, et constituant une ligne de cas (au sens où les premiers servent de références aux derniers), ils n'en présentent pas moins des différences importantes dans la formulation du contrôle de proportionnalité. Les deux premiers ont souvent été présentés comme emblématiques d'une jurisprudence extensive de la part de la Cour, remettant en cause l'état des personnes et le droit international privé, alors que les derniers ont, au contraire, été perçus comme incarnant une approche plus respectueuse de l'autonomie des États membres, prenant en compte leur identité nationale et leur autonomie constitutionnelle. Ces arrêts présentent donc une certaine diversité dans la façon dont les justifications produites par les États sont évaluées. Toutefois, en dépit de ces différences, et même dans le cas où la Cour a été présentée comme faisant preuve de déférence, ils permettent de montrer qu'une opération de traduction conceptuelle est à l'œuvre.

La première étape du contrôle, qui sera étudiée dans ce paragraphe, est donc l'évaluation du caractère légitime de l'objectif poursuivi. Ce contrôle est souvent présenté comme relevant d'un raisonnement catégoriel, permettant d'exclure la poursuite de certains objectifs, se distinguant de la suite du contrôle de proportionnalité, dans lesquels les différents intérêts peuvent être mis en balance¹⁵⁶⁸. Il ne concentre pas l'essentiel de l'attention, notamment parce que la Cour admet de façon très large que des objectifs nationaux puissent justifier une mesure nationale. Ainsi est-il habituel de considérer qu'une grande liberté est laissée aux États membres à ce stade de la justification – « l'intérêt public le plus singulier, local ou ésotérique est susceptible d'être pertinent » –, mais qu'elle est contrebalancée par l'exigence que les mesures soient appropriées et nécessaires¹⁵⁶⁹. Il est vrai que l'étendue du contrôle mis en œuvre par la Cour sur les objectifs avancés peut sembler peu développée. Toutefois, s'arrêter à ce constat conduirait à omettre l'essentiel. Les normes nationales ne sont plus considérées en elles-mêmes, mais au regard des objectifs qu'elles permettent d'atteindre. C'est en ce sens qu'il faut dire qu'elles sont mises en question, bien qu'elles puissent être prises en compte par le droit de l'Union (A). Signe de la force de ce processus, les normes constitutionnelles ne font pas exception ; bien que leur rang ne soit pas complètement effacé, leur prise en compte ne les dispense pas d'une certaine mise en question (B).

¹⁵⁶⁸ En ce sens, V. KUMM M., « What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2006, vol. 6, n° 41, p. 15s.

¹⁵⁶⁹ « the most singular, local, or esoteric public interest concerns that might possibly be relevant ». SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest », *op. cit.*, p. 271.

A. La mise en question des normes relatives à l'état des personnes

L'arrêt *Garcia Avello* illustre de façon très claire l'opération de traduction qui est à l'œuvre. Dans cette affaire, la Cour considère que le refus de reconnaître le nom d'enfants binationaux, tel qu'il a été reconnu dans un autre État, constitue une discrimination en raison de la nationalité. La Belgique, ainsi que d'autres États produisant des observations, argumentent pour justifier la discrimination en invoquant différentes considérations, dont aucune n'est finalement acceptée par la Cour. Le principe de « la fixité du nom » est présenté par le gouvernement comme un « principe fondateur de l'ordre social dont il est toujours un élément essentiel », remontant à un décret du 6 fructidor an II, et auquel seul le Roi peut autoriser une dérogation « dans des circonstances tout à fait exceptionnelles¹⁵⁷⁰ ». Le paragraphe consacré à la question par la Cour débute de la façon suivante :

« S'agissant, d'une part, du principe de la fixité du nom de famille *en tant qu'instrument* destiné à prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes, il convient de relever que, [...]»¹⁵⁷¹. »

Le mouvement fondamental, avant même de dire si l'objectif est légitime ou si les mesures sont proportionnées à celui-ci, est que la norme nationale est considérée comme un « instrument » permettant d'arriver à certaines fins – prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes. Alors que les autorités se prévalent d'un principe fondateur de l'ordre social, remontant à un décret de la Révolution française, la Cour évalue le principe comme l'instrument permettant d'atteindre certains objectifs.

Cette opération est très importante parce que la norme n'est pas considérée au regard de la place qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes, ce qui suffit en principe dans le cadre national. Le juge Belge applique le principe de fixité du nom parce qu'il est inscrit dans le Code civil belge. Si cette pratique n'a pas à être justifiée par le juge, elle s'inscrit dans un système de justification plus général que l'on peut résumer par le mythe fondamental selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale. La justification proposée par la Belgique, même si elle repose sur des éléments purement nationaux, tenant à l'origine illustre du principe et à son rôle symbolique, procède déjà d'une certaine rupture par rapport à la façon dont la norme est appliquée au niveau national (où ces justifications ne sont pas absentes mais où elles n'ont pas nécessairement à être rappelées, le juge

¹⁵⁷⁰ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 40. Pour la source du principe, V. AG Jacobs, ccl sur CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 68.

¹⁵⁷¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 42, nous soulignons.

appliquant le principe parce son rôle est d'appliquer la loi). La réponse de la Cour montre toutefois que l'opération de traduction va beaucoup plus loin. Le principe est considéré comme un instrument permettant d'atteindre, au temps présent, un objectif – en l'espèce, celui de prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes –, et c'est à cette aune que son caractère approprié et nécessaire seront évalués, peu importe ici son origine illustre ou sa place dans la hiérarchie des normes.

L'arrêt *Grunkin et Paul*, faisant aussi l'objet d'une discussion importante, conclue également que les justifications présentées sont insuffisantes. La Cour décide que la non-reconnaissance par l'Allemagne du nom de Leonard Matthias Grunkin-Paul, tel qu'il avait été déterminé et enregistré au Danemark, constitue une entrave à la circulation. Une telle entrave « ne pourrait être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives et était proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi¹⁵⁷² ». Le gouvernement allemand, ainsi que d'autres gouvernements ayant soumis des observations, produisent des raisons justifiant le rattachement exclusif de la détermination du nom patronymique à la nationalité. Ce rattachement est présenté comme un critère objectif permettant d'atteindre différents buts : déterminer le nom d'une personne d'une manière certaine et continue ; garantir l'unité du nom au sein de la fratrie ; assurer l'égalité de traitement des personnes de même nationalité ; et limiter la longueur des noms. La Cour, après avoir examiné ces différentes justifications, conclut qu'aucun des trois premiers motifs, « si légitimes qu'ils puissent être en tant que tels, ne mérite de se voir attribuer une importance telle qu'il puisse justifier » l'entrave constatée¹⁵⁷³. Concernant le dernier, les « raisons d'ordre pratique » tenant à la longueur du nom, la Cour décide que de « telles considérations de facilité administrative ne sauraient suffire pour justifier une entrave à la libre circulation¹⁵⁷⁴ ».

B. La prise en compte des normes constitutionnelles

Dans les trois autres arrêts, les raisons évoquées dans les affaires précédentes se retrouvent parfois, mais, à leurs côtés, les États invoquent des normes se situant au sommet de leur ordre juridique et présentées comme touchant à leur identité constitutionnelle. Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la requérante, de nationalité autrichienne, résidant et travaillant en Allemagne, s'était vue refuser par les autorités autrichiennes la reconnaissance de son nom – Fürstin von Sayn-Wittgenstein –, acquis à la suite d'une adoption en Allemagne. Le refus est motivé par le fait que le port de titres de noblesse est

¹⁵⁷² CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 29.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, para. 31.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, para. 35-36.

prohibé par une règle de valeur constitutionnelle en Autriche. La justification de la restriction à la liberté de circulation découlant du refus des autorités autrichienne de reconnaître le nom de la requérante au principal est très discutée, avec les observations de cinq États membres et de la Commission. La Cour utilise pour la première fois l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des États membres et accepte la dérogation à « la liberté fondamentale » du citoyen qu'entraîne la loi d'abolition de la noblesse¹⁵⁷⁵. Elle reconnaît donc un rôle important à des valeurs déterminées au sein d'un État membre, en décidant qu'elles peuvent être mises en balance avec les droits du citoyen : « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union¹⁵⁷⁶ ».

Toutefois, « les mesures » en cause ne sont prises en compte qu'en se fondant dans le cadre conceptuel de la justification tel qu'il a été mis en place par la Cour. « La justification invoquée par le gouvernement autrichien par référence à la *situation constitutionnelle* autrichienne est à interpréter *comme une invocation de l'ordre public*¹⁵⁷⁷. » À ce titre, elles n'échappent pas à un certain contrôle de la Cour, dont il est toutefois difficile de saisir la portée. Il est en effet formulé dans une structure d'opposition imbriquée permettant à la Cour d'affirmer à la fois un certain contrôle sur la définition de cet ordre public et la liberté des États membres quant à celui-ci. Si « la notion d'ordre public en tant que dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement » et qu'« il en découle que l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société¹⁵⁷⁸ », « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre¹⁵⁷⁹ ». Il est donc reconnu aux autorités nationales « une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité¹⁵⁸⁰ ». En l'espèce, la Cour estime que le refus de reconnaître les éléments nobiliaires du nom de la requérante est justifié par un objectif légitime – la volonté de préserver le principe d'égalité – poursuivi par le droit de l'Union, et qu'il ne fait donc pas de doute qu'il est compatible avec celui-ci. Elle laisse ensuite penser que les mesures sont nécessaires et proportionnées sans véritablement développer la question – « les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent

¹⁵⁷⁵ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 92.

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, para. 83.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, para. 84, nous soulignons.

¹⁵⁷⁸ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 86.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, para. 87.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, para. 87.

pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel qu'elles poursuivent¹⁵⁸¹ ».

Le même type de raisonnement est à l'œuvre dans l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn*¹⁵⁸². Parmi les différentes mesures contestées, seul le refus par les autorités lituaniennes de transcrire le nom de famille commun des requérants de la même façon dans leur acte de mariage est jugé susceptible d'entraver leur liberté de circulation¹⁵⁸³. De très nombreux objectifs, plus ou moins liés, étaient invoqués. Des gouvernements relevaient que la « protection de la langue officielle » permettait la « sauvegarde de l'unité nationale » et la « préservation de la cohésion sociale », le gouvernement lituanien avançant que : « la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation, contribue à l'intégration des citoyens, assure l'expression de la souveraineté nationale, l'indivisibilité de l'État, ainsi que le bon fonctionnement des services de l'État et des collectivités territoriales¹⁵⁸⁴ ».

La Cour souligne que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une politique de la promotion de la langue d'un l'État membre, en relevant qu'« aux termes de l'article 3, paragraphe 3, quatrième alinéa, TUE ainsi que de l'article 22 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État¹⁵⁸⁵ ». La Cour estime donc qu'une « politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre qui est tout à fois la langue nationale et la première langue officielle », présentée comme relevant d'une « valeur constitutionnelle » par le gouvernement lituanien, est un objectif légitime qui peut à ce titre « être pris en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes » avec les droits de libre circulation et de séjour¹⁵⁸⁶. À la différence de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour laisse au juge *a quo* le soin d'évaluer si les mesures contestées sont nécessaires et proportionnées.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, para. 93. La distinction entre la nécessité et la proportionnalité des mesures n'est pas très claire dans la justification de la Cour.

¹⁵⁸² CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*

¹⁵⁸³ Le nom du mari, de nationalité polonaise, est en effet transcrit dans le certificat de mariage comme Wardyn, alors qu'il est adjoint à celui de sa conjointe, de nationalité lituanienne, sous la forme de Vardyn. V. *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, para. 84.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, para. 86.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, para. 87.

Dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff*¹⁵⁸⁷, le requérant au principal, ressortissant allemand et britannique, contestait le refus des autorités allemandes de modifier ses prénoms et nom de famille dans son acte de naissance et d'ajouter au registre des naissances des titres nobiliaires faisant partie d'un nom qu'il avait obtenu au Royaume-Uni, après y avoir résidé et y avoir obtenu la nationalité britannique. Estimant que ce refus constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 21 TFUE, la Cour évalue les justifications proposées, qui reprennent certaines questions déjà discutées dans les cas précédents. Quatre types de motifs sont invoqués par les autorités allemandes : les principes de fixité et de continuité du nom ; la limitation de la longueur des noms ; le caractère délibéré du changement de nom ; et l'interdiction des titres nobiliaires. Les deux premières sortes de raisons sont rapidement écartées par la Cour qui renvoie à l'arrêt *Grunkin et Paul*¹⁵⁸⁸.

Le caractère volontaire du changement de nom n'avait pas été discuté dans les arrêts précédents. La juridiction de renvoi demande si un choix libre du nom est « digne de protection ». La Cour lui répond que le nom d'une personne est « un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est garantie par l'article 7 de la Charte ainsi que par l'article 8 de la CEDH¹⁵⁸⁹ ». Elle cite ensuite la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour dire qu'il peut exister de « véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom », bien que « des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public¹⁵⁹⁰ ». En conséquence, le caractère volontaire du changement de nom ne saurait justifier, à lui seul, une restriction aux droits du citoyen, sans que les motifs du changement ne fassent l'objet d'un examen. La considération de la raison de la règle se traduit par la nécessité de prendre en compte la situation individuelle du requérant et les motifs du changement de nom.

La Cour réserve toutefois la possibilité de contrôler l'abus de droit. Ainsi constate-t-elle qu'un État peut adopter une législation évitant que ses ressortissants puissent se soustraire de façon abusive à leur législation nationale. Elle cite l'arrêt *Centros*, rendu dans le contexte de la liberté d'établissement, souvent présenté comme emblématique d'une approche restrictive de la notion d'abus de droit¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁷ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*

¹⁵⁸⁸ Premièrement, les principes de fixité et de continuité du nom ne méritent pas de se voir accorder une « importance telle » que, « en eux-mêmes », ils puissent justifier le refus de reconnaissance d'un nom légalement déterminé et enregistré dans un autre État membre. Deuxièmement, des « considérations de facilité administrative », telle que la volonté de limiter la longueur des noms, ne sauraient justifier une restriction à la liberté de circulation. V. *Ibid.*, para 50-51 et 59-60.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, para. 54.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, para. 55.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, para. 57, renvoyant à CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126, para. 24. La Cour reprend la référence à l'Avocat général.

La Cour répond ici à l'argument avancé par l'Allemagne, évoquant les risques d'un « tourisme du nom », bien qu'il ne semble pas pouvoir être appliqué au cas d'espèce, où le requérant avait résidé plusieurs années au Royaume-Uni et en possédait la nationalité¹⁵⁹². La Cour avait refusé, dans les arrêts *Akrich*¹⁵⁹³ et *Zhu et Chen*¹⁵⁹⁴, que le déplacement d'un citoyen dans l'objectif de bénéficier de l'application des règles du droit de l'Union ou de profiter d'un droit de la nationalité plus favorable ne l'empêche de se prévaloir du droit de circuler et de séjourner librement. Dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, le risque d'un abus est pris en compte pour justifier des mesures constitutives d'une entrave. Considérée au stade de la justification, la législation prévenant l'abus est soumise au contrôle de la Cour, et notamment au principe de proportionnalité¹⁵⁹⁵.

Le dernier motif convoqué, la question des titres nobiliaires, ou, plus exactement, de mots ayant l'apparence de titres nobiliaires, était celui qui posait le plus de questions. La Cour reprend en grande partie le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*. Elle mentionne l'identité nationale visée par l'article 4, paragraphe 2, TUE et considère que l'interdiction des titres nobiliaire pour garantir l'égalité formelle des citoyens devant la loi est un « motif d'ordre public » légitime au regard du droit de l'Union¹⁵⁹⁶. Les législations allemande et autrichienne présentent toutefois certaines différences, et une partie de la discussion devant le juge consiste à distinguer les deux législations ou, au contraire, à se prévaloir de l'arrêt précédent. Alors que la législation autrichienne tolère certaines exceptions, telle que le maintien des titres antérieurs à la Constitution de Weimar comme éléments du nom, la seconde interdit complètement l'usage de titres nobiliaires. Mentionnant le fait que la règle n'est pas absolue, la Cour décide que, à la différence de l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, l'appréciation du caractère proportionné des mesures discriminantes « requiert une analyse et une mise en balance de divers éléments de droit et de fait propres à l'État membre concerné que la juridiction de renvoi est mieux à même que la Cour d'effectuer¹⁵⁹⁷ ».

Les arrêts *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolffersdorff* ont souvent été présentés comme traduisant une évolution de la jurisprudence de la Cour quant à l'examen de la justification de l'entrave, mettant en œuvre une approche moins intrusive vis-à-vis de la

¹⁵⁹² En ce sens, V. AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 86-87.

¹⁵⁹³ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*

¹⁵⁹⁴ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

¹⁵⁹⁵ V. ILIOPOULOU-PENOT A., « Libertés de circulation et abus de droit », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 195.

¹⁵⁹⁶ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 64-71.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, para. 78.

règlementation des États membres¹⁵⁹⁸. Il est vrai que la Cour reconnaît une force particulière aux justifications qui s'appuient sur l'identité nationale et les normes constitutionnelles des États membres en application des dispositions introduites par le Traité de Lisbonne. En cela, leur place dans la hiérarchie des normes n'est pas indifférente. Il a été dit que, si la formule des compétences retenue jouait au moment de l'applicabilité du droit de l'Union, elle jouait aussi au niveau de la justification. Pour Loïc Azoulay, la formule conduit également à reconnaître la légitimité du pouvoir des États à régler certains domaines, qui peuvent être rapprochés des « fonctions essentielles de l'État » mentionnées par le TUE¹⁵⁹⁹. L'affirmation dans le traité que l'Union respecte l'identité nationale, inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres, peut être vue comme le pendant de la formule des compétences retenues.

C'est d'ailleurs dans ces termes que le groupe de travail sur les compétences complémentaires (institué dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe) a raisonné : « [l]e but serait d'apporter plus de transparence sur ce qui constitue les éléments essentiels de l'identité nationale que l'UE doit respecter dans l'exercice de ses compétences¹⁶⁰⁰ ». Cette reconnaissance d'un pouvoir autonome à l'État ne va toutefois pas sans responsabilité. Celui-ci, explique Loïc Azoulay, doit « user de son pouvoir d'une manière raisonnée, en considération du cas auquel il s'applique et dans le cadre élargi dans lequel il s'exerce¹⁶⁰¹ ». Dans cette perspective, le dépassement du langage de la répartition des compétences aménage de nouvelles responsabilités, au double sens du mot, pour les États. Toutefois, il faut insister sur le fait que cette opération se fait dans le cadre d'un processus de traduction conceptuelle bouleversant le schéma dans lequel sont traditionnellement pensés l'exercice du pouvoir et sa limitation.

Ainsi que le remarque Gareth Davies, « en mentionnant l'identité nationale dans le TUE, les États membres en ont fait un concept de droit de l'UE ; dès lors, la Cour de justice peut se prononcer sur

¹⁵⁹⁸ V., en ce sens, JACOBI H.A., « A *Fürstin* by any Other Name ? European Citizenship and the Limits of Individual Rights in the ECJ », *Columbia Journal of European Law*, 2010, vol. 17, p. 643-671 ; EIJKEN H. van, « Case C-391/09 », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 2, p. 809-826.

¹⁵⁹⁹ Art. 4, para. 2, TUE. V. AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 358.

¹⁶⁰⁰ Rapport final du groupe de travail V « Compétences complémentaires », remis à la Commission sur l'avenir de l'Europe le 4 novembre 2002, p. 10. La logique se distingue bien de celle de la répartition des compétences. Toutefois, il faut noter qu'elle reste exprimée dans les termes de la compétence de l'Union, en réponse parfaite à la formule des compétences retenues, mais, à la différence de celle-ci, elle ne vise pas l'ensemble du droit des États membres.

¹⁶⁰¹ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 367.

ce qu'il signifie¹⁶⁰² ». Niamh Nic Shuibhne souligne que, si le processus de justification n'implique en principe pas que les objectifs nationaux soient aussi protégés en tant qu'objectifs de droit de l'Union, « non sans ironie, toutefois, l'article 4 paragraphe 2 a le potentiel de subsumer *les plus importantes* raisons nationales d'intérêt public comme intérêt public de l'Union¹⁶⁰³ ». Dans les trois arrêts considérés, la Cour relève en effet, à chaque fois, que l'objectif poursuivi par la mesure nationale est aussi un objectif poursuivi au niveau de l'Union. Le droit de l'Union cède devant des objectifs nationaux justifiés, mais l'identité nationale est, selon l'expression de Myriam Benlolo-Carabot, « placée au cœur des exigences de son propre ordre juridique¹⁶⁰⁴ ».

Dans ces arrêts, comme dans les premiers, les normes nationales sont évaluées à l'aune du droit de l'Union. Les objectifs avancés par les États membres pour justifier les mesures constitutives d'une entrave sont soumis à un certain contrôle. Ainsi la Cour décide-t-elle que garantir l'égalité formelle entre les citoyens, la défense de la langue d'un État membre ou l'identification des personnes sont des objectifs légitimes. En revanche, des considérations de facilités administratives visant à limiter la longueur des noms ne le sont pas¹⁶⁰⁵. Il faut souligner que c'est notamment à ce moment que la Cour confronte les objectifs poursuivis aux droits fondamentaux ou bien aux principes généraux du droit de l'Union. Ainsi, par exemple, elle dit dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* qu'il ne fait pas de doute que l'objectif de respecter le principe d'égalité allégué par l'Autriche est compatible avec le droit de l'Union parce que le principe est un principe général du droit, également consacré par la charte des

¹⁶⁰² « by putting national identity in the TUE the Member States made it a concept of EU law, so that the Court of Justice may now adjudicate on what it means » DAVIES G., « Free Movement, the Quality of Life and the Myth that the Court Balances Interests », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 229.

¹⁶⁰³ « Ironically, however, Article 4(2) has the potential to subsume *the most important* national public interest reasons as Union public interest. » NIC SHUIBHNE N., « Primary Laws : Judging Free Movement Restrictions after Lisbon », *op. cit.*, p. 317.

¹⁶⁰⁴ BENLOLO CARABOT M., « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 22. Dans le même sens, V. WEATHERILL S., « Justification, Proportionality and Consumer Protection », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 256. Le « tour de passe-passe dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein* est d'utiliser l'article 4 paragraphe 2 pour convertir un objectif national spécifique et substantiel, l'égalité, en la préoccupation de l'Union de respecter les différences, lorsqu'il opère à un niveau suffisamment élevé pour que l'identité nationale soit en cause [the particular trick in *Sayn-Wittgenstein* is to use Article 4(2) to convert a particular substantive national concern, equality, into the EU concern to respect difference where it operates at a sufficiently elevated level, where national identity is engaged] ». *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ La formulation de la Cour n'est pas si claire à ce propos, toutefois, il semble que c'est ce qu'elle affirme lorsqu'elle dit que « de telles considérations de facilité administrative ne sauraient suffire pour justifier une restriction à la libre circulation ». CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.*, para. 60. V. déjà, CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 36.

droits fondamentaux¹⁶⁰⁶. De même, elle dit dans *Runevič Vardyn et Wardyn* qu'une politique visant à promouvoir une langue nationale n'est pas contraire au droit de l'Union en mentionnant les dispositions du traité et de la charte énonçant que l'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, ainsi que le respect de l'identité nationale des États membres¹⁶⁰⁷ et donc que l'objectif poursuivi par la législation contestée est « en principe, un objectif légitime¹⁶⁰⁸ ».

Le caractère profondément subversif de cette première étape de la justification ne se situe pas tant dans le fait que la Cour exerce un contrôle restrictif des objectifs qui peuvent être invoqués que dans le fait que les règles nationales ne sont plus des normes tenant leur force seulement de leur place dans la hiérarchie des normes, mais des « mesures » qui doivent être justifiées. Comme le souligne Antonio Marzal Yetano, l'emploi du terme « mesure » par la Cour, quelle que soit la nature normative des actes en cause, de la simple pratique administrative à la norme constitutionnelle, est très significatif. Il met l'accent sur « *l'effet concret* des actes des autorités étatiques¹⁶⁰⁹ ». Le principe de fixité du nom, l'interdiction du port de titres de noblesses ou le principe du rattachement exclusif de la détermination du nom patronymique à la nationalité ne sont plus considérés en tant que tels, mais en tant qu'instruments nécessaires à la protection de certains objectifs, comme l'établissement de l'identité d'une personne, le respect de l'égalité formelle ou le respect de l'ordre public. Ceci peut être vu comme une sorte de mise à nu – ce qui compte, derrière la norme, ce sont les raisons qui la justifient.

En ce sens, le contrôle peut apparaître, au premier abord, comme traduisant une conception instrumentale du droit ; celui-ci serait un moyen d'atteindre des fins définies par ailleurs. Pourtant, comme l'a montré Annelise Riles dans un tout autre contexte, cette conclusion serait prématurée¹⁶¹⁰. Les cas discutés montrent au contraire que les fins mentionnées ne sont pas définies complètement en dehors des mesures présentées comme des moyens permettant de les atteindre. Il ne s'agit pas de dire qu'il n'y avait aucun motif à l'adoption des normes mises en cause, mais que les fins sociales que celles-ci sont censées permettre d'atteindre sont (re)définies dans le cadre de la justification devant la

¹⁶⁰⁶ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 89. De même, V. CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 70 et 71.

¹⁶⁰⁷ Resp. art. 3, para. 3, al.4, TUE et art. 22 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et art. 4, para. 2 TUE. CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 86.

¹⁶⁰⁸ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 87.

¹⁶⁰⁹ « sur les échanges », précise-t-il, dans le cas des libertés économiques. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2013 n°548.

¹⁶¹⁰ Nous nous inspirons ici d'un raisonnement développé à propos du conflit sur la loi applicable lorsque les réglementations de différents États sont en cause aux États-Unis. V. RILES A., « New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 2005, vol. 53, p. 1020.

Cour. C'est en ce sens que ces fins, qui peuvent être vues comme extérieures au droit de l'Union, sont construites en son sein : « le savoir juridique définit son propre environnement du point de vue interne, même lorsqu'il est présenté comme “fonctionnel” à d'autres intérêts¹⁶¹¹ ».

§ 2. LA MISE EN FORME – L'ADOPTION DU LANGAGE DE LA PROPORTIONNALITÉ

Si la justification emporte une mise à nu, au sens où les normes sont considérées au-delà de la forme qu'elles revêtent en droit national, elles sont, dans le même temps, traduites dans les formes du droit de l'Union. Celui-ci fournit le cadre conceptuel dans lequel les objectifs nationaux et la capacité des mesures nationales à les atteindre peuvent être pris en compte. Une fois les justifications acceptées comme « considérations objectives d'intérêt général », encore faut-il qu'elles soient proportionnées, c'est-à-dire « nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi ». Comme l'a montré Antonio Marzal Yetano dans sa thèse, derrière une apparence banale, le contrôle de proportionnalité mené par la Cour entraîne de profonds bouleversements¹⁶¹². La justification doit se faire en suivant le langage du contrôle de proportionnalité tel qu'il est compris par la Cour (A), ce qui entraîne une charge importante pour les États qui doivent établir que leurs mesures ne sont pas disproportionnées à l'objectif légitimement poursuivi (B)

A. La force du langage de la proportionnalité

La Cour, dans sa formulation classique, exige que les mesures soient appropriées à l'objectif poursuivi et nécessaires à la protection des intérêts qu'elles visent à garantir, ce qui correspond aux deuxième et troisième étapes du modèle canonique de la proportionnalité (1) ; elle n'adopte que rarement la rhétorique de la mise en balance, qui en constitue la quatrième étape (2).

1. Le caractère approprié et nécessaire de la mesure

L'évaluation du caractère approprié d'une mesure pour atteindre un objectif n'est pas toujours distinguée de son caractère nécessaire à cette fin. Dire que les mesures ne sont pas appropriées revient à porter une condamnation parfois sévère sur la politique évaluée, inscrite dans un langage factuel ; la

¹⁶¹¹ « Legal knowledge defines its own outside from the point of view of the inside even as it is presented as a “function” of other interests. » *Ibid.*

¹⁶¹² MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*

mesure, contrairement à ce qui est allégué, ne permet pas d'atteindre l'objectif avancé. Toutefois, derrière ce constat, se trouve parfois une mise en cause plus ou moins claire de la sincérité de l'argument avancé ; ce n'est pas tant une erreur dans l'effet de la mesure qui est relevé qu'un argument fallacieux. Malgré un langage en apparence factuel, l'appréciation du caractère approprié d'une mesure pour atteindre un objectif met le plus souvent en jeu des évaluations. C'est particulièrement visible dans la réponse que donne la Cour aux arguments présentés par les gouvernements, dans les arrêts *Grunkin et Paul* et *Garcia Avello*, pour dire que leurs systèmes visaient à garantir l'identification des personnes et leur filiation ou à favoriser l'intégration des binationaux.

Dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, où la Cour considère que les mesures en cause ne permettent pas d'atteindre l'objectif poursuivi, la divergence ne vient pas tant d'une différence dans l'appréciation des effets de la mesure que du fait que le gouvernement allemand n'envisage la question qu'à travers le prisme de son ordre juridique, alors que la Cour considère le citoyen dans le cadre de son attachement à un autre État. Alors que dans le premier cas, il serait envisageable de dire que la règle contribue à atteindre l'objectif mentionné par le gouvernement, dans le second, elle conduit, à l'encontre de celui-ci, à faire connaître le citoyen sous différents noms au sein de l'Union européenne¹⁶¹³. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, l'absence de nécessité, voire le caractère inapproprié de la mesure, résulte du fait que, « en raison notamment de l'ampleur des flux migratoires à l'intérieur de l'Union, différents systèmes nationaux d'attribution du nom coexistent dans un même État membre, de sorte que la filiation ne saurait être nécessairement appréciée dans la vie sociale d'un État membre à l'aune du seul système applicable aux ressortissants de ce dernier État¹⁶¹⁴ ». Dans le paragraphe suivant, répondant au Danemark qui soutenait que ce système favorisait l'intégration des binationaux, la Cour répond que, pour la même raison, « une pratique telle que celle en cause au principal n'est ni nécessaire ni même apte à favoriser l'intégration des ressortissants d'autres États membres en Belgique¹⁶¹⁵ ». Plus qu'un jugement factuel sur le caractère approprié ou nécessaire des mesures en cause, ce que dit la Cour est que les États doivent prendre en compte la situation des citoyens au-delà du contexte national, dans « un contexte social plus large, recomposé au niveau de l'Europe¹⁶¹⁶ ».

¹⁶¹³ V. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 32.

¹⁶¹⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 42.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, para. 43.

¹⁶¹⁶ « a wider social context, recomposed at the European level ». AZOULAI L., « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », *The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law*, coll. « EUI Working papers LAW », n° 14, 2014, p. 1-27.

Le contrôle de la nécessité des mesures, classiquement présenté comme la troisième étape du contrôle de proportionnalité, peut conduire le juge à apprécier s'il est possible de substituer aux mesures mises en œuvre par l'État des mesures moins restrictives, au regard de la liberté de circulation principalement, mais aussi, de façon plus large, de la protection des droits fondamentaux. Bien que la condition soit souvent énoncée dans les arrêts de la Cour, elle n'est pas toujours véritablement mise en œuvre. Même lorsque cela est le cas, il est toujours possible d'aller plus ou moins loin dans la recherche de méthodes alternatives qui permettraient d'atteindre l'objectif poursuivi de façon moins attentatoire aux libertés en cause. Dans les arrêts *Sayn-Wittgenstein*, *Runevič Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolffersdorff* la Cour énonce que des mesures constitutives d'une entrave peuvent être justifiées « seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives¹⁶¹⁷ ». Toutefois, le contrôle de ce caractère nécessaire n'est pas très développé. Dans le premier cas, la Cour n'envisage aucunement de telles mesures. Dans les derniers, la Cour tient un raisonnement laissant entendre que des alternatives moins attentatoires à la liberté de circulation, mais aussi au droit à la vie privée et familiale, auraient pu être adoptées pour certaines des mesures en cause. Ainsi, dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, elle dit que l'objectif de lutter contre le contournement du droit national peut prendre une forme moins attentatoire aux droits du citoyen que la prise en compte du caractère volontaire de celui-ci, sans considération pour les motifs du changement¹⁶¹⁸. Dans l'arrêt *Runevič Vardyn et Wardyn*, l'acceptation de lettres non utilisées dans l'alphabet national est relevée par la Cour comme constituant un indice du caractère disproportionné de la mesure¹⁶¹⁹, ce qui était présenté par l'Avocat général comme attestant la possibilité d'une mesure moins restrictive¹⁶²⁰.

La faiblesse du contrôle dans ces affaires témoigne de la retenue de la Cour dans des matières relevant de l'identité constitutionnelle des États membres. La forme du contrôle opéré par la Cour n'est pas toujours si claire. Affirmer qu'un véritable contrôle de nécessité est absent implique de considérer que, dans le cas de l'interdiction des titres de noblesse, la liberté laissée à l'État ne réside pas tant dans la poursuite d'un objectif spécifique (l'égalité formelle) que dans l'adoption d'une méthode particulière pour l'atteindre (la prohibition des titres de noblesse). L'opposition imbriquée signalée au niveau de la définition de l'objectif légitime se retrouve d'ailleurs dans l'examen de la nécessité des mesures mises en œuvre pour l'atteindre. La Cour énonce que si les mesures doivent

¹⁶¹⁷ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 91 ; CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 88 et CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 72.

¹⁶¹⁸ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 52 à 58.

¹⁶¹⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 92.

¹⁶²⁰ V. AG Jääskinen, ccl. sur CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 101.

être « nécessaires pour la protection des intérêts qu’elles visent à garantir et proportionnées à l’objectif légitimement poursuivi », « il n’est pas indispensable [qu’une mesure restrictive] corresponde à une conception partagée par l’ensemble des États membres¹⁶²¹ ». Toutefois, une autre interprétation est souvent retenue, dans laquelle cela serait une certaine conception de l’égalité formelle incluant la prohibition des titres de noblesse qui serait l’objectif légitime¹⁶²².

Ces deux présentations ne sont pas contradictoires, il semble que la Cour affirme à la fois une certaine légitimité à l’objectif d’interdire le port de titres de noblesse et accepte qu’une méthode pour atteindre l’objectif d’égalité formelle soit propre à une tradition constitutionnelle spécifique. Dans le premier cas, l’objectif est défini de façon si précise que les mesures se trouvent en quelque sorte conférées le rang d’objectif – elles sont alors proches d’être considérées en tant que telles. Ce n’est toutefois pas totalement le cas parce que, même dans cette perspective, la Cour ne présente pas l’abolition des titres de noblesse comme l’objectif ultime, mais comme participant à une certaine conception de l’égalité. Dans le second, il est difficilement imaginable d’envisager la Cour recherchant quelles solutions moins attentatoires aux libertés de circulation seraient envisageables dans le cas d’un objectif aussi général qu’assurer l’égalité en droit de tous les citoyens ; la dimension politique du contrôle devient d’autant plus évidente que la définition de l’objectif est large.

2. La mise en balance des intérêts en présence

La dernière étape de contrôle de proportionnalité, la mise en balance des intérêts, apparaît peu dans le discours de la Cour. Elle ne se trouve pas véritablement dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*. La proportionnalité des mesures en cause est évaluée de façon indépendante pour chacun des objectifs avancés par les États membres¹⁶²³. L’expression de « mise en balance » se trouve en revanche dans l’arrêt *Sayn-Wittgenstein*, lorsque la Cour décide que la loi d’abolition de la noblesse peut être « prise en compte lors de la mise en balance d’intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des

¹⁶²¹ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 91s.

¹⁶²² Les auteurs adoptant cette lecture contrastent en général l’arrêt avec l’affaire *Omega*, dans laquelle la Cour avait décidé que l’Allemagne ne pouvait concevoir la dignité humaine d’une façon spécifique au moment de la définition de l’objectif légitime, pour toutefois lui accorder une place dans le contrôle de proportionnalité. V., en ce sens, NIC SHUIBHNE N., « Primary Laws : Judging Free Movement Restrictions after Lisbon », *op. cit.*, p. 314. V. aussi WEATHERILL S., « Justification, Proportionality and Consumer Protection », *op. cit.*, p. 256.

¹⁶²³ V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 41 et CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 31. Soulignant ce point pour le premier arrêt, V. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.* n° 260.

personnes reconnu par le droit de l'Union¹⁶²⁴ ». Avant cet arrêt, elle n'avait été utilisée qu'une seule fois dans le contexte de la libre circulation du citoyen, dans l'affaire *Tsakouradis*, pour imposer une « mise en balance » dans le cadre d'une mesure d'éloignement¹⁶²⁵. Si, dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, la Cour ne revient pas sur la pesée des différents intérêts en cause, elle procède de façon différente dans les arrêts *Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolfersdorff*.

Dans l'arrêt *Vardyn et Wardyn*, la Cour dit que le juge *a quo* doit déterminer si les mesures nationales respectent « un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit des requérants au principal au respect de leur vie privée et familiale ainsi que, d'autre part, la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions¹⁶²⁶ ». La vie privée et familiale est mentionnée à différents stades dans l'arrêt, pour elle-même (avec la charte des droits fondamentaux et la CEDH) ou comme moyen d'éliminer les obstacles à la circulation¹⁶²⁷. Il faut noter sur ce point l'évolution par rapport aux arrêts précédents, dans lesquels « l'identité » était essentiellement vue au sens strict de l'identification d'une personne. Cet arrêt permet de compléter l'illustration des différents niveaux auxquels la protection des droits fondamentaux peut intervenir dans la justification. Ils peuvent être invoqués comme objectif légitime (c'était par exemple le cas dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*) ou, à l'inverse, venir contrebalancer l'objectif légitime avancé, comme c'est le cas dans l'affaire *Vardyn et Wardyn*. Comme le remarque Hanneke van Eijken, si la Cour utilise la charte au regard de la protection de la vie privée et familiale, elle ne parle en revanche pas de la protection des langues minoritaires alors qu'elle aurait pu prendre en compte différents éléments du TUE et de la Charte sur cette question (art. 2 TUE et art. 22 de la Charte¹⁶²⁸).

¹⁶²⁴ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*, para. 83. Il faut remarquer que c'est la Commission qui recourait à l'expression de « mise en balance » dans l'affaire V. para. 80.

¹⁶²⁵ CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouradis*, C-145/09, EU:C:2010:708, para. 50.

¹⁶²⁶ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, *op. cit.*, para. 91.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, para. 90. Cette orientation se trouvait aussi plus tôt dans l'arrêt, la Cour avant d'étudier s'il y a une restriction à la circulation, commence par relever, à titre liminaire, que « le prénom et le nom de famille d'une personne sont un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ». V. para. 66.

¹⁶²⁸ Elle remarque d'ailleurs que la Cour avait déjà attaché de l'importance à cette protection lorsqu'elle était invoquée par l'État pour justifier des mesures discriminatoires. Ainsi, dans *Bickel et Franz*, elle avait considéré que la protection d'une « minorité ethnico-culturelle » pouvait constituer un objectif légitime pour une mesure restreignant la libre circulation du destinataire de service ou du citoyen. CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 29. V. EIJKEN H. van, « Case C-391/09 », *op. cit.*, p. 821s.

Dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, la Cour va plus loin en mentionnant la « mise en balance de divers éléments de droit et de fait¹⁶²⁹ » et en ne mettant pas seulement deux « éléments » face à face, mais en prescrivant une pesée plus générale de ceux-ci. Elle précise d'ailleurs que ces éléments ne peuvent servir de justification « en tant que tels¹⁶³⁰ ». L'approche se distingue de l'examen indépendant des différents motifs mis en œuvre dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*. La Cour indique de façon circonstanciée les « éléments » qui doivent être pris en compte par le juge de renvoi lors de « la mise en balance » du droit de libre circulation des citoyens et des intérêts légitimes poursuivis par la réglementation allemande :

« Ainsi, d'une part, doit être pris en considération le fait que le requérant au principal a exercé ce droit et possède la double nationalité allemande et britannique, que les éléments du nom acquis au Royaume-Uni portant, selon les autorités allemandes, atteinte à l'ordre public ne constituent formellement des titres de noblesse ni en Allemagne ni au Royaume-Uni, et que la juridiction allemande qui a enjoint aux autorités compétentes de procéder à la transcription du nom de la fille du requérant au principal qui est composé d'éléments nobiliaires, tel qu'il avait été enregistré par les autorités britanniques, n'a pas considéré que cette transcription était contraire à l'ordre public.

D'autre part, il importe également de prendre en compte le fait que le changement de nom considéré repose sur un choix de pure convenance personnelle du requérant au principal, que la divergence de noms qui en résulte n'est imputable ni aux circonstances de la naissance de celui-ci, ni à une adoption, ni à l'acquisition de la nationalité britannique, et que le nom choisi au Royaume-Uni comporte des éléments qui, sans constituer formellement des titres de noblesse en Allemagne ou au Royaume-Uni, confèrent l'apparence d'une origine nobiliaire¹⁶³¹. »

Des éléments divers sont inclus dans le contrôle, dont certains ne permettent pas à eux seuls de justifier la mesure. Ainsi le caractère volontaire du changement de nom, dont la Cour reconnaît la légitimité, prend ici la forme de la « pure convenance personnelle », susceptible de faire pencher la balance à l'encontre du citoyen. En revanche, tous les éléments qui ont été considérés comme légitimes, tels que les principes de certitude et de continuité, ne sont pas mentionnés à ce stade, ce qui semble limiter le caractère général de la pesée. La distinction faite par la Cour avec l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, en raison de la présence d'exceptions dans la règle allemande, s'appuie sur un raisonnement conduisant à minimiser l'importance des interdictions qui ne sont pas absolues. Elle peut aussi être vue comme masquant une évolution de la forme du contrôle mis en œuvre par la Cour.

¹⁶²⁹ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, para. 80.

¹⁶³¹ *Ibid.*, para. 81 et 82.

Le contrôle prescrit dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* semble rendre nécessaire l'examen individuel de la situation du citoyen à la différence de celui fait par la Cour dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*.

Le vocabulaire de la « mise en balance » est rarement utilisé de façon aussi explicite par la Cour. Dans le champ de la citoyenneté, il ne figure sous cette forme, au-delà des arrêts déjà mentionnés, que dans l'arrêt *CS*, à propos de l'application du critère *Zambrano*¹⁶³², et dans l'arrêt *ZZ*, dans le cas d'un refus d'entrée sur le territoire pris en application de l'article 27 de la directive 2004/38¹⁶³³. De manière plus générale, Gareth Davies estime que, malgré l'idée communément partagée, les cas dans lesquels les intérêts sont explicitement mis en balance doivent être vus comme des exceptions¹⁶³⁴. La Cour ne reconnaît en général pas explicitement que des intérêts doivent être sacrifiés mais affirme, au contraire, concilier les intérêts en présence. Deux solutions sont usuellement retenues : la Cour estime que l'État peut atteindre le but recherché d'une autre façon tout en préservant la libre circulation, ou, de manière moins directe, habilite à terme le législateur européen pour qu'il opère cette conciliation¹⁶³⁵. La recherche d'une solution moins restrictive peut être vue comme une façon de ne pas avouer explicitement que des intérêts sont opposés. Cela permet de dire qu'il existe un moyen de concilier tout à la fois les intérêts poursuivis par le juge national et ceux qui sont protégés par le droit de l'Union¹⁶³⁶. Cette rhétorique résulte, pour Gareth Davies, d'une particularité de la configuration des intérêts en présence, qui oppose des « pouvoirs législatifs [legislatures] » et non, comme c'est communément le cas, un intérêt individuel à un intérêt collectif incarné par le pouvoir législatif¹⁶³⁷. Il considère en effet que si le conflit oppose le plus souvent des intérêts individuels à des intérêts collectifs, les individus « agissent comme des agents de l'intérêt de l'UE à l'intégration¹⁶³⁸ ».

Cette spécificité expliquerait le caractère particulièrement intrusif du contrôle, l'intérêt individuel appuyé sur un projet collectif aurait une force qui ne se trouverait pas dans la configuration classique du contrôle de proportionnalité, où l'intérêt individuel ne pourrait être pris en compte que dans des « situations extrêmes ». L'argument de Gareth Davies doit cependant être reconsidéré lorsque les libertés fondamentales sont conçues comme des droits subjectifs, ce qui est particulièrement le cas pour les droits de circulation et de séjour du citoyen. La force du langage des droits subjectifs ne doit

¹⁶³² CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, para. 49.

¹⁶³³ CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, *op. cit.*, para. 63.

¹⁶³⁴ DAVIES G., « Free Movement, the Quality of Life and the Myth that the Court Balances Interests », *op. cit.*

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 227s.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, p. 229.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, p. 227.

¹⁶³⁸ « act as agent of the EU interest in integration », *Ibid.*

pas être sous-estimée et se trouve d'autant plus importante qu'elle est souvent couplée avec celle des droits fondamentaux. Au-delà de leur liberté de circulation, la Cour insiste, dans ces affaires, sur la protection de la vie privée et familiale des requérants au principal. Si cette configuration se trouve déjà dans le cadre du marché intérieur, l'arrêt *Carpenter*¹⁶³⁹ en est un exemple emblématique, elle est typique des arrêts concernant la citoyenneté. Elle se retrouve par exemple pour les arrêts opposant le droit de circuler et le respect de la vie privée et familiale à un motif d'ordre public¹⁶⁴⁰ ou à la politique migratoire de l'État¹⁶⁴¹. De manière quelque peu différente, de très nombreux arrêts opposent aussi les droits sociaux du citoyen à la volonté étatique de limiter les régimes de solidarité, dès les premiers arrêts concernant la citoyenneté¹⁶⁴². Cette configuration se distingue d'une autre configuration typique du marché intérieur, qui oppose, de façon plus ou moins explicite, une législation nationale adoptée pour protéger les droits fondamentaux à une liberté de circulation économique, comme dans l'arrêt *Schmidberger*¹⁶⁴³.

Le fait que la rhétorique des droits subjectifs, éventuellement couplée avec celle des droits fondamentaux, joue un rôle important dans les arrêts relatifs à la citoyenneté n'est toutefois pas contradictoire avec la remarque faite par Gareth Davies. Ceci correspond d'ailleurs à ce que mettait en évidence Gráinne de Búrca, observant qu'une raison pour laquelle le langage des droits avait pris une telle importance dans le droit communautaire était qu'il était perçu à la fois comme une force de légitimation et comme une force d'intégration¹⁶⁴⁴. Ce double objectif a aussi joué un rôle important lors de la discussion et de l'adoption des articles relatifs à la citoyenneté de l'Union dans les traités¹⁶⁴⁵. Comme le souligne Niamh Nic Shuibhne, ces deux aspects ne sont pas nécessairement dissociables : la protection des droits du citoyen par la Cour pouvant être vue comme mue par la volonté de protéger ces droits (« le point de vue altruiste ») ou par celle de développer l'intégration (« le point de vue

¹⁶³⁹ La vie privée et familiale est opposée, aux côtés de la libre circulation des prestataires de service, à la réglementation de l'immigration. V. CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.*, V. para. 38s.

¹⁶⁴⁰ V. par ex. CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouradis*, *op. cit.*

¹⁶⁴¹ V. par ex. CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, *op. cit.*

¹⁶⁴² C'est notamment le cas des arrêts CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, *op. cit.* ; CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, *op. cit.* ; CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.* et CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, *op. cit.*

¹⁶⁴³ Dans cette affaire, la liberté de manifestation est opposée à la libre circulation des marchandises. CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333.

¹⁶⁴⁴ DE BÚRCA G., « The Language of Rights and European Integration », J. SHAW et G. MORE (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995.

¹⁶⁴⁵ V. WARLEIGH A., « Purposeful Opportunists ? EU Institutions and the Struggle over European Citizenship », R. BELLAMY et A. WARLEIGH (dir.), *Citizenship and governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001, p. 27.

cynique¹⁶⁴⁶ »). Invoqués en même temps, ils forment une justification circulaire : le discours des droits permet de légitimer le projet collectif (la valeur symbolique des droits est instrumentalisée pour favoriser l'intégration), mais la protection de ces droits est elle-même légitimée parce qu'elle s'inscrit dans le cadre du projet collectif de construire un espace sans frontière (les droits peuvent s'appuyer sur un pouvoir législatif au sens de la remarque de Gareth Davies).

B. La charge de l'établissement du caractère proportionné des mesures

L'établissement du caractère proportionné des mesures discriminatoires ou restreignant la libre circulation du citoyen peut être vu comme une véritable épreuve pour les gouvernements. La question de la preuve, au sens large, joue un rôle essentiel (1). Elle implique une forme de reconstruction des mesures contestées, qui doivent être justifiées au moment du procès et dans le cadre intellectuel du droit de l'Union (2).

1. La preuve du caractère proportionné des mesures en cause

Le régime de la preuve des justifications des mesures constitutives d'une entrave est loin d'être bien défini. Il faut d'ailleurs rappeler que, dans la plupart des cas mentionnés, la Cour statue dans le cadre du renvoi préjudiciel, et qu'il ne s'agit donc pas d'un régime probatoire au sens strict, la Cour ne donnant, formellement, que l'interprétation du droit de l'Union. Il est toutefois établi que c'est à celui qui se prévaut d'une exception à la liberté de circulation de prouver l'existence d'une telle justification, ainsi que de démontrer le lien entre celle-ci et les mesures en cause. S'il se trouve que, en règle générale, ce sont les États qui ont pris les mesures contestées qui avancent l'essentiel des justifications, il est commun que la Commission et d'autres États interviennent. À partir de l'étude de la jurisprudence sur les libertés de circulation, Niamh Nic Shuibhne et Marsela Maci relèvent quatre grandes directives concernant la preuve des justifications : « (1) le champ de la controverse dépend des arguments soumis ; (2) de simples affirmations ou généralisations sont insuffisantes ; (3) les éléments de preuve soumis doivent être "précis" ; (4) au regard de la condition de nécessité du test de proportionnalité, il faut établir que des mesures ayant un effet moins restrictif *vis-à-vis* de la liberté de circulation ne peuvent pas protéger de façon satisfaisante l'objectif d'intérêt public revendiqué¹⁶⁴⁷ ».

¹⁶⁴⁶ SHUIBHNE N.N., « The Third Age of EU citizenship », *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 337.

¹⁶⁴⁷ « (1) the scope of the dispute is framed by the arguments submitted; (2) mere assertions and generalizations are insufficient; (3) the evidence submitted must be "precise"; and (4) for the necessity element

Le premier point montre l'importance du travail conceptuel des différents participants à la controverse. L'effort et le talent de ceux-ci pour trouver des raisons susceptibles de justifier une mesure nationale ou des mesures alternatives loïsibles de mettre en évidence le caractère proportionné de celles-ci jouent un rôle primordial, ainsi que l'effort et le talent déployés par ceux qui cherchent à établir leur caractère disproportionné. L'importance que revêt la justification est d'ailleurs bien perçue par les acteurs de la controverse, au regard de la masse des arguments développés par les États à ce niveau du raisonnement dans les affaires étudiées, mais aussi de leur discussion par le requérant au principal, parfois soutenu par la Commission. La configuration du renvoi préjudiciel et du débat sur la justification de mesures nationales est singulière, puisque, portant formellement sur l'interprétation du droit de l'Union, les autres États et la Commission sont admis à intervenir. Ainsi, les États intervenants proposent, dans le cadre posé par le cas, des arguments susceptibles de justifier la réglementation d'un autre État ou, plutôt, une réglementation du type de la réglementation en cause. Le Danemark avance par exemple des justifications permettant d'établir qu'une règle du type de celle qui est prévue par le code civil belge est justifiée, avec, peut-on imaginer, pour objectif implicite de défendre sa réglementation nationale sur la question¹⁶⁴⁸.

Les deuxième et troisième points mentionnés par Niamh Nic Shuibhne et Marsela Maci soulignent l'exigence de la Cour. Puisque les normes nationales ne portent plus en elles-mêmes leur propre justification, les gouvernements doivent produire les raisons qui les justifient. Le juge Rosas remarque que les arguments qui sont avancés dans des termes trop généraux ou l'invocation de raisons multiples, à la manière d'une « liste de course », sont peu efficaces. En revanche, la démonstration que les raisons mentionnées étaient présentes dès les travaux préparatoires conduisant à l'adoption d'un texte, ou bien une raison étayée par des arguments solides et les plus concrets possible, donnent plus de chances de succès¹⁶⁴⁹. Concernant le dernier point mentionné par Niamh Nic Shuibhne et Marsela Maci, il a été souligné que l'effort déployé par la Cour pour rechercher des alternatives moins restrictives est plus ou moins important et peut témoigner d'une volonté de pousser plus ou moins loin le contrôle. Le juge Rosas souligne que la démonstration par l'État que des solutions moins

of proportionality review, it must be established that less restrictive measures *vis-à-vis* free movement could not sufficiently protect the public interest objective being asserted ». SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest », *op. cit.*, p. 978.

¹⁶⁴⁸ V. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 43.

¹⁶⁴⁹ ROSAS A., « Foreword », *op. cit.*, p. vi.

restrictives au regard de la liberté de circulation ont été envisagées mais qu'elles ne pouvaient donner satisfaction au regard de l'objectif poursuivi, peut être un argument important dans la controverse¹⁶⁵⁰.

2. L'exigence de rationalisation pesant sur la justification des normes

Considérer la question de la justification sous l'angle de la preuve n'est pas anodin. Elle s'inscrit plus largement dans une approche instrumentale du droit, c'est-à-dire que celui-ci est vu comme un instrument permettant d'atteindre certains objectifs. Une fois les objectifs acceptés, le contrôle de proportionnalité tel qu'il est mis en œuvre est porteur d'une exigence de rationalisation du processus décisionnel. L'exigence de cohérence, qui se retrouve de façon explicite ou implicite dans de nombreux arrêts de la Cour permet de mettre en évidence ce processus¹⁶⁵¹. Tout d'abord, il faut préciser qu'elle est invoquée tant à l'encontre de la justification proposée par le gouvernement – le discours proposé à la Cour doit être cohérent – que des mesures défendues – la forme qu'elles prennent, et particulièrement leur étendue et les exceptions prévues, doivent être cohérentes avec la fin poursuivie. En tout état de cause, en raison de la mise à nu des normes nationales, la distinction entre les deux discours tend à s'effacer. Il doit être rendu compte du caractère approprié et nécessaire des mesures à la date de l'affaire contestée.

Dans une approche rationnelle de la décision, le manque de cohérence peut être le signe d'une certaine déloyauté, envers la Cour, lorsqu'elle conduit à susciter un doute sur la sincérité de l'argument proposé par un gouvernement, envers les ressortissants d'autres États membres, en raison de la configuration des mesures contestées. Ainsi, dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, la possibilité pour les ressortissants allemands binationaux d'avoir un nom composé rend les considérations d'ordre pratique invoquées par le gouvernement, déjà considérées avec circonspection, d'autant plus douteuses¹⁶⁵². En outre, dans la même affaire, la Cour souligne que le droit allemand connaît des exceptions quant au rattachement du nom à l'État de nationalité pour les ressortissants étrangers séjournant en Allemagne, ce qui remet en cause l'argument relatif à la stabilité et à la fixité du nom. La Cour condamne d'ailleurs, de façon implicite mais assez claire, l'asymétrie du droit allemand :

¹⁶⁵⁰ En ce sens, V. *Ibid.*

¹⁶⁵¹ De manière Générale, sur cette question, V. MATHISEN G., « Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement », *Common Market Law Review.*, 2010, vol. 47, p. 1021-1048.

¹⁶⁵² V. CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 37.

« [u]ne situation semblable à celle de l'enfant Leonhard Matthias pourrait donc également se produire en Allemagne¹⁶⁵³ ».

L'exigence de cohérence joue aussi un rôle important dans l'argument qui, relevant l'existence d'exceptions permettant d'échapper à la mesure contestée, conduit à relativiser l'importance de ces mesures pour l'État ou à souligner que faire de nouvelles exceptions ne remettrait pas fondamentalement en cause l'objectif. Dans ce cas, les exceptions ne sont pas tant utilisées pour faire peser le doute sur un argument qu'en tant que signe de la valeur accordée par l'État aux mesures concernées. La Cour estime que le caractère disproportionné du refus de reconnaître le nom des enfants en cause sous sa forme espagnole est « d'autant plus apparent » que des exceptions à l'application de la loi belge en matière de transmission du nom de famille pour des cas proches sont déjà acceptées¹⁶⁵⁴. En effet, le gouvernement belge avait indiqué certaines exceptions et une « position plus souple de l'administration », « afin d'atténuer les inconvénients liés à la possession de la double nationalité¹⁶⁵⁵ ». C'est aussi dans ce sens que l'argument est utilisé dans l'arrêt *Bogendorff von Wolfersdorff*, où il permet de distinguer le cas de celui de l'affaire *Sayn-Wittgenstein*¹⁶⁵⁶. L'Avocat général l'utilise d'ailleurs de façon encore plus radicale pour défendre une acception très stricte de l'ordre public, selon laquelle les dérogations prévues à la règle montrent que celle-ci n'est pas fondamentale au point de relever de l'ordre public¹⁶⁵⁷.

La configuration de la justification des mesures constitutives d'une entrave en droit de l'Union, accordant la possibilité aux États de définir des objectifs spécifiques, pose la question singulière de la preuve que ceux-ci sont bien des objectifs tenus pour tels dans les États membres. Dans le cadre habituel du contrôle de proportionnalité, le juge exerçant le contrôle décide lui-même si l'objectif est légitime ou non, mais il n'a pas à exiger la preuve que tel est le cas pour une entité décentralisée. Or, la preuve qu'une norme ou qu'une valeur est particulièrement importante dans un ordre juridique

¹⁶⁵³ *Ibid.*, para. 34.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 44.

¹⁶⁵⁵ C'est le cas, « à titre exceptionnel, et notamment lorsqu'il y a peu de facteurs de rattachement avec la Belgique, [...] notamment dans l'hypothèse où la famille aurait vécu dans un pays étranger où l'enfant est enregistré sous le double nom, et ce afin de ne pas nuire à son intégration ». La position plus souple évoquée se trouve notamment lorsque la possibilité de respecter la réglementation d'un autre État permet d'éviter une divergence de noms de famille dans la fratrie. *Ibid.*, para. 12.

¹⁶⁵⁶ CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁶⁵⁷ « [...] pour qu'une norme soit d'ordre public, elle [doit] être une règle impérative *tellement fondamentale* à l'ordre juridique concerné qu'elle ne pourrait souffrir *aucune* dérogation dans le contexte de l'affaire en cause ». AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *op. cit.*, para. 100. L'Avocat général reprend alors la conception de « l'ordre public » qu'il avait donnée dans un contexte très différent, à propos de la reconnaissance d'une sentence arbitrale. V. AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 13 mai 2015, *Gazprom*, C-536/13, EU:C:2015:316, para. 166s.

n'est pas chose facile, et ce, d'autant que leur place dans la hiérarchie des normes n'est pas décisive. Faire du caractère absolu de l'interdiction un signe de l'importance de l'objectif protégé ou de la difficulté de reconnaître des dérogations peut se comprendre, mais conduit, de façon paradoxale, à rendre plus vulnérable les mesures prenant en compte l'exigence de proportionnalité. Elle peut néanmoins être vue comme l'acceptation, dans des cas extrêmes, d'une logique dans laquelle l'affirmation d'une valeur, à condition qu'elle soit particulièrement absolue, joue un rôle, contrairement au discours habituellement tenu.

Au contraire, lorsque des exceptions sont prévues par le législateur national, l'argument de la rationalité dans la prise de décision reprend ses droits et conduit à comparer les exceptions déjà prévues à celles qui pourraient l'être. Un exemple particulièrement remarquable se trouve dans les conclusions de l'Avocat général Wathelet sur *Bogendorff von Wolffersdorff*. Celui-ci refuse que l'ordre public puisse être menacé parce que l'interdiction n'est pas absolue, alors que la Constitution de Weimar prévoyait la possibilité que des titres nobiliaires puissent survivre en tant que noms de famille¹⁶⁵⁸. « Soit les titres nobiliaires sont comme tels contraires à l'ordre public et leur portée est interdite, comme en Autriche, et ce pour tous les Allemands, soit ils ne le sont pas et peuvent être utilisés par tous les Allemands en tant que noms de famille en les mettant après le prénom, au lieu de les mettre avant comme c'était le cas jusqu'en 1918¹⁶⁵⁹. » L'argument est significatif parce qu'il va très loin dans la mise à nu de la norme nationale et dans l'imposition d'une logique emprunte de l'idée de rationalisation du processus de décision ; il fait totalement abstraction des compromis historiques qui ont pu présider à l'adoption d'une telle norme dans la Constitution de Weimar ou de sa valeur normative dans l'ordre juridique allemand.

Ainsi, le contrôle de proportionnalité revêt des formes diverses, même dans la ligne d'arrêts considérée à titre principal. Il est parfois directement mis en œuvre par la Cour, pour décider que les mesures du type de celles qui lui sont présentées ne sont pas proportionnées (affaires *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*) ou bien, au contraire, qu'elles le sont (affaire *Sayn-Wittgenstein*). La Cour confie dans certains cas au juge national le soin de mettre en œuvre ce contrôle, comme dans les arrêts *Runevič Vardyn et Wardyn* et *Bogendorff von Wolffersdorff*. La Cour semble parfois principalement considérer le caractère approprié et nécessaire des mesures en cause (affaires *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*), alors que, dans d'autres cas, elle prescrit une mise en balance très large des différents éléments de faits et de droit (*Bogendorff von Wolffersdorff*). Enfin, lorsque l'identité nationale est en cause, elle semble

¹⁶⁵⁸ AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 103.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, para. 104.

accorder une marge de manœuvre importante à l'État dans la définition de l'objectif légitime ou, du moins, dans la spécificité de la méthode adoptée pour l'atteindre. Il n'est pas nécessairement facile de savoir quelle importance accorder à ces différences dans la formulation du contrôle. Concédant que la Cour devrait harmoniser sa façon de formuler le contrôle de proportionnalité, le juge Rosas remarque cependant que, dans ce domaine, le résultat obtenu dépend avant tout de ce que les juges appelés à décider un cas estiment juste et raisonnable, tous les facteurs pris en compte, ainsi que de la perception qu'ils ont de la gravité de l'effet de la mesure sur le marché intérieur¹⁶⁶⁰.

Au-delà de ces différences, il faut prendre la mesure du bouleversement qu'entraîne le processus de justification des mesures nationales constitutives d'une entrave pour de nombreuses cultures juridiques nationales. Lorsque la Cour demande aux juges nationaux d'effectuer « une mise en balance de divers éléments de droit et de fait » pour déterminer si une « mesure » est proportionnée, elle les enjoint à mettre en œuvre un mode de raisonnement qui rompt de façon importante avec la façon même de penser la règle juridique. La force de ce mouvement se perçoit par exemple lorsque les gouvernements se trouvent dans la position, non seulement de dire ce qu'impliquent des normes constitutionnelles, mais également de rendre compte des raisons qui les justifient sous le contrôle du juge de l'Union ou du juge national. La norme ne s'impose plus simplement en raison de sa place dans la hiérarchie des normes. Les « mesures » doivent en outre être appropriées et nécessaires pour atteindre un objectif poursuivi au moment du contrôle. La forme que prend l'interdiction des titres de noblesse décidée par la Constitution de Weimar doit être justifiée par le gouvernement comme appropriée et nécessaire pour garantir le respect, en 2016, du principe d'égalité ou, du moins, d'une certaine conception de l'égalité. Elle ne peut pas simplement être vue comme un principe de valeur constitutionnelle, ni comme le fruit d'un compromis historique qu'il faudrait respecter.

Le contrôle de proportionnalité, exercé par la Cour ou confié au juge de renvoi, rompt de façon importante avec la conception du rôle du juge dans certaines cultures juridiques, notamment lorsqu'il implique la recherche de moyens alternatifs pour poursuivre l'objectif légitime ou la mise en balance de différents intérêts. Une des critiques les plus célèbres a été faite par Lord Hoffmann, alors juge à la High Court, à l'occasion de la controverse sur l'ouverture des magasins le dimanche. Celui-ci explique que le juge national, appliquant le traité tel qu'interprété par la Cour, doit prendre en compte la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire : « le fait que la Cour européenne a dit qu'une question spécifique relevait de la décision d'une cour nationale ne confère pas à cette cour des pouvoirs quasi-

¹⁶⁶⁰ En conséquence, explique-t-il, il est assez évident que le résultat peut varier selon les juges appelés à décider un cas. V. Rosas A., « Foreword », *op. cit.*, p. vi.

législatifs¹⁶⁶¹ ». Il oppose ensuite la logique de reconstruction rationnelle de l'objectif de la loi au respect de la volonté du législateur. Observant qu'il n'y avait pas d'accord unanime sur l'objectif de l'interdiction d'ouverture des magasins le dimanche, il considère qu'elle répond à la volonté de « maintenir un dimanche anglais traditionnel ». Bien sûr, relève-t-il, « il y a quelque chose d'illogique » dans les exceptions limitant la portée de l'interdiction, mais il revient au Parlement de décider que des mesures étaient nécessaires pour atteindre l'objectif et que d'autres ne le sont pas, quand bien même elles auraient un effet moins important sur le commerce intracommunautaire. Il souligne d'ailleurs que « les compromis défiant la logique peuvent être vus comme une “particularité socioculturelle” britannique, pour adopter le langage de la Cour de justice¹⁶⁶² ».

Au surplus de la question de l'empiètement sur le rôle du constituant ou du législateur, le mode opératoire implique de repenser la décision juridictionnelle elle-même. Si la solution procède d'une mise en balance incluant différents éléments dans un contexte spécifique, il est difficile de déduire de l'acceptation d'une règle comme l'interdiction des titres nobiliaires dans un cas qu'elle puisse l'être dans un autre. La mise en balance ainsi comprise implique en effet que la réglementation nationale puisse ne pas être considérée comme une justification proportionnée pour une personne mais l'être pour une autre¹⁶⁶³. L'importance de la situation dans laquelle les considérations de fait et de droit sont évaluées se perçoit par exemple dans le refus, dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, de prendre en compte l'argument de l'unicité du nom entre les frères et sœurs pour la simple raison qu'« il suffit de constater qu'un tel problème ne se pose pas dans l'affaire au principal¹⁶⁶⁴ ». Cette affirmation, loin d'être anodine, traduit l'opposition entre la justification de la norme de façon générale, par le gouvernement allemand, et l'accent mis sur la situation concrète par la Cour.

La justification intervient donc au cœur même du processus décisionnel des États membres et porte une exigence de rationalisation. Au-delà d'une certaine vision du droit ou de la décision

¹⁶⁶¹ « The fact that the European Court has said that a particular question is one for decision by the national court does not endow that court with quasi-legislative powers. It must confine itself within the area of judicial intervention required by the Treaty and not trespass on questions which are for democratic decision in Parliament. » *Stoke-on-Trent & Norwich* [1991] Ch. 48 (HC), p. 56.

¹⁶⁶² « Of course there are illogicalities in Schedule 5 and opinions may differ about whether it draws the line in the right place. On the other hand, illogical compromise tends to be a British “socio-cultural characteristic,” to adopt the language of the European Court of Justice. [...] In my judgment Parliament was entitled to decide that the present restrictions were necessary to attain the objects of the Act and that different restrictions would be inadequate, even though they might have less effect on Community trade. » *Ibid*, p. 72.

¹⁶⁶³ Elle peut par exemple être considérée comme étant disproportionnée dans le cas de M. *Bogendorff von Wolffersdorff*, mais ne pas l'être pour une personne, dans une situation en tous points comparables, mais n'ayant pas une fille dont une juridiction nationale aurait enjoint les autorités nationales à reconnaître le nom de famille, pour reprendre un des éléments mentionnés par la Cour.

¹⁶⁶⁴ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*, para. 33.

publique, la force de la justification se perçoit aussi à la nature des intérêts qu'elle impose aux États de prendre en compte. Dans ces arrêts, ce que le statut de citoyen permet est la reconnaissance des « rattachements multiples¹⁶⁶⁵ » d'un national ou du caractère « transnational¹⁶⁶⁶ » de sa situation. Comme le montrent les propos du juge Rosas, insistant sur l'importance de la démonstration de la tentative de l'État pour chercher à atteindre l'objectif par des mesures moins restrictives au regard des libertés de circulation, l'exigence de justification enjoint celui-ci à prendre en considération la dimension européenne des mesures nationales. C'est le refus de penser la question de la reconnaissance du nom patronymique dans un cadre dépassant l'État que la Cour a condamné dans les affaires *Garcia Avello* et *Grunkin Paul*. En ce sens, le pouvoir reconnu aux États membres, dans le cadre de la formule des compétences retenues, mais aussi quand elle n'est pas utilisée, est soumis au droit de l'Union sous une forme particulière : l'obligation de « tenir compte, dans la mise en œuvre du système et dans l'application individuelle de la règle nationale, du plan élargi – transnational – sur lequel les autorités nationales sont désormais supposées opérer¹⁶⁶⁷ ».

Ainsi, la justification des mesures nationales, au sens du droit de l'Union, intervient dans l'ordre de justification du droit de l'Union ; elle doit être vue à la fois comme une mise en question et comme une mise en valeur. L'« ordre de justification » du droit de l'Union dans lequel s'inscrit la justification des atteintes aux libertés de circulation se distingue des sphères de justifications bâties dans les contextes étatiques. La justification des mesures constitutives d'une entrave ou d'une discrimination peut en ce sens être vue comme entraînant une véritable opération de traduction conceptuelle pour les participants à la controverse. Il est usuel de souligner que des raisons qui peuvent être invoquées au niveau national sont exclues au niveau de l'Union, l'exemple-type étant la volonté de protéger le marché national de la concurrence des opérateurs des autres États membres. Toutefois, la différence entre ces ordres de justification va beaucoup plus loin ; l'exigence même de justification et le langage dans lequel elle doit se faire heurtent profondément certaines traditions nationales et portent une dynamique susceptible de remettre en cause la façon même dont les normes nationales sont conçues. C'est en ce sens que la justification est profondément subversive.

¹⁶⁶⁵ V. AZOULAI L., « Le sujet des libertés de circuler », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 404.

¹⁶⁶⁶ V. ILIOPOULOU-PENOT A., « The Transnational Character of Union Citizenship », M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE et E. SPAVENTA (dir.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2012, p. 15-35.

¹⁶⁶⁷ AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 361.

CHAPITRE 2. LE DÉPASSEMENT DU CADRE CONCEPTUEL

Le hiatus entre le recours au terme de citoyen et les dispositions qui y sont consacrées dans les traités a immédiatement été mis en évidence par la doctrine : Joseph Weiler a parlé d'une « trivialisation du concept¹⁶⁶⁸ », David O'Keeffe s'est demandé s'il ne s'agissait pas d'un « terme inapproprié¹⁶⁶⁹ », Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira le tenait pour « un nouveau nom sur une grappe de droits existants¹⁶⁷⁰ ». On perçoit ici que le nom donné au concept joue un rôle fondamental, parce qu'il renvoie à un certain imaginaire et qu'il suscite des attentes. Le recours au terme « citoyen » n'implique pas que le concept en droit de l'Union revête une signification particulière ; en revanche, il explique les réactions mentionnées. Il n'est pas possible de dire, comme le fait Ross pour le concept de « propriété », que, comme il ne réfère à rien, sa dénomination n'importe pas ; il aurait tout aussi bien pu être remplacé par celui de « tû-tû » ou « vieux fromage¹⁶⁷¹ ». Ainsi que l'écrivait Robert Kovar pour la citoyenneté, mais l'observation est certainement partagée, « le choix des mots n'est certainement pas innocent¹⁶⁷² ». « On a [...] tort de moquer les révolutions verbales : elles sont souvent un préalable nécessaire au changement véritable¹⁶⁷³. » Le terme renvoie à des mythes et suscite des attentes ; il conduit à faire des liens avec d'autres concepts désignés par le même terme dans d'autres discours (qu'il s'agisse d'autres ordres juridiques ou d'autres disciplines). Si l'on cherche à expliquer l'évolution

¹⁶⁶⁸ L'auteur propose deux explications pour expliquer son emploi, « un exercice cynique de relation publique [a cynical public relations exercise] » ou, pire encore, « le résultat d'une rédaction confuse et précipitée [the result of muddled and hasty drafting] », qui traduirait une vision complètement appauvrie de ce que devrait impliquer la citoyenneté. V. WEILER J., « European Citizenship - Identity and Differentity », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship: an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 10s.

¹⁶⁶⁹ « One wonders whether in fact it is not a misnomer. The very use of the terms "citizen" and "citizenship" may be misleading. » O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 351.

¹⁶⁷⁰ JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Union Citizenship : Pie in the Sky ? », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 58-84.

¹⁶⁷¹ ROSS A., « Tû-tû », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 103-116. Nous traduisons, dans la traduction française, le terme est remplacé par « saucisse de Toulouse ».

¹⁶⁷² KOVAR R., « L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté européenne dans le processus d'intégration européenne », C. PHILIP et P. SOLDATOS (dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, Université de Montréal, Chaire Jean Monnet, coll. « Collection Études européennes. Colloques européens », 2000, p. 81.

¹⁶⁷³ JESTAZ P., « Le langage et la force contraignante du droit », L. INGBER et P. VASSART (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesys, 1991, p. 79.

du concept, ces considérations ne peuvent pas être effacées, comme des considérations métaphysiques ou des théories encombrantes, ainsi que l'ont parfois suggéré Hohfeld, Hart ou Ross¹⁶⁷⁴.

Le recours au terme de citoyen est précisément ce qui rend possible l'argument, très commun, selon lequel la citoyenneté de l'Union n'est pas une véritable citoyenneté. La forme qu'a prise la citoyenneté de l'Union ne semble en effet correspondre à aucune des deux branches de l'alternative présentée par Ulrich Preuß en 1995 : une véritable citoyenneté ouvrant la voie à un État fédéral européen ou une simple étiquette pour des droits existants avant le Traité de Maastricht¹⁶⁷⁵. Le second point a été abondamment discuté dans les chapitres précédents ; le premier dépend certes du concept de citoyenneté retenu, mais il est possible de dire de manière générale que de nombreuses différences subsistent avec les modèles les plus communs de citoyenneté, développés en théorie politique ou institués par les ordres juridiques¹⁶⁷⁶. Parmi les différences les plus fréquemment mentionnées, concernant les questions qui font l'objet de notre étude, il est possible de citer : l'incapacité de l'Union à déterminer qui sont ses citoyens ; l'exigence de ressources suffisantes et d'une assurance maladie pour séjourner dans un autre État membre ; l'impossibilité de se prévaloir de ses droits dans les situations purement internes ou le développement de relations juridiques essentiellement entre le citoyen et les États plutôt qu'entre le citoyen et l'Union¹⁶⁷⁷.

Il ne s'agit pas, dans ce chapitre, de proposer une théorie de la citoyenneté, ni même de vouloir caractériser finement les différents modèles de citoyenneté sur lesquels s'appuient les acteurs du droit de l'Union lorsqu'ils disent ce que devrait impliquer la citoyenneté de l'Union pour être une véritable

¹⁶⁷⁴ V. nt. HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001 ; HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48 ; ROSS A., « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD, Elsa MATZNER et Pierre BRUNET, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 167-182.

¹⁶⁷⁵ PREUB U., « Problems of a Concept of European Citizenship », *European Law Journal*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 267-281.

¹⁶⁷⁶ Ceci est toutefois moins vrai lorsque le point de comparaison est la citoyenneté fédérale, V. sur cette question, SCHÖNBERGER C., « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », *Annuaire de L'institut Michel Villey*, 2009, vol. 1, p. 255-274 ; BEAUD O., *Théorie de la fédération*, 2e éd., Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2009.

¹⁶⁷⁷ D'autres différences entre la citoyenneté de l'Union et d'autres modèles de citoyennetés, comme, par exemple, l'existence d'un peuple, le sentiment d'appartenance ou les droits électoraux des citoyens, ne seront pas discutés ici parce qu'elles sont plus éloignées du débat sur la détermination jurisprudentielle du concept. Sur cette question, V., par ex., BLANC D., « Citoyenneté européenne et nationalité. La politique sans le politique », É. RALSER et J. KNETSCH (dir.), *La nationalité française dans l'océan Indien : actes du colloque, organisé à Saint-Denis de La Réunion, 9 novembre 2015*, Paris, Société de législation comparée, 2017, p. 173-197.

citoyenneté. Notre objet est beaucoup plus modeste ; il s'agit simplement de mettre en évidence le fait que le recours au terme « citoyen » suscite des attentes de la part des acteurs du droit de l'Union. Il est très commun que la citoyenneté de l'Union soit présentée comme « une forme défectueuse de quelque chose d'autre qu'elle-même », pour reprendre les termes de Paul Kahn¹⁶⁷⁸. Ainsi qu'il le souligne, « [d]e telles appréciations sur des desseins normatifs partiellement satisfaits – ou insatisfaits – sont faites de l'intérieur de la culture juridique ; elles sont des propositions de réformes¹⁶⁷⁹ ». Il ne faut toutefois pas se tromper ; si la proposition est interne, ce n'est pas en ce qu'elle est le résultat d'un isolement du langage juridique, mais parce que, pour Paul Kahn, elle doit faire l'objet d'une étude pour celui qui s'intéresse au droit comme un système culturel. Si le langage du droit de l'Union présente une certaine autonomie, celle-ci est relative ; le désencastrement n'est jamais complet. Les termes, comme celui de citoyen, sont chargés de significations et de représentations qui sont le résultat de leur usage dans d'autres contextes, et notamment dans les contextes nationaux. Ceci peut provoquer une certaine déception lorsqu'ils sont transposés dans le droit de l'Union sous une forme très différente des attentes qu'ils pouvaient susciter.

Il est proposé d'observer le rôle que jouent des arguments qui en appellent à la nature de la citoyenneté dans les pratiques discursives étudiées. Ce type d'argument peut être qualifié d'ontologique, au sens où il s'appuie sur la nature ou sur l'essence d'un concept, par exemple sur ce qu'est la citoyenneté, pour en tirer des conséquences quant aux normes qui doivent gouverner son usage. Un exemple de ce type d'argument peut être donné à partir des débats portant sur l'effet direct du droit de séjour du citoyen. Il a été dit que, dans l'arrêt *Baumbast*, à côté de l'application des critères de l'effet direct, la Cour s'est appuyée sur l'argument selon lequel le droit de circuler et de séjourner du citoyen était une liberté de circulation¹⁶⁸⁰. Il s'agit d'un argument essentiellement interne au système juridique, dans le sens où il repose sur des formes propres à celui-ci. Un autre argument, qui n'a pas été présenté, reposait en revanche sur la « nature » de la citoyenneté. L'essence n'est plus à chercher dans la nature de la liberté de circulation et de séjour, mais dans celle d'une certaine idée de la citoyenneté, extérieure au droit de l'Union, qui implique que le citoyen puisse se prévaloir directement de ses droits.

¹⁶⁷⁸ KAHN P.W., *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 92.

¹⁶⁷⁹ « Such judgments of normative ends partially fulfilled – or unfulfilled – are made from within the legal culture ; they are predicates of reform. » *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 1, A, 2.

Cet argument n'apparaît pas de façon explicite dans la justification de la Cour, même si le recours à la formule de la vocation fondamentale du statut pourrait en être une expression. Il se retrouve en revanche dans le discours d'autres acteurs, et particulièrement dans les conclusions de certains avocats généraux. Sur cette même question, l'Avocat général La Pergola, dans ses conclusions sur *Martínez Sala*, présente le droit de circuler et de résider comme « un droit primaire », « *inséparable* » de la citoyenneté qui est, « par le biais de la norme primaire, attribué directement à l'individu, désormais formellement considéré comme un sujet de droit¹⁶⁸¹ ». De même, dans ses conclusions sur *Wijzenbeek*, l'Avocat général Cosmas développe une argumentation sur le « vocabulaire *constitutionnel* » de l'article, parlant de « droit » et de « citoyens », et sur le changement fondamental de conception qu'introduisent les dispositions relatives à la citoyenneté du Traité de Maastricht¹⁶⁸². Ce type de raisonnement se retrouve de façon très claire lorsque les dispositions de la citoyenneté sont invoquées comme un principe interprétatif, comme dans le modèle *Collins*¹⁶⁸³.

Mettre en évidence le caractère insuffisant, inachevé ou paradoxal de la citoyenneté de l'Union n'est possible que par le recours à une certaine extériorité. Les acteurs, par leurs attentes, perçoivent le cadre conceptuel comme insuffisant. Cette perception peut les conduire à construire, dans les termes de Riccardo Guastini, une « lacune axiologique¹⁶⁸⁴ ». Le cadre conceptuel dans lequel la citoyenneté de l'Union a été forgée peut être construit comme insuffisant par les différents participants à la controverse. Pour poursuivre l'enquête sur le juge et le travail des concepts, l'accent ne sera toutefois pas tant mis sur ces insuffisances, que sur la manière dont elles permettent d'agir sur le cadre, entraînant un certain dépassement de celui-ci. Autrement dit, ce qui nous intéresse ici, comme pour les auteurs de l'OuLiPo, c'est la dimension créatrice de la contrainte. La construction du cadre conceptuel comme insuffisante au regard de ce que devrait être la citoyenneté de l'Union contient son dépassement, par l'adaptation (section 1) ou, de façon plus radicale, par l'innovation (section 2).

¹⁶⁸¹ AG La Pergola, ccl sous CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala*, *op. cit.*, para. 18.

¹⁶⁸² AG Cosmas, ccl sur CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, *op. cit.*, para. 79s.

¹⁶⁸³ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 1, § 1, B.

¹⁶⁸⁴ V. nt. GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, note 15.

SECTION 1. L'ADAPTATION DU CADRE CONCEPTUEL

Ce qui justifie le dépassement du cadre conceptuel, et la construction de son insuffisance, résulte le plus souvent de considérations externes. Toutefois, son dépassement peut prendre la forme d'une adaptation, au sens où le travail se fait au cœur même du cadre conceptuel. Deux types d'adaptations du cadre conceptuel par le juge peuvent être présentés. Dans le premier cas, qui concerne les conditions dans lesquelles on peut dire qu'une personne est un citoyen de l'Union, la Cour procède à une certaine inversion des liens inférentiels entre le concept de citoyen de l'Union et celui de national d'un État membre (§ 1). Dans le second, la Cour, prenant en compte différents objectifs, construit un nouveau concept, celui du critère d'intégration sociale du citoyen, qui vient s'inscrire au cœur du contrôle de proportionnalité tel qu'il est usuellement pratiqué et en subvertir le fonctionnement (§ 2).

§ 1. L'INVERSION DES LIENS INFÉRENTIELS : LES CONDITIONS DE POSSESSION DU STATUT DE CITOYEN DE L'UNION

Les discussions portant sur le statut de citoyen de l'Union devant la Cour ont surtout porté sur les conséquences qu'entraîne la mobilisation du concept. Ceci s'explique sans doute par le fait que les liens inférentiels conduisant au concept, que l'on peut présenter comme des règles d'entrée et de sortie dans les termes de Jaap Haage¹⁶⁸⁵, sont perçus comme déterminés, quand bien même ils seraient tenus pour insatisfaisants. Le concept de ressortissant d'un État membre joue un rôle central pour déterminer qui peut avoir la qualité de citoyen de l'Union, ce qui a pu être construit comme traduisant le caractère inachevé de la citoyenneté (A). L'arrêt *Rottmann*, rendu par la Cour en 2010, conduit toutefois à une évolution importante, sur le plan conceptuel plus que pratique, des relations qu'entretiennent les concepts de citoyen de l'Union et de nationalité d'un État membre (B).

A. La citoyenneté comme forme inachevée

Depuis le Traité de Maastricht, les traités successifs énoncent qu'« [e]st citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre¹⁶⁸⁶ ». Le traité d'Amsterdam précise que « [l]a

¹⁶⁸⁵ V. HAGE J.C., « The Meaning of Legal Status Words », J.C. HAGE et D. v d PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Londres, Springer, 2009, p. 53-66.

¹⁶⁸⁶ Aujourd'hui, art. 20 TFUE et, pour la même formulation, art. 9 TUE. De même, la directive 2004/38 définit ainsi le citoyen de l'Union : « toute personne ayant la nationalité d'un État membre » (art. 2). Pour une réflexion sur les différentes rédactions dans les différentes langues de l'Union, V. DE GROOT G.-R., « Towards a European Nationality Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, vol. 8, n° 3.

citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Cette phrase a été modifiée, et, dans la version actuelle du TFUE, il est écrit que « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Un lien très strict est donc établi par le traité entre le statut de ressortissant d'un État membre et celui de citoyen de l'Union¹⁶⁸⁷. D'une part, les deux statuts sont solidaires, une personne est soit titulaire des deux, soit d'aucun ; d'autre part, le statut de ressortissant d'un État membre conditionne celui de citoyen de l'Union. Cette compréhension de l'articulation de ces concepts semble exprimée clairement dans les différents textes cités et se retrouve dans les arrêts de la Cour concernant la citoyenneté, sous différentes formes dont il est possible de donner les exemples suivants : « M^{me} D'Hoop, en tant qu'elle possède la nationalité d'un État membre, bénéficie de ce statut [de citoyen de l'Union¹⁶⁸⁸] » ; « [e]n sa seule qualité de ressortissant d'un État membre, et partant de citoyen de l'Union [...¹⁶⁸⁹] » ; « en tant que ressortissant roumain, M. Jipa jouit du statut de citoyen de l'Union [...¹⁶⁹⁰] » ; « [l]a requérante au principal, qui possède la nationalité d'un État membre, bénéficie de ce statut [de citoyen de l'Union]¹⁶⁹¹ ».

En raison des craintes de certains États, les rédacteurs des traités ont porté une attention toute particulière à préciser l'articulation entre la citoyenneté de l'Union et les nationalités des États membres. Au-delà du texte même des traités, la volonté que la citoyenneté de l'Union ne mette pas en cause les règles relatives à la nationalité définies par les États est très clairement exprimée dans la déclaration annexée au Traité de Maastricht, selon laquelle :

« La Conférence déclare que, chaque fois que le traité instituant la Communauté européenne fait référence aux ressortissants des États membres, la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné¹⁶⁹². »

Les États réitèrent ce souci dans les conclusions de la présidence du Conseil européen d'Édimbourg, en décembre 1992, énonçant que « [l]a question de savoir si un individu possède ou non la nationalité d'un État membre sera tranchée uniquement sur la base de la législation nationale

¹⁶⁸⁷ Dans la version française des traités, le ressortissant d'un État membre est celui qui a la nationalité de cet État (le terme de « national » n'est pas utilisé) ; en anglais, c'est le terme de « national » qui est utilisé.

¹⁶⁸⁸ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 27.

¹⁶⁸⁹ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 26.

¹⁶⁹⁰ CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, *op. cit.*, para. 17.

¹⁶⁹¹ CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁶⁹² Déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre, jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, *JOCE* C 191 du 29 juillet 1992, p. 98.

de l'État membre concerné¹⁶⁹³ ». Ainsi, comme le souligne Myriam Benlolo Carabot, si la nationalité est le critère d'accès à la citoyenneté européenne, par opposition à d'autres critères possibles, comme la résidence, elle n'est pas fondée sur la nationalité, comme cela peut être le cas dans d'autres contextes, mais sur « la pluralité des nationalités¹⁶⁹⁴ ».

La qualité de « ressortissant d'un État membre » ou de « national d'un État membre », nécessaire pour accéder à celle de citoyen de l'Union, renvoie à des concepts nationaux ; chaque système normatif national définit la catégorie de personne qui sera qualifiée de ressortissant pour l'application du droit de l'Union. Avant l'insertion de la citoyenneté dans les traités, la Cour avait déjà décidé que « [l]a définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire¹⁶⁹⁵ », ce qu'elle a confirmé par la suite¹⁶⁹⁶. La déclaration annexée au Traité de Maastricht mentionne que les « États peuvent préciser, pour information, quelles sont les personnes qui doivent être considérées comme leurs ressortissants aux fins poursuivies par la Communauté en déposant une déclaration auprès de la présidence ; ils peuvent, le cas échéant, modifier leur déclaration ». Ainsi, dans l'arrêt *Kaur*, la Cour considère que « [p]our déterminer si une personne a la qualité de ressortissant du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au sens du droit communautaire, il y a lieu de se référer à la déclaration de 1982 remplaçant la déclaration de 1972¹⁶⁹⁷ ». Il appartient ici au Royaume-Uni, dont l'ordre juridique reconnaît différents concepts de nationalité, de déterminer ce qu'il entend par national pour le droit de l'Union. Ainsi, la nationalité d'un État membre n'implique pas toujours la citoyenneté de l'Union ; c'est de la nationalité définie au sein de l'ordre juridique national aux fins de l'application du droit de l'Union que l'on peut inférer la citoyenneté de l'Union. Si, dans la plupart des cas, ce concept de nationalité est le même que celui qui

¹⁶⁹³ Décision des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992, concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'Union européenne, *JOCE* C 348 du 12 décembre 1992, p. 1. La Cour mentionne cette décision ainsi que la déclaration précitée comme devant « être prises en considération en tant qu'instruments d'interprétation du traité CE, plus particulièrement en vue de déterminer le champ d'application de ce dernier ». V. CJUE 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para 40.

¹⁶⁹⁴ De façon générale, sur cette question, V. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », n° 4, 2006 partie I, chapitres 1 et 2. .

¹⁶⁹⁵ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, *op. cit.*, para 10.

¹⁶⁹⁶ CJCE, 11 novembre 1999, *État belge / Mesbah*, C-179/98, EU:C:1999:549, para. 29 ; CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, *op. cit.*, para. 19. V. aussi CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 37 et CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 39.

¹⁶⁹⁷ CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, C-192/99, EU:C:2001:106, para 27.

est utilisé dans l'ordre interne, il peut aussi être différent ; Gerard-René de Groot parle alors d'une « nationalité spéciale, fonctionnellement destinée à la Communauté¹⁶⁹⁸ ».

Le droit de l'Union intervient également d'une autre façon, en imposant aux différents États de reconnaître la nationalité attribuée par un autre État membre sans « en restreindre les effets [...] en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité¹⁶⁹⁹ ». Dans l'arrêt *Micheletti*, la Cour décide qu'un État ne saurait refuser de reconnaître la nationalité d'un État membre à une personne qui possède également la nationalité d'un État tiers, en raison du fait qu'elle résidait dans ce dernier avant son arrivée sur son territoire¹⁷⁰⁰. Dans l'affaire *Zhu et Chen*, elle précise qu'un État ne peut pas refuser le bénéfice des libertés garanties par le droit communautaire au motif que « l'acquisition de la nationalité d'un État membre viserait en réalité à procurer un droit de séjour en vertu du droit communautaire à un ressortissant d'un État tiers¹⁷⁰¹ ». Par ces arrêts, la Cour impose donc aux États de reconnaître la compétence de chaque État de nationalité pour déterminer les règles entraînant le rattachement personnel au droit de l'Union par le statut de ressortissant d'un État membre et donc de citoyen de l'Union. Les obligations de reconnaissance sont à ce titre plus strictes que celles prévues par le droit international et semblent témoigner d'une vision formelle de la nationalité¹⁷⁰².

Les règles d'entrée et de sortie conditionnant l'application du statut de citoyen de l'Union sont les règles d'entrée et de sortie qui régissent l'application des différents concepts de nationalité définies au sein des systèmes juridiques de chaque État membre, éventuellement spécifiquement pour

¹⁶⁹⁸ « a special, functional nationality for Community purposes ». DE GROOT G.-R., « Towards a European Nationality Law », *op. cit.*

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, para 10.

¹⁷⁰⁰ CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, *op. cit.*, para 11. V. aussi, CJCE 2 octobre 2003, *Garvia Avello*, *op. cit.*, para 28.

¹⁷⁰¹ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 40.

¹⁷⁰² En ce sens, V. par ex. ROSSIDAL POZZO F., *Citizenship rights and freedom of movement in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 82, 2013, p. 13-14. Il faut remarquer, avec Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, que dans l'affaire *Micheletti*, l'existence d'un lien réel au sens du fameux et contesté arrêt *Nottebohm* était douteuse. V. JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Nationality and the European Union After Amsterdam », D. O'KEEFFE et P.M. TWOMEY (dir.), *Legal issues of the Amsterdam treaty*, Oxford, Hart, 1999, p. 404. Dans cette affaire, l'Avocat général Tesauro mentionne bien la question, mais c'est pour l'écartier. Il exprime d'ailleurs des réserves par rapport à la notion de « nationalité effective », qu'il voit comme remontant à « “une période romantique” de la vie des relations internationales et qui s'applique essentiellement en matière de protection diplomatique ». AG Tesauro, ccl sur CJCE 7 juillet 1992, *Micheletti*, *op. cit.*, para 5. Comme le montre le rapport d'audience, la question n'avait pas été discutée, ce qui était également le cas dans l'affaire *Zhu et Chen*. V. AG Tizzano, ccl sur CJCE 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*, para. 35-38 et para 38 de l'arrêt. Pour une réflexion sur l'utilisation du « lien réel » par la Commission dans le cas maltais, V. CARRERA S., « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », *CEPS paper*, avril 2014, n° 64.

l'application du droit de l'Union. Cet agencement conceptuel peut être vu comme s'inscrivant dans la continuité du droit des libertés de circulation. En effet, si la question a pu faire l'objet de discussions, parce qu'elle n'était pas mentionnée explicitement dans les traités, la nationalité d'un État membre a été érigée par le droit dérivé comme condition pour se prévaloir des libertés de circulation économiques pour les personnes physiques¹⁷⁰³.

Toutefois, il peut aussi être vu comme s'en distinguant dans le sens où des concepts, comme celui de travailleur, fonctionnent de façon différente de celui de citoyen. En effet, la Cour a très rapidement affirmé que, dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs, le terme de travailleur revêtait « une portée communautaire » et ne « saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux¹⁷⁰⁴ ». Les conditions dans lesquelles peut s'appliquer le concept résultent donc des textes du droit de l'Union et de la jurisprudence de la Cour, et non de ce que les différents systèmes juridiques nationaux peuvent tenir pour un travailleur en droit interne. En ce sens, les concepts de citoyens de l'Union et de travailleur au sens des libertés de circulation peuvent être opposés ; alors que le premier est dépendant de concepts juridiques déterminés dans les cadres nationaux, le second est le prototype du concept autonome, défini au sein du droit de l'Union¹⁷⁰⁵. Cependant, la condition de nationalité joue également pour le travailleur, bien qu'elle intervienne de façon différente, non pour accéder à un statut, mais par l'intermédiaire de ce qu'il est usuel de nommer le « champ d'application personnel » du droit de l'Union¹⁷⁰⁶. Il faut d'ailleurs rappeler que l'intervention de la Cour dans l'affaire

¹⁷⁰³ Pour une présentation des incertitudes résultant des traités de Rome et du « choix de la nationalité dans le droit dérivé », V. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 116-124.

¹⁷⁰⁴ V. CJCE, 19 mars 1964, *Unger / Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, 75/63, EU:C:1964:19 et CJCE 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg*, C-66/85, EU:C:1986:284, para. 16. En outre, précisons que la signification du terme « n'est pas univoque, mais varie selon le domaine d'application envisagé ». V., par ex., CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Gluszczynski*, *op. cit.*, point 68.

¹⁷⁰⁵ Cette « anormalité » au regard du concept autonome de travailleur est soulignée par David O'Keeffe, qui souligne toutefois que la nationalité est aussi exigée pour se prévaloir des libertés de circulation. V. O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *op. cit.*, p. 357.

¹⁷⁰⁶ Comme le soulignait l'Avocat général Léger dans l'affaire *Kaur*, « [l]a nature des liens qui unissent une personne à un État membre détermine pour une large part les droits dont elle bénéficie en vertu du droit communautaire. Cette réalité s'exprime à travers l'expression "ressortissant d'un État membre", notion centrale de l'ordre juridique communautaire, puisque de la possession de cette qualité dépend un grand nombre de ces droits tels qu'ils résultent des principes généraux du droit communautaire. » AG Léger, ccl sur CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, *op. cit.*, para 1. Pour une discussion et un historique de la prise en compte de la nationalité, V. O'LEARY S., « Nationality law and Community citizenship : a tale of two uneasy bedfellows », *Yearbook of European Law*, 1992, vol. 12, n° 1, p. 353-384 ; BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 116-124.

Micheletti se justifie parce que la non-reconnaissance de la nationalité de la requérante au principal aurait entraîné l'impossibilité de se prévaloir de la liberté d'établissement¹⁷⁰⁷.

Ainsi, les États membres sont les « gardiens » de la citoyenneté de l'Union¹⁷⁰⁸. Cette dépendance de la citoyenneté de l'Union envers les concepts de nationalités déterminés au sein des États membres a été présentée par un certain nombre d'auteurs comme l'expression d'un défaut de la citoyenneté de l'Union, ou bien comme un signe de son caractère inachevé¹⁷⁰⁹. De façon proche, les auteurs soulignent dans cette configuration une différence importante avec les citoyennetés définies au niveau national¹⁷¹⁰. Il y aurait quelque chose de « paradoxal » à ce que, d'une part, l'accession au statut de citoyen de l'Union ne soit pas déterminée par l'Union mais par les États membres¹⁷¹¹ et que, d'autre part, certains citoyens ou nationaux d'États membres ne soient pas des citoyens de l'Union¹⁷¹². Un autre « problème » se trouve dans le fait que les grands principes qui régissent le droit de la nationalité (*jus soli* et *jus sanguinis*) sont très différents selon les États membres¹⁷¹³.

La mise en évidence de ces problèmes ou de ces paradoxes est en partie liée à leur comparaison à d'autres modèles de citoyenneté, puisés en dehors du droit de l'Union, « c'est le caractère incomplet

¹⁷⁰⁷ Ce qui « [aurait eu] pour conséquence que le champ d'application personnel des règles communautaires portant sur la liberté d'établissement [aurait pu] varier d'un État membre à l'autre », CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, *op. cit.*, para. 12.

¹⁷⁰⁸ « gatekeepers », BARNARD C., *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016, p. 208.

¹⁷⁰⁹ V. par ex. KOVAR R. et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *Cahiers de droit européen*, 1993, n° 3-4, p. 289s. ; LA TORRE M., « Citizenship : A European Wager », *Ratio Juris*, 1995, vol. 8, n° 1, p. 113-123.

¹⁷¹⁰ Robert Kovar parle par exemple d'une « citoyenneté inversée » in KOVAR R., « L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté européenne dans le processus d'intégration européenne », *op. cit.*, p. 83s.

¹⁷¹¹ ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007, p. 26.

¹⁷¹² MINDUS P., « Europeanisation of Citizenship within the EU : Perspectives and Ambiguities », *Jean Monnet Working Papers*, 2008, p. 15. L'auteure prend l'exemple des habitants des îles de Fårö, qui sont danois, mais pas citoyens de l'Union, ainsi que de certains territoires d'outre-mer néerlandais et français. Sur la question de la citoyenneté et des territoires d'outre-mer, qui pose, au-delà de l'accès à la citoyenneté européenne, celle de l'exercice des droits du citoyen, V. nt. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 502-515 ; PULLANO T., *La citoyenneté européenne : un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p. 145-169.

¹⁷¹³ Comme le souligne Myriam Benlolo Carabot, ce qui est souvent présenté comme un problème peut aussi faire « l'objet d'une analyse plus positive ». « Les nationalités étant le reflet des traditions historiques et culturelles à chaque fois uniques, elles font partie intégrante de la définition de la citoyenneté européenne. Celle-ci a bien comme élément essentiel les nationalités, celui-ci s'affirmant comme le révélateur le plus tangible de la spécificité de la citoyenneté européenne. » Pour la présentation de cette question et des « problèmes juridiques » qu'elle pose, V. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 299-313. Pour une présentation, fréquemment actualisée, des différents régimes nationaux d'accès à la nationalité pour chaque État, V. EUDO CITIZENSHIP, <http://eudo-citizenship.eu/country-profiles>, consulté le 15 septembre 2017.

de la citoyenneté communautaire par rapport au modèle étatique qui est dénoncé¹⁷¹⁴ ». Ce type d'argumentation construit la citoyenneté de l'Union comme « une forme défectueuse de quelque chose d'autre qu'elle-même¹⁷¹⁵ ». Il peut également être vu comme relevant de la construction d'une lacune axiologique au sens de Riccardo Guastini. Le fait que les règles régissant l'entrée et la sortie du statut de citoyen de l'Union soient *in fine* définies à un autre niveau que celui de l'Union ne correspond pas aux modèles habituels de citoyenneté, pour qui les conditions d'accès à une citoyenneté doivent être définies par l'entité de laquelle le citoyen est citoyen, ce qui est vu comme insatisfaisant¹⁷¹⁶.

B. L'inversion exceptionnelle des liens inférentiels

La dépendance de la citoyenneté de l'Union à la possession de la nationalité d'un État membre, ainsi que la liberté de ce dernier dans la définition de sa nationalité à cette fin, semblent déterminées de façon très stricte par le Traité et il semble difficile aux différents participants à la controverse devant la Cour de les discuter. Pourtant, même dans cette configuration, dans l'arrêt *Rottmann*, la Cour met partiellement en cause les rapports entre le concept de citoyen de l'Union et les différents concepts de national, définis au sein des États membres¹⁷¹⁷. En effet, comme le souligne l'Avocat général Poires Maduro, cette affaire invite « à préciser les rapports entre les concepts de nationalité d'un État membre et de citoyenneté de l'Union¹⁷¹⁸ ». Le contexte de l'affaire est singulier ; il convient de le rappeler brièvement. M. Rottmann, de nationalité autrichienne depuis sa naissance, a été naturalisé allemand à la suite de sa demande, ce qui a eu pour effet, en application du droit autrichien, de lui faire perdre sa première nationalité. Or, celui-ci n'avait pas mentionné dans la procédure de naturalisation que, soupçonné d'escroquerie, il faisait l'objet de poursuites pénales et qu'un mandat d'arrêt avait été délivré contre lui en Autriche. Informées par les autorités autrichiennes, les autorités

¹⁷¹⁴ BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 20. L'auteure poursuit en expliquant que dans l'autre grande critique faite aux fondements de la citoyenneté (le recours à la nationalité plutôt qu'à un autre critère), que nous n'étudions pas ici, c'est la reproduction du modèle étatique au niveau européen qui est dénoncée comme illégitime. V. *Ibid.*

¹⁷¹⁵ KAHN P.W., *The cultural study of law*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷¹⁶ Il faut noter, comme l'ont fait certains auteurs, que ce décalage ne se retrouve pas si l'on prend comme modèles certaines citoyennetés fédérales. Ainsi, Jacques Ziller présente cette configuration comme relevant d'un processus classique, en prenant l'exemple de l'Empire allemand, ZILLER J., « De l'Europe des citoyens à la citoyenneté de l'Union - quelques réflexions sur la bureaucratie et le droit dans la construction communautaire européenne », *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1143. Plus généralement, les travaux sur la nationalité ou la citoyenneté dans une fédération font relativiser la spécificité de cet agencement entre citoyenneté de l'Union et nationalités des États membres, V. SCHÖNBERGER C., « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », *op. cit.* ; BEAUD O., *Théorie de la fédération*, *op. cit.*

¹⁷¹⁷ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104.

¹⁷¹⁸ AG Poires Maduro, ccl sur CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para 1.

allemandes ont décidé de lui retirer rétroactivement sa nationalité, décision qui n'était pas définitive au moment de la saisine de la CJUE. Le retrait de sa nationalité allemande n'entraînant pas nécessairement le recouvrement de sa nationalité autrichienne, M. Rottmann pourrait se trouver apatride, et, par conséquent, perdre le statut de citoyen de l'Union.

Le raisonnement de la Cour peut être résumé de la façon suivante. Tout d'abord, après avoir rappelé que « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre¹⁷¹⁹ », elle souligne que ceci « n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier [...]»¹⁷²⁰, et donc que « les États membres doivent, dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, respecter le droit de l'Union¹⁷²¹ ». Elle décide ensuite, et c'est le point crucial de l'arrêt, que la situation en cause n'est pas une situation purement interne, mais relève du droit de l'Union :

« Il est manifeste que la situation d'un citoyen de l'Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union¹⁷²². »

La justification du fait que la situation relève du droit de l'Union est peu développée, elle semble résulter simplement du fait que le requérant au principal se trouve dans une situation où il risque de perdre son statut de citoyen¹⁷²³. La Cour décide donc qu'il lui appartient de se prononcer sur « les conditions dans lesquelles un citoyen de l'Union peut, du fait de la perte de sa nationalité, perdre cette qualité de citoyen de l'Union et, dès lors, être privé des droits qui y sont attachés¹⁷²⁴ ». Le raisonnement de l'Avocat général Poires Maduro était différent sur ce point. En s'appuyant notamment sur l'arrêt

¹⁷¹⁹ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 39.

¹⁷²⁰ *Ibid.*, para. 41. Elle revoie alors à une jurisprudence bien établie, concernant d'autres compétences : CJCE 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, *op. cit.*, para. 17 ; CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 25 ; CJCE 12 juillet 2005, *Schempp*, *op. cit.*, para. 19 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne / Royaume-Uni*, *op. cit.*, para. 78.

¹⁷²¹ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 45.

¹⁷²² *Ibid.*, para. 42.

¹⁷²³ Elle peut être vue comme annonçant l'évolution qui se manifeste dans la jurisprudence *Ruiz Zambrano*, qui sera évoquée dans la prochaine section. V. *infra*, section 2.

¹⁷²⁴ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 46. Il faut remarquer qu'en l'espèce, si l'on suit le droit allemand, il n'y a pas perte de la nationalité, mais retrait rétroactif de celle-ci. Dans cette perspective, la perte de la citoyenneté de l'Union interviendrait rétroactivement, au jour de la perte de la nationalité autrichienne.

Garcia Avello, il rattachait la situation au droit communautaire en raison du fait que M. Rottmann ne se serait pas retrouvé dans cette situation, s'il n'avait pas exercé sa liberté de circulation¹⁷²⁵.

La Cour reconnaît ensuite que le retrait de la nationalité en cas de fraude répond à un motif d'intérêt général parce qu'« il est légitime pour un État membre de vouloir protéger le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre lui-même et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs, qui sont le fondement du lien de nationalité¹⁷²⁶ ». Toutefois, si la décision est légitime « dans son principe », la Cour considère qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la décision de retrait en cause au principal respecte le principe de proportionnalité en ce qui concerne les conséquences qu'elle comporte sur la situation de la personne concernée au regard du droit de l'Union, outre, le cas échéant, l'examen de la proportionnalité de cette décision au regard du droit national¹⁷²⁷ ». Elle justifie notamment ce contrôle en raison de « l'importance qu'attache le droit primaire au statut de citoyen de l'Union¹⁷²⁸ » et précise qu'il doit prendre en compte, d'une part, la justification du retrait par rapport à la gravité de l'infraction et au temps écoulé depuis la décision de naturalisation et, d'autre part, la possibilité de recouvrer sa nationalité d'origine¹⁷²⁹. Il était également demandé à la Cour si l'Autriche était soumise à certaines obligations en raison du droit de l'Union. En l'absence de situation définitive pour M. Rottmann et de décision de la part de l'Autriche, la Cour ne statue pas sur cette question, mais précise que les principes de l'arrêt « s'appliquent tant à l'État membre de naturalisation qu'à l'État membre de la nationalité d'origine¹⁷³⁰ ».

L'arrêt conduit à un réagencement des concepts de citoyen de l'Union et de national aux fins de l'application du droit de l'Union, impliquant une certaine inversion des liens inférentiels qu'ils entretiennent. La solidarité entre les deux statuts – avoir l'un implique d'avoir l'autre – est clairement maintenue, mais le concept de statut de citoyen de l'Union n'est plus simplement dérivé de celui de ressortissant d'un État membre. Il acquiert un rôle nouveau, aussi limité soit-il, pour déterminer l'appartenance au statut de national d'un État membre. Ce rôle est limité parce que, d'une part, la Cour ne requiert que la prise en compte de la perte du statut de citoyen européen dans le double contrôle de proportionnalité présenté ci-dessus, et que, d'autre part, il ne concerne explicitement que les règles de sortie du statut. La question de savoir s'il est possible de raisonner par analogie quant à

¹⁷²⁵ V. AG Poiares Maduro, ccl sur CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 13.

¹⁷²⁶ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 51. Elle s'appuie notamment sur le droit international, V. para. 52-53.

¹⁷²⁷ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 55.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, para. 56.

¹⁷²⁹ *Ibid.*, para. 56-59.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, para. 62.

l'obtention de celui-ci est laissée ouverte¹⁷³¹. Toujours est-il que le concept de statut de citoyen de l'Union est cette fois utilisé comme prémisse dans le raisonnement juridictionnel ; c'est de lui que découle l'obligation pour les États membres de prendre en compte certains aspects du droit de l'Union (les conséquences qu'aurait la perte du statut) pour apprécier si un retrait de nationalité est proportionné.

Il faut souligner que la solidarité entre le statut de citoyen et celui de national joue un rôle fondamental, puisque c'est elle qui vient justifier une certaine immixtion de la Cour dans l'application des règles régissant le statut de ressortissant d'un État membre. Ni la Cour ni l'Avocat général n'envisagent que la perte de la nationalité d'un État membre puisse conduire au maintien de la citoyenneté européenne. Cette solution avait très tôt été envisagée par Stephen Hall¹⁷³² ; elle a aussi été envisagée par Jacques Pertek, pour qui « il paraît envisageable de transposer à la situation de perte de la nationalité d'un État membre les solutions relatives à la cessation de la relation de travail d'un travailleur salarié qui a fait usage de son droit de libre circulation. Cette cessation peut s'accompagner du maintien de la qualité de travailleur migrant et de la conservation de certains droits qui y sont attachés¹⁷³³. » Plus récemment, Dora Kostakopoulou, écrivant après l'arrêt *Rottmann*, a proposé que la perte de la nationalité d'un État membre n'entraîne pas la perte automatique de la citoyenneté de l'Union dans le cas où le citoyen deviendrait apatride¹⁷³⁴. La question prend une importance nouvelle dans le contexte du Brexit¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ Certains auteurs, comme Jo Shaw, envisagent cette possibilité : « there should be no bright line distinction drawn between cases of loss and cases of acquisition », SHAW J., « Concluding thoughts *Rottmann* in context », J. SHAW (dir.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law ?*, RSCAS Working Papers, 62, 2011, p. 41. Toutefois, il faut noter que la Cour distingue la situation de M. Rottmann qui, ayant été citoyen de l'Union, se voit privé de ce statut, de celle de Mme Kaur, qui n'en a jamais bénéficié. V. CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 49.

¹⁷³² V. HALL S., « Loss of Union citizenship in breach of fundamental rights », *European Law Review*, 1996, vol. 21, n° 2, p. 129-143.

¹⁷³³ V. PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2004, p. 168. Cité par ILIOPOULOUA., *Libre circulation et non-discrimination*, *op. cit.*, p. 25. Sur le maintien d'un travailleur dans le champ personnel du droit des libertés de circulation malgré la perte de sa nationalité, V. BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁷³⁴ L'auteure propose une révision de l'article 20 TFUE. Toutefois, elle défend que cette solution peut se fonder sur l'effet utile du droit communautaire et sur la nature fondamentale du statut de citoyen de l'Union, ce qui laisserait entendre que cette évolution pourrait se passer d'une révision des traités. KOSTAKOPOULOU D., « When EU Citizens become Foreigners », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 454.

¹⁷³⁵ Sur cette question, V. nt. BENLOLO CARABOT M., « Brexit et citoyenneté européenne », *Revue des affaires européennes*, 2016, n° 4, p. 607- 621 ; MINDUS P., *European Citizenship after Brexit Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham, Springer International Publishing, 2017.

Ainsi, l'adaptation du cadre conceptuel pour faire face à ce qui est construit comme une insuffisance peut passer par une réarticulation de certains de ces concepts. Différemment, le juge peut aussi produire un nouveau concept, qui vient s'intégrer dans le sein même de cadre conceptuel, pour en modifier le jeu.

§ 2. L'INNOVATION INTERSTITIELLE : LE CRITÈRE DE L'INTÉGRATION SOCIALE DU CITOYEN

Dans le second cas d'adaptation du cadre conceptuel étudié, la Cour répond aux limites posées par le cadre conceptuel par la production d'un nouveau concept. Celui-ci s'insère dans les cadres de raisonnement classiques pour en subvertir partiellement le fonctionnement ; c'est en ce sens que l'opération est qualifiée d'innovation interstitielle. Cette opération peut être présentée à partir du critère de l'intégration sociale du citoyen. Le critère de l'intégration sociale intervient principalement de deux façons dans la jurisprudence de la Cour, « comme condition de jouissance des droits découlant du statut de citoyen de l'Union » ou comme « rempart contre l'expulsion » ; seul le premier sera considéré ici¹⁷³⁶. Le jeu du critère d'intégration est complexe, parce que son rôle peut être vu de différentes façons et qu'il répond à différents types de lacunes axiologiques, ce qui n'est certainement pas sans lien avec son succès. Il présente un cas particulièrement intéressant qui met en évidence que la contrainte que peut représenter le cadre conceptuel peut être le revers de sa force.

En effet, nous avons vu dans le chapitre précédent que, suivant le modèle développé pour les actifs, les citoyens peuvent se prévaloir de façon très large de leur droit de ne pas être discriminés en raison de leur nationalité, ainsi que de leur droit de circulation et de séjour. En outre, les limitations que les États peuvent y apporter sont strictement contrôlées par la Cour. Cette configuration, héritée des libertés de circulation économiques, pourrait conduire à une ouverture des systèmes de protection sociale à des personnes qui n'ont pas nécessairement contribué à ceux-ci. Cette ouverture a été construite par de nombreux acteurs comme un problème, avec la dénonciation du « tourisme social » ou, pour le dire d'une façon légèrement différente, du risque que les systèmes de protections sociales ne puissent plus être librement déterminés au niveau national¹⁷³⁷. Si l'inquiétude des États membres

¹⁷³⁶ BENLOLO CARABOT M., « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 15s. De même, V. ILIOPOULOU-PENOT A., « Le rattachement à l'Etat comme critère de l'intégration sociale », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 354s.

¹⁷³⁷ La question de l'effet réel de l'ouverture des systèmes de protection sociale sur leur maintien ne peut être traitée ici. La thèse du « tourisme social », selon laquelle l'ouverture des systèmes sociaux remettrait en cause les systèmes nationaux, est loin d'être établie. Il faut bien préciser que nous reprenons ici les arguments

précédait l'introduction de la citoyenneté dans les traités, elle n'avait pas été formulée explicitement dans le texte du traité¹⁷³⁸. Il est vrai qu'il était alors loin d'être établi que le statut de citoyen permettait de se prévaloir de la non-discrimination en raison de la nationalité. La question resurgit après les premiers arrêts de la Cour ; Gareth Davies écrit par exemple que « si tout le monde, même Mme Sala, peut obtenir des avantages sociaux, les États vont réduire les avantages qu'ils offrent, dans le but de se prémunir du “tourisme social”¹⁷³⁹ ».

L'exigence de l'intégration est alors vue comme un moyen de limiter la possibilité pour les citoyens d'obtenir des prestations sociales dans d'autres États membres. Si elle perpétue l'exclusion d'une partie des non-actifs, antérieure à la citoyenneté, elle ne peut le faire qu'en introduisant une évolution importante dans l'examen des justifications étatiques, en reconnaissant très clairement la légitimité de la prise en compte de considérations d'ordre économique. On mesure le changement de rhétorique au regard de l'arrêt *Cowan*, dans lequel la Cour affirmait que « [l]e fait que l'indemnité en cause soit financée par le trésor public ne saurait modifier le régime de la protection des droits garantis par le traité¹⁷⁴⁰ ». Dans cette perspective, le critère de l'intégration sociale permet de limiter les droits qui découlent de la transposition du modèle des libertés de circulation au citoyen. Toutefois, dans une seconde perspective, symétrique, le critère d'intégration vient justifier l'obligation d'ouvrir les systèmes de protection sociale pesant sur les États membres à une partie des citoyens non-actifs. Dans ce cas, la lacune axiologique est qu'il est de la nature d'une citoyenneté d'impliquer l'égalité de traitement entre les citoyens.

Avant d'analyser de façon détaillée le jeu du critère à partir d'une série de cas, il convient de rappeler sa genèse. Les grands principes de son fonctionnement sont posés dans les arrêts *D'Hoop* et *Bidar*. Dans l'arrêt *D'Hoop*, en l'absence d'argumentation de la part des autorités belges, la Cour énonce que les allocations sociales en cause ayant pour « objectif de faciliter, pour les jeunes, le passage de

produits par certains participants à la controverse, qui ont un effet au-delà de la question de savoir si un tel effet est susceptible de se produire ou non. Cette thèse doit essentiellement être vue comme l'expression d'un jugement de valeur sur les limites dans lesquelles la solidarité doit être conçue.

¹⁷³⁸ Elle figurait pourtant dans une rédaction des articles qui n'a pas été adoptée, V. CLOSA C., « The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union », *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, n° 6, p. 1162.

¹⁷³⁹ « if anyone, even Ms Sala, can get social advantages then states will restrict the advantages they offer, in order to prevent “benefit tourism” ». DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 44, 2003, p. 196, note 34. La critique peut prendre des formes différentes, mais elle est très commune. V. par ex. SOMEK A., *Individualism : an essay on the authority of the European Union*, Oxford, OUP, 2008, p. 223 ; MENÉNDEZ A.J., « European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European law become more human but less social ? », *ARENA Working paper*, 2009, n° 11.

¹⁷⁴⁰ CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, *op. cit.*, para. 17.

l'enseignement au marché du travail », il est légitime d'exiger « un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné ». Elle décide toutefois aussi que la condition prévue par le législateur va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif parce qu'« une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présente un caractère trop général et exclusif » en « privilégi[ant] indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur des allocations d'attente et le marché géographique du travail, à l'exclusion de tout autre élément représentatif¹⁷⁴¹ ». Le critère n'est pas distinct d'un objectif économique mais se trouve justifié par le type même de prestation en cause.

C'est dans l'arrêt *Bidar* que la Cour met en place la structure de raisonnement faisant du critère une limite à l'objectif de l'équilibre économique du système d'aide sociale. Elle reprend la formulation en termes d'opposition imbriquée forgée lors de l'arrêt *Grzelczyk*, exigeant une certaine solidarité financière entre les ressortissants des autres États membres, tempérée par le souci que les ressortissants des autres États membres ne deviennent pas une charge financière déraisonnable¹⁷⁴². La formule joue toutefois un rôle différent dans l'arrêt *Bidar* puisqu'elle autorise, dans le cas du risque d'une charge déraisonnable, l'État à limiter l'octroi des aides aux seuls citoyens qui démontrent « un certain degré d'intégration dans la société de cet État¹⁷⁴³ ». Le critère de l'intégration est découplé de la dimension économique, contrairement à l'arrêt *D'Hoop* où il était question du lien avec le marché du travail. Toutefois, l'exigence d'« un certain degré d'intégration » vient jouer le rôle de « contre-limite¹⁷⁴⁴ » à un objectif économique de limitation des aides sociales destinées aux étudiants.

Le critère de l'intégration sociale du citoyen peut être vu comme une innovation jurisprudentielle qui s'insère au cœur même du cadre conceptuel, et, plus précisément, au moment de la justification des mesures constitutives d'une entrave ou d'une discrimination. Il répond à différentes insuffisances

¹⁷⁴¹ CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 38 et 39.

¹⁷⁴² « bien que les États membres soient appelés à faire preuve, dans l'organisation et l'application de leur système d'assistance sociale, d'une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres [...], il est loisible à tout État membre de veiller à ce que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État ». CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 56.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, para. 57. Dans l'arrêt *Grzelczyk*, le paragraphe était utilisé pour dire que le recours à l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ne peut avoir comme conséquence automatique la fin de l'autorisation de séjour ou le non renouvellement de celle-ci. CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, para. 42 et 43.

¹⁷⁴⁴ AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL (dir.), *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 18.

du cadre. Il convient, dans un premier temps, de présenter plus en détail le rôle joué par le critère de l'intégration sociale (A), avant de montrer que, si le critère de l'intégration sociale s'inscrit dans le cadre du contrôle de proportionnalité, il tend à jouer le rôle d'un critère autonome d'encadrement de l'action de l'État (B).

A. La force du nouveau critère

Il est proposé de s'intéresser au rôle du critère de l'intégration sociale à partir de deux séries de cas mettant en scène le jeu du critère entre le citoyen et la société de son propre État de nationalité. Choisir des cas dans lesquels la Cour est conduite à évaluer l'intégration du citoyen dans son État de nationalité peut paraître étonnant. Le critère joue le plus souvent pour un citoyen séjournant dans un autre État membre, et c'est principalement dans ce cadre que son rôle est pensé et que son effet sur les systèmes de protection sociale est discuté. Toutefois, c'est dans les affaires où le critère est utilisé entre un État et ses propres nationaux que la force de l'exigence de l'intégration sociale, telle qu'elle est conçue par la Cour, peut être le mieux perçue. Non parce qu'elle y prend une dimension qui serait absente dans les autres cas, mais parce que c'est parfois, comme le dit Yan Thomas, « au moment même de l'exception, lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême, que son degré de généralité est le plus haut¹⁷⁴⁵ ».

Dans les affaires étudiées, la citoyenneté de l'Union, couplée au critère de l'intégration sociale, conduit à imposer aux États de prendre en compte la nationalité de leurs propres nationaux. Cette injonction, surprenante au premier abord, tant parce que la nationalité est traditionnellement suspecte dans le cadre des libertés de circulation que parce que la Cour va très loin en appréciant le lien entre un État et ses nationaux, doit être considérée de façon plus approfondie. Dans une première série d'arrêtés, la citoyenneté de l'Union permet aux citoyens d'opposer à leur État de nationalité la prise en compte de leur nationalité, pour ne pas être exclus du bénéfice de prestations visant à réparer des « préjudices historiques¹⁷⁴⁶ » (1). Dans une seconde, concernant l'octroi de bourses pour étudier à l'étranger, la Cour développe une conception large du critère de l'intégration sociale, dans lequel la nationalité n'est plus qu'un lien parmi d'autres (2).

¹⁷⁴⁵ THOMAS Y., « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard - Seuil, 2011, p. 209.

¹⁷⁴⁶ L'expression est empruntée à Étienne Pataut, PATAUT E., « Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes - De la construction d'un marché à l'élaboration d'un statut », S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER et C. PERES (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », n° 33, 2010, p. 167.

1. La nationalité comme signe de l'intégration sociale du citoyen

Les arrêts *Tas-Hagen et Tas* et *Nerkowska* concernent des pensions essentiellement réservées à des nationaux, victimes de la guerre ou de ses conséquences¹⁷⁴⁷. Le recours à la formule des compétences retenues et la prohibition de mesures désavantageant le citoyen parce qu'il a exercé sa liberté de circulation permettent à la Cour d'affirmer que les clauses de résidence conditionnant le versement de ces prestations sont constitutives d'une restriction à la liberté de circulation du citoyen, bien que la matière relève de la compétence des États membres. Venant au stade de la justification, la Cour énonce classiquement qu'une telle restriction n'est justifiée que si elle se fonde sur « des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées » et qu'elle est « proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national¹⁷⁴⁸ ». Ce contrôle conduit la Cour à aller très loin dans l'appréciation de la législation nationale, dans des domaines qui étaient traditionnellement perçus comme n'étant pas affectés par le droit de l'Union.

Dans l'affaire *Tas-Hagen et Tas*, les Pays-Bas doivent justifier pourquoi ils excluent, en principe, leurs ressortissants qui résident à l'étranger du bénéfice d'une prestation instituée au profit des victimes civiles de guerre¹⁷⁴⁹. La Cour estime, à partir de la décision du juge de renvoi, que la volonté du législateur de circonscrire l'obligation de solidarité à l'égard des victimes aux seules personnes qui ont eu « un lien avec le peuple néerlandais durant et après la guerre » est susceptible de constituer une considération objective d'intérêt général, qu'elle nomme « objectif de solidarité¹⁷⁵⁰ ». La condition de résidence doit en ce sens être vue comme une manifestation du « degré de rattachement » des personnes en cause avec la « société » néerlandaise¹⁷⁵¹. L'objectif légitime établi, la Cour doit contrôler la proportionnalité des mesures en cause, c'est-à-dire leur aptitude à réaliser l'objectif poursuivi et leur nécessité pour l'atteindre. La Cour souligne néanmoins que, comme ces prestations ne sont pas régies par le droit communautaire, une « ample marge d'appréciation » doit être laissée à l'État membre, ce qui peut être vu comme le deuxième stade auquel joue la formule des compétences retenues.

¹⁷⁴⁷ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.* et CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, *op. cit.*. L'arrêt *Zablocka-Weyhermüller* portait également sur la compatibilité au droit de l'Union d'une condition de résidence, mais celle-ci n'était pas présentée comme permettant d'établir l'intégration dans la société de l'État membre. Elle ne sera donc pas mentionnée ici. CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, *op. cit.*

¹⁷⁴⁸ V., par ex., CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, *op. cit.*, para. 40.

¹⁷⁴⁹ En principe, parce qu'une « clause d'équité » permet de déroger dans certains cas aux conditions de nationalité et de résidence. CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 6.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, para. 33 à 35.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*, para. 34 et 35.

En dépit de cette marge d'appréciation laissée aux États membres, la Cour conclut qu'une condition de résidence prenant en compte le domicile à la date du dépôt de la demande « ne saurait être qualifiée de moyen apte à atteindre l'objectif poursuivi¹⁷⁵² ». La lecture de l'arrêt révèle que ce n'est pas tant l'existence d'une condition de résidence qui pose problème, que sa forme qui ne permet pas de déterminer de façon adaptée « le niveau d'intégration dans la société de l'État membre qui octroie la prestation considérée¹⁷⁵³ ». L'Avocate générale, à laquelle renvoie la Cour, soutenait que la prise en compte de la seule date de la demande conduisait à des résultats « aléatoires », excluant des personnes « intégrées dans la société néerlandaise » et, au contraire, incluant des personnes dont « l'intégration dans la société de cet État membre peut [...] être bien moindre¹⁷⁵⁴ ». La question préjudicielle ne portant pas sur ce point, la Cour n'envisage pas les conditions relatives à la nationalité du requérant¹⁷⁵⁵, mais il faut estimer qu'elles ne font pas obstacle à la justification, malgré la formulation-type d'après laquelle les objectifs doivent être indépendants de la nationalité¹⁷⁵⁶. Si la Cour évite de le dire de manière aussi abrupte, elle apprécie dans cet arrêt la pertinence du critère employé par les Pays-Bas pour évaluer l'intégration de ressortissants néerlandais à la société néerlandaise, afin de déterminer les bénéficiaires d'une prestation réservée aux victimes civiles de guerre.

Un raisonnement très proche se trouve dans l'arrêt *Nerkowska*¹⁷⁵⁷, concernant l'octroi par la Pologne d'une prestation ayant pour but de dédommager les victimes civiles de la guerre ou de la répression du préjudice psychique ou corporel qu'elles ont subi. La ressortissante, de nationalité polonaise, s'était vue refuser, en raison de son séjour dans un autre État membre, le versement d'une pension au titre de son incapacité partielle de travail liée à son séjour dans des espaces concentrationnaires en URSS. Ici encore, après avoir qualifié cette condition de restriction à la liberté de circulation, la Cour examine la justification proposée par l'État. Si, décide-t-elle, « tant la volonté de garantir l'existence d'un lien de rattachement entre la société de l'État membre concerné et le bénéficiaire d'une prestation que la nécessité de vérifier que ce dernier continue à remplir les

¹⁷⁵² CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 37s.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, para. 38.

¹⁷⁵⁴ AG Kokott, ccl sur CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 67 et 68.

¹⁷⁵⁵ Le pluriel s'impose parce que, en simplifiant, il était nécessaire d'avoir la nationalité au moment des faits ainsi qu'au moment de la demande. L'Avocate générale mentionne la question *obiter dictum* en estimant que : « La condition de résidence aux Pays-Bas posée à l'article 3 de la WUBO découle – de même d'ailleurs que la condition de nationalité – du postulat que la portée de l'obligation de solidarité du peuple néerlandais vis-à-vis des victimes civiles de guerre est fonction du degré d'intégration de celles-ci dans la société néerlandaise. » *Ibid.*, para. 57, nous soulignons.

¹⁷⁵⁶ Il faut observer, entre le paragraphe rappelant la règle générale et les paragraphes examinant la situation d'espèce, la disparition de la mention selon laquelle ces considérations objectives d'intérêt général doivent être « indépendantes de la nationalité des personnes concernées ». CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 33 à 35.

¹⁷⁵⁷ CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, *op. cit.*, V. para. 21 à 26.

conditions d'octroi de cette prestation » constituent des considérations objectives d'intérêt général, la condition de résidence est jugée disproportionnée, parce qu'elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour répondre à ces objectifs¹⁷⁵⁸.

La Cour, après avoir repris la formule type selon laquelle une restriction à la circulation du citoyen « ne peut être justifiée, au regard du droit communautaire, que si elle se fonde sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national¹⁷⁵⁹ », ne mentionne plus la nationalité lorsqu'elle examine ces conditions, de même que dans l'affaire *Tas-Hagen et Tas*¹⁷⁶⁰. Toutefois, à la différence de cette affaire, elle déclare de manière générale qu'« il est ainsi légitime pour un État membre, par le moyen de *conditions liées à la nationalité* ou à la résidence de la personne concernée, de limiter la réparation octroyée à des victimes civiles de la guerre ou de la répression à des personnes considérées comme manifestant un certain degré de rattachement à la société de cet État membre¹⁷⁶¹ ». Plus encore, la nationalité de la requérante est prise en compte par la Cour, avec son long séjour en Pologne lorsqu'elle était enfant et étudiante, pour dire qu'elle peut être intégrée à la société polonaise bien qu'elle n'y réside plus¹⁷⁶². Il ne s'agit donc pas seulement pour la Cour d'accepter qu'un État puisse invoquer la nationalité comme une condition objective d'intérêt général permettant d'établir son lien avec une personne, mais de dire qu'en ne prenant pas en compte la nationalité de personnes se trouvant dans la situation de Mme Nerkowska, il ne respecte pas le principe de proportionnalité en allant au-delà de ce qui est nécessaire pour établir le lien entre celui-ci et la requérante.

Les conclusions de l'Avocat général livrent un raisonnement quelque peu différent en excluant de façon plus générale une condition de résidence postérieure aux événements justifiant l'indemnité. Miguel Poiares Maduro souligne en effet que « [c]'est la qualité de victime comme membre, par sa résidence et/ou sa nationalité au moment des événements répressifs, de la société qui établit le lien de rattachement justifiant que celle-ci manifeste sa solidarité¹⁷⁶³ ». En conséquence, une condition de « territorialité nationale » ne serait admissible dans ce contexte que « dans la mesure où, rapportée à la date des événements dommageables, elle permet d'établir le statut de victime envers laquelle la

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, para. 37s.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*, para. 34, nous soulignons.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, para. 37.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*, para. 39, nous soulignons.

¹⁷⁶² *Ibid.*, para. 42 et 43.

¹⁷⁶³ AG Maduro, ccl sur CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, *op. cit.*, para. 23.

collectivité nationale peut être appelée à témoigner sa solidarité¹⁷⁶⁴ ». La différence avec le raisonnement de la Cour est que sont clairement distingués l'établissement du lien entre la société de l'État et la personne au moment des événements donnant lieu à réparation (qui permet d'établir la qualité de victime), et le lien entre la société de l'État et ses ressortissants après ceux-ci. Pour ce dernier, l'Avocat général estime que le lien ne saurait s'arrêter aux sociétés nationales. Mentionnant la vocation fondamentale de la citoyenneté de l'Union, il considère en effet que « [l]a citoyenneté de l'Union doit inciter les États membres à ne plus concevoir le lien légitime d'intégration uniquement dans le cadre étroit de la communauté nationale mais aussi dans celui plus large de la société des peuples de l'Europe¹⁷⁶⁵ ».

Ces affaires montrent la force du critère d'intégration sociale jouant comme une contre-limite aux limitations mises à la liberté de circulation du citoyen. Il contribue à remettre en cause la façon même dont un État établit l'attachement de ses propres ressortissants à la société nationale pour déterminer les bénéficiaires de pensions visant à réparer des préjudices résultant de la guerre ou de ses conséquences. Qui plus est, la citoyenneté de l'Union permet à un ressortissant d'un État membre de lui imposer la prise en compte de sa nationalité. Ce résultat peut paraître étonnant à plus d'un titre. Tout d'abord, la citoyenneté de l'Union, tant dans la logique d'une citoyenneté fédérale que du marché intérieur, s'est en partie construite contre la prise en compte des nationalités européennes comme critère de distinction. C'est d'ailleurs ce qu'exprime la formule-type selon laquelle peuvent être prises en compte « les considérations objectives d'intérêt général *indépendantes de la nationalité* des personnes concernées ». Ensuite, ce contrôle peut être vu comme se situant en porte à faux de la jurisprudence de la Cour interdisant qu'un État membre recoure à une évaluation de l'effectivité de la nationalité du ressortissant d'un autre État membre¹⁷⁶⁶.

Cette jurisprudence se comprend toutefois si elle est lue comme s'inscrivant dans un mouvement plus général, mis en évidence par Myriam Benlolo-Carabot, de « fonctionnalisation » de la nationalité permettant « une efficacité maximale de l'ordre juridique communautaire¹⁷⁶⁷ ». Dans cette perspective, « le critère de nationalité [...] est un “*lien*”, un critère de rattachement objectivé, épuré, fonctionnalisé¹⁷⁶⁸. » En effet, dans ces affaires, la nationalité n'est pas vue comme un statut formel,

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, para. 24.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, para. 23, note omise.

¹⁷⁶⁶ V. CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, *op. cit.* et CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

¹⁷⁶⁷ BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 345-352, p. 347 pour la citation.

¹⁷⁶⁸ BENLOLO CARABOT M., « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *op. cit.*, p. 17.

au-delà de son rôle pour conférer la citoyenneté de l'Union, mais comme un signe de l'intégration du citoyen dans une société ou des liens qu'il entretient avec celle-ci. D'une certaine façon, cette configuration renverse la logique de la « nationalité effective ». Il ne s'agit pas de remettre en cause les effets d'une nationalité en raison de l'absence de liens réels, mais de prendre en compte la nationalité, éventuellement parmi d'autres critères, pour établir l'existence de liens réels. Comme le dit Ségolène Barbou Des Places, « la catégorie *national d'un État membre* est [...] réinterprétée dans les termes de l'intégration : le national est celui qui est présumé intégré¹⁷⁶⁹ ». Le lien entre la nationalité et l'intégration se trouve exprimé de façon très forte dans un autre contexte par l'Avocat général Bot dans ses conclusions sur *Lounes*. Celui-ci affirme en effet que la citoyenne « a recherché, par la voie de la naturalisation, une intégration plus poussée dans l'État membre d'accueil » et qu'elle a ainsi « “poussé à bout” la logique de son intégration¹⁷⁷⁰ ».

2. La nécessité de prendre en compte l'ensemble des liens sociaux et économiques

La nationalité joue aussi le rôle d'un signe d'intégration entre un État et ses nationaux dans des arrêts où sont en cause des conditions de résidence pour pouvoir bénéficier d'une aide pour étudier à l'étranger. De façon classique, dans les arrêts *Morgan et Bucher*, *Prinz et Seeberger*, *Thiele Meneses* et *Martens*¹⁷⁷¹, la Cour utilise la formule des compétences retenues pour dire que, si l'octroi de telles aides relève de la compétence des États membres, ceux-ci doivent exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union, et notamment des dispositions relatives à la liberté de circuler et de séjourner des citoyens de l'Union. Elle ajoute aussi une traduction plus concrète de la formule pour dire que, si le droit de l'Union n'oblige pas les États membres à prévoir de tels systèmes d'aide à la formation, dès lors qu'un État prévoit un tel système, « il doit veiller à ce que les modalités d'allocation de ces aides ne créent pas une restriction injustifiée audit droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres¹⁷⁷² ». Après avoir conclu dans toutes ces affaires que les mesures en cause étaient constitutives d'une entrave, la Cour énonce classiquement qu'elles ne peuvent être justifiées qu'à la condition d'être fondées sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et qu'elles doivent être proportionnées à l'objectif légitimement

¹⁷⁶⁹ BARBOU DES PLACES S., « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 392.

¹⁷⁷⁰ AG Bot, ccl présentées le 30 mai 2017 sur CJUE, *Lounes*, *op. cit.*, para. 85-86.

¹⁷⁷¹ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.* ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.* ; CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, *op. cit.* et CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*

¹⁷⁷² CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 28 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 33 ; CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, *op. cit.*, para. 29 et CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 34.

poursuivi. Le caractère proportionné de la mesure se déduit du fait que, « tout en étant apte à la réalisation de l'objectif poursuivi, elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁷⁷³ ».

Dans l'arrêt *Morgan et Bucher*, les mesures contestées conditionnaient une aide à la formation pour les études suivies dans d'autres États membres au fait que la formation soit la poursuite d'une formation suivie pendant un an en Allemagne et à la résidence permanente dans une localité frontalière. Les objectifs de s'assurer que les étudiants démontrent « leur volonté de poursuivre et d'achever leurs études avec succès et célérité », de permettre à ceux-ci de s'assurer qu'ils ont fait le « bon choix » en termes d'orientation et de « promouvoir la poursuite des études dans les États membres autres que la République fédérale d'Allemagne » sont écartés de façon assez sèche par la Cour, qui, pour les deux premiers, souligne l'incohérence des mesures avec l'objectif avancé et, pour le dernier, constate qu'il permet seulement de favoriser la mobilité des étudiants ayant fait une première phase d'études en Allemagne¹⁷⁷⁴. Le dernier objectif, invoqué par différents acteurs sous des formes un peu différentes, consiste en l'exigence d'un lien entre les citoyens et la société de l'État allouant les prestations, en raison de la nécessité de limiter celles-ci pour qu'elles ne deviennent pas une charge déraisonnable.

La Cour rappelle sa jurisprudence *Bidar* pour dire que « des considérations similaires peuvent s'appliquer en ce qui concerne l'octroi par un État membre d'aides à la formation aux étudiants souhaitant effectuer des études dans d'autres États membres¹⁷⁷⁵ ». Reprenant l'arrêt *D'Hoop*, la Cour écarte toutefois rapidement les conditions en cause parce qu'elles présentent « un caractère trop général et exclusif » en « privilégiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré d'intégration dans la société de cet État membre au moment de la demande d'aide¹⁷⁷⁶ ». Opérant de façon classique, la Cour reprend donc des formules développées dans des contextes différents. Dans l'arrêt *Bidar*, le bénéficiaire était le ressortissant d'un État tiers et non un national. Dans l'arrêt *D'Hoop*, le lien était fait avec le marché du travail et non avec la société de l'État. Ces déplacements lui permettent de construire les bases d'une jurisprudence relative à l'intégration des étudiants nationaux dans leur propre État membre. Les exigences quant au mode d'établissement du

¹⁷⁷³ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 33 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 30 ; CJUE, 24 octobre 2013, Thiele Meneses, *op. cit.*, para. 25 et CJUE, 26 février 2015, Martens, *op. cit.*, para. 24.

¹⁷⁷⁴ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 35-41.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, para. 44.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, para. 46. Il faut noter que le juge de renvoi considérait que les requérantes au principal étaient intégrées dans la société allemande puisqu'elles y ont été élevées et y ont accompli leur scolarité. V. *Ibid.* para. 45.

niveau d'intégration exigé restent néanmoins peu claires, ainsi que le remarque d'ailleurs l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions sur l'arrêt *Prinz et Seeberger*¹⁷⁷⁷.

Répondant, en partie seulement, aux interrogations développées par l'Avocate générale, la Cour donne dans l'affaire *Prinz et Seeberger*¹⁷⁷⁸ des indications générales pour déterminer si une méthode visant à établir un seuil d'intégration peut être vue comme proportionnée à l'objectif poursuivi. Elle est interrogée à propos d'une condition de résidence ininterrompue de trois ans pour pouvoir bénéficier, pendant plus d'une année, d'une aide à la formation poursuivie dans un autre État membre¹⁷⁷⁹. Le gouvernement allemand avance que « l'exigence d'un seuil minimum d'intégration préserverait ainsi le système national d'aide à la formation pour des études à l'étranger en protégeant l'État prestataire contre une charge économique déraisonnable¹⁷⁸⁰ ». La Cour accepte la légitimité de l'objectif et reprend sa jurisprudence antérieure pour dire que « la preuve exigée par un État membre pour faire valoir l'existence d'un lien réel d'intégration ne doit pas avoir un caractère trop exclusif, en privilégiant indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur et cet État membre, à l'exclusion de tout autre élément représentatif¹⁷⁸¹ ». Elle estime ensuite que, si la condition de résidence permet d'établir l'intégration, le recours à ce seul critère risque d'exclure du bénéfice de l'aide des étudiants qui « possèdent néanmoins des liens qui les rattachent suffisamment à la société allemande¹⁷⁸² ».

« Tel peut être le cas lorsque l'étudiant a la nationalité de l'État membre en cause et a été scolarisé dans celui-ci pendant une période significative, ou en raison d'autres facteurs, tels que, notamment, sa famille, son emploi, ses capacités linguistiques ou l'existence d'autres liens sociaux ou économiques¹⁷⁸³. »

Si, dans le dispositif de l'arrêt, la Cour se contente de dire que les articles 20 et 21 TFUE s'opposent à une réglementation telle que celle qui est en cause au principal, elle invite le juge national à se substituer au législateur pour évaluer, au regard de la situation du requérant, si celui-ci présente un lien d'attachement suffisant : « [i]l appartient à la juridiction nationale de procéder aux vérifications

¹⁷⁷⁷ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 32-33.

¹⁷⁷⁸ CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*

¹⁷⁷⁹ Les affaires concernaient la législation en cause dans l'arrêt *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, qui avait toutefois été modifiée suite aux arrêts de la Cour, avec la suppression de l'exigence d'une première phase d'étude en Allemagne. Sur ces questions, V. AG Sharpston, ccl CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 6s.

¹⁷⁸⁰ CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, *op. cit.*, para. 34.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, para. 37.

¹⁷⁸² *Ibid.*, para. 38.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, para. 38.

nécessaires aux fins d'apprécier si les intéressés justifient de liens suffisants de rattachement avec la société allemande de nature à démontrer leur intégration dans cette dernière¹⁷⁸⁴. »

Dans l'affaire *Thiele Meneses*, la Cour se prononce à l'occasion d'un litige portant sur des dispositions très proches de celles en cause dans l'affaire *Prinz et Seeberger*. Il est cette fois question de l'exigence d'un domicile permanent sur le territoire national pour pouvoir bénéficier d'une aide à la formation au titre d'études poursuivies dans un autre État membre, avec toutefois la possibilité de recevoir de telles aides pour des études dans l'État de domicile ou dans un État voisin de celui-ci, ainsi que lorsque des circonstances particulières du cas d'espèce justifient cette aide. Parmi les objectifs invoqués par le gouvernement allemand figure la volonté de « garantir un niveau minimum d'intégration entre le demandeur d'aide et l'État prestataire ». La Cour suit le même raisonnement que dans l'arrêt *Prinz et Seeberger* pour aboutir à la même conclusion : la condition est « à la fois trop exclusive et trop aléatoire », parce que les étudiants peuvent ne pas remplir la condition de résidence et « néanmoins posséder des liens qui les rattachent suffisamment à la société allemande ». La Cour énonce exactement les mêmes éléments susceptibles de les établir que dans l'arrêt précédent¹⁷⁸⁵ et confère également à la juridiction de renvoi le soin d'établir les liens éventuels du requérant avec l'Allemagne¹⁷⁸⁶.

Enfin, dans l'affaire *Martens*, la Cour reprend cette jurisprudence, en amendant légèrement la formulation. La condition de résidence contestée pour bénéficier d'une aide lors d'études à l'étranger imposait d'avoir résidé aux Pays-Bas pendant une durée de trois années sur les six années précédant l'inscription à une formation dispensée en dehors des Pays-Bas¹⁷⁸⁷. Le gouvernement néerlandais invoque l'objectif d'assurer un niveau minimal d'intégration entre le demandeur du financement et l'État prestataire, et souligne que la condition ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire puisque, d'une part, le ministre peut y faire exception lorsque « son application mènerait à une situation d'injustice grave » et, d'autre part, le séjour peut être discontinu, ce qui la distinguerait des cas précédents¹⁷⁸⁸. La Cour accepte la légitimité de l'objectif poursuivi et reprend les formules utilisées dans les arrêts *Prinz et Seeberger* et *Thiele Meneses* pour considérer que la condition est disproportionnée¹⁷⁸⁹. Seule la formule

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, para. 39.

¹⁷⁸⁵ CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, *op. cit.*, para. 38.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, para. 41.

¹⁷⁸⁷ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, para. 35.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, para. 39s. Elle souligne d'ailleurs qu'elle avait déjà eu à connaître des mêmes mesures et qu'elle avait décidé qu'elles constituaient une discrimination injustifiée entre les travailleurs néerlandais et les travailleurs migrants résidant aux Pays-Bas dans l'affaire *Commission / Pays-Bas*. Il s'agissait toutefois d'un recours en manquement et la Cour avait décidé que les Pays-Bas n'avaient pas prouvé que la condition de

présentant les différents éléments qui peuvent être pris en compte est légèrement modifiée. La nationalité et la scolarité ne sont plus évoquées à part et les « facteurs » sont directement présentés comme des « liens » :

« la réglementation en cause au principal, [...] présente également un caractère trop exclusif puisqu'elle ne permet pas de prendre en compte d'autres liens qui pourraient rattacher un tel étudiant à l'État membre prestataire, tels que la nationalité de l'étudiant, sa scolarisation, sa famille, son emploi, ses capacités linguistiques ou l'existence d'autres liens sociaux ou économiques¹⁷⁹⁰ ».

La Cour souligne que la liste est ouverte en mentionnant, comme l'Avocate générale, que l'emploi du père aux Pays-Bas pouvait être un élément à prendre en compte pour évaluer ces liens. Comme dans l'arrêt *Thiele Meneses*, la Cour conclut qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner les liens éventuels de rattachement entre la requérante au principal et le Royaume des Pays-Bas¹⁷⁹¹.

Ainsi, le critère d'intégration sociale conduit la Cour à évaluer le rattachement d'un national à la société de son État membre, s'immisçant au cœur de la définition de la communauté nationale, du moins, de sa définition au regard de l'objectif de solidarité avec les victimes de guerre ou de celui de limiter certaines prestations sociales aux ressortissants présentant un lien avec la société. Ce faisant, elle semble accorder une place importante à la nationalité. À contre-emploi de la jurisprudence traditionnelle sur la non-discrimination en raison de la nationalité, visant initialement à ce que les ressortissants communautaires soient traités comme les ressortissants nationaux, la citoyenneté de l'Union permet dans ces affaires à ses titulaires d'enjoindre leur État de nationalité à prendre en compte cette nationalité.

Toutefois, la prise en compte de la nationalité se fait en tant que lien, parmi d'autres, pour établir un certain degré d'intégration des ressortissants dans la société de l'État. Le critère d'intégration, apparaissant dans la jurisprudence comme une contre-limite aux justifications produites par les États membres, devient le critère central pour établir si un citoyen peut bénéficier d'une prestation. Critiquant l'ouverture des systèmes de protection sociale en raison de la jurisprudence de la Cour, Alexander Somek estimait qu'« un monde solidaire ne peut exister que si la nationalité peut servir,

résidence n'allait pas au-delà ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par cette réglementation. V. CJUE, 14 juin 2012, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.* para. 87.

¹⁷⁹⁰ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 41.

¹⁷⁹¹ CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 44.

dans certains cas, comme un *proxy* pour de bonnes raisons de traitement inégal¹⁷⁹² ». De la même façon, le gouvernement français, argumentant contre l'extension du principe d'égalité de traitement pour les prestations sociales, relevait que cette extension « apparaît difficilement conciliable au regard des droits attachés à la *nationalité*¹⁷⁹³ ». Dans les arrêts présentés, le *proxy* décisif n'est plus la nationalité, mais la citoyenneté de l'Union couplée avec un certain degré d'intégration dans la société de l'État. Au-delà de son rôle permettant de conférer la citoyenneté de l'Union (mais la nationalité peut alors être celle de n'importe quel État membre), la nationalité n'est plus qu'un lien pour établir le degré d'intégration dans la société de l'État octroyant les prestations¹⁷⁹⁴.

B. La dimension perturbatrice du nouveau critère

Le critère d'intégration sociale semble contenir une dynamique profondément perturbatrice, tant du modèle du contrôle de proportionnalité, tel qu'il a été décrit dans le chapitre précédent, que de la pratique des États membres. Tout d'abord, ainsi qu'il a été constaté, il occupe une place qui devient centrale dans l'examen des justifications proposées par les États. Son statut dans le cadre du contrôle de proportionnalité est toutefois difficile à saisir. Il ne joue ni parfaitement le rôle d'un objectif indépendant ni celui d'un moyen permettant d'atteindre un autre objectif. Au-delà d'une lecture s'inscrivant dans la justification des États membres pour adopter des mesures limitant l'ouverture de leurs systèmes de protection sociale, il peut également être vu comme participant à la justification de la jurisprudence de la Cour (1). Ensuite, la dimension casuistique du contrôle, telle qu'il est pratiqué dans les arrêts mentionnés, remet fondamentalement en cause les normes adoptées au niveau national et va jusqu'à leur substituer une méthode d'établissement du degré d'intégration (2).

1. La permutation des objectifs et des justifications

Dans les arrêts concernant les étudiants, la Cour relève que l'exigence d'un certain degré d'intégration ne peut intervenir que lorsqu'existe le « risque d'une charge déraisonnable ». Le caractère problématique du lien entre ce que l'Avocate générale nomme un « objectif d'intégration » et un

¹⁷⁹² « A world with solidarity can only exist where nationality may in certain instances serve as a proxy for good reasons of unequal treatment. » SOMEK A., *Individualism*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷⁹³ La mise en évidence de l'attachement à la nationalité est reprise à Myriam Benlolo Carabot. V. BENLOLO-CARABOT M., « La non-discrimination entre étudiants », C. GAUTHIER, M. GAUTIER et F. FINES (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. « Collection Droits européens », 2012, p. 249.

¹⁷⁹⁴ Sur la remise en cause par le critère d'intégration d'autres statuts, V. BARBOU DES PLACES S., « The Integrated Person in EU Law », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 179-202.

« objectif économique » a été soulevé par l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions sur *Commission/Pays-Bas*¹⁷⁹⁵. Estimant ne pas avoir reçu de réponse, elle reprend la question à l'occasion de ses conclusions concernant les affaires *Prinz* et *Seeberger*¹⁷⁹⁶. Demandant une clarification de la jurisprudence, elle oppose deux voies. Dans la première, qu'elle privilégie, l'« objectif d'intégration » n'est pas une fin en soi mais un moyen de réduire les bénéficiaires potentiels d'une aide et, en conséquence, de ne pas prendre le risque qu'ils entraînent une charge financière déraisonnable. L'« objectif d'intégration » est un instrument pour atteindre un but légitime, ce qui implique qu'il doit être proportionné à celui-ci. Précisant le contrôle qui pourrait être mis en œuvre, l'Avocate générale explique que, si chaque État est libre d'estimer quelles ressources il est « raisonnable » d'allouer pour financer les études sur son territoire ou à l'étranger, la Cour doit fournir « des directives » aux juridictions nationales pour savoir « si, *étant donné cette décision*, la couverture des coûts d'entretien (et éventuellement d'autres coûts) d'étudiants venant d'autres États membres créera un risque de charge déraisonnable¹⁷⁹⁷ ». Eleanor Sharpston envisage aussi une seconde voie, dans laquelle un certain degré d'intégration pourrait être exigé indépendamment du coût financier que représente l'ouverture du système d'aide social. Dans ce cas, l'« objectif d'intégration » permettrait, en lui-même, de justifier la restriction aux droits de libre circulation.

Observant la jurisprudence, l'Avocate générale constate que l'essentiel des justifications mélange les deux approches. Dans une « logique erronée [...] les États membres semblent invoquer l'objectif économique afin de justifier une restriction, mais soutiennent ensuite que la mesure est proportionnée par référence à l'objectif d'intégration¹⁷⁹⁸ ». Si la présentation de l'Avocate générale est très claire sur les différentes articulations possibles entre le lien d'intégration et l'objectif économique, la dénomination adoptée est quelque peu ambiguë. En effet, l'« objectif d'intégration » ne répond pas tant à l'objectif d'intégrer les citoyens de l'Union au sein de la société d'un État membre qu'à celui de limiter de telles prestations aux citoyens intégrés ou d'exclure les citoyens « non-intégrés ». Il serait donc plus clair de parler d'un « objectif de limitation des prestations sociales aux citoyens suffisamment intégrés¹⁷⁹⁹ ». Si la volonté de limiter les prestations aux seuls citoyens intégrés peut être vue comme un « objectif », au sens de la logique des justifications en droit de l'Union, ceci ne doit

¹⁷⁹⁵ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 14 juin 2012, *Commission / Pays-Bas*, *op. cit.*

¹⁷⁹⁶ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz* et *Seeberger*, *op. cit.*, para. 69s.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, para. 59.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, para. 77.

¹⁷⁹⁹ L'Avocat général Poiares Maduro utilise une formule proche pour dire que « l'objectif de limitation de la solidarité d'une société aux personnes qui y demeurent suffisamment intégrées est susceptible de constituer, dans certains cas, une considération objective d'intérêt général ». AG Maduro, ccl sur CJCE, 22 mai 2008, *Nerkonska*, *op. cit.*, para. 22.

pas cacher que l'intégration est alors posée comme une condition de l'octroi de l'aide sociale. La précision est importante, puisque l'objectif d'intégration des ressortissants d'autres États membres dans la société nationale a joué un rôle fondamental dans la jurisprudence pour justifier l'extension des prestations sociales aux travailleurs et aux membres de leur famille¹⁸⁰⁰.

Dans les arrêts considérés, force est de constater que la jurisprudence reste ambiguë sur la relation entre l'objectif économique et celui de limiter les prestations aux citoyens intégrés. Une partie de la justification de la Cour va indéniablement dans le sens proposé par l'Avocate générale¹⁸⁰¹. Reprenant sa formulation traditionnelle, la Cour dit qu'un certain degré d'intégration peut être exigé *si* l'octroi des aides discutées risque d'entraîner « une charge déraisonnable¹⁸⁰² ». Ceci laisserait penser que la limitation des prestations aux citoyens intégrés n'est pas l'objectif, mais simplement un moyen d'atteindre l'objectif économique. Allant également dans ce sens, la Cour mentionne parfois que d'autres moyens peuvent contribuer à celui d'assurer l'équilibre du système de financement de l'éducation. Il en est ainsi de « l'objectif visant à s'assurer que les étudiants achèvent leurs cursus dans de brefs délais » dans l'arrêt *Morgan et Bucher*¹⁸⁰³. Ceci permet d'ailleurs d'illustrer que les mêmes mesures, la condition de la poursuite d'une formation suivie pendant un an en Allemagne pour pouvoir bénéficier d'une aide, peuvent être présentées comme servant différents objectifs (établir un certain degré d'intégration ou favoriser la rapidité des études), qui peuvent eux-mêmes être subordonnés à un autre objectif (éviter le risque de déséquilibre du système de financement). Ils peuvent être vus comme des sous-objectifs au service d'un objectif supérieur dans l'ordre des finalités construit pour justifier la mesure. L'exigence d'un certain degré d'intégration peut être vue, à tout le moins, comme un « *proxy* privilégié » pour établir des objectifs économiques¹⁸⁰⁴.

Les sous-objectifs eux-mêmes peuvent d'ailleurs être conçus comme servant différents objectifs. Ainsi, dans l'arrêt *Thiele Meneses*, le critère de l'intégration est considéré au regard de différents

¹⁸⁰⁰ V. nt. CJCE, 13 novembre 1990, *Di Leo / Land Berlin*, *op. cit.* V. ROBIN-OLIVIER S., « Le citoyen de l'Union : entre intégration et mobilité », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 667-675. Soulignant le développement, dans d'autres champs, de l'intégration comme objectif, V. BARBOU DES PLACES S., « The Integrated Person in EU Law », *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁰¹ L'Avocate générale Sharpston estime, dans ses conclusions sur *Martens*, que la Cour a suivi sa proposition de considérer la condition d'intégration comme un instrument pour atteindre l'objectif économique dans les arrêts *Prinz et Seeberger* et *Thiele Meneses*. AG Sharpston, ccl sur CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 102.

¹⁸⁰² CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para. 44.

¹⁸⁰³ CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, *op. cit.*, para 35 et 36.

¹⁸⁰⁴ SARA IGLESIAS SÁNCHEZ et D. ACOSTA ARCARAZO, « Social Justifications for Restrictions of the Right to Welfare Equality : Students and Beyond », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 103.

objectifs. Le premier, présenté comme un objectif visant « la prévention d'une charge déraisonnable » pour garantir le maintien du régime national d'aides, est refusé par la Cour qui relève que « des motifs de nature purement économique ne peuvent pas constituer des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité¹⁸⁰⁵ ». Toutefois, lors de l'audience, l'Allemagne indique que « cet objectif économique soutient une autre finalité d'intégration et tend ainsi à garantir que seuls des demandeurs de l'aide qui font la preuve d'un lien suffisant avec l'État prestataire bénéficient de l'octroi d'une aide à la formation¹⁸⁰⁶ ». La formulation traduit bien l'ambiguïté qu'il peut y avoir dans l'ordonnement de l'objectif économique et de l'objectif de limitation des prestations sociales aux citoyens suffisamment intégrés. La Cour considère que, « en tout état de cause », comme les mesures permettant d'établir le degré d'intégration présentent un caractère trop général et trop exclusif, la restriction ne saurait être considérée comme « proportionnée à l'objectif économique poursuivi, tel que le soutient le gouvernement allemand¹⁸⁰⁷ ». L'Allemagne allègue également que l'objet des mesures est de promouvoir la mobilité des étudiants, ce qui est parfois présenté comme un « objectif social¹⁸⁰⁸ ». Si la Cour souligne qu'il s'agit d'un objectif légitime, il repose implicitement sur le critère de rattachement jugé disproportionné et n'est donc pas examiné plus avant¹⁸⁰⁹.

Toutefois, d'autres éléments laissent penser que la Cour n'adopte pas la voie selon laquelle l'intégration est seulement une condition pour atteindre l'objectif d'éviter le risque d'un déséquilibre des systèmes de financement. Force est de constater que, ni l'existence du risque d'une charge déraisonnable, ni la proportionnalité des mesures en cause au regard de cet objectif, ne sont contrôlées¹⁸¹⁰. L'arrêt *Prinz* et *Seeberger* est très significatif à cet égard ; la Cour n'évoque pas la question du risque économique qui avait pourtant fait l'objet d'importantes discussions¹⁸¹¹. Il pourrait être allégué que, le mode d'établissement du lien étant jugé disproportionné, la Cour pouvait éventuellement faire l'économie de statuer sur le risque de déséquilibre. C'est ce qu'elle semble d'ailleurs dire dans l'arrêt *Thiele Meneses* lorsque l'objectif économique est invoqué¹⁸¹². Toutefois, ce

¹⁸⁰⁵ CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, op. cit., para. 43.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, para. 45.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, para. 46.

¹⁸⁰⁸ V. AG Sharpston, ccl sur CJUE, 14 juin 2012, *Commission / Pays-Bas*, op. cit. et AG Mengozzi, ccl sur CJUE, 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, C-20/12, EU:C:2013:411, para. 55s.

¹⁸⁰⁹ CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, op. cit., para. 47s.

¹⁸¹⁰ Contrairement à d'autres arrêts. V. par ex. CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, op. cit., para. 88s.

¹⁸¹¹ La Commission alléguait que les autorités allemandes n'avaient pas démontré l'existence d'un tel risque, la question avait été discutée à l'audience et l'Avocate générale estimait que les éléments fournis par l'Allemagne « ne dis[ai]ent manifestement rien de l'existence d'un risque réel ou potentiel de charge financière déraisonnable ». AG Sharpston, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz* et *Seeberger*, op. cit., para. 62.

¹⁸¹² CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, op. cit., para. 46.

raisonnement pose également problème dans la mesure où, dans les arrêts relatifs aux étudiants, la Cour indique qu'il appartient aux juges de renvoi d'examiner si la personne est intégrée, sans pour autant leur demander d'examiner le risque économique. La justification proposée peut donc être lue comme entraînant un contrôle très approfondi des modalités permettant d'établir l'intégration – comme un objectif à poursuivre – alors que son caractère nécessaire et approprié pour atteindre l'objectif économique est mentionné sans être contrôlé.

Il est donc difficile de rendre compte de la jurisprudence dans le cadre habituel du contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour. Le critère d'intégration semble revêtir une certaine autonomie et constituer une « nouvelle forme d'encadrement des justifications étatiques¹⁸¹³ ». Il focalise les débats. C'est la question sur laquelle insistent les États, comme le remarque l'Avocate générale Sharpston, mais aussi celle sur laquelle se concentre le contrôle mis en œuvre par la Cour. Cette position se retrouve clairement dans la jurisprudence enjoignant aux juges de renvoi de simplement contrôler l'intégration du citoyen. L'établissement du caractère proportionné ou non des moyens permettant d'établir l'intégration semble permettre de déterminer si le citoyen peut obtenir les prestations sociales ou non, indépendamment de l'objectif économique, ou, du moins, que ce dernier est redéfini à l'aune du critère d'intégration. Loïc Azoulai écrit que « la charge découlant de l'octroi d'un avantage social sera en toute hypothèse considérée comme "raisonnable" si le citoyen migrant présente un lien réel avec la société de cet État¹⁸¹⁴ ». Il faudrait aussi ajouter que, si le lien d'intégration n'est pas établi, il semble que la charge ne doive pas être considérée comme raisonnable, celle-ci semblant redéfinie à l'aune du critère d'intégration.

La comparaison avec la justification utilisée dans les arrêts *Tas-Hagen et Tas* et *Nerkomska* est ici utile. Dans ces arrêts, la Cour ne parle pas d'un risque de déséquilibre des systèmes de solidarité en cause. L'objectif assigné au législateur est celui de circonscrire l'obligation de solidarité à l'égard des victimes civiles de la guerre ou de la répression aux seules personnes qui ont eu un lien de rattachement avec les sociétés néerlandaises et polonaises. Il n'est pas allégué que les prestations visent une catégorie plus générale que les victimes conservant un lien avec l'État, mais qu'elles doivent être limitées pour des raisons d'ordre économique. De façon différente, dans les affaires étudiées relatives aux étudiants, les prestations sociales sont présentées, dans un premier temps, comme destinées à une catégorie générale (par exemple les étudiants) pour être, ensuite, limitées pour des motifs économiques (les étudiants suffisamment intégrés). Pourtant, en filigrane, le critère « d'un certain degré

¹⁸¹³ AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p. 12.

¹⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

d'intégration » peut être vu comme un moyen de délimiter l'obligation même qui pèse sur l'État au regard de l'octroi de prestations sociales, c'est-à-dire de caractériser ce qui est entendu par l'affirmation d'« une certaine solidarité financière avec les ressortissants d'autres États membres¹⁸¹⁵ ». Dans les termes de Hohfeld, il serait possible de dire que les États membres ont le *devoir* d'octroyer ces prestations aux citoyens de l'Union présentant suffisamment de liens avec leur société et, réciproquement, que ces derniers ont le *droit* d'obtenir ces prestations de l'État avec lequel ils ont établi suffisamment de liens. Cette formulation permet de bien saisir le type de solidarité à l'œuvre. Elle peut être vue, comme le soutiennent Sara Iglesias Sánchez et Acosta Arcarazo, comme s'inscrivant dans une approche communautaire redéfinie¹⁸¹⁶. La dimension communautaire se trouve dans l'exigence de liens, sa redéfinition dans le fait que ces liens se substituent à la nationalité pour définir la communauté de façon dynamique¹⁸¹⁷. Les cas particuliers dans lesquels la Cour se prononce sur le lien des nationaux avec la société de leur État de nationalité permettent de voir, comme le soulignait Dora Kostakopoulou en 2007, que la citoyenneté de l'Union change la compréhension des communautés formant la Communauté européenne en dépassant le seul critère de la nationalité et en les concevant comme dotées de frontières plus ouvertes et plus flexibles¹⁸¹⁸.

L'appréciation portée sur le critère, au-delà de l'appréciation de son effet sur le maintien des systèmes de protection sociale, dépend de la situation servant de point de comparaison. Par rapport à la limitation de ces systèmes aux actifs, la reconnaissance d'une obligation de solidarité vis-à-vis des citoyens d'autres États membres suffisamment intégrés peut être vu comme participant au développement d'une certaine solidarité transnationale. Au contraire, au regard d'une solidarité établie au niveau européen, elle peut être vue comme une limitation de l'ouverture des systèmes de protection sociale. Cette dualité est au cœur de l'ambiguïté de la place occupée par le critère de l'intégration dans la justification. Selon le point de vue, il peut être perçu comme contribuant à l'ouverture des systèmes de protection sociale ou comme entraînant leur fermeture. Elle n'est sans doute pas sans expliquer le succès de celui-ci dans la controverse. Ainsi que le souligne Myriam Benlolo Carabot, « la nouvelle

¹⁸¹⁵ CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, *op. cit.*, para. 56. L'italique mettant en évidence le caractère symétrique du certain degré d'intégration et de la certaine solidarité financière est reprise à Daniel Thym. THYM D., « The elusive limits of solidarity : Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens », *Common Market Law Review*, 2015, vol. 52, n° 1, p. 17.

¹⁸¹⁶ SARA IGLESIAS SÁNCHEZ et D. ACOSTA ARCARAZO, « Social Justifications for Restrictions of the Right to Welfare Equality : Students and Beyond », *op. cit.*

¹⁸¹⁷ Elle est toutefois loin d'être absente. La nationalité de l'État en cause peut apparaître, ainsi qu'il a été dit, comme un signe des liens que le citoyen entretient avec la société de l'État. Une nationalité d'un État membre est en outre nécessaire pour obtenir le statut de citoyen de l'UE.

¹⁸¹⁸ KOSTAKOPOULOU D., « European Union Citizenship : Writing the Future », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, n° 5, p. 623-646, V. nt. p. 628s.

approche de la Cour visant à mesurer le degré d'intégration du citoyen européen, si elle est le fruit d'une évolution proprement communautaire, est aussi dans une certaine mesure une réponse aux inquiétudes exprimées par les États face au mouvement d'ouverture généralisée de certaines prestations sociales aux ressortissants communautaires¹⁸¹⁹ ».

Comme l'expliquent Madeleine Akrich, Michel Callon et Bruno Latour, le succès d'une innovation tient notamment dans la capacité à susciter l'intérêt d'autres acteurs, au besoin par l'adaptation de celle-ci¹⁸²⁰. Le succès du critère n'empêche toutefois pas la lutte portant sur la forme qu'il doit revêtir. Le critère d'intégration joue tant un rôle exclusif, comme justification avancée par les États pour limiter l'ouverture de leurs systèmes sociaux, qu'inclusif, comme justification des limites posées par le droit de l'Union au libre exercice de leurs compétences par les États. Ce dernier rôle a été mis en évidence par Ségolène Barbou Des Places, qui observe que, « [d]ans la jurisprudence de l'Union, l'intégration sociale est devenue ce principe justificatif au nom duquel l'Union peut imposer aux États d'étendre le cercle de bénéficiaires de leurs prestations sociales¹⁸²¹ ». Le contrôle de la justification de l'État offre ainsi à la Cour un espace pour justifier sa propre jurisprudence¹⁸²². Elle s'appuie alors sur une rhétorique de protection de la personne, à travers la prise en compte de ses liens concrets dans une société, se rapprochant dans une certaine mesure du langage des droits subjectifs voire fondamentaux. Sa jurisprudence peut aussi être vue comme s'inscrivant dans un mouvement plus général, assignant à la citoyenneté un objectif d'intégration sociale en rendant possible l'installation et l'intégration des citoyens dans d'autres sociétés¹⁸²³, ou participant à la redéfinition de la communauté que l'État doit prendre en compte pour prévoir un régime de protection sociale¹⁸²⁴. Les obligations découlant de cet objectif et pesant sur les États, que les citoyens souhaitent quitter ou dans lesquels ils souhaitent s'établir, sont toutefois limitées parce qu'elles ne sont offertes qu'aux citoyens déjà suffisamment intégrés.

¹⁸¹⁹ BENLOLO CARABOT M., « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *op. cit.*, p. 24.

¹⁸²⁰ Sur une approche de l'innovation (technique) liant l'adoption à l'adaptation, V. AKRICH M., M. CALLON, et B. LATOUR, « A quoi tient le succès des innovations ? 1 : L'art de l'intéressement ; 2 : Le choix des porte-parole », *Gérer et Comprendre. Annales des Mines*, 1988, 11 et 12, p. 4-17 et 14-29.

¹⁸²¹ BARBOU DES PLACES S., « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *op. cit.*, p. 693.

¹⁸²² Il est à ce titre significatif que les « liens réels » aient été invoqués pour la première fois par la Cour elle-même dans l'arrêt *D'Hoop*, à un moment où la controverse portait sur la possibilité même que les citoyens puissent se prévaloir de leur statut indépendamment de la législation existante. V. CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.*, para. 38 et 39.

¹⁸²³ AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*

¹⁸²⁴ SARA IGLESIAS SÁNCHEZ et D. ACOSTA ARCARAZO, « Social Justifications for Restrictions of the Right to Welfare Equality : Students and Beyond », *op. cit.*

2. La mise en œuvre d'une approche casuistique

Le critère de l'intégration sociale, introduit dans le cadre du contrôle de proportionnalité, a conduit à un certain dépassement de celui-ci pour constituer une forme d'encadrement spécifique de l'action de l'État. Bien que l'exigence de rationalisation des processus décisionnels se retrouve dans le champ lexical de la preuve, le contrôle repose, plus qu'ailleurs, sur une logique casuistique empreinte d'équité¹⁸²⁵. Dans les arrêts sur les étudiants, le raisonnement casuistique joue un rôle important dans le mode d'établissement du degré d'intégration entre les États et les citoyens¹⁸²⁶. Il se trouve aussi au cœur même du contrôle de proportionnalité mis en œuvre par la Cour, pour déterminer si le mode d'établissement du lien avancé par l'État peut justifier les mesures générales défendues.

La considération des cas individuels, essentiellement ceux des requérants au principal, joue en effet un rôle déterminant pour établir que le critère utilisé ne permet pas de prouver le lien d'intégration d'une façon appropriée et nécessaire. Des cas d'école sont d'ailleurs convoqués par différents participants à la controverse dans leur argumentation. Ainsi, à l'occasion des affaires *Prinz* et *Seeberger*, la Commission oppose le cas de deux ressortissants allemands :

« le premier, qui a vécu 17 ans en dehors de l'Allemagne, regagne l'Allemagne trois ans avant de commencer ses études à l'étranger; le second, qui a vécu 17 ans en Allemagne, quitte l'Allemagne trois ans avant le début de ses études ailleurs en l'Union européenne. Au titre de la règle des trois ans, le premier peut obtenir un financement, tandis que le second ne le peut pas. Or, qui est plus intégré dans la société allemande¹⁸²⁷ ? »

Par la comparaison de ces cas imaginaires, il est sous-entendu que l'application de la règle conduit à un résultat injuste – dont l'évidence semble dispenser de démonstration. De même, l'Avocate générale oppose le cas d'un étudiant allemand souhaitant étudier en France, alors qu'il a vécu et travaillé en Allemagne, mais qu'il n'y a pas résidé pendant trois ans de façon continue avant d'entreprendre ses études, à celui d'un étudiant bulgare, ayant seulement résidé trois ans en Allemagne, avant de retourner faire ses études dans son pays d'origine¹⁸²⁸. Le but de la comparaison est cette fois

¹⁸²⁵ En ce sens, AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *op. cit.*, p. 23.

¹⁸²⁶ Même si l'ampleur des changements matériels que pourrait entraîner le critère d'intégration a pu être questionnée, son caractère subversif quant aux méthodes suivies par les États membres n'a pas été mis en doute. V. O'BRIEN C., « Real links, abstract rights and false alarms : the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity », *European Law Review*, 2008, vol. 33, n° 5, p. 644.

¹⁸²⁷ AG Sharpston, ccl sur CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz* et *Seeberger*, *op. cit.*, para 94.

¹⁸²⁸ *Ibidem.*, para. 96s.

de dire que la nationalité est un critère qu'il est légitime de prendre en compte¹⁸²⁹. Cette forme d'argumentation se trouve aussi pour les affaires relatives aux prestations destinées à réparer les préjudices de guerre. Ainsi, dans ses conclusions sur *Tas-Hagen et Tas*, l'Avocate générale Kokott s'appuie sur des situations-types pour montrer que prendre seulement en compte la résidence à la date de la demande conduit à des résultats « aléatoires¹⁸³⁰ ».

La casuistique est puissante parce qu'elle permet de dire que des dispositions générales doivent être vues comme contraires au droit de l'Union. L'équité ne vient donc pas simplement autoriser une exception à la règle injuste, ainsi qu'elle est parfois conçue ; elle conduit à la faire tomber comme disproportionnée. Dans l'arrêt *Tas-Hagen et Tas*, la Cour, reprenant les conclusions de l'Avocate générale, estime qu'« un critère exigeant une condition de résidence ne peut pas être réputé constituer un signe suffisamment indicatif du rattachement des demandeurs à l'État membre qui octroie la prestation, lorsqu'il est susceptible, comme c'est le cas du critère en cause dans l'affaire au principal, de conduire à des résultats divergents pour des personnes établies à l'étranger et dont le niveau d'intégration dans la société de l'État membre qui octroie la prestation considérée est en tous points comparable¹⁸³¹ ». La force des cas est encore plus évidente lorsque des possibilités de faire exception sont prévues dans la réglementation nationale et que la Cour n'en conclut pas moins que le droit de l'Union s'oppose à la règle. Dans l'arrêt *Martens*, la Cour soutient par exemple très clairement que la possibilité de faire exception à l'exigence de la condition litigieuse ne permet pas de prendre en compte les liens du citoyen avec la société de l'État « dans les circonstances de l'affaire en cause au principal » et « ne saurait, dès lors, permettre d'atteindre l'objectif d'intégration qui constitue, selon le gouvernement néerlandais, l'objectif de la réglementation en cause au principal¹⁸³² ». Dans ces cas, il serait pourtant loisible à la Cour de dire que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la règle, mais à l'absence de reconnaissance d'une exception dans des cas tels que ceux des requérants au principal.

Dans le cas des arrêts relatifs aux étudiants, la Cour enjoint le juge national à mettre en œuvre lui-même le contrôle de l'intégration des citoyens au cas par cas. Elle ne dit pas simplement que le droit de l'Union s'oppose aux mesures nationales ; elle met en place, au moins de façon temporaire, un mode d'établissement du lien d'intégration résolument casuistique. Celui-ci implique d'apprécier au cas par cas l'intégration du citoyen par le juge national, ce qui conduit à un examen très poussé. Dans

¹⁸²⁹ Au surplus, l'Avocate générale s'appuie sur l'arrêt *Rottmann* (CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104). V. *Ibid.*, para. 96s.

¹⁸³⁰ AG Kokott, ccl sur CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 67 et 68.

¹⁸³¹ CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, *op. cit.*, para. 38.

¹⁸³² CJUE, 26 février 2015, *Martens*, *op. cit.*, para. 43. Nous soulignons.

les arrêts concernant les étudiants, les liens qui semblent pouvoir être considérés ne semblent pas limités ; « [a]ucun élément de la vie personnelle du requérant n'échappe au regard dans le test de l'intégration : le passé, le présent et l'avenir sont pris en considération ; la situation professionnelle et personnelle ; la vie affective et le parcours de vie, les sentiments d'appartenance¹⁸³³ ». Ces arrêts montrent la force subversive de la combinaison de la logique de la proportionnalité et de l'exigence du lien d'intégration, en conduisant la Cour à confier au juge national un rôle joué par le législateur dans l'ordre juridique national.

Au-delà de l'évaluation casuistique, l'exigence d'« un certain degré d'intégration » rompt avec une approche statutaire ou catégorielle. Comme le souligne Ségolène Barbou des Places, « l'intégration sociale, contrairement à la qualité de national ou de travailleur, ne se constate pas : elle se mesure¹⁸³⁴ ». C'est en ce sens que le critère jurisprudentiel d'intégration ne peut pas être vu comme un statut, avec des règles d'entrée ou de sortie, comme par exemple le statut de citoyen de l'Union, de travailleur ou de tû-tû¹⁸³⁵. Ceci peut d'ailleurs expliquer que l'intégration nécessaire dépend de l'objet pour lequel elle est invoquée. Ainsi, dans le cas *Commission/ Autriche*, la Cour évalue le degré d'intégration au regard de l'octroi d'un certain type de prestation sociale¹⁸³⁶. Le caractère graduel de l'intégration permet aussi de faire jouer à l'intégration à la fois le rôle de condition pour obtenir une prestation sociale (il faut être déjà suffisamment intégré) et celui d'objectif (l'égalité de traitement a pour objet de favoriser une meilleure intégration).

La force du critère d'intégration, lorsqu'il prend la forme d'un examen concret des liens établis par la personne, se perçoit, en négatif, lorsque lui est substituée une logique catégorielle, comme c'est le cas dans la directive 2004/38. Si la Cour ne l'a pas acceptée immédiatement, maintenant le jeu du critère d'intégration¹⁸³⁷, sa reprise dans une lecture très restrictive pour les droits du citoyen dans les arrêts *Dano*, *Alimanovic* et *Commission / Royaume-Uni* a fait grand bruit¹⁸³⁸. Les questions que posent l'interprétation de la directive au regard de la hiérarchie des normes et de la répartition des rôles entre

¹⁸³³ BARBOU DES PLACES S., « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *op. cit.*, p. 700.

¹⁸³⁴ *Ibid.*, p. 702.

¹⁸³⁵ Sur les statuts comme des concepts régis par des règles d'entrée et de sortie, V. HAGE J.C., « The Meaning of Legal Status Words », *op. cit.*

¹⁸³⁶ CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, *op. cit.*. Sur cette affaire, V. *supra*, partie II, chapitre 1, section 1, § 2, B.

¹⁸³⁷ V. par ex. CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565.

¹⁸³⁸ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.* ; CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, *op. cit.* et CJUE, 14 juin 2016, *Commission / Royaume-Uni*, C-308/14, EU:C:2016:436.

le législateur de l'Union et la Cour ne seront pas directement traitées ici¹⁸³⁹, de même que ce qu'impliquent ces arrêts au regard des systèmes de solidarités nationaux et européens¹⁸⁴⁰. Il s'agit simplement d'observer que la logique catégorielle présente dans la directive, reposant sur la distinction de catégories de citoyens au regard de l'accès aux droits sociaux, s'oppose à la conception casuistique du critère décrite dans les arrêts précédents. Il est significatif que pour « céd[er] à la pression des courants hostiles à l'égalité d'accès des citoyens européens aux prestations nationales d'assistance sociale¹⁸⁴¹ », la Cour modifie de façon radicale la méthode utilisée pour encadrer l'action des États membres – le langage de la proportionnalité et de l'intégration sociale sont écartés.

Avant même l'application de la directive, certains arrêts de la Cour avaient déjà été critiqués pour mettre en place une approche « formaliste » de l'établissement des liens réels¹⁸⁴². Le cas le plus évident pour ce qui concerne l'accès aux prestations sociales est certainement l'arrêt *Förster*, dans lequel la Cour décide qu'une condition de résidence ininterrompue d'une durée de cinq ans pour qu'un étudiant puisse bénéficier d'une aide à l'entretien est proportionnée¹⁸⁴³. Au contraire, l'Avocat général estimait, dans la logique de l'établissement casuistique du lien, qu'une telle condition n'était pas toujours représentative du degré d'intégration dans la société¹⁸⁴⁴. Si la directive 2004/38 n'était pas applicable à la situation, la Cour s'appuie sur l'exception à la dérogation faite au principe d'égalité prévue par la directive pour les aides d'entretiens destinées aux étudiants pour les titulaires d'un droit de séjour permanent (obtenu après cinq ans de séjour¹⁸⁴⁵). Le maintenant, mais rompant de façon importante avec la façon dont le critère est apprécié, l'arrêt a pu être vu comme « un renversement partiel de *Bidar*, au moins dans l'accent, le ton et l'esprit¹⁸⁴⁶ ».

¹⁸³⁹ Sur cette question, V. nt. WOLLENSCHLÄGER F., « The judiciary, the legislature and the evolution of Union citizenship », P. SYRPIS (dir.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 302-330.

¹⁸⁴⁰ Sur ce point, V. nt. THYM D., « The elusive limits of solidarity », *op. cit.* ; O'BRIEN C., « Civis capitalist sum : Class as the new guiding principle of EU free movement rights », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, n° 4, p. 937-977.

¹⁸⁴¹ DUBOUT E., « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, 2017, vol. 18, p. 301.

¹⁸⁴² V. *Ibid.*, p. 132.

¹⁸⁴³ CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07, EU:C:2008:630, para. 51s.

¹⁸⁴⁴ AG Mazák, ccl sur CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, *op. cit.*, para. 130. Il faut noter que l'opposition entre la Cour et l'Avocat général traduit une vision différente du rapport entre la directive et l'article 12 CE [18 TFUE], puisque ce dernier considère que la directive « ne peut porter atteinte aux exigences découlant de l'article 12 CE et du principe général de proportionnalité ». AG Mazák, ccl sur CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, *op. cit.*, para. 131.

¹⁸⁴⁵ Directive 2004/38/CE, *op. cit.*, art. 24 et 16.

¹⁸⁴⁶ « a partial reversal of *Bidar*, at least in emphasis, tone and spirit ». GARBEN S., « Case C-73/08, Nicolas Bressol and Others, Celine Chaverot and Others v. Gouvernement de la Communauté Française, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 April 2010, NYR », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, p. 1509.

C'est avec l'arrêt *Dano* que la Cour rompt de façon très nette avec la jurisprudence développée au moment de la période fondatrice. Dans un « volte-face argumentatif¹⁸⁴⁷ », la Cour lit la directive 2004/38 à l'aune de son considérant 10 comme « vis[ant] à éviter que les citoyens de l'Union ressortissants d'autres États membres deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil ». Elle considère qu'il irait à l'encontre de cet objectif que « des personnes [des citoyens de l'Union] qui ne bénéficient pas d'un droit de séjour en vertu de la directive 2004/38 puissent réclamer un droit à des prestations sociales dans les mêmes conditions que celles qui sont applicables pour les ressortissants nationaux¹⁸⁴⁸ ». Combiné avec l'article 7 § 1, cela implique que le citoyen, à moins de tomber dans une catégorie particulièrement protégée, doit disposer de ressources suffisantes pour pouvoir bénéficier du droit à l'égalité de traitement¹⁸⁴⁹. Le contrôle que la Cour confère au juge de renvoi ne porte plus sur les liens que le citoyen peut entretenir avec une société mais sur l'« examen concret de la situation économique de chaque intéressé¹⁸⁵⁰ ». La logique des arrêts fondée sur une approche casuistique est inversée. Alors que la démonstration de l'intégration semblait conduire à ce que la charge financière ne soit pas déraisonnable pour l'État d'accueil, dans l'arrêt *Dano*, l'établissement de la charge financière que représente le citoyen pour l'État d'accueil exclut que les liens qu'il ait pu tisser avec la société de l'État soient pris en compte.

L'intégration ne figure plus dans l'arrêt comme contre-limite jurisprudentielle, mais simplement pour témoigner la déférence de la Cour envers l'approche catégorielle adoptée par le législateur. La Cour reprend le considérant de la directive 2004/38 mentionnant que le régime prévu pour le titulaire du droit de séjour permanent se justifie parce qu'il vise l'intégration des citoyens¹⁸⁵¹. En outre, dans d'autres arrêts, ce « séjour légal » est vu de façon complètement formelle, excluant toute considération des différents liens que le citoyen a pu tresser avec la société d'accueil, au-delà du respect des critères de l'article 7¹⁸⁵². Dans l'arrêt *Alimanovic*, la Cour est encore plus claire sur l'abandon de l'exigence d'un examen individuel des situations pour ce qui concerne le degré d'intégration, celui-ci étant en quelque

¹⁸⁴⁷ « argumentative U-turn », THYM D., « The elusive limits of solidarity », *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁴⁸ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, para. 74.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, para. 75.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, para. 80.

¹⁸⁵¹ V. *Ibid.*, para. 72.

¹⁸⁵² V. par ex. l'arrêt *Alarape* dans lequel la Cour décide que le séjour se fondant sur l'article 12 du règlement 1612/68, en tant qu'enfant majeur poursuivant ses études dans l'État où le père était travailleur, ne peut compter pour l'obtention du titre de séjour permanent qu'autant que le séjour remplit les conditions énoncées à l'article 7 de la directive 2004/38, para. 35. Dans d'autres cas, l'intégration est considérée au-delà de son aspect économique, mais au détriment du citoyen. V. CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, *op. cit.*, para. 22s. et AG Bot, ccl sur CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, *op. cit.*, para. 64.

¹⁸⁵² CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, *op. cit.*, para. 22s.

sorte absorbé par la directive : « la directive 2004/38, établissant un système graduel du maintien du statut de travailleur qui vise à sécuriser le droit de séjour et l'accès aux prestations sociales, prend elle-même en considération différents facteurs caractérisant la situation individuelle de chaque demandeur d'une prestation sociale et, notamment, la durée de l'exercice d'une activité économique¹⁸⁵³ ». Au discours d'équité et de prise en compte de la situation individuelle des citoyens est substitué celui du respect du pouvoir du législateur et de la sécurité juridique offerte par l'approche catégorielle¹⁸⁵⁴.

Il faut toutefois souligner que, si elle n'est pas prise en compte dans la justification, la situation individuelle de la requérante se trouve détaillée de façon très importante dans l'exposé des faits et explique aussi pourquoi l'arrêt a été tant discuté. Alors qu'elle vit en Allemagne depuis plusieurs années, que son fils y est né, qu'elle dispose d'une attestation de séjour et qu'une partie de sa famille y réside, la Cour relève aussi que Mme Dano vit chez une sœur qui pourvoit à son alimentation, que le père de son fils est inconnu, qu'elle a fréquenté l'école en Roumanie sans obtenir de certificat d'étude, qu'elle n'est pas capable d'écrire l'allemand et ne peut lire que les textes simples, qu'elle n'a pas de qualification professionnelle, qu'il n'est pas établi qu'elle ait cherché un emploi etc. Comme le souligne Floris De Witte, « l'arrêt n'est pas loin de dépeindre Mme Dano dans des termes racistes, comme un citoyen dont la présence en Allemagne ne présente pas d'intérêt fonctionnel pour la société allemande¹⁸⁵⁵ ». Si l'intégration n'est plus présente de façon explicite, cette description traduit implicitement une conception très différente de celle qui sous-tend les arrêts mentionnés précédemment, allant « de l'intégration comme responsabilité pour les autorités des États membres de prendre en compte [*take care*] les individus européens et de respecter leurs différences, à l'intégration comme une obligation pour l'étranger de s'assimiler à la communauté nationale¹⁸⁵⁶ ». À certains égards, une logique casuistique se retrouve dans l'arrêt, la requérante étant présentée comme l'incarnation du « touriste social » tant invoqué pour contester l'ouverture des systèmes sociaux¹⁸⁵⁷.

¹⁸⁵³ CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, *op. cit.*, para. 60. La Cour distingue la situation de celle de l'arrêt *Brey* qui affirmait la nécessité d'un examen individuel. V. CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, *op. cit.*, para. 64.

¹⁸⁵⁴ V. nt. *Ibid.*, para. 61.

¹⁸⁵⁵ « In a ruling that comes quite close to depicting Ms. Dano in racist terms as a citizen whose presence in Germany is of no functional use to German society ». DE WITTE F., « Kick off contribution Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ? », F. DE WITTE, R. BAUBÖCK et J. SHAW (dir.), *Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ?*, coll. « RSCAS EUDO Citizenship Observatory », n° 69, 2016, p. 3.

¹⁸⁵⁶ « from integration as responsibility for Member States' authorities to take care of European individuals and to respect their differences to integration as a requirement for the foreigner to assimilate the national community ». AZOULAI L., « The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society) », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 203-223.

¹⁸⁵⁷ La locution se trouve dans les conclusions de l'Avocat général. AG Wathelet, CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, *op. cit.*, para.

Les citoyens se trouvant dans les situations non réglementées par la directive, bénéficiant de l'application casuistique du critère d'intégration, jouissent d'une protection supérieure à ceux relevant de situations couvertes par la directive. Il n'est toutefois pas impossible que la Cour, même en dehors de la directive, adopte une approche déférente vis-à-vis des législateurs nationaux et européen se traduisant par une limitation de la protection offerte par le statut de citoyen de l'Union. Il en va ainsi dans l'arrêt *Förster* où le critère d'intégration est conservé mais réduit à néant en raison de la latitude laissée au législateur national. De façon différente, le juge peut également utiliser les catégories de la directive en dehors de son champ d'application. C'est ce qu'il a fait dans l'affaire *O. et B.* pour déterminer les conditions que doit respecter le séjour du citoyen de l'Union et des membres de sa famille ressortissants d'États tiers pour que ces derniers puissent obtenir un droit de séjour dérivé lors du retour dans l'État de nationalité du citoyen. La Cour exige que le séjour présente « une effectivité suffisante » et considère que tel est le cas s'il respecte les conditions de l'article 7 § 1 ou s'il a acquis un droit de séjour permanent, ce qui traduit l'« installation » du citoyen, mais que tel n'est pas le cas s'il séjourne dans un autre État en vertu de l'article 6 (droit de séjour inférieur à trois mois¹⁸⁵⁸). Il ne s'agit pas d'évaluer l'intégration du citoyen dans une société mais le caractère effectif de son séjour ou de son installation. Toutefois, il est significatif que, pour ce faire, la Cour promeuve une approche catégorielle en reprenant les catégories forgées par le législateur européen, plutôt qu'une évaluation casuistique de la situation des requérants au principal.

Le critère de l'intégration sociale, érigée en véritable critère autonome d'encadrement de l'État, peut avoir des conséquences très importantes, comme en témoigne d'ailleurs la volonté du législateur de l'exclure dans les situations qu'il régit, ce que la Cour a accepté avec l'arrêt *Dano*. Il peut toutefois être vu comme une innovation interstitielle parce qu'il joue au cœur même des structures de raisonnement habituellement suivies. Un autre type d'innovation peut être qualifié de radical, dans le sens où il vise, au contraire, à se détacher du cadre conceptuel. Si ce détachement ne peut être que partiel – le juge ne peut se situer en dehors du langage du droit de l'Union –, et temporaire – l'innovation s'intègre au cadre conceptuel –, il se distingue parce qu'il intervient en dehors des modèles de raisonnement habituels.

¹⁸⁵⁸ CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, *op. cit.*, para. 51-56.

SECTION 2. L'INNOVATION RADICALE

L'arrêt *Ruiz Zambrano*¹⁸⁵⁹ est l'une des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ayant suscité les commentaires doctrinaux les plus nombreux ces dernières années. Il initie une jurisprudence conduisant à la protection du citoyen de l'Union dans les cas où il pourrait être « privé de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par son statut ». L'aspect révolutionnaire de l'arrêt se trouve dans le fait que la Cour intervient dans ce qui aurait traditionnellement été considéré comme une situation interne. En protégeant le citoyen de l'Union, sans que la présence d'un « élément transnational » ne soit nécessaire, la Cour entraîne une évolution significative du concept de citoyen de l'Union en le détachant de toute circulation. Au regard de la jurisprudence postérieure, cette évolution demeure toutefois limitée par rapport au changement radical que certains avaient pu voir annoncé par l'arrêt initial.

Il est proposé de voir le critère Zambrano comme une innovation radicale, qui répond au décalage perçu entre ce que permettait la citoyenneté de l'Union et ce que devrait permettre une véritable citoyenneté (§ 1). L'innovation ne prend pas véritablement place dans les interstices du cadre conceptuel existant, comme dans le cas du critère de l'intégration sociale, mais conduit, dans une certaine mesure, à en sortir (§ 2).

§ 1. L'INNOVATION COMME RÉPONSE À UNE LACUNE AXIOLOGIQUE

Il convient de présenter l'innovation (A) avant de montrer en quoi elle peut être vue comme une réponse à ce qui a été construit comme une insuffisance de la citoyenneté de l'Union (B).

A. L'innovation : la formulation du critère Zambrano

La formulation du critère intervient en réponse à une question posée à la Cour dans une situation particulière. Il convient donc d'en retracer les grands traits. Arrivés en Belgique avec leur premier enfant né en Colombie, M et Mme Ruiz Zambrano, de nationalité colombienne, s'étaient vu refuser le statut de réfugié. L'ordre de quitter le territoire qui leur était adressé était assorti d'une clause de non-reconduite en Colombie. Ils n'ont pas quitté la Belgique et ont eu deux autres enfants, Diego et Jessica, qui ont obtenu la nationalité belge en l'absence de démarche visant à l'obtention de la

¹⁸⁵⁹ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*

nationalité colombienne. M. et Mme Ruiz Zambrano ont demandé à plusieurs reprises la régularisation de leur situation, en tant que parents de ressortissants belges ; sans succès. Le père, qui avait travaillé sans permis de travail pendant plusieurs années, a également demandé à bénéficier d'allocations chômage lors de périodes de chômage temporaire, puis à la suite de la perte de son emploi ; ces demandes ont également été refusées. Les citoyens concernés, les deux derniers enfants du couple, sont nés en Belgique, ils ont la nationalité belge et ils ne se sont jamais déplacés au sens du droit de l'Union. La Cour décide, de façon attendue, que la directive 2004/38 ne peut être invoquée par des citoyens séjournant dans leur État de nationalité¹⁸⁶⁰.

De façon beaucoup plus surprenante, elle décide aussi que l'article 20 TFUE s'oppose à ce que M. Zambrano se voie refuser un droit de séjour et un permis de travail. Pour arriver à cette solution, elle utilise une formule qui n'avait fait l'objet d'aucune discussion publique et qui ne figurait pas dans les conclusions de l'Avocate générale. Radicalement nouvelle, celle-ci peut être vue comme le ferment de l'innovation conceptuelle :

« Dans ces conditions l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Rottmann*, précité, point 42¹⁸⁶¹). »

Les premiers mots semblent indiquer que la vocation fondamentale du statut, énoncée au paragraphe précédent, n'est pas étrangère à l'interprétation que la Cour donne de l'article 20 TFUE. La référence au point 42 de l'arrêt *Rottmann* fait un lien entre la situation dans laquelle le citoyen risque de perdre la citoyenneté de l'Union et celle dans laquelle il est privé de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut¹⁸⁶². La justification minimaliste de la Cour donne peu d'indications sur la façon dont la formule peut être comprise. S'il est clair que la « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen » entraîne la contrariété avec le droit de l'Union des mesures en cause, il est, en revanche, très difficile de savoir quelles situations peuvent conduire à une telle privation.

L'arrêt *Ruiz Zambrano* est perçu par tous les commentateurs comme susceptible de conduire à un bouleversement majeur dans le champ de la citoyenneté européenne ; la Cour n'exige aucune forme

¹⁸⁶⁰ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, para. 39. En effet, selon le paragraphe 1 de l'article 3 de la directive, celle-ci s'applique à tout citoyen de l'Union « qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité ».

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, para. 42.

¹⁸⁶² CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*

de mouvement pour protéger le citoyen de l'Union et elle recourt à l'article 20 TFUE établissant le statut de citoyen de l'Union et non à l'article 21 consacré à sa liberté de circuler et de séjourner. Toutefois, il suscite également une grande perplexité, comme le montrent par exemple les sept questions que Niamh Nic Shuibhne oppose, dans l'éditorial de l'*European Law Review*, aux sept paragraphes de l'arrêt. La première interroge directement les conditions dans lesquelles le concept peut être mobilisé : « Qu'est-ce que signifie réellement "l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union"¹⁸⁶³ ? » ».

Deux approches étaient alors possibles pour tenter de savoir ce que pouvait signifier le critère Zambrano après ce premier arrêt : s'appuyer sur la formule ou bien sur le cas. Une première voie était donc de tenter d'inférer la signification de la formule à partir de ses différents composants, ce qui, même si l'on accepte cette méthode, semblait difficile. Il fallait tenter de définir quels étaient ces « droits conférés par le statut de citoyen », puis se demander en quoi consistait une « privation » de la « jouissance effective » de « l'essentiel » de ceux-ci. On perçoit bien les limites de l'exercice étant donnée la nouveauté de ces éléments ; en outre, quand bien même ceux-ci seraient relativement déterminés dans la jurisprudence antérieure de la Cour, rien ne garantirait qu'ils aient la même signification lorsqu'ils sont utilisés ensemble dans le contexte de la citoyenneté. La seconde voie consistait à essayer de saisir la signification du concept à partir du cas. La situation de la famille Ruiz Zambrano serait alors un prototype ou un exemplaire du concept. Toutefois, même si cette option devait être acceptée, il resterait à déterminer en quoi de nouvelles situations devraient se rapprocher de la situation initiale, c'est-à-dire, à déterminer les ressemblances et les différences pertinentes. Quelle que soit la voie choisie, la perplexité de la doctrine ne résulte pas d'une difficulté d'accès à la signification du concept, mais, plus simplement, du fait qu'il n'y a aucune raison pour que celui-ci soit déterminé.

Ainsi, dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*, la Cour introduit un élément radicalement nouveau dans sa jurisprudence avec la formule mentionnée. Si les conséquences d'une « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » semblent relativement claires, les conditions dans lesquelles la formule peut être mobilisée sont indéterminées. Après ce premier arrêt, la Cour peut ne jamais réutiliser la formule ou bien y recourir à nouveau et déterminer progressivement le concept de différentes façons. Il convient tout d'abord de poursuivre notre

¹⁸⁶³ « What does "the substance of the rights conferred by EU citizenship" actually mean ? » NIC SHUIBHNE N., « Seven questions for seven paragraphs », *European law review*, 2011, vol. 36, n° 2, p. 161-162.

enquête en retraçant la façon dont la Cour a progressivement construit le critère Zambrano en l'appliquant dans différentes situations.

Une année après l'arrêt *Ruiz Zambrano*, la reprise de la formule à l'identique dans l'affaire *McCarthy*¹⁸⁶⁴ contribue à pérenniser l'expression du concept. La citoyenne de l'Union, Mme McCarthy, était une binationale, n'ayant jamais exercé sa liberté de circulation, et résidant au Royaume-Uni. Les autorités de celui-ci ayant refusé un titre de séjour à son mari, elle se trouvait dans la situation où elle devrait probablement choisir entre quitter le territoire de l'Union ou ne plus vivre avec son époux. La Cour estime que ce refus ne peut pas être vu comme conduisant à la privation de la jouissance effective de l'essentiel de ses droits conférés par son statut de citoyen. Elle dit que le critère Zambrano n'a pas à s'appliquer dans la situation en cause, en distinguant la situation de la famille Mc Carthy de celle de la famille Ruiz Zambrano :

« [...] contrairement à ce qui caractérisait l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Ruiz Zambrano, précité, la mesure nationale en cause [dans l'affaire McCarthy] n'a pas pour effet que Mme Mc Carthy se verra obligée de quitter le territoire de l'Union¹⁸⁶⁵ ».

En se référant au critère Zambrano et en distinguant la situation en cause de celle de l'affaire antérieure, la Cour contribue à l'instituer. En mentionnant l'obligation de quitter le territoire comme différence à prendre en compte, elle spécifie les conditions dans lesquelles le concept peut être mobilisé. Avec ces deux premiers arrêts, la Cour a donc exprimé le concept dans une formule et l'a utilisé dans deux cas. Les conséquences juridiques découlant de sa mobilisation ne semblaient pas poser de problème d'interprétation. Satisfaire les conditions du critère entraînait la contrariété de la mesure en cause au droit de l'Union, et, indirectement, l'octroi de droits de séjour à des ressortissants d'États tiers. En revanche, malgré les indications données par les deux applications, il n'était pas clair de savoir quand il était possible d'utiliser le concept, c'est-à-dire, quand on pouvait dire qu'il y avait une privation de la jouissance de l'essentiel des droits du citoyen.

B. La lacune axiologique : l'absence de protection statutaire du citoyen de l'Union

Le « rapport entre circulation et sédentarité » a parfois été vu comme « l'une des différences essentielles – sinon *la* différence principale – entre citoyenneté de l'Union européenne et citoyenneté

¹⁸⁶⁴ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, para. 50.

étatico-nationales modernes¹⁸⁶⁶ ». Le critère Zambrano peut à ce titre être vu comme une réponse partielle à l'argument selon lequel une véritable citoyenneté implique que le citoyen puisse se prévaloir de ses droits sans qu'il démontre un lien, plus ou moins direct, avec l'exercice d'une circulation (1). Après les premiers arrêts, la protection statutaire accordée au citoyen par le critère Zambrano a pu être vue comme un changement très important, rapprochant la citoyenneté de l'Union d'une véritable citoyenneté (2).

1. L'incompatibilité des situations purement internes avec une « véritable citoyenneté »

Dans le champ des libertés de circulation, la Cour a traditionnellement exclu les situations qui n'avaient pas de lien avec l'établissement d'un marché intérieur, notamment en décidant que les dispositions du traité relatives à la libre circulation ne sauraient « être appliquées à des situations purement internes à un État membre, c'est-à-dire en l'absence de tout facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire¹⁸⁶⁷ ». Cette règle, parfois dite des situations purement internes, s'applique également dans le cadre des dispositions relatives à la citoyenneté. Ainsi que la Cour l'a énoncé dans l'arrêt *Uecker et Jacquet* en 1997, « la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 8 du traité CE, n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire¹⁸⁶⁸ ». La directive 2004/38 relative au droit de libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union ne s'applique pas aux citoyens qui résident sur le territoire de leur État de nationalité.

Ainsi, le citoyen se trouvant dans son État de nationalité et qui n'a pas exercé sa liberté de circulation ne peut, en principe, se prévaloir du droit de l'Union, à moins d'établir que sa situation présente un « élément transfrontalier » qui permet d'« européaniser » celle-ci en l'absence du franchissement physique d'une frontière. Comme le résume Pierre Pescatore, un « ressortissant [d'un État membre] ne devient citoyen “européen” que dans la mesure où il se trouve dans une situation communautairement protégée¹⁸⁶⁹ ». Cette règle des « situations purement internes » a fait l'objet de

¹⁸⁶⁶ PULLANO T., *La citoyenneté européenne : un espace quasi étatique*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁸⁶⁷ CJCE, 28 mars 1979, *The Queen / Saunders*, 175/78, EU:C:1979:88, para. 11.

¹⁸⁶⁸ CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, *op. cit.*, para. 23. Des ressortissants allemand, résidant en Allemagne et n'ayant jamais exercé leur droit de libre circulation, invoquaient le droit communautaire à propos de la situation de leurs épouses, ressortissantes d'États tiers. Pour une application plus récente, V. par ex. CJCE 22 mai 2008, *Nerkomska*, *op. cit.*, V. para. 25 et jurisprudence citée.

¹⁸⁶⁹ PESCATORE P., « La protection des droits ordinaires du “Citoyen Européen” », *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 462.

critiques importantes de la part d'une partie de la doctrine, tant car elle peut conduire à des situations de « discrimination à rebours » que parce que la Cour, pour en diminuer l'étendue, a parfois compris l'élément transfrontalier de façon extensive¹⁸⁷⁰. Le premier type de critiques s'appuie sur la construction d'une lacune axiologique, au sens de Riccardo Guastini. Il est intimement lié à une certaine vision de la citoyenneté. Le second peut être vu comme résultant d'une volonté de préserver la lisibilité de la jurisprudence de la Cour, et l'esthétique des concepts utilisés dans le cadre de la liberté de circulation¹⁸⁷¹.

L'argument selon lequel une citoyenneté de l'Union ne serait pas une véritable citoyenneté si elle n'était pas accompagnée d'une redéfinition du champ d'application du traité a été défendu par de nombreux auteurs. La règle de la situation purement interne est par exemple présentée comme « complètement obsolète dans une Europe des citoyens¹⁸⁷² », ou comme relevant d'une « approche défectueuse de l'essence de la citoyenneté de l'UE¹⁸⁷³ ». Elle serait incompatible avec « un concept de citoyenneté faisant sens¹⁸⁷⁴ » ; elle ne permet pas à la citoyenneté d'être dotée d'une « véritable signification¹⁸⁷⁵ ». La situation dans laquelle la citoyenneté ne permet pas, en soi, d'offrir une protection du citoyen est alors vue comme un problème généré par le cadre conceptuel existant. L'impossibilité, pour le citoyen, d'invoquer son statut lorsqu'aucun élément transnational n'est présent, est présentée comme l'expression d'un défaut de la citoyenneté de l'Union ou bien comme

¹⁸⁷⁰ V. parmi les cas emblématiques : CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, *op. cit.* ; CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.* ; CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, *op. cit.* ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.* ; CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.* Pour les critiques doctrinales, V. SHUIBHNE N.N., « Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule : Time to Move On ? », *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, n° 4, p. 731-771 ; TRYFONIDOU A., « Reverse Discrimination in Purely Internal Situations : An Incongruity in a Citizens' Europe », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, vol. 35, n° 1, p. 43-67 ; KOCHENOV D., « A Real European Citizenship : A New Jurisdiction Test : A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe », *Columbia Journal of European Law*, 2012, vol. 18, p. 55-109.

¹⁸⁷¹ V. *infra*. § 2, B, 1.

¹⁸⁷² « overly outdated in a Citizens' Europe », TRYFONIDOU A., « Reverse Discrimination in Purely Internal Situations : An Incongruity in a Citizens' Europe », *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁷³ « an ill-conceived approach to the essence of the EU citizenship », KOCHENOV D., « Real European Citizenship », *op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁷⁴ « a meaningful concept of citizenship », SPAVENTA E., « Seeing the Wood Despite the Trees ? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n° 1, p. 32. De même, Niamh Nic Shuibhne explique que « l'obligation de devoir quitter son propre État membre pour pouvoir bénéficier des avantages du droit communautaire, au regard de la vigoureuse promotion par la Communauté de liens de citoyenneté commun, semble, tout simplement, faire moins sens que jamais [the requirement that someone must leave their own Member State in order to trigger the advantages of Community law, viewed against strenuous Community promotion of common citizenship bonds, seems, quite simply, to make less sense than ever] ». SHUIBHNE N.N., « Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule », *op. cit.*, p. 757.

¹⁸⁷⁵ « real meaning », TONER H., « Judicial Interpretation of European Union Citizenship - Transformation or Consolidation ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, vol. 7, n° 2, p. 170.

un signe de son caractère inachevé. Cela participe de la technique conduisant à présenter une institution juridique comme une forme défectueuse de quelque chose d'autre qu'elle-même, au sens de Paul Kahn, ou de la construction d'une lacune axiologique, au sens de Riccardo Guastini.

2. La reconnaissance d'une protection statutaire, embryon d'une « véritable citoyenneté »

Dans le cadre de cette jurisprudence classique, la situation de la famille Ruiz Zambrano aurait probablement été considérée comme une situation purement interne. Rien ne semblait permettre de rattacher la situation des enfants en cause à la libre circulation. Le caractère révolutionnaire de la solution se trouve dans l'absence d'exigence de tout élément transnational – même « artificiel » – par la Cour pour appliquer les dispositions relatives au statut de citoyen de l'Union. Seul l'arrêt *Rottmann* pouvait être vu comme procédant à l'application de ces dispositions du traité en l'absence d'élément transnational, la Cour décidant qu'« une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union¹⁸⁷⁶ ». Comme le résumait Dimitry Kochenov, écrivant après l'arrêt *McCarthy*, et donc avant la stricte limitation du critère, « pour la première fois dans sa jurisprudence, la CJUE a établi que la citoyenneté de l'UE, à elle seule, pouvait déclencher l'application du droit de l'UE dans de nombreuses situations¹⁸⁷⁷ ». Écrivant au même moment, Myriam Benlolo Carabot parle d'un « changement de nature » de l'ordre juridique de l'Union avec l'émergence, à côté d'une « citoyenneté de migration », d'une « citoyenneté de sédentarisation¹⁸⁷⁸ ». Le statut de citoyen permet, en tant que tel, d'être protégé contre un éloignement du territoire de l'Union, ce qui peut être vu comme une protection statutaire¹⁸⁷⁹.

De nombreux auteurs, favorables ou non à la décision de la Cour, ont souligné qu'elle résultait du concept même de citoyen de l'Union. Ainsi, dans une note très critique de la Cour, Kay Hailbronner

¹⁸⁷⁶ CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, *op. cit.*, para. 42. Il semblait toutefois possible de produire des arguments établissant un lien entre la situation de M. Rottmann et la liberté de circulation. Un autre cas serait, selon Dimitry Kochenov, CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, *op. cit.*, V. KOCHENOV D., « Real European Citizenship », *op. cit.*, p. 92.

¹⁸⁷⁷ « for the first time in its jurisprudence, the ECJ has established that EU citizenship *alone* can trigger the application of EU law in a number of situations ». *Ibid.*, p. 59.

¹⁸⁷⁸ BENLOLO CARABOT M., « La “jouissance effective de l'essentiel des droits” attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 2, p. 443- 450.

¹⁸⁷⁹ Le sens ici donné à la protection statutaire se distingue de « l'élaboration d'un statut » qui résulte essentiellement des dispositions relatives à la liberté de circulation. V., sur ce point, PATAUT E., « Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes - De la construction d'un marché à l'élaboration d'un statut », *op. cit.*, p. 147-178.

et Daniel Thym expliquent que « la solution [de la Grande chambre] découle directement du concept de citoyenneté de l'Union¹⁸⁸⁰ ». Ils ajoutent que la « nouvelle catégorie de 'cœur de l'essentiel des droits' [...] est en outre fondée sur le concept de citoyenneté de l'Union en tant que tel, indépendamment des règles particulières des Traités¹⁸⁸¹ ». Ce type d'argumentation se retrouve d'une certaine façon au cœur même de la justification de la Cour. En effet, le paragraphe consacré au critère Zambrano, introduit par la locution « dans ces conditions », fait suite à la formule selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres ». La décision est présentée comme la conséquence de ce que la citoyenneté « a vocation à être », la vocation étant significativement définie dans le Littré comme « un certain ordre des choses auquel on doit se conformer ». Le Président Lenaerts, parlant en dehors de son office, souligne l'importance de la formule et mentionne l'arrêt *Rottmann* comme « pierre angulaire [founding stone] » de la jurisprudence *Ruiz Zambrano* ; Joseph Weiler lui répond que pour fonder cette pierre angulaire on ne peut trouver comme autre pierre angulaire que la formule et le concept de citoyen tels qu'ils sont vus par la Cour¹⁸⁸².

Le statut de citoyen de l'Union acquiert une nouvelle dimension parce qu'il est présenté comme la source de la solution. L'Avocate générale résume la question posée dans l'affaire *Ruiz Zambrano* en termes inférentiels : « Qu'implique précisément la citoyenneté de l'Union européenne¹⁸⁸³ ? ». Poursuivant son interrogation, elle s'interroge alors sur la citoyenneté elle-même : « est-elle simplement la version non économique du même type générique de droits de libre circulation que ceux qui existent depuis longtemps pour les personnes économiquement actives et financièrement indépendantes » ou bien « quelque chose de plus radical : une véritable citoyenneté, comportant un ensemble uniforme de droits et d'obligations, dans une Union de droit dont le respect des droits fondamentaux fait nécessairement partie intégrante¹⁸⁸⁴ ? » En retournant le raisonnement, il est

¹⁸⁸⁰ « Its findings (of the Grand Chamber) emerge directly from the concept of Union citizenship » HAILBRONNER K. et D. THYM, « Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano », *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, n° 4, p. 1260.

¹⁸⁸¹ « The new category of 'substantive core rights' [...] is moreover based on the concept of Union citizenship as such, independent of the specific rules in the Treaties. » *Ibid.*, p. 1266.

¹⁸⁸² V. leurs contributions respectives in ADAMS M., H. DE WAELE, J. MEEUSEN, et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 48s et 247s. En effet, comme l'a montré Urška Šadl, en remontant les références de la Cour, aucune justification n'est donnée sur cette formule dans les arrêts précédents. V. ŠADL U., « Case – Case-Law – Law : Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments », *European Constitutional Law Review*, 2013, vol. 9, n° 2, p. 220-224.

¹⁸⁸³ A.G. Sharpston, ccl sur CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, para. 2. On peut d'ailleurs noter ici que la question est formulée comme une recherche sur les inférences permises par le concept de citoyenneté de l'Union.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, para. 3, note omise.

possible de dire que, après l'arrêt *Ruiz Zambrano*, c'est parce que la citoyenneté implique une certaine protection statutaire qu'elle se rapproche de ce qui est présenté comme une véritable citoyenneté. Ceci se traduit aussi dans le déplacement de la rhétorique de l'effet utile, qui n'est plus limitée aux droits de séjour et de circulation du citoyen, mais qui est également attachée à la citoyenneté elle-même depuis l'arrêt *Dereci*¹⁸⁸⁵.

La jurisprudence *Ruiz Zambrano* a pu être vue comme un signe susceptible d'annoncer l'amorce d'un « changement de paradigme » en droit de l'Union, au sens que donne Paul Kahn à cette expression¹⁸⁸⁶. « À la différence de la pensée scientifique, les anciens paradigmes ne disparaissent pas dans le cas de la pensée juridique. Ils restent disponibles, mais, à mesure de l'affirmation de la nouvelle structure conceptuelle comme dominante, ils deviennent subsidiaires¹⁸⁸⁷. » Le changement ne saurait intervenir lorsqu'il y a une inadéquation entre les faits et la théorie ; « il n'y a pas de nature des choses dans ce domaine¹⁸⁸⁸ ». « Les paradigmes changent lorsqu'il y a une sorte d'épuisement des ressources conceptuelles, c'est à dire, lorsque la théorie constitutionnelle fait face à un problème résultant du paradigme existant et impossible à résoudre dans le cadre de ce paradigme¹⁸⁸⁹. » S'il ne reprend pas directement Paul Kahn, c'est en ce sens que Dimitry Kochenov évoque l'émergence d'un « paradigme du citoyen » en droit de l'Union, dans lequel la citoyenneté de l'Union serait un moyen d'intégration, à côté du paradigme du marché intérieur¹⁸⁹⁰. Chahira Boutayeb et Aurélien Raccach parlent d'un « printemps des citoyens de l'Union européenne¹⁸⁹¹ ». La citoyenneté de l'Union comme une « citoyenneté de marché » ou, du moins, comme une citoyenneté qui ne jouerait que pour les citoyens mobiles, ne peut rendre compte de la jurisprudence *Ruiz Zambrano*. La Cour inverse le raisonnement proposé par Pierre Pescatore ; c'est parce que le ressortissant d'un État membre est citoyen de l'Union qu'il se trouve dans une situation protégée par le droit de l'Union.

¹⁸⁸⁵ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*, para. 67.

¹⁸⁸⁶ KAHN P.W., *The cultural study of law*, *op. cit.*, p. 88. L'expression est reprise aux travaux de Thomas Kuhn en philosophie des sciences, V. KUHN T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure MEYER, Paris, Flammarion, 2008.

¹⁸⁸⁷ « Unlike scientific thought, old paradigms do not disappear in legal thought. They remain available for use, but become subthemes as new conceptual structure gain dominance. » KAHN P.W., *The cultural study of law*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁸⁸ « there are no facts of the matter in the field ». *Ibid.*

¹⁸⁸⁹ « Paradigms shift when there is a sort of exhaustion of conceptual resources, i.e., when constitutional theory confronts a problem generated by, and unresolvable within, an existing paradigm. » *Ibid.*

¹⁸⁹⁰ KOCHENOV D., « The Citizenship Paradigm », *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 197-225.

¹⁸⁹¹ BOUTAYEB C. et A. RACCAH, « Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union », *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, n° 3, p. 450.

§ 2. LA LIBERTÉ LAISSÉE PAR L'INNOVATION CONCEPTUELLE

Comme le remarquait déjà Dewey, « [i]l est plus facile en pratique d'utiliser un concept à portée de main plutôt que de faire l'effort, de prendre le temps et la peine de le changer ou d'en concevoir un nouveau¹⁸⁹² ». L'innovation invite à se demander ce qui conduit le juge à faire cet effort, à prendre ce temps et cette peine, – autrement dit, à entreprendre ce travail – plutôt que de reprendre ou de modifier des concepts utilisés dans le système. Il s'agit ici de s'interroger sur les raisons qui poussent le juge à innover ; en quoi l'insertion d'un nouveau concept est une ressource pour la Cour ? De façon dynamique, la nouveauté donne à la Cour une grande liberté pour déterminer la forme que prendra le concept (A). Pris de façon structurelle, le nouveau concept permet à la Cour de faire quelque chose qu'elle n'aurait pu faire avec les concepts du système juridiques existants « à portée de main » (B).

A. La limitation de la portée de l'innovation

Un avantage fondamental que présente le recours à un nouveau concept réside dans la perplexité que suscite la nouveauté. À rebours de la justification développée par l'Avocate générale, qui soulignait l'importance de la sécurité juridique et la prévisibilité des différentes solutions proposées, c'est précisément l'ambiguïté de la formule utilisée qui donne à la Cour une certaine liberté. Le rôle que peut jouer le caractère indéterminé de certaines notions en droit est souvent mentionné. Ce trait est en général présenté dans le cas où l'accord doit être obtenu à propos du texte d'une loi ou d'un traité international. Le même argument peut être soutenu à propos de la rédaction d'une décision. Sans spéculer sur la discussion qui a pu avoir lieu dans le cadre du secret des délibérés, il est possible de penser que le caractère indéterminé de la formulation adoptée par la Cour rendait plus facile l'accord entre les juges.

La reformulation a été présentée précédemment comme l'opération par laquelle la Cour propose une nouvelle justification pour un cas antérieur¹⁸⁹³. Elle prend une forme particulière dans la jurisprudence concernant le critère Zambrano. La Cour n'abandonne pas les formules précédemment utilisées ; elle les articule avec de nouvelles formules, qui viennent progressivement limiter le concept de façon très stricte (1). Cette œuvre de limitation par rapport aux attentes suscitées par les formules

¹⁸⁹² « It is practically economical to use a concept ready at hand rather than to take time and trouble and effort to change it or to devise a new one. », DEWEY J., « Logical method and law », *The Philosophical Review*, 1924, vol. 33, n° 6, p. 564.

¹⁸⁹³ Sur la reformulation, V. *infra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 2, B.

utilisées se perçoit bien à partir du rôle que joue le « territoire de l'Union » dans l'application du critère (2).

1. La reformulation du critère : la limitation du concept

Dans l'affaire *Dereci*¹⁸⁹⁴, la Cour a l'occasion de revenir sur le critère Zambrano. Elle mentionne l'affaire *Ruiz Zambrano*, en expliquant que le refus d'accorder un titre de séjour aux parents avait pour conséquence d'obliger les citoyens de l'Union de quitter le territoire pour les accompagner et que, « [d]ans de telles conditions, lesdits citoyens de l'Union seraient, de fait, dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union [...] »¹⁸⁹⁵. Au paragraphe suivant, elle affirme qu'

« Il en découle que le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble¹⁸⁹⁶. »

Dans le paragraphe cité, que la Cour présente comme « découlant » de la solution donnée dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*, elle semble exclure de façon générale que le critère puisse être utilisé dans des situations autres que celles conduisant à l'obligation de quitter le territoire de l'Union. Elle distingue très clairement la question de l'atteinte qui pourrait être portée au droit au respect de la vie privée et familiale du citoyen de l'Union, d'une part, des situations entraînant l'application du critère Zambrano, d'autre part. Si la vie privée et familiale peut être protégée par le droit de l'Union lorsque la situation relève du champ d'application de celui-ci, la violation de ce droit ne saurait être prise en compte pour établir s'il y a eu privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union¹⁸⁹⁷. La Cour souligne aussi que « ce critère revêt un caractère très particulier¹⁸⁹⁸ » et que « le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, » que les membres de sa famille résident avec lui ne saurait être considéré comme le contraignant à quitter le territoire de l'Union¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁴ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, para. 65.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, para. 66.

¹⁸⁹⁷ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, C-256/11, para. 69-74.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, para. 67.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, para. 68.

La Cour ne se contente donc pas d'appliquer le concept, comme dans les deux premiers arrêts recourant à la formule. Elle tient donc également un discours explicite sur « l'usage correct » de celui-ci. La reformulation lui permet de stipuler que « la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union » équivaut à « l'obligation, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont [le citoyen de l'Union] est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble ». L'établissement de cette relation peut être vu comme « une définition stipulative » au sens d'Alf Ross, c'est-à-dire comme « un outil pour la formulation des règles de droit » ou une « technique spéciale de législation¹⁹⁰⁰ ». Elle lui permet de limiter les situations susceptibles de mobiliser le critère Zambrano. Dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle, ce discours peut être vu comme visant à « discipliner » l'usage du concept. Il ne s'agit en aucun cas de dire qu'un « usage correct » existe en soi, mais qu'il est défini par la Cour et que la reformulation peut être vue comme un discours explicitant les normes d'usage de celui-ci. Le procédé suivi est alors différent de celui par lequel la Cour se limite à estimer qu'une situation – par exemple celle de Mme Mc Carthy – doit ou non être considérée comme relevant du critère.

On perçoit ici une spécificité bien connue du langage juridique. Kelsen observait déjà que « des actes qui se traduisent par des paroles ou par un écrit – des mots – portent eux-mêmes quelque assertion relative à leur signification juridique¹⁹⁰¹ ». Comme le souligne Bernard Jackson en se référant à Domenico Carzo, le changement sémantique peut être contrôlé institutionnellement en droit, à la différence des langages naturels¹⁹⁰². Il en résulte que le changement de signification survient en général de manière progressive dans le langage naturel, alors qu'il peut survenir de façon beaucoup plus rapide en droit, « la signification de n'importe quel terme juridique peut être changée du jour au lendemain par la loi ou bien un précédent¹⁹⁰³ ». Toutefois, lorsqu'elle prend le concept pour objet de son discours, la Cour a tendance à le présenter comme une réalité qui lui serait externe et qui aurait son existence propre. Ainsi mentionne-t-elle ce à quoi réfère « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union », avant de préciser le caractère très particulier que revêt

¹⁹⁰⁰ ROSS A., « La définition en droit », E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, coll. « Études », 2000, p. 88.

¹⁹⁰¹ L'auteur poursuit, « [...] un acte de conduite humaine peut très bien apporter une "auto-interprétation", une interprétation de soi-même (*Selbstdeutung*), c'est-à-dire une assertion relative à ce qu'il signifie juridiquement. [...] Ainsi, ceux qui visent à connaître le droit se trouvent parfois en présence d'une interprétation des matériaux par eux-mêmes (c'est-à-dire les matériaux), qui anticipe et empiète sur l'interprétation que la connaissance juridique a mission de donner. » KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999, p. 11.

¹⁹⁰² JACKSON B.S., *Semiotics and legal theory*, Routledge-Kegan Paul, Londres-New York, 1985, p. 307.

¹⁹⁰³ « The meaning of any term used in the law may be changed overnight by legislation or precedent. » *Ibid.*

« ce critère », et de déterminer les situations qu'il vise¹⁹⁰⁴. La façon dont la Cour parle du critère Zambrano laisse donc entendre que celui-ci existerait quelque part ou, du moins, aurait été déterminé une fois pour toutes dans l'arrêt initial (voire, qu'il serait « déjà là » dans le traité ou le système juridique de l'Union). Ceci peut être vu comme une sorte de réification ou d'hypostase du concept. De façon intéressante, c'est la réification – au sens de l'affirmation d'un concept intemporel – qui vient justifier l'évolution du concept.

La relation entre la privation de l'essentiel des droits et l'obligation de quitter le territoire est reprise dans toutes les applications ultérieures du concept¹⁹⁰⁵. Elle a d'abord fait l'objet de discussions. Ainsi, dans les arrêts *Iida*¹⁹⁰⁶ et *Ymeriga et Ymeriga-Tafarshiku*¹⁹⁰⁷, les juridictions de renvoi, ainsi que les parties en cause, s'interrogeaient encore sur le fait de savoir si d'autres éléments que l'obligation de quitter le territoire, notamment le respect des droits fondamentaux, pouvaient être pris en compte pour établir une privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen. En reprenant la formulation utilisée dans l'affaire *Dereci*, et en examinant seulement l'obligation de quitter le territoire, la Cour confirme que ces situations se limitent à l'obligation de quitter le territoire dans son ensemble. Tant qu'est maintenue la relation entre les deux formules, ce qui détermine l'application du critère Zambrano est l'obligation de quitter le territoire. Toutefois, l'acceptation de ce déplacement se traduit par une évolution de la discussion, qui se concentrera sur la question de savoir ce que signifie l'obligation de quitter le territoire plutôt que la privation de l'essentiel des droits du citoyen. La détermination du nouveau concept appelle l'introduction d'autres concepts qui, à leur tour, devront être déterminés. Il s'agit d'un exemple caractéristique de « concepts satellites » au sens d'Edward Levi ; c'est leur détermination qui permet de spécifier l'application du traité¹⁹⁰⁸.

En raison de la reformulation opérée par la Cour, déterminer si le critère Zambrano peut s'appliquer revient à déterminer si le citoyen se trouve dans l'obligation de quitter, en fait, le territoire de l'Union dans son ensemble. En décidant dans différentes affaires si une telle obligation pèse sur le

¹⁹⁰⁴ CJUE 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*, resp. para. 66 et 67. On trouve approximativement les mêmes paragraphes dans l'arrêt CJUE 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C 357/11, para. 47 et 48.

¹⁹⁰⁵ V. CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, para. 71 ; CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C 357/11, EU:C:2012:776, para. 47 ; CJUE 9 mai 2013, *Ymeriga et Ymeriga-Tafarshiku*, C-87/12, para. 36 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Aloka et Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, para. 32 ; CJUE, 30 juin 2016, *NA*, C-115/15, EU:C:2016:487, para. 72 ; CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, para. 74 ; CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, para. 29 ; CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354, para. 63.

¹⁹⁰⁶ CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, *op. cit.*.

¹⁹⁰⁷ CJUE, 9 mai 2013, *Ymeriga et Ymeriga-Tafarshiku*, *op. cit.*

¹⁹⁰⁸ LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 48s. Sur les concepts satellites, V. *supra*, Partie II, chapitre 1, section 1, § 2, A.

citoyen concerné, la Cour contribue à la détermination de celle-ci. Dans le cas *Dereci*, les cinq affaires dont la Cour est saisie sont très diverses. Toutefois, les situations sont présentées par le juge de renvoi, l'Avocat général et la Cour comme partageant un trait commun ; contrairement aux enfants Ruiz Zambrano, il n'y a pas de dépendance entre le citoyen et le demandeur de séjour. Si la Cour renvoie la question au juge autrichien, elle semble exclure que les situations en cause puissent être considérées comme une obligation de quitter le territoire, et partant comme une privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits. Elle considère qu'il s'agit de cas où l'obtention d'un titre de séjour pour les membres de leur famille pourrait « paraître souhaitable » pour le citoyen, « pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union », mais que le refus de titre de séjour n'entraîne pas pour lui une obligation de quitter le territoire¹⁹⁰⁹.

Dans l'arrêt *O et S*¹⁹¹⁰, au-delà de l'application du concept d'obligation de quitter le territoire, les indications données par la Cour peuvent être vues comme des directives plus générales quant à son usage correct, de la même façon que la Cour énonçait des directives sur l'usage correct de la privation de l'essentiel des droits dans l'affaire *Dereci*. Dans les deux cas, il s'agit de familles recomposées parmi lesquelles seul un membre de la famille est citoyen de l'Union. Les citoyens sont de jeunes enfants finlandais, nés en Finlande du mariage d'un père finlandais et d'une mère ressortissante d'un État tiers. Après avoir divorcé, les mères se sont par la suite mariées avec des ressortissants d'États tiers avec qui elles ont eu un enfant qui n'a pas la citoyenneté de l'Union. Elles ont obtenu un titre de séjour à titre permanent et habitent en Finlande avec leurs enfants, dont le premier qui est citoyen de l'Union et dont elles ont la garde exclusive. Le refus d'accorder un titre de séjour à leur conjoint pourrait conduire les mères à quitter le territoire de l'Union, dans le cas où elles souhaiteraient maintenir l'unité de leur vie familiale avec celui-ci et leurs enfants. La question centrale à laquelle la Cour devait répondre était donc de déterminer si ce départ constituerait une obligation de quitter le territoire de l'Union. Elle incite le juge de renvoi à répondre négativement en lui expliquant ce qu'il doit prendre en compte pour déterminer si le citoyen se trouve dans l'obligation de quitter le territoire de l'Union : l'absence d'obligation juridique pour les citoyens et leur mère de quitter le territoire et l'inexistence d'une relation de dépendance entre le citoyen de l'Union en bas âge et le ressortissant d'un pays tiers¹⁹¹¹. La Cour relève aussi ce qu'il n'est pas pertinent de prendre en compte : le fait que le ressortissant d'un État tiers vive déjà sous le même toit que sa famille, ainsi que l'exigence d'un lien biologique entre celui-ci et le citoyen de l'Union¹⁹¹².

¹⁹⁰⁹ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*, para. 68.

¹⁹¹⁰ CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, *op. cit.*

¹⁹¹¹ CJUE 6 décembre 2012, *O. et S.*, *op. cit.*, para. 50 à 56.

¹⁹¹² *Ibid.*, para. 54-55.

La relation de dépendance devient alors un élément fondamental pour déterminer si le citoyen de l'Union est obligé, en fait, de quitter le territoire dans son ensemble, comme le montre l'arrêt *Chavez-Vilchez*. La Cour est saisie à l'occasion de huit affaires différentes, où de jeunes enfants, ressortissants néerlandais, vivent avec leurs mères, ressortissantes d'un État tiers. Si les pères, de nationalité néerlandaise, avaient reconnu ceux-ci dans tous les cas, les couples sont séparés et les enfants vivent essentiellement ou exclusivement avec leur mère¹⁹¹³. La Cour doit dire si les mères peuvent obtenir un droit de séjour, dans le cadre de la jurisprudence *Ruijs Zambrano*, afin de pouvoir obtenir des aides sociales qui leur ont été refusées. Plus spécifiquement, la juge *a quo* considère que les mères pourraient obtenir un droit de séjour si les enfants, citoyens de l'Union, étaient obligés de quitter le territoire de l'Union, mais s'interroge sur la prise en compte du fait que le père des enfants réside aux Pays-Bas, alors que les mères sont obligées de quitter le territoire¹⁹¹⁴. Doit-on considérer que l'enfant mineur citoyen de l'Union est obligé de quitter le territoire de l'Union lorsqu'un titre de séjour est refusé au parent qui s'occupe de lui quotidiennement et effectivement, alors qu'il « n'est pas exclu que l'autre parent, qui a la nationalité du même État membre, puisse s'occuper quotidiennement et effectivement de l'enfant¹⁹¹⁵ » ?

Ce qui devient déterminant est l'établissement de « la dépendance » du citoyen de l'Union. La Cour précise que pour l'évaluer, les autorités compétentes doivent prendre en compte le respect de la vie familiale énoncé par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux, lu en combinaison avec l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24 § 2 de celle-ci¹⁹¹⁶. La Cour précise qu'il est pertinent de considérer « la relation de dépendance entre le citoyen de l'Union en bas âge et le ressortissant d'un pays tiers auquel un droit de séjour est refusé [...], dès lors que c'est cette dépendance qui aboutirait à ce que le citoyen de l'Union se voie dans l'obligation, en fait, de quitter non seulement le territoire de l'État membre dont il est ressortissant, mais également celui de l'Union pris dans son ensemble, comme conséquence d'une telle décision de refus¹⁹¹⁷ ».

Le fait que l'autre parent soit « réellement capable de et prêt à assumer seul la charge quotidienne et effective de l'enfant constitue un élément pertinent, mais qui n'est pas à lui seul suffisant » pour

¹⁹¹³ Il faut noter que c'est la première fois que la saisine de la Cour n'intervient pas dans le cadre d'une procédure d'éloignement du territoire.

¹⁹¹⁴ CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, *op. cit.*, para. 38-39.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, para. 59.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, para. 70.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, para. 69.

exclure une relation de dépendance du citoyen avec le parent ressortissant d'un État tiers dont le départ obligerait l'enfant à quitter le territoire de l'Union. En effet, « une telle constatation doit être fondée sur la prise en compte, dans l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de son âge, de son développement physique et émotionnel, du degré de sa relation affective tant avec le parent citoyen de l'Union qu'avec le parent ressortissant d'un pays tiers, ainsi que du risque que la séparation d'avec ce dernier engendrerait pour l'équilibre de cet enfant¹⁹¹⁸ ». En outre, interrogée sur la question de la preuve, la Cour estime qu'un État peut subordonner l'octroi du droit de séjour au parent ressortissant d'un État tiers s'occupant quotidiennement et effectivement de l'enfant à l'obligation d'apporter des éléments permettant d'établir que l'enfant devrait quitter le territoire de l'Union, mais qu'il appartient aux autorités nationales de procéder aux recherches nécessaires pour procéder à cette appréciation à partir de ceux-ci¹⁹¹⁹.

Par la suite, une autre limitation du critère est venue, non relativement aux conditions dans lesquelles il peut être mobilisé, mais au regard des conséquences qui en découlent. Ce qui est au cœur des affaires *CS* et *Rendón Marín* est, comme le dit l'Avocat général Szpunar, « de savoir si le droit de l'enfant citoyen de l'Union de ne pas être contraint à quitter l'Union, qui découle directement de l'article 20 TFUE, est absolu ou si un État membre est fondé à mettre en balance le droit primaire de l'Union avec son propre intérêt à expulser un ressortissant d'un État tiers dont le comportement, du point de vue du droit national, justifie son éloignement vers un État tiers¹⁹²⁰ ». La Cour décide dans ces affaires que l'article 20 TFUE ne fait pas obstacle à ce que les États membres invoquent « une exception liée, notamment, au maintien de l'ordre public et à la sauvegarde de la sécurité publique¹⁹²¹ ». Toutefois, d'une part, l'État doit tenir compte de la charte des droits fondamentaux (notamment le droit à la vie privée et familiale et l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant) et, d'autre part, la restriction doit être entendue strictement, ce qui impose la mise en balance des différents intérêts en présence¹⁹²². Cette limitation, bien qu'elle puisse être vue comme contradictoire avec une protection statutaire, était toutefois attendue en raison de la décision de la Cour dans l'arrêt *Rottmann*.

¹⁹¹⁸ CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, *op. cit.*, para. 71.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, para. 73-78.

¹⁹²⁰ AG Szpunar, ccl sur CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.* et *CS*, *op. cit.*, para. 124.

¹⁹²¹ CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, *op. cit.*, para. 36 et CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.* para. 81.

¹⁹²² CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, *op. cit.*, para. 37-50 et CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.* para. 82-87.

2. Prendre le territoire de l'Union dans son ensemble pour le fragmenter

La Cour recourt à l'affirmation d'un « territoire de l'Union » dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*. Comme le souligne Loïc Azoulai, la locution peut sembler anormale. Les traités européens ne mentionnent aucunement un tel territoire, et « il n'y en a pas besoin¹⁹²³ ». Le champ d'application territorial du droit de l'Union est le territoire de ses États membres¹⁹²⁴ ; la citoyenneté donne « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres¹⁹²⁵ ». L'insertion du territoire de l'Union pourrait être vue comme une sorte d'outil de simplification ou de technique de présentation au sens d'Alf Ross, permettant d'éviter de passer par le territoire des États membres. Toutefois, si l'on prend en compte la dimension symbolique des termes, l'intronisation d'un territoire européen est loin d'être anodine¹⁹²⁶. Elle a pu être vue comme un pas décisif vers une citoyenneté dépassant une citoyenneté transnationale principalement réservée aux migrants, comme se rapprochant d'une vision plus traditionnelle de la citoyenneté liée à un ordre juridique et à un territoire¹⁹²⁷.

Toutefois, le rôle que joue le « territoire de l'Union » dans les arrêts suivants peut faire douter de cette analyse. En effet, à partir de l'arrêt *Dereci*, la Cour parle de l'obligation de quitter « en fait » le territoire de l'Union « pris dans son ensemble¹⁹²⁸ ». On peut voir dans ce déplacement une évolution du concept même de territoire. Alors que l'arrêt *Ruiz Zambrano* autorisait une lecture métaphorique de celui-ci, incluant des dimensions tant matérielles qu'immatérielles, la protection contre l'éloignement visant alors à protéger, au-delà d'un lieu de résidence, la garantie d'une vie au sein d'une « communauté d'idéaux et de valeurs ; [...] correspondant aux standards de la société européenne¹⁹²⁹ », le rôle que joue le territoire de l'Union pris dans son ensemble se trouve, par la suite, limité à une dimension purement géographique. Surtout, prendre le territoire de l'Union dans son ensemble conduit à fragmenter celui-ci.

¹⁹²³ V. AZOULAI L., « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », *The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law*, coll. « EUI Working papers LAW », n° 14, 2014, p. 1-27. Sur l'absence de territoire de l'Union en dehors de l'aspect externe, V. RIGO E., *Europa di confine : trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Rome, Meltemi, 2007.

¹⁹²⁴ V. art. 52 TUE et 355 TFUE.

¹⁹²⁵ V. art. 20 et 21 TFUE.

¹⁹²⁶ Autrement dit, ici aussi, le fait que la Cour parle d'un « territoire de l'Union » et non du « territoire des États membres » ou d'un « vieux fromage » n'est pas sans conséquences.

¹⁹²⁷ V. nt. AZOULAI L., « “Euro-Bonds” The Ruiz Zambrano judgment or the Real Invention of EU Citizenship », *Rethinking (EU) citizenship*, p. 31 ; KOCHENOV D., « Real European Citizenship », *op. cit.*, p. 84s. et 99s.

¹⁹²⁸ CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*, para. 66.

¹⁹²⁹ AZOULAI L., « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », *op. cit.*, p. 3.

L'arrêt *Alokepa* en est une très bonne illustration¹⁹³⁰. La Cour a considéré que les enfants citoyens (et donc, indirectement, leur mère) ne sauraient se prévaloir du critère Zambrano contre le Luxembourg car ils devraient, « [e]n principe¹⁹³¹ », pouvoir résider avec leur mère dans leur pays de nationalité, la France, et ne seraient donc pas dans l'obligation de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble. Il ne s'agit plus d'affirmer que le territoire de l'Union est un territoire uniforme que le citoyen ne saurait être obligé de quitter, mais, cette fois, d'un raccourci pour désigner les différents territoires des États membres. Pour se prévaloir du critère, il faut établir que le citoyen ne pourrait séjourner sur aucun de ceux-ci. Cela conduit à distinguer entre la résidence du citoyen de l'Union sur le territoire de son État de nationalité, et sa résidence sur un autre territoire. Au lieu d'être le ferment d'une citoyenneté supranationale, l'affirmation du territoire de l'Union pris dans son ensemble conduit à désigner l'État de nationalité comme responsable de la protection statutaire garantie par le critère Zambrano¹⁹³².

En outre, il faut souligner que cet arrêt exprime une conception purement formelle du lien entre un État membre et ses nationaux, à travers le critère de nationalité, de façon très différente des liens réels qui ont été évoqués précédemment dans le cas du critère de l'intégration sociale¹⁹³³. Les enfants en cause sont nés au Luxembourg et y avaient séjourné trois ans au moment de la décision contestée, cinq ans au moment de la décision de la Cour. S'ils sont français par leur père, ils ne se sont jamais rendus en France et n'ont aucun lien avec leur père ou sa famille. C'est toutefois à la France que la Cour assigne la responsabilité de les garantir contre un départ forcé du territoire de l'Union. Ce qui prime pour la Cour est donc clairement la nationalité des citoyens de l'Union, dans un sens purement formel, et non le lieu dans lequel ils ont résidé et éventuellement tissé des liens.

De plus, si l'on prend la formule de l'obligation de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble au sérieux, un certain nombre de questions se posent. Tout d'abord, celle de la charge de la preuve et du standard de preuve exigés dans l'établissement de cette obligation. La question était directement discutée dans l'arrêt *Alokepa*. Si c'est à la Cour de renvoi de trancher celle-ci, la réponse de la Cour comme de son Avocat général laissent entendre qu'ils n'ont pas été convaincus par les

¹⁹³⁰ CJUE, 10 octobre 2013, *op. cit.*, C-86-12.

¹⁹³¹ *Ibid.*, C-86-12, para. 35.

¹⁹³² Les autres États étant tout au plus responsables à titre subsidiaire, en cas de défaillance de l'État de nationalité.

¹⁹³³ V. *supra*, section 1, § 2.

arguments de la requérante au principal¹⁹³⁴. Il semble qu'il soit difficile, pour un citoyen qui ne réside pas dans son État de nationalité, d'établir qu'il ne pourra pas y séjourner avec sa mère, ressortissante d'un État tiers. Cette situation, présentée comme particulièrement improbable par la Cour et l'Avocat général, était toutefois celle de la famille Ruiz Zambrano. Comme le suggère d'ailleurs l'Avocat général dans cette affaire, si la famille se trouvait en France et qu'un droit de séjour était refusé à la mère, le refus devrait être constitutif d'une privation de l'essentiel des droits conférés aux deux enfants par leur statut de citoyenneté de l'Union¹⁹³⁵.

Une autre question particulièrement difficile, lorsque l'on suit la formule de la Cour, est de savoir si la possibilité de séjourner dans un autre État membre que celui de sa nationalité pourrait être retenue pour établir qu'un citoyen n'est pas dans l'obligation de quitter l'Union dans son ensemble. Elle peut survenir dans le cas où un citoyen se trouve dans un État tiers (mais dans ce cas le citoyen pourrait en principe résider dans son État de nationalité), mais surtout dans celui où il séjourne sur le territoire de son État de nationalité. On peut d'ailleurs remarquer, comme l'ont fait un certain nombre de commentateurs, que la question de savoir si la famille *Ruiz Zambrano* était en mesure d'obtenir un droit de séjour dans un autre État membre n'a pas été discutée, alors qu'il y avait des raisons pour penser que tel aurait pu être le cas¹⁹³⁶. De manière plus générale, il est loin d'être impossible qu'un citoyen ne puisse séjourner avec certains membres de sa famille sur le territoire de l'État dont il est national, mais puisse le faire dans un autre État, soit en vertu du droit de l'Union, puisqu'il peut alors se prévaloir de la directive 2004/38, soit en vertu d'une législation nationale moins restrictive quant à l'octroi de droits de séjour.

¹⁹³⁴ CJUE, 10 octobre 2013, *Alokpa, op. cit.* La Cour témoigne toutefois d'une certaine prudence sur la possibilité de la famille de séjourner en France, expliquant « que, *en principe*, le refus des autorités luxembourgeoises d'accorder un droit de séjour à M^{me} Alokpa ne saurait avoir comme conséquence d'obliger les enfants de celle-ci à quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble », para. 35, nous soulignons. Pour l'Avocat général, « *il n'est pas imaginable* que les autorités françaises puissent refuser à M^{me} Alokpa d'accompagner ses enfants dans l'État membre dont ils sont ressortissants et d'y séjourner avec eux » AG Mengozzi, ccl sur CJUE, 10 octobre 2013, *Alokpa, op. cit.*, para. 56.

¹⁹³⁵ Mêlant certains aspects de la formule du critère Zambrano et la notion de l'effet utile, l'Avocat général soutient que le refus de donner un droit de séjour à Mme Alokpa par la France « aboutirait à priver d'effet utile les droits liés à la jouissance pleine et entière du statut fondamental de citoyen de l'Union » (para. 56). Il s'appuie toutefois également sur le principe de droit international selon lequel les nationaux jouissent d'un droit inconditionnel d'accès et de séjour sur le territoire de leur État de nationalité et sur l'article 21 TFUE (qui pourrait s'appliquer puisque les enfants auraient alors exercé le droit de circuler). V. AG Mengozzi, ccl sur CJUE, 10 octobre 2013, *Alokpa, op. cit.*, para. 54.

¹⁹³⁶ V. nt. SHUIBHNE N.N., « Case C-434/09, Shirley McCarthy; Case C-256/11, Dereci and others », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 1, p. 367-368. Elle souligne alors que la Cour n'envisage pas un séjour légal sur le territoire d'un autre État membre.

La question s'est posée dans l'affaire *Rendón Marín*, où l'éloignement du territoire espagnol concernait un père, ressortissant d'un État tiers, ayant la garde exclusive de deux jeunes enfants, dont l'un est espagnol et l'autre polonais. Si sa fille, de nationalité polonaise, respecte les conditions exigées par directive 2004/38 pour avoir le droit de séjourner en Espagne, il pourrait bénéficier d'un droit de séjour dérivé, sur le fondement de l'article 21 TFUE et de la directive, en application de la jurisprudence *Zhu et Chen*¹⁹³⁷. En revanche, si tel n'est pas le cas, la question se pose de savoir s'il pourrait obtenir un tel droit dérivé, cette fois de son fils, citoyen résidant dans son État de nationalité, en vertu du critère Zambrano. À la demande de certains États membres, la Cour envisage la possibilité pour la famille de résider en Pologne pour faire obstacle au jeu du critère. Le citoyen de l'Union ne serait en effet pas obligé de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble. Si la Cour semble exprimer sa réticence pour le cas d'espèce, elle en admet toutefois la possibilité, quand bien même la famille n'a aucun lien avec la Pologne, et laisse la décision au juge de renvoi¹⁹³⁸.

Ainsi, l'effet le plus immédiat de l'insertion du critère Zambrano en droit de l'Union est une évolution du statut de citoyen de l'Union. Tel que le concept est déterminé actuellement, cette évolution est très limitée, dans le sens où elle n'est susceptible de jouer que de façon exceptionnelle, comme un ultime recours, quand le citoyen est obligé de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble. Les formules utilisées dans l'arrêt *Ruiz Zambrano* laissaient penser qu'un changement paradigmatique aurait pu avoir lieu. Toutefois, la limitation du critère montre, comme le remarquent Stanislas Adam et Peter Van Elsuwege, que la Cour n'entend pas prendre l'initiative de construire une doctrine similaire à celle de « l'incorporation » en droit états-unien, qui assure la protection des droits fondamentaux garantis par le *US Bill of Rights* sans qu'un mouvement inter-étatique ne soit nécessaire¹⁹³⁹. Considérer la citoyenneté de l'Union comme un lien suffisant avec le droit de l'Union pour que l'article relatif à la non-discrimination en raison de la nationalité puisse s'appliquer « affecterait significativement l'équilibre fédéral au sein de l'Union européenne¹⁹⁴⁰ », et remettrait en

¹⁹³⁷ CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, *op. cit.*, para. 38s.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, para. 79.

¹⁹³⁹ ADAM S. et P. VAN ELSUWEGE, « Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States : Comment on Dereci », *European Law Review*, 2012, vol. 37, n° 2, p. 185-186. Cette proposition est faite par certains auteurs, V. nt., SPAVENTA E., « Seeing the Wood Despite the Trees ? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects », *op. cit.*

¹⁹⁴⁰ « would significantly affect the existing federal balance within the European Union », ADAM S. et P. VAN ELSUWEGE, « Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States », *op. cit.*, p. 188-189.

cause la vision traditionnelle de l'allocation des compétences, en droit de l'Union, comme elle résulte par exemple de la rédaction de l'article 51 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux¹⁹⁴¹.

La limitation actuelle du critère à l'obligation de quitter le territoire conduit à voir celui-ci comme un « dernier recours » pour le citoyen dans des situations de crise, plus que comme le ferment de la construction d'une citoyenneté renforçant les droits de ceux qui en sont titulaires¹⁹⁴². « Quand le statut de citoyen de l'UE de quelqu'un est menacé, le droit de l'UE peut intervenir¹⁹⁴³. » C'est la situation de « vulnérabilité » qui entraîne l'application du droit de l'Union¹⁹⁴⁴. Dans cette perspective, le critère *Ruiž Zambrano* a souvent été rapproché de l'arrêt *Rottmann*, qui donnait une certaine protection au citoyen dans le cas du retrait de son statut. La référence de la Cour à l'arrêt *Rottmann* dans le paragraphe exprimant le critère *Zambrano*, mais surtout l'analogie faite par l'Avocate générale, allaient plutôt dans le sens d'une assimilation de la situation de l'arrêt *Ruiž Zambrano* à celle d'une perte de la citoyenneté¹⁹⁴⁵. Avec le développement du critère *Zambrano*, l'opération inverse est souvent proposée. Le cas *Rottmann* est « conceptualisé » comme une sorte application anticipée du critère *Zambrano*¹⁹⁴⁶.

Il ne faudrait toutefois pas réduire à néant la jurisprudence *Ruiž Zambrano*. La portée d'un changement ne se résume pas à son effet immédiat ou au nombre de cas dans lesquels il est susceptible de jouer. Au-delà des cas dans lesquels il peut jouer en l'état actuel de la jurisprudence, les formules façonnées par la Cour, de « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut », de l'« effet utile de la citoyenneté » ou du « territoire de l'Union européenne » ont été introduites dans le discours du juge européen et sont susceptibles de susciter des attentes, des déceptions, et de nourrir l'argumentation des différents participants à la controverse. Pour s'en convaincre, il suffit de penser aux réactions concernant les articles consacrés à la citoyenneté de l'Union.

¹⁹⁴¹ Pour une discussion de cette question, V. IGLESIAS SÁNCHEZ S., « Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads : A Promising Alliance or a Dangerous Liaison ? », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 464-481.

¹⁹⁴² V. SHUIBHNE N.N., « Case C-434/09, Shirley McCarthy; Case C-256/11, Dereci and others », *op. cit.*, p. 365s.

¹⁹⁴³ « once one's EU citizenship status is under threat, EU law can intervene ». KOCHENOV D., « Real European Citizenship », *op. cit.*, p. 94.

¹⁹⁴⁴ DUBOUT E., « The Protection of Fundamental Rights and the Allocation of Competences in the EU : A Clash of Constitutional Logics », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford ; New York, OUP, 2014, p. 202.

¹⁹⁴⁵ V., en ce sens, pour l'applicabilité du droit de l'Union, le para. 95 des conclusions de l'AG dans *Ruiž Zambrano*, « [c]oncrètement, cela mettrait Diego et Jessica dans une "situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par [leur qualité de citoyens de l'Union] et des droits y attachés" ». V. aussi, para. 99.

¹⁹⁴⁶ V. par ex, KOCHENOV D., « Case C-135/08 *Janko Rottmann v Freistaat Bayern*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010 », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, n° 6, p. 84 ; SHUIBHNE N.N., « Case C-434/09, Shirley McCarthy; Case C-256/11, Dereci and others », *op. cit.*, p. 364s.

B. Décider en dehors du cadre conceptuel

Au-delà de la liberté laissée par l'indétermination, le nouveau concept permet à la Cour de faire quelque chose qu'elle n'aurait pas pu faire avec les concepts du système juridique. Les conclusions d'Eleanor Sharpston sur *Ruiz Zambrano* permettent de voir en quoi décider dans le cadre conceptuel peut être une contrainte. Contrastant avec le laconisme de la Cour, son argumentation est très développée. Elle envisage trois voies différentes permettant d'arriver à la même solution que la Cour dans le cas d'espèce, c'est-à-dire à l'incompatibilité des mesures en cause avec le droit de l'Union. Tout d'abord, elle propose de reconnaître aux citoyens de l'Union un droit de séjour autonome. Celui-ci serait fondé directement sur la citoyenneté de l'Union, indépendamment de leur droit de circuler. Dans le cas où la Cour n'accepterait pas cette solution, elle propose de faire évoluer la jurisprudence de la Cour sur la discrimination à rebours. La proposition est présentée comme une première étape limitée au domaine de la citoyenneté, qui est celui où les conséquences de la jurisprudence de la Cour sont le « plus manifestement dommageables » pour l'Avocate générale. Elle prend soin d'en restreindre la portée en proposant à la Cour de dire que l'article 18 TFUE interdit la discrimination à rebours uniquement lorsque trois conditions sont remplies : la discrimination est causée par l'interaction de l'article 21 TFUE avec le droit national ; elle implique une violation d'un droit fondamental protégé par le droit de l'Union européenne ; une protection au moins équivalente n'est pas disponible en droit national. Enfin, dans le cas où la Cour refuserait ses deux premières propositions, l'Avocate générale pose la question du champ d'application des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union. Elle envisage la possibilité pour la famille Zambrano d'invoquer un droit fondamental à la vie familiale en droit de l'Union européenne, de manière indépendante de toute autre disposition. Tout en proposant le champ dans lequel ces droits fondamentaux pourraient être garantis (dans le cas de l'existence d'une compétence exclusive ou partagée de l'Union, peu importe que cette compétence ait été exercée ou non), elle explique qu'elle ne pense pas qu'il faille adopter cette solution dans le cas d'espèce.

Ces conclusions témoignent d'un travail très important pour concevoir des solutions permettant de protéger les citoyens en cause en raison de leur statut de citoyen, tout en limitant ce type de protection pour ne pas bouleverser complètement le droit de l'Union. Les propositions s'appuient essentiellement sur des concepts juridiques qui sont déjà utilisés en droit de l'Union – à l'exception de la discrimination à rebours, qui est toutefois largement discutée en doctrine et par les avocats généraux. Ceci limite ce que l'Avocate générale peut faire. En effet, si elle peut faire beaucoup de

choses avec les concepts juridiques dont elle dispose, certaines solutions semblent très difficiles à atteindre avec des concepts dont les implications sont déterminées et qui s'appliquent dans différentes sphères du droit de l'Union. Pour prendre un exemple, il serait difficile de reconnaître un droit de séjour au citoyen de l'Union sans reprendre au moins en partie le cadre usuel dans lequel un droit de séjour peut être reconnu et les tests habituellement utilisés, passant par la justification des mesures en cause puis par l'examen de leur proportionnalité. Certes, les concepts existants peuvent eux-mêmes être modifiés ou réarticulés pour permettre de limiter la solution proposée. Ceci se perçoit bien à l'aune du remarquable travail d'ingénierie mis en œuvre pour ne faire jouer la « discrimination à rebours » que dans un champ restreint, ou pour limiter la possibilité donnée aux citoyens d'invoquer une méconnaissance de leurs droits fondamentaux. Il ne s'agit pas de dire qu'il est impossible pour l'Avocat général ou pour la Cour d'arriver à ces solutions ; toutefois, des contraintes existent dans la mesure où limiter une solution implique un travail important, et ne peut se faire sans avoir des répercussions sur d'autres champs.

Produire un nouveau concept permet à la Cour de décider, au moins pour un temps, en dehors du cadre conceptuel existant. Cela permet de donner une réponse à la Cour de renvoi – ce à quoi la Cour est tenue – sans répondre aux questions qui posent difficulté. Ainsi, le tribunal du travail de Bruxelles demandait frontalement si les dispositions relatives à la citoyenneté conféraient « un droit de séjour au citoyen de l'Union sur le territoire de l'État membre dont ce citoyen a la nationalité, indépendamment de l'exercice préalable par celui-ci de son droit de circuler sur le territoire des États membres¹⁹⁴⁷ ». En reformulant la question et en répondant à l'aide du critère Zambrano, la Cour conceptualise différemment le cas, et peut donner une solution au juge sans se prononcer directement sur le droit de séjour. Ce type de stratégie se retrouve dans d'autres situations où des juges créent un nouveau concept qui permet de ne pas trancher une question dans des termes qui pourraient leur poser problème. Cet aspect de l'innovation conceptuelle a déjà été perçu, de façon plus ou moins explicite, dans d'autres cas célèbres : les constituants de l'an III produisent le concept de national¹⁹⁴⁸, le juge

¹⁹⁴⁷ CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, *op. cit.*, para. 35.

¹⁹⁴⁸ TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 301-322.

Cardozo propose le concept de *negligence* dans l'arrêt *McPherson v. Buick Motor Co*¹⁹⁴⁹. On pourrait également penser à l'identité constitutionnelle proclamée par le Conseil constitutionnel français¹⁹⁵⁰.

Il peut être plus simple pour le juge de construire un nouveau concept qui pourra être défini de façon spécifique, adaptée à l'objectif poursuivi ou, d'ailleurs, répondre à l'absence d'objectif défini. En outre, un autre aspect de l'innovation conceptuelle, qui est rarement mentionné, est qu'en permettant de décider en dehors du cadre conceptuel, elle permet de ne pas porter atteinte à celui-ci. Par sa nouveauté radicale elle présente, au moins à certains égards, une dimension conservatrice. Ceci est très perceptible avec le critère Zambrano. Contrairement aux propositions de l'Avocat général, la production d'un nouveau concept permet à la Cour d'isoler la solution de sa jurisprudence développée dans le cadre de la libre circulation ou de la question de la protection des droits fondamentaux. De même, « l'identité constitutionnelle » peut être vue comme permettant de ne pas remettre en cause un jeu de concepts et de théories organisant la relation des systèmes juridiques national et européen.

Dans le cas de la jurisprudence *Ruiz Zambrano*, il est d'ailleurs significatif que le critère Zambrano soit parfois proposé pour conceptualiser *a posteriori* des cas antérieurs, décidés dans le cadre conceptuel du marché intérieur. Ainsi le juge Lenaerts a-t-il présenté le cas *Zhu et Chen* comme une sorte d'application anticipée du critère Zambrano¹⁹⁵¹. Cette reconstruction lui permet aussi d'affirmer la cohérence des cas *Zhu et Chen* et *McCarthy* sur le plan de l'entrave à la circulation¹⁹⁵². En effet, explique-

¹⁹⁴⁹ Ce cas d'innovation conceptuelle est sans doute un des plus discutés de la littérature américaine, V. nt. LEVI E.H., « An Introduction to Legal Reasoning », *op. cit.*, p. 507-519 ; FELDMAN H.L., « Appellate Adjudication as Conceptual Engineering », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1re éd. New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 76-97.

¹⁹⁵⁰ En ce sens, Véronique Champeil-Desplats et Pierre Brunet voient dans l'identité constitutionnelle proclamée par le Conseil constitutionnel français un cas de production conceptuelle résultant de contraintes juridiques. Elle permet de faire face à la difficulté devant laquelle se trouvent certains juges nationaux qui, d'une part, ne peuvent « exercer un contrôle d'opportunité de la loi de transposition » mais qui, d'autre part, « n'acceptent pas non plus de faire prévaloir une norme internationale sur la Constitution lorsque celle-ci prétend être la norme ultime du système juridique ». BRUNET P. et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal - Bruxelles, Anthémis - Université de Saint-Louis, coll. « Publications des facultés universitaires Saint-Louis », n° 135, 2012, p. 419. Les auteurs soulignent que le concept s'inscrit dans un contexte spécifique, ce qui explique la forme qu'il prend en France, mais que l'on retrouve d'autres concepts qui jouent un rôle du même ordre dans d'autres systèmes juridiques.

¹⁹⁵¹ LENAERTS K., « The Court's Outer and Inner Selves : Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 51.

¹⁹⁵² La Cour, dans l'arrêt *McCarthy*, reprend la conceptualisation de l'affaire *Garcia Avello* qu'elle avait déjà faite dans l'arrêt *Grunkin et Paul*, et qui recentre la question sur « les inconvénients sérieux qui constituaient une entrave à la libre circulation » plutôt que sur la double nationalité. CJUE 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*

t-il, contrairement à ce que l'on peut lire dans l'arrêt, ce n'est pas la nationalité irlandaise de l'enfant se trouvant sur le territoire britannique qui constituait le lien de rattachement avec le droit de l'Union, mais le fait que l'éloignement de sa mère l'aurait obligé à quitter le territoire de l'Union¹⁹⁵³. Ici, l'innovation peut être vue comme une réponse au désordre perçu dans l'architecture conceptuelle du marché intérieur, en raison de rattachements jugés « artificiels » à la circulation¹⁹⁵⁴.

L'histoire de la formation du concept – les cas dans lesquels il a été appliqué et les formules utilisées – présente une certaine contrainte pour le juge. La contrainte doit ici encore être prise dans un sens très large, comme résultant de la configuration du système juridique, mais aussi des applications antérieures du concept, des formules utilisées, des relations qui souhaitent être maintenues ou non entre elles et des théories produites pour justifier la détermination du concept. Perçue historiquement, la construction conceptuelle présente un phénomène de « dépendance de sentier ». La forme du concept telle qu'elle est définie à un moment donnée dépend du chemin parcouru pour la déterminer, et tout particulièrement des premiers cas. À certains égards, le juge produisant lui-même de nouveaux concepts est comme l'auteur oulipien, qui, dans des propos attribués à Raymond Queneau, « construit lui-même le labyrinthe dont il se propose de sortir...¹⁹⁵⁵ ».

C-202/13, para. 52. V. CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, para. 36 et CJCE 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, para. 23. V. *supra*, partie II, chapitre 2, section 2, § 2, B, 2.

¹⁹⁵³ Cette construction permettant d'affirmer une sorte de cohérence implicite des arrêts de la Cour dans le cadre de la liberté de circulation se heurte toutefois à la jurisprudence postérieure de la Cour, si l'on songe à l'application du critère Zambrano dans l'arrêt *Alokepa*, précédemment discutée, qui devrait impliquer que le critère ne pourrait pas s'appliquer dans le cas *Zhu et Chen* où la citoyenne ne réside pas dans son État de nationalité.

¹⁹⁵⁴ Se fondant sur une lecture extensive de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits, Dimitry Kochenov montre que l'on pourrait conceptualiser la situation des enfants *Garcia Avello* comme s'approchant du critère Zambrano, car fondée sur l'importance des inconvénients sérieux pour le citoyen résultant de la législation en cause, plutôt que de la lier à un potentiel déplacement. V. KOCHENOV D., « Real European Citizenship », *op. cit.*, p. 89. V. également SHUIBHNE N.N., « Case C-434/09, Shirley McCarthy; Case C-256/11, Dereci and others », *op. cit.*, p. 369.

¹⁹⁵⁵ « Et un AUTEUR oulipien, c'est quoi ? C'est 'un rat qui construit lui-même le labyrinthe dont il se propose de sortir'. Un labyrinthe de quoi ? De mots, de sons, de phrases, de paragraphes, de chapitres, de livres, de bibliothèques, de prose, de poésie, et tout ça... » V. <http://ouliipo.net/fr/oulipiens/o>.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

Les droits de circulation et de séjour du citoyen, ainsi que celui de ne pas être discriminé en raison de sa nationalité, sont conçus à partir du cadre conceptuel du droit de l'Union, et essentiellement celui des libertés de circulation. Celui-ci permet de penser, de dire et de faire des choses qui ne seraient pas pensables, dicibles ou faisables dans un autre cadre conceptuel. C'est particulièrement visible lorsque l'on considère la question de l'applicabilité du droit de l'Union, qui conduit à changer de façon importante la façon de penser les limites mises à l'action des États. Les questions ne sont plus posées dans les termes de la répartition verticale des compétences, mais au regard de l'effet que les mesures étatiques ont sur la liberté de circulation du citoyen. De même, la justification des mesures restreignant la libre de circulation ou discriminatoires implique une véritable traduction conceptuelle de la part des gouvernements nationaux ; les normes nationales doivent être traduites dans le langage de la proportionnalité. Si les objectifs défendus par les normes nationales sont pris en compte, elles sont également mises en question, quelle que soit leur place dans la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique national. L'épreuve de justification a lieu dans le cadre intellectuel du droit de l'Union.

Si le langage du droit de l'Union présente une certaine autonomie, celle-ci est relative. Les termes qu'il reprend sont chargés de significations et de symboles qui suscitent des attentes. C'est particulièrement le cas pour le terme de citoyen, dont l'introduction dans le langage du droit de l'Union s'est accompagnée d'un certain désencastrement ; les mythes auxquels il renvoie dans d'autres contextes sont en partie démantelés. Le décalage qu'il y a entre ce que peut représenter la citoyenneté dans d'autres contextes et ce que permet de faire le concept dans le droit de l'Union peut être vu comme une limite du cadre conceptuel. La déception provoquée peut toutefois induire une proposition de réforme, par la construction de lacunes axiologiques ou par la présentation de la citoyenneté comme une forme inachevée. Le cadre conceptuel est construit comme insuffisant. Ces insuffisances peuvent être dépassées par différents types d'opérations, qui peuvent être plus ou moins internes au cadre. Elles peuvent entraîner une adaptation de celui-ci, par la réarticulation des concepts ou l'innovation interstitielle, ou bien, de façon plus radicale, conduire à essayer d'en sortir, ce qui n'est toutefois possible que de façon limitée et temporaire.

En fonction du point de vue adopté, la construction du cadre peut être considérée comme satisfaisante ou non. Par exemple, le fait que les relations légales se développent essentiellement entre

les citoyens et les États membres, et non entre les citoyens et l'Union, est un point commun à la structure des libertés fondamentales en droit de l'Union. Cette particularité a pu être saluée comme une singularité du droit de l'Union, voire comme une forme de « proto-citoyenneté », la comparaison implicite se faisant entre l'Union et d'autres organisations internationales¹⁹⁵⁶. Plus tard, après l'introduction de la citoyenneté dans les traités, il a aussi pu être présenté comme une anomalie par rapport aux théories classiques de la citoyenneté, la comparaison étant cette fois faite entre l'Union et une structure étatique¹⁹⁵⁷. Les participants à la controverse peuvent opposer différents types d'insuffisances. Ainsi, certains arguent que la citoyenneté de l'Union devrait garantir l'égalité de tous les citoyens dans l'accès aux prestations sociales, d'autres, au contraire, qu'elle ne doit pas remettre en cause les mécanismes de solidarité définis au niveau national. De façon singulière, le critère de l'intégration sociale peut se lire comme une réponse à ces lacunes axiologiques opposées.

¹⁹⁵⁶ V. CURTIN D., « The constitutional structure of the Union : A Europe of bits and pieces », *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30, n° 1, p. 67.

¹⁹⁵⁷ V. *supra*, partie I, chapitre 1, section 2, § 2, A, 2.

CONCLUSION

Comme de nombreuses questions en droit de l'Union, celle de l'activité du juge a été absorbée par le débat sur l'intégration. C'est d'ailleurs souvent à cette aune que la Cour est jugée activiste – intégrationniste – ou déférente – respectueuse de l'autonomie des États membres. Les décisions de la Cour entremêlent des questions substantielles et des questions relatives à la répartition des compétences. Lorsque la Cour dit, dans l'arrêt *Zhu et Chen*¹⁹⁵⁸, que le droit de l'Union impose que la mère de la citoyenne soit autorisée à séjourner au Royaume-Uni, elle reconnaît le droit à un enfant dépendant de séjourner avec sa mère, ressortissante d'un État tiers, sur le territoire d'un État européen, mais elle reconnaît aussi que le droit de l'Union peut affecter la réglementation d'un État membre dans le domaine régalién du contrôle de l'immigration. Cette opération ne peut être comprise en dehors d'un cadre conceptuel spécifique. Elle ne peut être résumée à un transfert de compétences ; elle implique une nouvelle façon de penser la répartition des pouvoirs entre l'Union et l'État membre.

Considérer le droit de l'Union dans ses propres termes repose sur l'hypothèse qu'il existe un discours spécifique au droit de l'Union. Le parti que nous avons pris est de ne pas réduire celui-ci à l'expression de forces sous-jacentes, mais de le prendre au sérieux, comme un artefact culturel. Ceci conduit à un certain renversement des conceptions habituelles qui ont tendance à considérer que la culture serait l'apanage du droit étatique – parce qu'elle serait quelque chose de noble et d'ancien – alors que le droit de l'Union ne serait qu'un instrument au service de l'intégration ou d'autres objectifs. Au contraire, nous avons défendu que le droit de l'Union pouvait être vu comme disposant d'une culture, d'un langage et d'un cadre conceptuel propres, qui ne sont pas réductibles à ceux des États membres. Ce cadre intellectuel permet aux différents acteurs d'agir, mais contribue aussi à limiter ce qu'ils peuvent faire ou ce qu'ils peuvent vouloir faire.

De façon générale, nous n'avons pas cherché, au cours de l'enquête, à évaluer l'activité de la Cour mais à caractériser le travail conceptuel à l'œuvre. Pour ce faire, la grille d'analyse activiste/déférente, ou intégrationniste/respectueuse de l'autonomie des États membres, largement répandue, est

¹⁹⁵⁸ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *op. cit.*

réductrice. Il ne s'agit pas de dire qu'elle n'a aucun intérêt ou qu'elle ne fait qu'exprimer l'opinion de ceux qui l'utilisent, mais qu'il peut être utile de s'interroger dans d'autres termes. Tout d'abord, ce type d'approche ayant concentré une grande partie des débats concernant la Cour, il paraît profitable de changer de perspective¹⁹⁵⁹. Ensuite, et surtout, cette grille de lecture risque de mettre fin à la réflexion lorsqu'elle est prise comme l'objectif de l'analyse, fonctionnant non seulement comme un « discussion-stopper » mais comme un « thought-stopper », pour reprendre les termes de Putnam¹⁹⁶⁰. Conclure, par exemple, que la Cour a été déférente dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*¹⁹⁶¹, ou, au contraire, qu'elle a été activiste dans l'arrêt *Grunkin et Paul*¹⁹⁶², est d'un intérêt très limité pour mieux comprendre ce qu'a fait la Cour. Pour cette raison, notre objet n'a pas tant été de montrer que la jurisprudence de la Cour relative à la citoyenneté de l'Union a eu un effet intégrationniste, ni d'ailleurs d'en souligner les limites, que de chercher à caractériser comment le cadre conceptuel du droit de l'Union a contribué au développement du statut de citoyen.

Refusant une approche dans laquelle la controverse n'est que le reflet de forces plus profondes, sans pour autant adopter une lecture focalisée sur l'interprétation, notre démarche a plutôt consisté à s'interroger sur l'activité du juge à partir du cadre du travail conceptuel. Théoriquement, l'approche retenue s'appuie sur le pragmatisme inférentiel et normatif proposé par Robert Brandom. Celui-ci permet de développer une enquête sur les concepts qui n'est pas conceptualiste, au sens traditionnel du terme, ou, pour le dire autrement, de s'intéresser aux formes de façon non-formaliste. À partir de la recherche menée sur la construction jurisprudentielle de la citoyenneté, nous avons pu identifier des opérations typiques, comme l'involution conceptuelle, l'invention ou la naturalisation d'une solution, la reconnaissance, la non-reconnaissance, la construction de lacunes axiologiques ou l'innovation conceptuelle. Ce cadre d'analyse offre, en retour, un regard différent de celui qui est habituellement porté sur la construction de la citoyenneté de l'Union. Il permet de donner une compréhension plus riche de l'institution du contenu conceptuel, qui intervient dans des cas, procède par formules et ne peut être compris en dehors de la controverse dans laquelle elle prend place ; ceci se perçoit particulièrement bien dans des lignes de cas qui portent sur le nom de famille ou sur le critère Zambrano.

¹⁹⁵⁹ La question se trouve dans la plupart des travaux concernant la Cour. Pour un exemple d'une défense de la Cour comme n'étant pas aussi activiste que l'on voudrait le dire, V. SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013. Au contraire, pour une critique de l'activisme de la Cour, V. CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in European law and policy », 2012.

¹⁹⁶⁰ L'auteur parle d'une certaine lecture de la dichotomie fait/valeur. PUTNAM H., *The collapse of the fact/value dichotomy: and other essays*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, Harvard University Press, 2002, p. 44.

¹⁹⁶¹ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*

¹⁹⁶² CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *op. cit.*

Le choix de la citoyenneté de l'Union n'est pas le fruit du hasard. En grande partie construite par le juge à partir du cadre conceptuel des libertés de circulation, dotée d'une dimension symbolique forte, la citoyenneté offre sans doute un terrain particulièrement propice pour penser le travail conceptuel du juge. Toutefois, le grille d'analyse construite au fil de l'enquête, et certaines des opérations qui ont été caractérisées, devraient pouvoir être utilisés pour penser l'activité du juge dans d'autres contextes. Il ne s'agit pas de dire qu'elles puissent être transposées pour n'importe quel autre concept ou pour tout autre juge, mais simplement qu'elles peuvent constituer des pistes de réflexion pour penser l'activité du juge dans d'autres environnements. En outre, au-delà de l'activité du juge, l'enquête pourrait être poursuivie sur d'autres fronts. Nous nous sommes concentrés sur le concept juridique de citoyen de l'Union dans la pratique discursive se déroulant devant la Cour, mais cette recherche pourrait être développée pour voir comment ces constructions juridiques participent à la construction de leur environnement social.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- ACKERMAN B.A., *Au nom du peuple : les fondements de la démocratie américaine*, traduit par Jean-Fabien SPITZ, Paris, Calmann-Lévy, 1998.
- ADAMS M., H. DE WAELE, J. MEEUSEN, et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- ALEXY R., *A theory of constitutional rights*, traduit par Julian RIVERS, Oxford, OUP, 2010.
- ALTER K.J., *The European Court's political power : selected essays*, Oxford, OUP, 2009.
- BARNARD C., *The substantive law of the EU : the four freedoms*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2016.
- BARNES B., *Interests and the growth of knowledge*, Londres - Boston, Routledge - KPaul, coll. « Routledge direct editions », 1977.
- BEAUD O., *Théorie de la fédération*, 2e éd., Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2009.
- BECK G., *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart, coll. « Modern studies in European law », 2012.
- BELL M., *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2002.
- BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press - OUP, coll. « Oxford European Community law series », 1993.
- BENLOLO CARABOT M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », n° 4, 2006.
- BIX B., *Jurisprudence : theory and context*, 5^e éd., Durham, Carolina Academic Press, 2009.
- BIX B., *Law, language, and legal determinacy*, Oxford, OUP, 1993.
- BLOOR D., *Knowledge and social imagery*, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- BLUMANN C. et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2013.
- BLUNDEN A., *Concepts : A Critical Approach*, Leiden ; Boston, BRILL, 2012.
- BOLTANSKI L. et L. THEVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.
- BOUTAYEB C. (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne : droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

- BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, deuxième partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2011.
- BRANDOM R.B., *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2010.
- BRANDOM R.B., *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par Claudine TIERCELIN et Jean-Pierre COMETTI, Paris, les éditions du Cerf, 2009.
- BRANDOM R.B., *Tales of the mighty dead : historical essays in the metaphysics of intentionality*, Cambridge, Massachusets ; Londres, Harvard University Press, 2002.
- BREDIMAS A.E., *Methods of interpretation and community law*, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1978.
- BRIBOSIA E., E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH, et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- BRILLAT M., *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre droits européens*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2015.
- BROWN L.N., *Brown and Jacobs : the Court of Justice of the European Communities*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1993.
- BUTTERFIELD H., *The Whig interpretation of history*, New York, Norton, coll. « Norton library », 1965.
- CALLON M. (dir.), *The laws of the markets*, Londres, Blackwell, 1998.
- CANALE D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padoue, CEDAM, 2003.
- CARO DE SOUSA P., *The European fundamental freedoms : a contextual approach*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2015.
- CARPENTIER M., *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, 2014.
- CAYLA O. et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002.
- CHALMERS D., G. DAVIES, et G. MONTI, *European Union law : text and materials*, 3^e éd., New York, CUP, 2014.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014.
- COLEMAN J.L., *The practice of principle : in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, OUP, 2001.
- COLLECTIF, *Les concepts en droit : usages et identité*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Cahiers de méthodologie juridique », 2012.
- CONWAY G., *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, CUP, coll. « Cambridge studies in European law and policy », 2012.
- CRAIG P. et G. DE BÚRCA, *EU law : text, cases, and materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2015.

- DAVIES G., *Nationality discrimination in the European internal market*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 44, 2003.
- DESCOMBES V., *La denrée mentale*, Paris, France, Éditions de Minuit, coll. « Critique », 1995.
- DICKSON J., *Evaluation and legal theory*, Oxford, Hart, 2001.
- DOUGLAS-SCOTT S., *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, Pearson Education, 2002.
- DUBOIS L. et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2015.
- DUBOUT E., *L'article 13 du traité CE : la clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne. Thèses », n° 2, 2006.
- DUBOUT E. et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1928, vol. II.
- DUXBURY N., *Patterns of American jurisprudence*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1995.
- DWORKIN R.M., *Law's empire*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- FISH S., *Respecter le sens commun : rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, traduit par Odile NERHOT, Diegem - Paris, E. Story-Scientia - LGDJ, coll. « La Pensée juridique moderne », 1995.
- FISH S.E., *Doing what comes naturally : change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- FRAZER J.G., *Le Rameau d'or*, traduit par Pierre SAYN et Henri PEYRE, Paris, Robert Laffont, 1981.
- FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 2007.
- FULLER L.L., *Legal fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967.
- GAUDIN H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et F. FINES, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014.
- GEERTZ C., *Agricultural Involvement : The Processes of Ecological Change in Indonesia*, Berkeley, University of California press, 1992.
- GENY F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Société du Recueil Sirey, 1930, vol.IV.
- GOLTZBERG S., *Les sources du droit*, Paris, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2016.
- GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010.
- HALPIN A., *Reasoning with law*, Oxford ; Portland, Hart, 2001.
- HAGE J.C. et D. v d PFORDTEN, *Concepts in law*, Londres, Springer, 2009.

- HART H.L., *Essays on Bentham : studies in jurisprudence and political theory*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1982.
- HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005.
- HENNETTE-VAUCHEZ S. et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou La nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014.
- HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003.
- HOHFELD W.N., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001.
- ILIOPOULOU A., *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2007.
- ISRAËL L., *L'arme du droit*, Paris, les presses de Sciences Po, 2009.
- JACKSON B.S., *Semiotics and legal theory*, Routledge-Kegan Paul, Londres-New York, 1985.
- JACOB M.A., *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice : unfinished business*, Cambridge, CUP, 2014.
- JOUANJAN O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2005.
- JOUANJAN O. et F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, Saint-Nicolas, Les presses de l'université Laval, 2007.
- KAHN P.W., *The cultural study of law : reconstructing legal scholarship*, Chicago, University of Chicago Press, 1999.
- KARPENSCHIF M. et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, PUF, 2016.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^e éd., Paris - Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999.
- KENNEDY D., *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997.
- KLATT M., *Making the law explicit : the normativity of legal argumentation*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- KOCHENOV D. et J. LINDEBOOM, *Breaking Chinese Law – Making European One : The Story of Chen, Or : Two Winners, Two Losers, Two Truths*, New York, Social Science Research Network, 2015.
- KOUTRAKOS P., N. NIC SHUIBHNE, et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016.

- KRIPKE S.A., *Règles et langage privé : introduction au paradoxe de Wittgenstein*, traduit par Thierry MARCHAISSE, Paris, Seuil, 1996.
- KUHN T.S., *La structure des révolutions scientifiques*, traduit par Laure MEYER, Paris, Flammarion, 2008.
- LANDAIS G., *Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse, Institut Universitaire Européen, 2017.
- LASSER M. de S.-O.-L., *Judicial transformations : the rights revolution in the courts of Europe*, Oxford, OUP, 2009.
- LATOUR B., *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Nouvelle éd., Paris, la Découverte, 2011.
- LATOUR B., *Aramis ou L'amour des techniques*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », 1992.
- LATOUR B. et S. WOOLGAR, *La vie de laboratoire : La production des faits scientifiques*, traduit par Michel BIEZUNSKI, Paris, Découverte, coll. « Sciences et société », 1993.
- LAW J., *After Method : Mess in Social Science Research*, Londres, Routledge, 2004.
- LEITER B., *Naturalizing jurisprudence : essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, Oxford, OUP, 2007.
- LEVINE C., *Forms : whole, rhythm, hierarchy, network*, Princeton, Princeton University Press, 2015.
- LEVI-STRAUSS C., *Oeuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2008.
- LEVI-STRAUSS C., *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1984.
- LLEWELLYN K.N., *The common law tradition : deciding appeals*, Boston, Little, Brown, 1960.
- LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2015.
- MAAS W., *Creating European citizens*, Lanham, Rowman & Littlefield, coll. « Europe today », 2007.
- MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, 2^e éd., Stanford, Stanford University Press, coll. « Jurists: profiles in legal theory », 2008.
- MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, traduit par Odile NERHOT et Philippe COPPENS, Bruxelles, Story Scienta, 1992.
- MACKENZIE D.A., F. MUNIESA, et L. SIU (dir.), *Do economists make markets ? on the performativity of economics*, Princeton, Princeton University Press, 2007.
- MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, coll. « Etudes européennes », 1999.
- MAHER C., *The Pittsburgh school of philosophy : Sellars, McDowell, Brandom*, New York, Routledge, 2012.
- MARGOLIS E. et S. LAURENCE, *Concepts : core readings*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1999.

- MARX K., *Le capital : critique de l'économie politique. Livre premier : Le procès de production du capital*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2014.
- MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Institut universitaire Varenne, coll. « Collection des thèses », 2013.
- MATTERA A., *Le Marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990.
- MELVILLE H., *Bartleby, the scrivener*, Hoboken, Melville House Pub., 2010.
- MINDUS P., *European Citizenship after Brexit Freedom of Movement and Rights of Residence*, Cham, Springer International Publishing, 2017.
- MINDUS P., *Cittadini e no: forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Florence University Press., Florence, coll. « Studi e saggi », 2014.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979.
- MÜLLER F., *Discours de la méthode juridique*, traduit par Olivier JOUANJAN, Paris, PUF, 1996.
- MURPHY G.L., *The big book of concepts*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, MIT Press, 2002.
- NADEAU R., *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999.
- NIC SHUIBHNE N., *The coherence of EU free movement law : constitutional responsibility and the Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Oxford studies in European law », 2013.
- NICOLA F. et B. DAVIES (dir.), *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, CUP, 2017.
- OFFENSTADT N., L. BOLTANSKI, E. CLAVERIE, et S. VAN DAMME, *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007.
- O'LEARY S., *The evolving concept of Community citizenship : from the free movement of persons to Union citizenship*, La Haye, Kluwer Law International, 1996.
- OLSEN E.D.H., *Transnational European citizenship : tracing conceptions of citizenship in the European integration process*, Florence, Institut Universitaire Européen, 2008.
- PASSERON J.-C., *Le raisonnement sociologique : un espace non poppérien de l'argumentation*, Paris, Albin Michel, coll. « Bibliothèque de L'Évolution de l'humanité », 2006.
- PAUNIO E., *Legal certainty in multilingual EU law : language, discourse, and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham, Ashgate Publishing Limited, 2013.
- PERELMAN C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1979.
- PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2004.
- PESCATORE P., *Vade-mecum : recueil de formules et de conseils pratiques à l'usage des rédacteurs d'arrêts*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

- PESCATORE P., *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne », 2005.
- PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Naples, Casa editrice Jovene, coll. « Università di Cagliari, Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza », n° 41, 1990.
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 2016.
- POCOCK J.G.A., *Le moment machiavélien : la pensée politique florentine et la tradition républicaine atlantique*, traduit par Luc BOROT, Paris, PUF, 1997.
- POIARES MADURO M. et L. AZOULAI, *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart, 2010.
- PULLANO T., *La citoyenneté européenne : un espace quasi étatique*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014.
- PUTNAM H., *The collapse of the fact/value dichotomy : and other essays*, Cambridge, Massachusetts ; Londres, Harvard University Press, 2002.
- RASMUSSEN H., *On law and policy in the European Court of Justice : a comparative study in judicial policymaking*, Boston, M. Nijhoff, 1986.
- RIGO E., *Europa di confine : trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Rome, Meltemi, 2007.
- RILES A., *Collateral knowledge : legal reasoning in the global financial markets*, Chicago ; Londres, University of Chicago Press, coll. « Chicago series in law and society », 2011.
- ROBIN-OLIVIER S., *Le principe d'égalité en droit communautaire : étude à partir des libertés économiques*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- RORTY R., *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge, CUP, 1989.
- ROSS A., *On Law and Justice*, Berkeley ; Los Angeles, University of California press, 1959.
- ROSSI DAL POZZO F., *Citizenship rights and freedom of movement in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, coll. « European monographs », n° 82, 2013.
- ROVERSI C., *Costituire : uno studio di ontologia giuridica*, Turin, Giappichelli, 2012.
- SANKARI S., *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013.
- SCHAUER F.F., *Thinking like a lawyer : a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009.
- SEARLE J.R., *The construction of social reality*, Londres, Allen Lane, 1995.
- SILTALA R., *Law, truth and reason : a treatise on legal argumentation*, Dordrecht, Springer, 2011.
- SKINNER Q., *Visions of Politics. Volume 1: Regarding Method*, Cambridge, CUP, 2002.
- SOAMES S., *Philosophical analysis in the twentieth century*, Princeton ; Oxford, Princeton University Press, 2003.

- SOLUM L.B., *Legal Theory Lexicon 057 : Realist Deconstruction of Formal Legal Categories*, Rochester ; New-York, Social Science Research Network, 2011.
- SOMEK A., *Individualism : an essay on the authority of the European Union*, Oxford, OUP, 2008.
- SPAVENTA E., *Free movement of persons in the European Union : barriers to movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.
- STONE SWEET A., *The judicial construction of Europe*, Oxford, OUP, 2004.
- TAMANAH B.Z., *Beyond the formalist-realist divide : the role of politics in judging*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- THOMAS Y., *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard - Seuil, 2011.
- THOMAS Y., *Mommsen et « L'Isolierung » du droit (Rome, l'Allemagne et l'Etat)*, Paris, Diffusion de Boccard, 1984.
- THOMAS Y., *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse, Paris II, Paris, 1976.
- TIZZANO A., J. KOKOTT, et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du colloque*, Luxembourg, Publications Office, 2013.
- TROPER M., *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006.
- TRYFONIDOU A., *The impact of Union citizenship on the EU's market freedoms*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016.
- TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2009.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.
- VAIHINGER H., *The philosophy of « As if » : A system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind*, traduit par C.K. OGDENE, Londres, Routledge - K. Paul, 1952.
- VALVERDE M., *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press, coll. « Cultural lives of law », 2003.
- VANDERSANDEN G., *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Répertoire pratique du droit belge », 2013.
- VAUCHEZ A., *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. « Gouvernances », 2013.
- VERGES J., *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de Minuit, 1968.
- VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1996.
- WANDERER J., *Robert Brandom*, Stocksfield, Acumen, coll. « Philosophy now », 2008.
- WEILER J., *The Constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? And other essays on European integration*, Cambridge, CUP, 1999.
- WEISS B. et J. WANDERER (dir.), *Reading Brandom : on Making it explicit*, Londres, Routledge, 2010.

- WILLARD M., *La Défense accusée*, Paris, Éditions sociales, 1955.
- WINTER S.L., *A clearing in the forest : law, life, and mind*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.
- WITTGENSTEIN L., *Recherches philosophiques*, traduit par Françoise DASTUR, Maurice ELIE, Jean-Luc GAUTERO, Dominique JANICAUD et Elisabeth RIGAL, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2005.
- WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, Dordrecht ; Boston, Kluwer Academic, coll. « Law and philosophy library », 1992.

ARTICLES, CHAPITRES D'OUVRAGES ET AUTRES

- ACKERMANN T., « Case C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. Etat Belge* », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n° 1, p. 141-154.
- ADAM S. et P. VAN ELSUWEGE, « Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States : Comment on Dereci », *European Law Review*, 2012, vol. 37, n° 2, p. 176-190.
- ADLER-NISSEN R. et K. KROPP, « A Sociology of Knowledge Approach to European Integration : Four Analytical Principles », *Journal of European Integration*, 2015, vol. 37, n° 2, p. 155-173.
- AKRICH M., M. CALLON, et B. LATOUR, « A quoi tient le succès des innovations ? 1 : L'art de l'intéressement ; 2 : Le choix des porte-parole », *Gérer et Comprendre. Annales des Mines*, 1988, 11 et 12, p. 4-17 et 14-29.
- AMSELEK P., « L'étonnement devant le droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1968, vol. 13, p. 163-183.
- ARNULL A., « Freedom of establishment and freedom to provide services : metropolitan misfortune », *European law review*, 1989, vol. 14, n° 3, p. 166-169.
- AUDIT M., « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1476-1478.
- AUSTIN J.L., « A Plea for Excuses : The Presidential Address », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, vol. 57, p. 1-30.
- AZOULAI L., « The European Individual as Part of Collective Entities (Market, Family, Society) », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 203-223.
- AZOULAI L., « Introduction : the question of competence », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 1-16.

- AZOULAI L., « Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory », *The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law*, coll. « EUI Working papers LAW », n° 14, 2014, p. 1-27.
- AZOULAI L., « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341-368.
- AZOULAI L., « La limite à l'arrêt. Positivité de la transgression chez Jacques Derrida », J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 497-510.
- AZOULAI L., « Le sujet des libertés de circuler », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 385-411.
- AZOULAI L., « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice : EU law as total law ? », *European Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 192-219.
- AZOULAI L., « La formule de l'entrave », L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1-21.
- AZOULAI L., « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », G. COHEN-JONATHAN, V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL (dir.), *Chemins d'Europe : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1-28.
- AZOULAI L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 29.
- AZOULAI L., « "Euro-Bonds" The Ruiz Zambrano judgment or the Real Invention of EU Citizenship », *Rethinking (EU) citizenship*, p. 31.
- BADINTER R. et M. BENLOLO CARABOT, « La Cour de justice et la construction de la citoyenneté européenne », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 123-126.
- BALL T. et J.G.A. POCOCK, « Introduction », T. BALL et J.G.A. POCOCK (dir.), *Conceptual change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988, p. 1-12.
- BARBOU DES PLACES S., « The Integrated Person in EU Law », L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES et E. PATAUT (dir.), *Constructing the person in EU law : rights, roles, identities*, Hart Publishing, 2016, p. 179-202.
- BARBOU DES PLACES S., « Le critère d'intégration sociale, nouvel axe du droit européen des personnes ? », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 689-704.
- BARNARD C., « Citizenship of the Union and the Area of Justice : (Almost) The Court's Moment of Glory », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 505-522.

- BARNARD C., « Derogations, Justifications and the Four Freedoms : Is State Interest Really Protected ? », C. BARNARD et O. ODUDU (dir.), *The outer limits of European law*, Hart Publishing, 2009, p. 273-305.
- BARNARD C., « Article 13 : Through the looking glass of Union Citizenship », P.M. TWOMEY et D. O'KEEFFE (dir.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Londres, Bloomsbury Publishing, 1999, p. 375-394.
- BARTL M., « Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union : Resuscitating the Market as the Object of the Political », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 5, p. 572-598.
- BELLAMY R., « A Duty-Free Europe ? What's Wrong with Kochenov's Account of EU Citizenship Rights », *European Law Journal*, 2015, vol. 21, n° 4, p. 558-565.
- BENGOETXEA J., « Rights (and obligations) in EU law », A. MENON, E. JONES et S. WEATHERILL (dir.), *The Oxford handbook of the European Union*, Oxford, OUP, coll. « Oxford handbooks in politics & international relations », 2012, p. 734-748.
- BENGOETXEA J. et N. JÄÄSKINEN, « Rights and Diverse Effects in EU Law », R. BANAKAR (dir.), *Rights in context : law and justice in late modern society*, Burlington, Ashgate, 2010, p. 277-300.
- BENGOETXEA J., N. MACCORMICK, et L. MORAL SORIANO, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », G. DE BÚRCA et J.H.H. WEILER (dir.), *The European Court of Justice*, Oxford, OUP, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », 2001, p. 43-85.
- BENLOLO CARABOT M., « Vers une citoyenneté européenne de résidence ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 7-28.
- BENLOLO CARABOT M., « La "jouissance effective de l'essentiel des droits" attachés au statut de citoyen. Une nouvelle substance pour la citoyenneté de l'Union ? », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 2, p. 443- 450
- BENLOLO-CARABOT M., « La non-discrimination entre étudiants », C. GAUTHIER, M. GAUTIER et F. FINES (dir.), *La non-discrimination entre les Européens*, Paris, Pedone, coll. « Collection Droits européens », 2012, p. 239-252.
- BENLOLO CARABOT M., « Brexit et citoyenneté européenne », *Revue des affaires européennes*, 2016, n° 4, p. 607-621.
- BENNET M., « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon WN Hohfeld », *Klesis*, 2011, n° 21, p. 133-156.
- BERGE J.-S., « Existence/exercice des droits subjectifs et libertés de circulation : l'hypothèse (à nouveau) d'un rapport de mise en œuvre », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 139-158.

- BERNARD N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *International & Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 82–108.
- BESSON S. et M.-L. GÄCHTER-ALGE, « L'interprétation en droit européen - Quelques remarques introductives », S. BESSON, N. LEVRAT et E. CLERC (dir.), *Interprétation en droit européen*, Bruxelles - Genève, Bruylant - Schulthess, coll. « Fondements du droit européen », 2011.
- BLACKBURN S., « Whig view of history », *The Oxford dictionary of philosophy*, Oxford, OUP, coll. « Oxford paperback reference », 2008.
- BLANC D., « Citoyenneté européenne et nationalité. La politique sans le politique », É. RALSER et J. KNETSCH (dir.), *La nationalité française dans l'océan Indien : actes du colloque, organisé à Saint-Denis de La Réunion, 9 novembre 2015*, Paris, Société de législation comparée, 2017, p. 173-197.
- BOLTANSKI L., « L'être sans le corps de l'institution », P. NAPOLI (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes : Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, coll. « Collection de l'École française de Rome », n° 480, 2013, p. 153-173.
- BOLTANSKI L. et E. CLAVERIE, « Du monde social en tant que scène d'un procès », N. OFFENSTADT, L. BOLTANSKI, E. CLAVERIE et S.V. DAMME (dir.), *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, 2007, p. 395-452.
- BORGMANN-PREBIL Y., « The Rule of Reason in European Citizenship », *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n° 3, p. 328-350.
- BORGMANN-PREBIL Y. et M. ROSS, « Article 9 », H.-J. BLANKE et S. MANGIAMELI (dir.), *The Treaty on European Union (TEU) : a commentary*, Heidelberg - New York, Verlag Berlin Heidelberg - Springer, 2013, p. 389-415.
- BOUDON J., « La controverse entre Michel Troper et François Furet ou de l'anachronisme nécessaire des concepts », N. LAURENT-BONNE et X. PREVOST (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne : Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Paris, LGDJ, 2016, p. 193-203.
- BOUTAYEB C. et A. RACCAH, « Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union », *Revue du droit sanitaire et social*, 2011, n° 3, p. 449-465.
- BOUVERESSE J., « Wittgenstein critique de Frazer », *Agone*, 2000, n° 23, p. 33-54.
- BRANDOM R., « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 19-39.
- BRANDOM R., « From a critique of cognitive internalism to a conception of objective spirit : reflections on Descombes' Anthropological Holism », *Inquiry*, 2004, vol. 47, n° 3, p. 236-253.
- BRANDOM R., « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and Historicism », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, 2000, p. 156-182.

- BRIBOSIA E., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans l'Union européenne à la lumière de la protection des droits fondamentaux », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 189-226.
- BRIBOSIA E. et A. WEYEMBERGH, « Nouveaux instruments normatifs et nouvelles avancées jurisprudentielles en matière de lutte contre les discriminations sur base de la nationalité après le traité d'Amsterdam », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 239-248.
- BRUNESSEN B., « Les blocs de jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, n° 4, p. 740-770.
- BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit & Société*, 2002, n° 50, p. 19-28.
- BRUNET P. et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal - Bruxelles, Anthémis - Université de Saint-Louis, coll. « Publications des facultés universitaires Saint-Louis », n° 135, 2012, p. 387-428.
- DE BÚRCA G., « The Role of Equality in European Community Law », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 13-34.
- DE BÚRCA G., « The Language of Rights and European Integration », J. SHAW et G. MORE (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995.
- CALLEGARO F., « Robert B. Brandom : rendre l'autonomie humaine explicite », *La philosophie analytique*, Paris, Ellipses, coll. « Lectures de », 2011, p. 576-578.
- CALLIESS C., « The Dynamics of European Citizenship: From Bourgeois to Citoyen », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 425-441.
- CALLON M., « Pour une sociologie des controverses technologiques », M. AKRICH et B. LATOUR (dir.), *Sociologie de la traduction : Textes fondateurs*, Paris, Presses des Mines, coll. « Sciences sociales », 2013, p. 135-157.
- CALLON M., « Why virtualism paves the way to political impotence ? A reply to Daniel Miller's critique of The Laws of the Markets », *Economic sociology, European Electronic Newsletter*, 2005, vol. 6, n° 2, p. 3-20.
- CALLON M., « Éléments pour une sociologie de la traduction : la domestication des coquilles St-Jacques et des marins pêcheurs dans la baie de St. Briec », *L'Année sociologique*, 1986, n° 36, p. 169-208.

- CARPANO E., « Autopsie d'un revirement avorté : retour sur la saga *Jégo-Quééré / Unión de Pequeños Agricultores* », E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, 2012, p. 181-208.
- CARRERA S., « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », *CEPS paper*, avril 2014, n° 64.
- CHEROT J.-Y., « Le tournant méthodologie en philosophie du droit », S. CIMAMONTI, L. TRANCHANT, J.-Y. CHEROT et J. TREMEAU (dir.), *Le droit entre autonomie et ouverture : mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 29-59.
- CHEROT J.-Y., « Suivre une (la) règle », J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365-378.
- CHEROT J.-Y., « L'analyse des concepts en droit : Sur quatre thèses de Hart et quelques questions », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2012, n° 5, p. 2273-2285.
- CLOSA C., « Citizenship of the Union and nationality of Member States », *Common Market Law Review*, 1995, vol. 32, n° 2, p. 487-518.
- CLOSA C., « The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union », *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, n° 6, p. 1137-1169.
- COHEN F.S., « Transcendental nonsense and the functional approach », *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, n° 6, p. 809-849.
- COLLECTIF, « Two-speed European Citizenship ? Can the Lisbon Treaty help close the gap ? », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n° 1, p. 1-11.
- CORBIN A.L., « Jural relations and their classification », *The Yale Law Journal*, 1921, vol. 30, n° 3, p. 226-238.
- COTTERRELL R., « The Politics of Jurisprudence Revisited : A Swedish Realist in Historical Context », *Ratio Juris*, 2015, vol. 28, n° 1, p. 1-14.
- CREMONA M., « EU External Relations : Unity and Conferral of Powers », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 65-85.
- CRUZ VILAÇA J.L. da, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », A. ROSAS, E. LEVITS et Y. BOT (dir.), *The Court of Justice and the construction of Europe : analyses and perspectives on sixty years of case-law*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 279-306.
- CURTIN D., « The constitutional structure of the Union : A Europe of bits and pieces », *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30, n° 1, p. 17-69.
- DAVID F., « La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 553-578.

- DAVID P.A., « Clio and the Economics of QWERTY », *The American Economic Review*, 1985, vol. 75, n° 2, p. 332-337.
- DAVIES G., « The Right to Stay at Home : a basis for expanding European family rights », D. KOCHENOV (dir.), *EU Citizenship and Federalism : The Role of Rights*, Cambridge, CUP, 2017, p. 468-488.
- DAVIES G., « Free Movement, the Quality of Life and the Myth that the Court Balances Interests », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 218-239.
- DAVIES G., « Activism relocated. The self-restraint of the European Court of Justice in its national context », *Journal of European Public Policy*, 2012, vol. 19, n° 1, p. 76-91.
- DAVIS R.W., « Citizenship of the Union rights for all », *European Law Review*, 2002, vol. 27, n° 2, p. 121-137.
- DE CECCO F., « Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, p. 383.
- DE GROOT G.-R., « Towards a European Nationality Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, vol. 8, n° 3.
- DE SOMER M. et M.P. VINK, « 'Precedent' and Fundamental Rights in the CJEU's Case Law on Family Reunification Immigration », *European Integration online Papers*, 2015, vol. 19.
- DE WITTE B., « Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order », P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 1999, p. 177-214.
- DE WITTE F., « Kick off contribution Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ? », F. DE WITTE, R. BAUBÖCK et J. SHAW (dir.), *Freedom of movement under attack : Is it worth defending as the core of EU citizenship ?*, coll. « RSCAS EUDO Citizenship Observatory », n° 69, 2016, p. 1-4.
- DELEUZE G., « Bartleby, ou la formule », *Critique et clinique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1993, p. 89-114.
- DESCOMBES V., « Replies », *Inquiry*, 2004, vol. 47, n° 3, p. 267-288.
- DEWEY J., « Logical method and law », *The Philosophical Review*, 1924, vol. 33, n° 6, p. 560-572.
- DICKSON J., « Methodology in jurisprudence », *Legal Theory*, 2004, vol. 10, n° 3, p. 117-156.
- DONY M., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 45-62.

- DOUGAN M. et E. SPAVENTA, « Educating Rudy and the non English patient : a double bill on residency rights under Article 18 EC », *European Law Review*, 2003, vol. 28, n° 5, p. 699-712.
- DOWNES T., « Market Citizenship : Functionalism and Fig-leaves », R. BELLAMY et A. WARLEIGH (dir.), *Citizenship and governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001, p. 93-106.
- DUBOUT E., « L'échec de la citoyenneté européenne ? Les mutations d'une citoyenneté complexe en période de crise identitaire », *Jus Politicum*, 2017, vol. 18, p. 283-309.
- DUBOUT E., « The Protection of Fundamental Rights and the Allocation of Competences in the EU : A Clash of Constitutional Logics », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford ; New York, OUP, 2014, p. 193-211.
- DUMÉZ H., « What Is a Case, and What Is a Case Study ? », *Bulletin of Sociological Methodology / Bulletin de Méthodologie Sociologique*, 2015, vol. 127, n° 1, p. 43-57.
- DWORKIN R.M., « The model of rules », *The University of Chicago Law Review*, 1967, vol. 35, n° 1, p. 14-46.
- DYEVRE A., « Unifying the field of comparative judicial politics : towards a general theory of judicial behaviour », *European Political Science Review*, 2010, vol. 2, n° 02, p. 297-327.
- EIJKEN H. van, « Case C-391/09 », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 2, p. 809-826.
- VAN EIJKEN H. et S.A. DE VRIES, « A new route into the promised land? Being a European citizen after Ruiz Zambrano », *European Law Review*, 2001, vol. 36, n° 5, p. 704-721.
- EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas - LGDJ, 2002, p. 289-305.
- ENGEL P., *Hegel et l'ornithorynque*,
<https://www.unige.ch/lettres/philo/enseignants/pe/Engel%202012%20CR%20de%20Robert%20Brandom%20Rendre%20explicite%20in%C3%A9dit.pdf>, consulté le 15 septembre 2017.
- EPINEY A., « L'arrêt *Van Gend en Loos* et la citoyenneté de l'Union », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 135-154.
- EPINEY A., « The Scope of Article 12 EC : Some Remarks on the Influence of European Citizenship », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, n° 5, p. 611-622.
- EVANS A., « Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, coll. « European forum », 1998, p. 267-291.

- EVANS A.C., « European Citizenship : A Novel Concept in EEC Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1984, vol. 32, n° 4, p. 679-715.
- EVERSON M., « The Legacy of the Market Citizen », J. SHAW et G. MORE (dir.), *New legal dynamics of European Union*, New York, Clarendon Press, 1995, p. 73-90.
- FALLON M., « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection Droit de l'Union européenne. Colloques », n° 28, 2014, p. 17-66.
- FELDMAN H.L., « Appellate Adjudication as Conceptual Engineering », G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, 1^{re} éd., New York, Routledge, coll. « Routledge studies in contemporary philosophy », n° 53, 2013, p. 76-97.
- FOSTER N., « Family and welfare rights in Europe : the impact of recent European Court of Justice decisions in the area of the free movement of persons », *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2003, vol. 25, n° 3, p. 291-303.
- FRIES S. et J. SHAW, « Citizenship of the Union : First Steps in the European Court of Justice », *European Public Law*, 1998, vol. 4, n° 4, p. 533-559.
- FURET F., « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1992, vol. 47, n° 6, p. 1185-1194.
- GARBEN S., « Case C-73/08, Nicolas Bressol and Others, Celine Chaverot and Others v. Gouvernement de la Communauté Française, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 April 2010, NYR », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, p. 1493.
- GAUTIER Y., « Citoyenneté de l'Union », *Revue Europe*, 2002, n° 11, p. 369.
- GAUTIER Y., « CJCE, 11 juill. 2002, M.-N. D'Hoop, aff. C-224/98, Citoyenneté de l'Union », *Revue Europe*, 2002, n° 10, p. 316.
- VAN GESTEL R. et H.-W. MICKLITZ, « Why Methods Matter in European Legal Scholarship », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 3, p. 292-316.
- GLÜER K. et Å. WIKFORSS, « The Normativity of Meaning and Content », E.N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- GREEN L., « General Jurisprudence : A 25th Anniversary Essay », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, vol. 25, n° 4, p. 565-580.
- GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, p. 113-129.
- HAFERKAMP H.-P., *Jurisprudence of Concepts*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts>, consulté le 15 septembre 2017.
- HAGE J.C., « The Meaning of Legal Status Words », J.C. HAGE et D. v d PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Londres, Springer, 2009, p. 53-66.

- HAILBRONNER K. et D. THYM, « Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano », *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, n° 4, p. 1253-1270.
- HALL S., « Loss of Union citizenship in breach of fundamental rights », *European Law Review*, 1996, vol. 21, n° 2, p. 129-143.
- HART H.L., « The ascription of responsibility and rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, vol. 49, p. 171-194.
- HART H.L.A., « Definition and Theory in Jurisprudence », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, 1983, p. 21-48.
- HART H.L.A., « Problems of the Philosophy of Law », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 88-120.
- HART H.L.A., « Introduction », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983.
- HART H.L.A., « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 265-277.
- HART H.L.A., « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Essays in jurisprudence and philosophy*, New York - Oxford, Clarendon Press - OUP, 1983, p. 49-87.
- HART H.L.A., « American jurisprudence through English eyes : The nightmare and the noble dream », *Georgia Law Review*, 1976, vol. 11, n° 5, p. 969-989.
- HART H.L.A., « Dias and Hughes on Jurisprudence », *Journal of the Society of Public Teachers of Law (New Series)*, 1957-1958, vol. 4, p. 143.
- HART H.L.A., « Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer », *University of Pennsylvania Law Review*, 1956, vol. 105, p. 953.
- HATHAWAY O.A., « Path dependence in the law : The course and pattern of legal change in a common law system », *Iowa Law Review*, 2001, vol. 86, p. 601-665.
- HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 205-229.
- HAUSER J., « Nom : il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, n° 1, p. 62.
- HEN C., « Vers une citoyenneté européenne ? », *Citoyenneté et nationalité : perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1991, p. 273-292.
- HIMMA K.E., « Editor's Introduction », *Law and Philosophy*, 2011, vol. 30, n° 4, p. 377-379.
- HOHFELD W.N., « Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning », *The Yale Law Journal*, 1917, vol. 26, n° 8, p. 710-770.

- HOHFELD W.N., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 1913, vol. 23, n° 1, p. 16-59.
- HOLMES O.W., « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1997, vol. 110, n° 5, p. 991-1009.
- HUGLO J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, vol. 35, n° 4, p. 729-739.
- HUGLO J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, vol. 32, n° 4, p. 741-746.
- HUTCHESON J.C., « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. II Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 531-551.
- IGLESIAS SÁNCHEZ S., « Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads : A Promising Alliance or a Dangerous Liaison ? », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 464-481.
- ILIOPOULOU A., « Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination », *Revue des affaires européennes*, 2011, n° 1, p. 51-59.
- ILIOPOULOU A. et H. TONER, « A new approach to discrimination against free movers ? », *European Law Review*, 2003, vol. 28, n° 3, p. 389-397.
- ILIOPOULOU-PENOT A., « Libertés de circulation et abus de droit », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 185-204.
- ILIOPOULOU-PENOT A., « Le rattachement à l'Etat comme critère de l'intégration sociale », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 651-665.
- ILIOPOULOU-PENOT A., « The Transnational Character of Union Citizenship », M. DOUGAN, N. NIC SHUIBHNE et E. SPAVENTA (dir.), *Empowerment and disempowerment of the European citizen*, Oxford, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2012, p. 15-35.
- ISRAËL L. et J. GROSDIDIER, « John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme », *Tracés*, 24 novembre 2014, n° 27, p. 163-180.
- JACOBI H.A., « Furstin by any Other Name-European Citizenship and the Limits of Individual Rights in the ECJ, A », *Columbia Journal of European Law*, 2010, vol. 17, p. 643-671.
- JACOBS F.G., « Citizenship of the European Union - A Legal Analysis », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, n° 5, p. 591-610.
- JACOBS F.G., « An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 1-12.

- JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Nationality and the European Union After Amsterdam », D. O'KEEFFE et P.M. TWOMEY (dir.), *Legal issues of the Amsterdam treaty*, Oxford, Hart, 1999, p. 395-412.
- JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., « Union Citizenship : Pie in the Sky ? », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 58-84.
- JESTAZ P., « Le langage et la force contraignante du droit », L. INGBER et P. VASSART (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Belgique, Ed. Nemesis, 1991, p. 69-86.
- VON JHERING R., « In the Heaven for Legal Concepts : A Fantasy », *Temple Law Quarterly*, 1985, vol. 58, p. 799.
- JOUANJAN O., « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, n° 128, p. 129-144.
- KENNEDY D., « A Semiotics of Legal Argument », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Academy of European Law, Kluwer, 1994, vol.3, p. 309-365.
- KENNEDY D., « Freedom and Constraint in Adjudication : A Critical Phenomenology », *Journal of legal education*, 1986, vol. 36, n° 4, p. 518-562.
- KINGREEN T., « Fundamental Freedoms », A. von BOGDANDY et J. BAST (dir.), *Principles of European constitutional law*, 2° éd., Oxford - München, Hart - Beck, 2009, p. 515-549.
- KNOP K., R. MICHAELS, et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Review*, 2012, vol. 64, p. 589-656.
- KOCHENOV D., « EU Citizenship without Duties », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 482-498.
- KOCHENOV D., « A Real European Citizenship : A New Jurisdiction Test: A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe », *Columbia Journal of European Law*, 2012, vol. 18, p. 55-109.
- KOCHENOV D., « The Citizenship Paradigm », *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 197-225.
- KOCHENOV D., « Case C-135/08 *Janko Rottmann v Freistaat Bayern*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010 », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, n° 6, p. 1831-1846.
- KOMÁREK J., « Reasoning with Previous Decisions : Beyond the Doctrine of Precedent », *American Journal of Comparative Law*, 2013, vol. 61, n° 1, p. 149-171.
- KOSTAKOPOULOU D., « When EU Citizens become Foreigners », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 447-463.
- KOSTAKOPOULOU D., « European Union Citizenship : Writing the Future », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, n° 5, p. 623-646.

- KOSTAKOPOULOU D., « Ideas, Norms and European Citizenship : Explaining Institutional Change », *The Modern Law Review*, 2005, vol. 68, n° 2, p. 233-267.
- KOVAR R., « L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté européenne dans le processus d'intégration européenne », C. PHILIP et P. SOLDATOS (dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, Université de Montréal, Chaire Jean Monnet, coll. « Collection Études européennes. Colloques européens », 2000, p. 81-93.
- KOVAR R. et D. SIMON, « La citoyenneté européenne », *Cahiers de droit européen*, 1993, n° 3-4, p. 285-316.
- KUMM M., « What do you have in virtue of having a constitutional right ? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2006, vol. 6, n° 41.
- LA TORRE M., « Citizenship, Constitution and the European Union », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 435-457.
- LA TORRE M., « Citizenship : A European Wager », *Ratio Juris*, 1995, vol. 8, n° 1, p. 113-123.
- LAGARDE P., « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004, n° 1, p. 184-243.
- LANDES W.M. et R.A. POSNER, « Legal Precedent : A Theoretical and Empirical Analysis », *The Journal of Law & Economics*, 1976, vol. 19, n° 2, p. 249-307.
- LANE R. et N.N. SHUIBHNE, « Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000 », *Common Market Law Review*, 2000, vol. 37, n° 5, p. 1237-1247.
- LEGRAND P., « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52-81.
- LEHNING P.B., « European citizenship : A mirage? », P.B. LEHNING et A.P. WEALE (dir.), *Citizenship, democracy and justice in the new Europe*, Londres ; New-York, Routledge, coll. « European political science series », 1997, p. 175-199.
- LEITER B., « Naturalism in Legal Philosophy », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012.
- LEITER B., « Naturalizing Jurisprudence : Three Approaches », J.R. SHOOK et P. KURTZ (dir.), *The Future of Naturalism*, Amherst, Humanity Books, 2009.
- LEMIEUX C., « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2007, vol. 25, n° 1, p. 191-212.
- LENAERTS K., « The Court's Outer and Inner Selves : Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 13-60.

- LENAERTS K., « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3-41.
- LEVI E.H., « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, 1948, vol. 15, n° 3, p. 501-574.
- LLEWELLYN K., « Wesley Newcomb Hohfeld. Teacher », *The Yale Law Journal*, 1919, vol. 28, n° 8, p. 795-798.
- MACCORMICK N., « Rights in Legislation », P.M.S. HACKER et J. RAZ (dir.), *Law, Morality, and Society : Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, 1977, p. 189-209.
- MAGNETTE P., « L'égalité de traitement en matière de droits politiques et ses limites », E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, A. WEYEMBERGH et P. MAGNETTE (dir.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 119-149.
- MAGNETTE P., « Conclusions. La dynamique de la citoyenneté européenne », P. MAGNETTE (dir.), *De l'étranger au citoyen : construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck Université, coll. « L'homme, l'étranger », 1997, p. 183-191.
- MÄKINEN K., « Union Citizenship Representing Conceptual (Dis)continuities in EU Documents on Citizenship and Culture », *Contributions to the History of Concepts*, 2014, vol. 9, n° 1, p. 105-120.
- MANCINI G.F. et D.T. KEELING, « Democracy and the European Court of Justice », *The Modern Law Review*, 1994, vol. 57, n° 2, p. 175-190.
- MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts », *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.
- MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts and Cognitive Science », E. MARGOLIS et S. LAURENCE (dir.), *Concepts : core readings*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1999, p. 3-81.
- MARIAS E.A., « Mechanisms of Protection of Union Citizens' Rights », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 207-233.
- MARIATTE F., « CJCE, 9 nov. 2006, aff. C-520/04, *Turpeinen*, Égalité de traitement en matière d'imposition sur le revenu », *Europe*, 2007, n° 1, p. 2.
- MARSHALL D.L., « The Implications of Robert Brandom's Inferentialism for Intellectual History », *History and Theory*, 2013, vol. 52, n° 1, p. 1-31.
- MARTIN D., « Comments on D'Hoop (Case C-224/98 of 11 July 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 July 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 July 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 September 2002) », *European Journal of Migration and Law*, 2003, vol. 5, p. 143-162.
- MARTIN D., « Comments on Ferlini (Case C-411/98 of 3 October 2000) », *European Journal of Migration and Law*, 2001, vol. 3, n° 2, p. 257-261.
- MATHISEN G., « Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement », *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, p. 1021-1048.

- MCLAUGHLIN N., « How to Become a Forgotten Intellectual : Intellectual Movements and the Rise and Fall of Erich Fromm », *Sociological Forum*, 1998, vol. 13, n° 2, p. 215-246.
- VAN DER MEI A.P., « Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship, *Comments on*, Baumbast and R v. Secretary of State for Home Department, 17 September 2002 (Case C-413/99) », *European Journal of Migration and Law*, 2003, vol. 5, n° 3, p. 419-433.
- MENÉNDEZ A.J., « European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European law become more human but less social ? », *ARENA Working paper*, 2009, n° 11.
- MERTENS DE WILMARS J., « L'arrêt *Cowan* », *Cahiers de droit européen*, 1990, n° 3-4, p. 388-402.
- MICHEL V., « Brèves réflexions sur la citoyenneté européenne », COLLECTIF (dir.), *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire : Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 399-411.
- MICHEL V., « Le législateur européen et l'entrave », L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 283-301.
- MILLARD E., *L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant*, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009961/document>, consulté le 15 septembre 2017.
- MILLET F.-X., « The Respect for National Constitutionnal Identity in the European Legal Space : an Approach to Federalism as Constitutionalism », L. AZOULAI (dir.), *The question of competence in the European Union*, Oxford, OUP, 2014, p. 253-275.
- MINDUS P., « Europeanisation of Citizenship within the EU: Perspectives and Ambiguities », *Jean Monnet Working Papers*, 2008.
- DE MOOR A., « Article 7 of the Treaty of Rome Bites », *The Modern Law Review*, 1985, vol. 48, n° 4, p. 452-459.
- MOORE M.S., « A Natural Law Theory of Interpretation », *Southern California Law Review*, 1985, vol. 58, p. 277-398.
- NIC SHUIBHNE N., « Primary Laws : Judging Free Movement Restrictions after Lisbon », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 297-318.
- NIC SHUIBHNE N., « Seven questions for seven paragraphs », *European law review*, 2011, vol. 36, n° 2, p. 161-162.
- NOURISSAT C., « CJCE, Ass. plén., 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c/ Etat belge*, aff. C-148/02, Rec. I-11613 », M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 373-378.
- O'BRIEN C., « Civis capitalist sum : Class as the new guiding principle of EU free movement rights », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, n° 4, p. 937-977.

- O'BRIEN C., « Real links, abstract rights and false alarms : the relationship between the ECJ's "real link" case law and national solidarity », *European Law Review*, 2008, vol. 33, n° 5, p. 643-665.
- O'KEEFFE D., « Reflections on European Union Citizenship », *Current Legal Problems*, 1996, vol. 49, n° 1, p. 347-374.
- O'KEEFFE D., « Equal Rights for Migrants : the Concept of Social Advantages in Article 7(2), Regulation 1612/68 », *Yearbook of European Law*, 1985, vol. 5, n° 1, p. 93-123.
- O'LEARY S., « Putting flesh on the bones of European Union citizenship », *European law review*, 1999, vol. 24, n° 1, p. 68-79.
- O'LEARY S., « The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *Common Market Law Review*, 1995, vol. 32, n° 2, p. 519-554.
- O'LEARY S., « The Social Dimension of Community Citizenship », A. ROSAS et E. ANTOLA (dir.), *A citizens' Europe : in search of a new order*, Londres, SAGE, 1995, p. 156-181.
- O'LEARY S., « Nationality law and Community citizenship : a tale of two uneasy bedfellows », *Yearbook of European Law*, 1992, vol. 12, n° 1, p. 353-384.
- PALOMBELLA G., « Constitutional Transformations vs. "Juridical" coups d'État. A Comment on Stone Sweet », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 941-945.
- PATAUT E., « Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes - De la construction d'un marché à l'élaboration d'un statut », S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER et C. PERES (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », n° 33, 2010, p. 147-178.
- PEERS S., « Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice », *European law review*, 2001, vol. 26, n° 1, p. 76-83.
- PERELMAN C., « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice : études*, Bruxelles, Belgique, E. Bruylant, 1978
- PERTEK J. et E. SLEIMAN, « Les étudiants et la communauté : l'esquisse d'un statut de l'étudiant en mobilité », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998, vol. 418, p. 306-321.
- PESCATORE P., « La protection des droits ordinaires du "Citoyen Européen" », *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pedone, 2006, p. 455-471.
- PFERSMANN O., « Arguments ontologiques et argumentation juridique », P. LIVET (dir.), *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Sainte-Foy - Paris, Presses de l'Université Laval - L'Harmattan, 2000, p. 103-133.
- PICOD F., « Le statut des particuliers, désormais titulaires droits individuels », A. TIZZANO, J. KOKOTT et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013 : actes du*

- colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Publications Office, 2013, p. 81-92.¹⁹⁶³¹⁹⁶⁴PICOD F., « Doctrine et pouvoir juridictionnel », F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 145-160. 2015, p. 399-411.
- PICOD F., « Doctrine et pouvoir juridictionnel », F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 145-160.
- PITKIN H.F., « Rethinking reification », *Theory and Society*, 1987, vol. 16, n° 2, p. 263-293.
- PLATON S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, vol. 48, n° 1, p. 23-52.
- PLENDER R., « An Incipient Form of European Citizenship », F.G. JACOBS (dir.), *European law and the individual*, Amsterdam-New York, North-Holland Publ. Co-Elsevier, 1976, p. 39-53.
- PLUNKETT D. et T. SUNDELL, « Dworkin's interpretativism and the pragmatics of legal disputes », *Legal Theory*, 2013, vol. 19, n° 03, p. 242-281.
- POLLACK M., « Learning from EU Law Stories. The European Court and Its Interlocutors Revisited », F. NICOLA et B. DAVIES (dir.), *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, CUP, 2017, p. 577-602.
- POLLARD D., « Rights of Free Movement », N. NEUWAHL et A. ROSAS (dir.), *The European Union and human rights*, La Haye ; Londres, M. Nijhoff, coll. « International studies in human rights », n° 42, 1995, p. 105-118.
- POTTAGE A., « Law after Anthropology : Object and Technique in Roman Law », *Theory, Culture & Society*, 2014, vol. 31, n° 2-3, p. 147-166.
- POUND R., « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, n° 8, p. 605-623.
- PREUB U., « Problems of a Concept of European Citizenship », *European Law Journal*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 267-281.
- QUERMONNE J.-L., « L'impact du Traité d'Amsterdam sur la citoyenneté européenne. Paradoxes ou révolution ? », B. BADIE et P. PERRINEAU (dir.), *Le citoyen : mélanges offerts à Alain Lancelot*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 297-309.
- QUERMONNE J.-L., « Réflexions prospectives sur la citoyenneté européenne », X. ROBERT (dir.), *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 547-556.
- QUINE W.V.O., « L'épistémologie naturalisée », S. LAUGIER et P. WAGNER (dir.), *Philosophie des sciences. Naturalismes et réalistes*, Paris, Vrin, coll. « Textes clés », 2004, p. 36-60.
- QUINE W.V.O., « Deux dogmes de l'empirisme », *Du point de vue logique : neuf essais logico-philosophiques*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2003, p. 49-81.

¹⁹⁶³

¹⁹⁶⁴ PICOD F., « Doctrine et pouvoir juridictionnel », F. PICOD (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2009, p. 145- 160.

- RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law : A history of the Van Gend en Loos judgment », *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n° 1, p. 136-163.
- RAZ J., « Legal Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, vol. 4, n° 1, p. 1-21.
- REICH N., « A European Constitution for Citizens : Reflections on the Rethinking of Union and Community Law », *European Law Journal*, 1997, vol. 3, n° 2, p. 131-164.
- REYNOLDS S., « Exploring the “intrinsic connection” between free movement and the genuine enjoyment test: reflections on EU citizenship after Iida », *European Law Review*, 2013, vol. 38, n° 3, p. 376-392.
- RIGAUX F., « Qualification », A.J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.
- RILES A., « Legal Knowledge », D.S. CLARKE (dir.), *International Encyclopedia of Law and Society*, 2007, p. 885-888.
- RILES A., « New Agenda for the Cultural Study of Law : Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 2005, vol. 53, p. 973-1033.
- RILES A., « An Ethnography of Abstractions ? », *Anthropology News*, 2000, vol. 41, n° 6, p. 100-101.
- RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99-10.
- ROBIN-OLIVIER S., « Le citoyen de l'Union : entre intégration et mobilité », *Revue des affaires européennes*, 2013, n° 4, p. 667-675.
- RORTY R., « Response to Brandom », R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Blackwell, Malden, 2000, p. 183-191.
- ROSAS A., « Foreword », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. v-vii.
- ROSS A., « Tû-tû », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et Elsa MATZNER, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 103-116.
- ROSS A., « Sur les concepts État et organes d'État en droit constitutionnel », *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD, Elsa MATZNER et Pierre BRUNET, Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 167-182.
- ROSS A., « La définition en droit », E. MATZNER (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, coll. « Études », 2000, p. 73-89.
- ŠADL U., « The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law : Evidence from the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court of Justice of the EU », *European Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 8, n° 1, p. 18-42.

- ŠADL U., « Case – Case-Law – Law : Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments », *European Constitutional Law Review*, 2013, vol. 9, n° 2, p. 205-229.
- ŠADL U. et S. HINK, « Precedent in the Sui Generis Legal Order : A Mine Run Approach », *European Law Journal*, 2014, vol. 20, n° 4, p. 544-567.
- ŠADL U. et M.R. MADSEN, « Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law ? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 1, p. 40-60.
- ŠADL U. et Y. PANAGIS, « The force of EU case law : An empirical study of precedential constraint », Draft paper presented at the First SELS Global Workshop for Junior Empirical-Legal Scholars, 2015.
- ŠADL U. et S. SANKARI, « The Elusive Influence of the Advocate General on the Court of Justice : The Case of European Citizenship », *Yearbook of European Law*, 2017, p. 1-21.
- SARA IGLESIAS SÁNCHEZ et D. ACOSTA ARCARAZO, « Social Justifications for Restrictions of the Right to Welfare Equality : Students and Beyond », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 80-105.
- SARTOR G., « Legal concepts as inferential nodes and ontological categories », *Artificial intelligence and Law*, 2009, vol. 17, n° 3, p. 217–251.
- SARTOR G., « Understanding and Applying Legal Concepts : An Inquiry on Inferential Meaning », J.C. HAGE et D. v d PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Dordrecht ; Londres, Springer, 2009, p. 35-54.
- SCHARPF F.W., « Perpetual momentum : directed and unconstrained ? », *Journal of European Public Policy*, 2012, vol. 19, n° 1, p. 127-139.
- SCHLAG P., « How To Do Things With Hohfeld », *Law and Contemporary Problems*, 2015, vol. 78, n° 1, p. 185-234.
- SCHLAG P., « Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art) », *Georgetown Law Journal*, 2009, vol. 97, p. 803.
- SCHÖNBERGER C., « “Mi attendu, mi dissertation”. Le style des décisions de la Cour de justice de l’Union européenne », *Droit et société*, 2015, n° 3, p. 505-519.
- SCHÖNBERGER C., « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale », *Annuaire de L’institut Michel Villey*, 2009, vol. 1, p. 255-274.
- SHAW J., « Citizenship : Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism », P.P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, 2^e ed., Oxford, OUP, 2011, p. 575-609.

- SHAW J., « Concluding thoughts *Rottmann* in context », J. SHAW (dir.), *Has the European Court of Justice Challenged Member State Sovereignty in Nationality Law ?*, RSCAS Working Papers, 62, 2011, p. 33-42.
- SHAW J., « A View of the Citizenship Classics : *Martinez Sala* and Subsequent Cases on Citizenship of the Union », L. AZOULAI et M. POIRES MADURO (dir.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, 2010, p. 356-362.
- SHAW J., « The Interpretation of European Union Citizenship », *The Modern Law Review*, 1998, vol. 61, n° 3, p. 293-317.
- SHAW J., « The many pasts and futures of citizenship in the European Union », *European Law Review*, 1997, vol. 22, n° 6, p. 554-572.
- SHUIBHNE N.N., « The Third Age of EU citizenship », *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 331-362.
- SHUIBHNE N.N., « Case C-434/09, Shirley McCarthy; Case C-256/11, Dereci and others », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 1, p. 349-380.
- SHUIBHNE N.N., « Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule : Time to Move On ? », *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, n° 4, p. 731-771.
- SHUIBHNE N.N. et M. MACI, « Proving public interest : the growing impact of evidence in free movement case law », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, n° 4, p. 965-1005.
- SIMMONDS N.E., « Introduction », D. CAMPBELL et P.A. THOMAS (dir.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, Aldershot - Burlington, Ashgate - Dartmouth, coll. « Classical jurisprudence series », 2001, p. ix-xxix.
- SIMON D., « CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-224/02, *Heikki Antero Pusa*, de la saisie des pensions versées dans un autre État membre pour le remboursement d'une dette contractée dans le pays d'origine », *Revue Europe*, 2004, n° 6, p. 173s.
- SMITH H.E., « Property as the Law of Things », *Harvard Law Review*, 2012, vol. 125, n° 7, p. 1691-1726.
- SNELL J., « Economic Justifications and the Role of the State », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 12-31.
- DE SOUSA P.C., « Catch Me If You Can ? The Market Freedoms' Ever-expanding Outer Limits », *European Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 4, n° 2, p. 162-191.
- SPAVENTA E., « Seeing the Wood Despite the Trees ? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects », *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n° 1, p. 13-45.
- STONE SWEET A., « The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 915-927.

- STONE SWEET A., « Response to Gianluigi Palombella, Wojciech Sadurski, and Neil Walker », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 947-953.
- SZYSZCZAK E., « Building a European Constitutional Order: Prospects for a General Non-discrimination Standard », A. DASHWOOD et S. O'LEARY (dir.), *The principle of equal treatment in EC law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 35-58.
- THEVENOT L., « Justification et compromis », M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 1996, p. 789-794.
- THEVENOT L., « Les investissements de forme », L. THEVENOT (dir.), *Conventions économiques*, Paris, PUF, 1986, p. 21-71.
- THOMAS Y., « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Les opérations du droit*, Paris, EHESS Gallimard - Seuil, 2011, p. 207-237.
- THOMAS Y., « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 2005, n° 3, p. 113-130.
- THOMAS Y., « Le sujet de droit, la personne et la nature : Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, vol. 100, n° 3, p. 85-107.
- THOMAS Y., « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits*, 1986, p. 149-160.
- THOMAS Y., « Droit », A. BURGUIERE (dir.), *Dictionnaire des sciences historiques*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1986, p. 205-213.
- THOMAS Y., « La langue du droit romain. Problèmes et méthodes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1973, vol. 18, p. 103-125.
- THYM D., « The elusive limits of solidarity : Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens », *Common Market Law Review*, 2015, vol. 52, n° 1, p. 17-50.
- TIERSMA P., « The Textualization of Precedent », *Notre Dame Law Review*, 2006, vol. 82, n° 3, p. 1187-1278.
- TIMMERMANS C., « *Martinez Sala* and *Baumbast* revisited », L. AZOULAI et M. POIRES MADURO (dir.), *The past and future of EU law : the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, 2010, p. 345-355.
- TOMUSCHAT C., « Case C-85/96, *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, judgment of 12 May 1998, full court. [1998] ECR I-2691 », *Common market law review*, 2000, vol. 37, n° 2, p. 449-457.
- TONER H., « Judicial Interpretation of European Union Citizenship - Transformation or Consolidation? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, vol. 7, n° 2, p. 158-182.
- TROPER M., « Les concepts juridiques et l'histoire », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 255-268.

- TROPER M., « La notion de citoyen sous la Révolution française », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, 1997, p. 301-322.
- TROPER M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1992, vol. 47, n° 6, p. 1171-1183.
- TRYFONIDOU A., « The Notions of 'Restriction' and 'Discrimination' in the Context of the Free Movement of Persons Provisions : From a Relationship of Interdependence to one of (Almost Complete) Independence », *Yearbook of European Law*, 2014, vol. 33, n° 1, p. 385-416.
- TRYFONIDOU A., « Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens : Towards a More Liberal Approach », *European Law Journal*, 2009, vol. 15, n° 5, p. 634-653.
- TRYFONIDOU A., « Reverse Discrimination in Purely Internal Situations : An Incongruity in a Citizens' Europe », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, vol. 35, n° 1, p. 43-67.
- VALVERDE M., « The Sociology of Law as a 'Means against Struggle Itself' », *Social & Legal Studies*, 2006, vol. 15, n° 4, p. 591-597.
- VAN DER WOUDE M. et P. MEAD, « Free Movement of the Tourist in Community Law », *Common Market Law Review*, 1988, vol. 25, n° 1, p. 117-140.
- VAUCHEZ A., « Methodological Europeanism at the Cradle : Eur-lex, the Acquis and the Making of Europe's Cognitive Equipment », *Journal of European Integration*, 2015, vol. 37, n° 2, p. 193-210.
- VERGES J., « Droits fondamentaux et droits de la citoyenneté dans l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, 1994, n° 4, p. 75-97.
- VON BOGDANDY A., M. KOTTMANN, C. ANTPOEHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, et M. SMRKOLJ, « Reverse Solange - protecting the Essence of fundamental rights against EU Member States », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, n° 2, p. 489-519.
- WAELE H. de, « EU Citizenship : Revisiting its Meaning, Place and Potential », *European Journal of Migration and Law*, 2010, vol. 12, n° 3, p. 319-336.
- WAISMANN F., « Verifiability », *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 1945, vol. 19, p. 119-150.
- WALKER N., « Juridical Transformation as Process : A Comment on Stone Sweet », *German Law Journal*, 2007, vol. 8, n° 10, p. 929-933.
- WARLEIGH A., « Purposeful Opportunists ? EU Institutions and the Struggle over European Citizenship », R. BELLAMY et A. WARLEIGH (dir.), *Citizenship and governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001, p. 19-40.
- WEATHERILL S., « Justification, Proportionality and Consumer Protection », P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS (dir.), *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford ; Portland, Hart Publishing, coll. « Modern studies in European law », 2016, p. 240-264.

- WEATHERILL S., « Case 186/87, *Cowan v. Le Trésor Public* », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, n° 3, p. 563–581.
- WEILER J., « Epilogue : Judging the judges – Apology and Critique », M. ADAMS, H. DE WAELE, J. MEEUSEN et G. STRAETMANS (dir.), *Judging Europe's judges : the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 235-253.
- WEILER J., « To be European Citizen : eros and civilization », *The Constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? And other essays on European integration*, Cambridge, CUP, 1999, p. 324-357.
- WEILER J., « European Citizenship - Identity and Differentity », M. LA TORRE (dir.), *European citizenship : an institutional challenge*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 1-24.
- WEILER J.H.H., « Les droits des citoyens européens », *Revue du Marché Unique*, 1996, n° 3, p. 35-64.
- WENAR L., « Rights », E.N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015.
- WITTGENSTEIN L., « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », *Agone*, traduit par Jean LACOSTE, 2000, n° 23, p. 13-31.
- WOLLENSCHLÄGER F., « The judiciary, the legislature and the evolution of Union citizenship », P. SYRPIS (dir.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, CUP, 2012, p. 302-330.
- WOLLENSCHLÄGER F., « A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 1, p. 1-34.
- ZILLER J., « De l'Europe des citoyens à la citoyenneté de l'Union - quelques réflexions sur la bureaucratie et le droit dans la construction communautaire européenne », *Présence du droit public et des droits de l'homme : mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1139-1149.

INDEX DES NOTIONS

A

Anthropologie, 12-13, 15-16, 19-21

Artificiel :

- Artificiel (caractère construit des objets du droit), 16-17, 22, 112, 243, 499
- Artificiel (par opposition à ce qui est naturalisé), 173-174, 203, 269, 400, 478, 496

C

Cas :

- Abandon des cas, 329-336
- Casuistique, 296, 298-300, 338, 428, 458, 465-471, 474
- Cas d'école, 322, 337, 423, 465
- Cas faciles / difficiles, 137-138, 169
- Indexation des formules sur des cas, 313-329
- Mise entre parenthèse des cas, 309-313
- V. Juge, (Décisions antérieures, Modèle d'attachement au cas)

Citoyenneté :

- Caractères symbolique du terme, 12, 14, 74, 148, 190, 431-434, 488, 497, 501
- Critère Zambrano, 341, 344-345, 378, 381, 420, 472-496, 500

- Dispositions du traité, 66-68, 69-74
- Droit de séjour du citoyen, 208-213, 324, 340-345, 374-380, 469-471, 489, 493, V. Modèle *Baumbast*
- Droits fondamentaux et citoyenneté, 21, 111, 149-150, 164-165, 322, 375-376, 408-409, 412-413, 416, 418, 421-422, 484, 486, 488, 490-491, 493-494
- Étudiants, 61-62, 67, 80, 82-83, 200-206, 216-217, 221, 225-243, 245-262, 453-462, 465-468
- Forme complexe des droits du citoyen, 119-126
- Intégration sociale du citoyen, 163, 374, 379-380, 445-472, 489, 498, V. Nationalité (Signe de l'intégration sociale)
- Liberté de circulation, V. Modèles *D'Hoop*, *Tas-Hagen et Tas*, *Schwarz et Gootjes-Schwarz* et *Prinz et Seeberger*, de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour, V. Libertés de circulation
- Marché, citoyenneté de, 159-166, 480
- Membres de la famille du citoyen, 209-213, 340-346, 372-380, 390-393, 472-475, 482-488, 490

- Nom de famille du citoyen, 217, 219, 224, 301-329, 334-336, 369-370, 403-426, 500
- Non-discrimination en raison de la nationalité, V. Modèles *D'Hoop, Martínez Sala, Bickel et Franz, Grzelezyk*, et *Collins* ; V. Non-discrimination
- Proto-citoyenneté, 69, 111, 159-160, 227-228, 498
- Réparation de préjudices historiques, 448-453, 462-462
- Véritable citoyenneté, 165, 432-433, 440-441, 476-480, 498

V. Nationalité

Compétences :

- Champ d'application du droit de l'Union, 385-389, 394-395
- Distinction entre l'existence et l'exercice d'une compétence, 383-385, 388-389, 395
- Formule des compétences retenues, 75, 303-309, 327, 381-396, 397, 401, 411, 429, 442, 449, 453
- Identité nationale des États membres, 394, 403-404, 406-412, 416, 426
- Répartition des compétences, 381-382, 387-388, 389-396, 411, 499
- Situation purement interne, 203, 268, 297, 305-308, 312, 341-345, 347, 373, 385-387, 432, 442, 472, 476-478

Concepts :

- Analyse conceptuelle *a priori*, 13, 23-26, 48, 194, 197
- Application des concepts, V. Institution des concepts
- Argument ontologique, 109, 433-434, 446, 476-480, 484
- Cadre conceptuel :
 - _ Expression des concepts dans un cadre conceptuel, 97-98, 353-357, 499
 - _ Force du cadre conceptuel, 359-363, 381-382, 388-389, 396, 401-402, 403, 420-421, 445, 497
 - _ Insuffisance du cadre conceptuel, 433-434, 435, 440-441, 444-445, 477-478, 494, 497
 - _ Sortie du cadre conceptuel, 472, 481-482, 493-496, 497
- Catégorie ontologique, 128, 133
- Chemin conceptuel, 34, 38, 42-46, 141-143, 150, 153-154, 159, 179, 189-190, 245, 332
- Concepts au travail, 29, 47-48, V. Pragmatisme
- Conceptualisme, V. Formalisme
- Concepts travaillés, 29, 135-142, 168-178, V. Travail
- Ensembles complexes, architecture des concepts, 127-130, 130-133, 359-362
- Inférentielle, approche inférentielle des concepts juridiques, V. Inférentielle

- Institutions des concepts, 25-26, 193-198, 263-266, 283-296, 313, 337-338, 347-348, 349-350, 500

- Négociations conceptuelles, 30-31, 348

- Nœuds inférentiels, faisceaux de droits, 119, 128, 133, 176

- Paradis des concepts, 18, 21, 193

- Satellites, concepts, 228, 232, 327, 366, 484

- Texture ouverte des concepts, 137-138, 298

Contrainte, 136, 139-141, 174, 176-177, 226, 242, 263, 265, 353-357, 434, 445, 481, 493-496

Controverse :

- Argumentation à titre subsidiaire, 262, 295-296

- Déplacement de la controverse, 199-200, 233, 291-296, 320, 327, 484

- Enrichissement de la controverse, 199-200, 225-243, 348

- Éphiphénomène, la controverse comme, 35-37, 136, 357

- Instituante, la dimension de la controverse, 36-37, 136, 197-198, 283-296, 355, 402

- Reconnaissance, 283-288, 296-297, 313, 328, 329, 350

- Structure de l'argumentation, 243-254, 295-296

V. Juge (Forme et acteurs de la controverse devant la CJUE)

D

Défectibilité, 267-275, 278-279

Défense de rupture/connivence, 291-293, 322

Dépendance de sentier, 151, 181, 237, 242, 496

Doctrine juridique, 14-15, 179, 357

Droit-reflet, thèse du, 37, 136

E

Effet utile, 98, 106, 130, 132, 257, 259, 359-353, 354-381, 386, 389, 392-393, 394, 480, 490

Essentialisme, 17-18, 47-48, 112-113, 127-128, V. Concepts (Argument ontologique, Catégories ontologiques), Formalisme.

F

Formalisme :

- Formalisme états-unien, 17-22, 112-113, 136-138

- Formalisme français, 17-18

- Jurisprudence des concepts, 17-18, 136-138

- Nouveau formalisme (littérature), 131, 245-246

Formes :

- Investissements de forme, 402
- Formes à l'oeuvre dans les concepts, 130-133, 361-362, 368
- Formes de l'argumentation juridique, 132, 136, 139, 243-254, 282, 290, 295-296

Formules :

- Formules (général), 298-299, 301-303, 474
 - Pratique formulaire, 301-313, 333, 454-455
 - Reformulation avec abandon des formules :
 - _ Re-caractérisation, 337-340
 - _ Re-conceptualisation, 340-348, 495-496
 - Reformulation avec conservation des formules, 482-487, 492
- V. Cas (Indexation des formules sur des cas), Juge (Décisions antérieures, Modèle législatif)

H

Hiérarchie inférentielle, 269, 272, 290

Historiographie de dicto, de re, de traditione, 297, 349-350

Holisme, 24, 28, 95-96, 284

I

Inférentielle, approche du langage et des concepts juridiques, 26-28, 47-50,

95-96, 101, 109, 176-178, 196-197, 263, 275, 286, V. Hiérarchie inférentielle

Innovation conceptuelle :

- Innovation interstitielle, 445-448, 464, 471, 497, 500
- Innovation radicale, 472-473, 481, 494-496, 500
- Involution conceptuelle, 96-97, 141, 189, 500

J**Juge :**

- Décisions antérieures :
 - _ Modèle d'attachement au cas, 299-300, 313, 339-340
 - _ Modèle législatif, 299-300, 309-313, 339-340
 - _ Précédents, 287-291, 296-300, 309, 313-316, 337-340, 350
 - _ Super-précédents, 294, 231
- Idéologie de la décision-liée, 135-136, 292
- Idéologie de la décision-libre, 136
- Interprète authentique, 31, 264-265, 289, 347-348
- Forme et acteurs de la controverse devant la CJUE, 29-31, 281, 289, 310, 322, 363, 423
- Passé, présent, futur, juge, 284-288, 296-297

- Travail du juge, 29, 34, 136-141, 168-172, 354, 501, V. Travail

V. Cas, Controverse, Formule

Justification des mesures discriminatoires ou restreignant la libre circulation :

- Contrôle de proportionnalité, 403-429, 443, 445-458

- Exigence de rationalisation, 424-429, 465

- Justification et défectibilité, 272-274

- Justification en sciences sociales, 401-402

- Présentation générale, 396-402

- Preuve de la justification, 422-426, 457, 465

V. Critère de l'intégration sociale

L

Lacune axiologique, 434, 441, 445-446, 476-478, 498, 500

Langage des droits subjectifs, 132, 360, 363, 364, 366, 387, 389, 420-422, V. Droits publics subjectifs, Effet utile

Libertés de circulation :

- Cadre conceptuel des libertés de circulation, 97-98, 361-364, 381-382

- Droits publics subjectifs, 111, 365, 387, 420-421

- Formule de l'entrave, 366-369

- Liberté de circulation du citoyen comme une libertés de circulation, 102-104, 141-142, 365

- Transformation, 104-112, 354, 365

V. Modèles *Bickel et Franz*, *Collins*, *Tas-Hagen et Tas*, de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour, *D'Hoop*, *Grzelczyk*, *Prinz et Seeberger*, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*

M

Marché intérieur, V. Libertés de circulations

Méthodes/techniques d'interprétation, 175, 254-262, 364

Modèles de raisonnement :

- Modèle *Baumbast*, 74-79, 208-213

- Modèle *Bickel et Franz*, 55-58, 201-207

- Modèle *Collins*, 62-65, 172

- Modèle *Tas-Hagen et Tas*, 89-91, 214-217

- Modèle de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour, 372-374

- Modèle *D'Hoop* :

_ Présentation, 80-88

_ Genèse, 167-178

_ Reconstruction *a posteriori*, 178-182

- Modèle *Grzelczyk*, 59-62, 201-207

- Modèle *Martínez Sala*, 51-55, 201-207

- Modèle *Prinz et Seeberger*, 220-225

- Modèle *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, 92-93, 217-220

- Notion, 49-50

Moment jurisprudentiel, 43-46, 151-152

N

Nationalité :

- Binationalité, 307-308, 325, 340-345, 369-370, 374, 403, 405, 415, 424, 429, 496

- Condition d'acquisition de la citoyenneté de l'UE, 435-445

- Effective, 308, 438, 452-453

- Reconnaissance, 307-308, 341, 438

- Responsabilité de l'État de nationalité, 489

- Signe de l'intégration sociale, 449-458, 466

V. Non-discrimination en raison de la nationalité

Naturalisme, en philosophie, 24-25, 197

Non-discrimination :

- Clause générale de non-discrimination, 150, 182-187, 318

- Discrimination à rebours, 82, 146, 171, 185, 357, 477, 493-494

- Différents principes de non-discrimination en droit de l'Union, 182-184

- Non-discrimination en raison de la nationalité :

_ Avant la citoyenneté, 160-164

_ Pour les étudiants, 225-243

_ Rattachement à la citoyenneté, analyse structurelle : 99-102,

_ Rattachement à la citoyenneté, genèse : 142-149

V. Modèles *D'Hoop*, *Martínez Sala*, *Bickel et Franz*, *Grzelczyk*, *Collins* et *Collins*

Normative, approche du langage, 23-26, 194-197, 284-288

Normes implicites, 196-197, 280, 283, 353, 483

O

Oppositions imbriquées, 243-251, 253, 257, 275, 290, 407, 416, 447

P

Performativité, 152, 356, 382

Pragmatisme, 23-28, 47-48, 193-197, 354-355

Q

Qualification, 175-176

R

Reconstruction rationnelle, 287, 297, 313, 328, 329, 340, 350

Relations juridiques fondamentales, 114-118, 127-130, 359-362, 385

S

Sociologie des sciences et des techniques (STS), 15, 33-36, 131, 136, 167, 181, 355

Symétrie, principe de, 34-35, 164, 167, 182, 350

T

Techniques juridiques, 13-16, 136, 314, 356

Tourisme social, 410, 445-446, 470

Traduction conceptuelle, 114, 119-126, 356, 388, 394, 397, 402, 404-414, 427-429, 497

Travail :

- Travail conceptuel, 142-150, 151-166, 168-172, 175-179, 276, 282, 331, 345, 423, 481, 494, 499-501

- Travail dans un *medium*, 138-139, 169, 247, 402

- Travail des cas, 168-172, 313-317, 320-329, 337

- Travail des formules, 337-348, 481-488

- Travail des textes, 258-262

- Travail mort, 133

V. Concepts (Concepts au travail, concepts travaillés), Investissements de forme, Juge (travail du), Reconstruction rationnelle

Tû-tû, 18-21, 27, 102, 105-106, 275-278, 280, 286, 431, 467

W

Whig history, 33-34, 135-136, 314

INDEX DES ARRETS DE LA CJUE¹⁹⁶⁵

A

Akrich, C-109/01, (EU:C:2003:491), 35, 158, 159, 375, 389, 390, 391, 410, 464

Aladzjov, C-434/10, (EU:C :2011 :750), 371

Alimanovic, C-67/14, (EU :C :2015 :597), 207, 239, 379, 380, 467, 469, 470

Allué e.a. / Università degli studi di Venezia e.a., C-259/91, (EU:C:1993:333), 77

Aloka et Moudoulou, C-86/12, (EU:C:2013:645), 375, 484

Angonese, C-281/98, (EU:C :2000 :296), 83, 84, 171, 173, 174

Apple and Pear Development Council, 222/82, (EU:C:1983:370), 316

Ayaz, C-275/02, (EU:C:2004:570), 158, 159

B

Baumbast et R, C 413/99, (EU:C:2002 :493), 45, 46, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 86, 90, 93, 94, 96, 99, 107, 108, 109, 120, 121, 150, 157, 158, 201, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 235, 240, 266, 295, 304, 371, 375, 421, 433, 446

Bickel et Franz, C-274/96, (EU:C:1998:563), 55, 56, 57, 58, 59, 60,

66, 80, 81, 90, 100, 102, 122, 144, 145, 155, 157, 162, 163, 201, 202, 204, 205, 207, 214, 224, 229, 230, 304, 347, 383, 384, 418, 442

Bidar, C 209/03, (EU:C:2005:169), 94, 159, 201, 202, 205, 206, 217, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 242, 247, 251, 252, 253, 330, 446, 447, 454, 463, 468

Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, (EU:C:2016:401), 220, 224, 225, 301, 315, 316, 320, 324, 325, 328, 335, 336, 345, 346, 368, 384, 387, 403, 409, 410, 412, 413, 416, 418, 419, 420, 425, 426, 428

Boukhalfa / Bundesrepublik Deutschland, C-214/94, (EU:C:1996:174), 143, 144

Brey, C-140/12, (EU:C:2013:565), 380, 467, 470

Brown / Secretary of State for Scotland, 197/86, (EU:C:1988:323), 32, 200, 227, 228, 229, 230, 232, 236, 251, 269, 297, 302, 330

C

Carpenter, C-60/00, (EU:C:2002:434), 403, 421, 477

Centros, C-212/97, (EU:C:1999:126), 409

¹⁹⁶⁵ Les arrêts de la CJUE sont ici présentés par ordre alphabétique ; ils sont présentés par ordre chronologique dans la table des sources.

Chavez-Vilchez e.a., C-133/15,
(EU:C:2017:354), 33, 484, 486, 487

CNL-SUCAL / HAG II, C-10/89,
(EUC:1990:359), 32

Collins, C-138/02, (EU:C:2004:172), 62, 63,
64, 65, 107, 154, 172, 373, 434

Commission / Allemagne, C-318/05,
(EU:C:2007:495), 30, 89, 92, 384

Commission / Autriche, C-75/11,
(EU:C :2012 :605), 187, 206, 216, 233,
234, 235, 236, 240, 252, 253, 259, 379,
467

Commission / Belgique, C-278/94,
(EU:C:1996), 321, 63

Commission / France, 167/73,
(EU:C:1974:35), 109

Commission / Royaume-Uni, C-308/14,
(EU:C:2016:436), 467

Commission / Pays-Bas, C 542/09,
(EU:C:2012:346), 222, 457, 459, 461

Commission / Pays-Bas, C-233/14, EU
(C:2016:396), 206, 216, 238, 239, 240,
241, 259, 379

Costa / E.N.E.L., 6/64, (EU :C:1964:66),
364

Cowan / Trésor public, 186/87,
(EU:C:1989:47), 56, 57, 59, 102, 106,
159, 162, 163, 164, 165, 205, 361, 446

CPAS de Courcelles / Lebon, 316/85,
(EU:C:1987:302), 63, 64, 212

CS, C-304/14, (EU:C:2016:674), 420, 484,
487

D

*Dafeki / Landesversicherungsanstalt
Württemberg*, C-336-94,
(EU:C:1997:579), 304

Dano, C-333/ 13, (EU:C:2014:2358), 207,
379, 380, 467, 469, 470, 471

Danske Slagterier, C-445/06,
(EU:C:2009:178), 111

Dassonville, 8/74, (EU:C:1974:82), 45, 302,
316

De Cuyper, C-406/04, (EU:C:2006:491), 89,
90, 91, 92, 93, 94, 103, 121, 214, 217,
218, 219, 220, 221, 363, 367, 368, 399,
449

de Groot, C-385/00, (EU:C:2002:750), 87,
438

Dereci e.a., C-256/11, (EU:C:2011:734),
378, 381, 480, 482, 484, 485, 488, 490,
491, 492, 496

Di Leo / Land Berlin, C-308/89,
(EU:C:1990:400), 163, 460

E

*Echternach et Moritz / Minister van Onderwijs
en Wetenschappen*, 389/87 et 390/87,
(EU:C:1989:130), 210

Eind, C-291/05, (EU:C:2007:771), 159,
372, 374, 376

Elrick, C-275/12, (EU:C:2013:684), 220,
221, 222, 368, 384

Elsen, C-135/99, (EU:C:2000:647), 66, 90,
304, 305, 384

Eman et Sevinger, C-300/04,
(EU:C:2006:545), 478

Espagne / Royaume-Uni, C 145/04,
(EU:C:2006:543), 393, 442

État belge / Mesbah, C 179/98,
(EU:C:1999:549), 437

F

Faccini Dori / Recreb, C-91/92,
(EU:C:1994:292), 184

Finanzamt Köln-Altstadt / Schumacker, C-279/93, (EU:C:1995:31), 383

Forcheri / État belge, 152/82, (EU:C:1983:205), 111

Förster, C-158/07, (EU:C:2008:630), 468, 471

Freitag, C-541/15, (EU:C:2017:432), 125, 220, 224, 301, 315, 316, 326, 327, 328, 331, 345, 368, 369, 370, 384, 385, 386, 387, 403

G

Garcia Avello, C 148/02, (EU:C:2003:539), 46, 90, 94, 155, 180, 185, 186, 201, 203, 210, 211, 225, 230, 266, 270, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 294, 297, 298, 301, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 316, 317, 318, 319, 320, 324, 325, 327, 328, 334, 335, 336, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 384, 386, 387, 403, 405, 412, 415, 417, 419, 423, 425, 426, 429, 438, 442, 443, 477, 495, 496

Gaumain-Cerri et Barth, C-31/02 et C-502/01, (EU:C:2004:413), 86, 186, 187

Gaydarov, C-430/10, (EU:C:2011:749), 371

Gazprom, C-536/13, (EU:C:2015:316), 425

Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, (EU:C:1995:411), 399

Gottwald, C-103/08, (EU:C:2009:597), 204, 205, 206, 272, 273, 292, 293, 397

Gravier / Ville de Liège, 293/83, (EU:C:1985:69), 227

Grunkin et Paul, C-353/06, (EU:C:2008:559), 179, 186, 217, 220, 294, 301, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 335, 342, 343, 345, 368, 369, 384, 387, 403, 406, 409, 415, 417, 419, 424, 426, 428, 495, 500

Grzelczyk, C 184/99, (EU:C:2001:458), 32, 46, 51, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 71, 73, 77, 79, 80, 82, 83, 94, 102, 106, 108, 145, 154, 155, 157, 158, 201, 204, 205, 207, 217, 224, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 242, 251, 252, 303, 306, 310, 316, 347, 421, 447

H

Hoekaert / Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Kalmeke, 249/83, (EU:C:1985:139), 60

Hongrie / République slovaque, C 364/10, (EU:C:2012:630), 30, 389, 393, 394

Huber, C 524/06, (EU:C:2008:724), 204, 205, 206, 216, 272, 273, 397

I

Iida, C-40/11, (EU:C:2012:691), 375, 484

Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, (EU:C:1970:114), 165

Ioannidis, C-258/04, (EU:C:2005:559), 172, 176

J

Jipa, C-33/07, (EU:C:2008:396), 158, 333, 371, 436

K

Kaba I, C-356/98, (EU:C:2000:200), 66, 71, 156, 157, 158, 332, 333

Kaba II, C-466/00, (EU:C:2003:127), 156, 157, 332, 333

Kaur, C 192/99, (EU:C:2001:106), 66, 437, 439, 444

Keck et Mithouard, C-267/91,
(EU:C:1993:905), 32, 316

*Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt
Calm*, C-168/91, (EU :C:1993:115), 165,
319

Kranemann, C-109/04, (EU:C:2005:187),
216

Kraus / Land Baden-Württemberg, C-19/92,
(EU:C:1993:125), 83, 84

Kremzow / Republik Österreich, C-299/95,
(EU:C:1997:254), 216

L

Lair / Universität Hannover, 39/86,
(EU:C:1988:322), 32, 200, 227, 228,
229, 230, 232, 236, 251, 269, 270, 297,
330

Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg, C-
66/85, (EU:C:1986:284), 439

Lidl Magyarország, C-132/08,
(EU:C:2009:281), 316

Lounes, C-165/16, (EU:C:2017:407, Ccl
A.G. Bot), 365, 374, 380, 453

Luisi et Carbone / Ministero dello Tesoro,
286/82 et 26/83, (EU:C:1984:35), 57

M

*Marshall / Southampton and South-West
Hampshire Area Health Authority*, 152/84,
(EU:C:1986:84), 70, 294, 297, 302, 303

Martens, C-359/13, (EU:C:2015:118), 220,
221, 222, 223, 224, 368, 384, 453, 454,
456, 457, 460, 466

Martínez Sala / Freistaat Bayern, C-
85/96, (EU:C:1998:217), 44, 45, 46, 50,
51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 64,
65, 66, 71, 73, 76, 79, 82, 85, 94, 96, 99,
100, 106, 107, 108, 119, 121, 122, 123,
129, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 150,

152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160,
161, 162, 163, 181, 184, 189, 190, 199,
200, 201, 203, 205, 206, 207, 226, 227,
229, 230, 236, 266, 274, 275, 278, 283,
296, 303, 306, 307, 308, 312, 316, 317,
318, 332, 333, 385, 395, 398, 421, 434,
446

Mattern et Cikotic, C-10/05,
(EU:C:2006:220), 159

McCarthy e.a., C-202/13, (EU:C:2014:2450),
340, 341, 342, 343, 344, 347, 475, 490,
492, 495, 496

McCarthy, C-434/09, (EU:C:2011:277),
340, 341, 342, 343, 344, 347, 475, 490,
492, 495, 496

Metock e.a., C-127/08, (EU:C:2008:449),
32, 375, 376, 377, 378, 389, 390, 391,
392, 421

*Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en
Cantabria*, C-369/90, (EU:C:1992:295),
211, 307, 308, 312, 316, 341, 437, 438,
440, 452

Ministère public / Even, 207/78,
(EU:C:1979:144), 56, 105

Ministère public / Mutsch, 137/84,
(EU:C:1985:335), 56, 162, 163, 165

Morgan et Bucher, C-11/06 et C-12/06,
(EU:C:2007:626), 215, 216, 217, 220,
221, 225, 328, 367, 368, 371, 384, 386,
388, 453, 454, 460

MRAX, C-459/99, (EU:C:2002:461), 80,
83

N

NA, C-115/15, (EU:C:2016:487), 375, 484

Nerkowska, C-499/06, (EU:C:2008:300),
214, 215, 220, 223, 367, 384, 387, 449,
450, 451, 459, 462, 476

Nold KG / Commission, 4/73,
(EU:C:1974:51), 165

O

- O. et B.*, C-456/12, (EU:C:2014:135), 374, 471
- O. et S.*, C-356/11 et C 357/11, (EU:C:2012:776), 484, 485
- Ogieriakhi*, C-244/13, (EU:C:2014:2068), 378
- Omega*, C-36/02, (EU:C:2004:614), 417
- Onuekwere*, C-378/12, (EU:C:2014:13), 379, 469
- Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-543/14, (EU:C:2016:605), 183, 184
- Orfanopoulos et Oliveri*, C 482/01 et C 493/01, (EU:C:2004:262), 104, 158, 333

P

- Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, 294/83, (EU:C:1986:166), 151, 331
- Petruhhin*, C-182/15, (EU:C:2016:630), 220, 224, 225, 384
- Prinz et Seeberger*, C-523/11 et C-585/11, (EU:C:2013:524), 220, 221, 224, 324, 335, 368, 384, 453, 454, 455, 456, 459, 460, 461, 465
- Pusa*, C 224/02, (EU:C:2004:273), 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 103, 178, 180, 181, 186, 187, 213, 218, 363, 367, 368, 384, 386, 388

R

- Rahman e.a.*, C-83/11, (EU:C:2012:519), 377, 378
- Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, C-357/89, (EU:C:1992:87), 227

- Reichel-Albert*, C-522/10, (EU:C:2012:475), 187
- Rendón Marín*, C 165/14, (EU :C:2016:675), 33, 345, 375, 484, 487, 491
- Reyes*, C-423/12, (EU:C:2014:16), 378
- Reyners / État belge*, 2/74, (EU:C:1974:68), 109
- Rottmann*, C-135/08, (EU:C:2010:104), 435, 437, 441, 442, 443, 444, 466, 473, 478, 479, 487, 492
- Roux / État belge*, C-363/89, (EU:C:1991:41), 108, 109
- Royer*, 48/75, (EU:C:1976:57), 108, 109
- Ruckdeschel e. a. / Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, 117/76 et 16/77, (EU:C:1977:160), 182, 185
- Rüffler*, C-544/07, (EU:C:2009:258), 179, 218, 220, 225, 343, 368
- Ruiz Zambrano*, (C-34/09, EU:C:2011:124), 29, 44, 310, 311, 442, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 485, 486, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 495
- Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, (EU:C:2011:291), 219, 315, 323, 324, 328, 334, 335, 368, 384, 387, 408, 413, 416, 418

S

- Säger / Dennemeyer*, C-76/90, (EU:C:1991:331), 103, 399
- Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, (EU:C:2010:806), 217, 220, 301, 315, 316, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 328, 334, 368, 384, 387, 397, 403, 406, 407, 408, 410, 412, 413, 416, 417, 418, 419, 425, 426, 500
- Schempp*, C 403/03, (EU:C:2005:446), 202, 203, 204, 207, 219, 368, 442

Schmidberger, C-112/00, (EU:C:2003:333),
421

*Scholzi / Opera Universitaria di Cagliari et
Cinzia Porcedda*, C-419/92,
(EU:C:1994:62), 170, 171, 173

Schul, 15/81, (EU:C:1982:135), 97

Schwarz et Gootjes-Schwarz, C-76/05,
(EU:C:2007:492), 89, 92, 93, 179, 214,
217, 218, 219, 220, 221, 323, 367, 384,
387, 388, 455

Skanavi et Chryssanthakopoulos, C-193/94,
(EU:C:1996:70), 143, 147

Standesamt Stadt Niebüll, C-96/04,
(EU:C:2006:254), 317, 319

Stauder / Ville d'Ulm, 29/69,
(EU:C:1969:57), 165

Stewart, C-503/09, (EU:C:2011:500), 219,
220, 221, 368, 384, 436, 461

Steymann / Staatssecretaris van Justitie,
196/87, (EU:C:1988:475), 160

T

Tas-Hagen et Tas, C-192/05,
(EU:C:2006:676), 89, 90, 91, 92, 93, 94,
103, 179, 213, 214, 215, 216, 217, 218,
219, 220, 221, 318, 320, 367, 368, 371,
384, 385, 387, 449, 450, 451, 462, 466

Terboeve, C-18/95, (EU:C:1999: 22), 87

The Queen / Antonissen, C-292/89,
(EU:C:1991:80), 63, 364

The Queen / Daily Mail and General Trust,
81/87, (EU:C:1988:456), 371

*The Queen / Immigration Appeal Tribunal et
Surinder Singh*, C-370/90,
(EU:C:1992:296), 83, 84, 87, 174, 182,
366, 367, 372, 374, 375, 477

The Queen / National Farmers' Union e.a., C-
354/95, (EU:C:1997:379), 186

The Queen / Saunders, 175/78,
(EU:C:1979:88), 476

Thiele Meneses, C-220/12, (EU:C:2013 :683),
220, 221, 368, 384, 453, 454, 456, 457,
460, 461

Trojani, C-456/02, (EU:C:2004:488), 89,
158, 208, 209, 217, 225, 230, 231, 271,
272, 275, 296, 303, 332, 333

Tsakouradis, C 145/09, (EU:C:2010:708),
418, 421

Turpeinen, C-520/04, (EU:C:2006:703), 86,
88, 89, 93, 178, 180, 181, 186, 187, 218

U

Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen,
C-64/96 et C-65/96, (EU:C:1997:285),
146, 305, 306, 308, 311, 312, 316, 386,
476

*Unger / Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en
Ambachten*, 75/63, (EU:C:1964:1), 439

*Union royale belge des sociétés de football
association e.a. / Bosman e.a.*, C-415/93,
(EU:C:1995:463), 88, 103, 371

V

*Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de
Metaalnijverheid*, 33/74,
(EU:C:1974:131), 109

van Delft e.a., C-345/09, (EU:C:2011:57),
217, 220, 368, 384

Van Duyn / Home Office, 41/74,
(EU:C:1974:133), 73, 74, 109

*Van Gend en Loos / Administratie der
Belastingen*, 26/62, (EU:C:1963:1), 13,
44, 45, 69, 124, 151, 207, 278, 363, 364

Van Zuylen / HAG I, 192/73,
(EU:C:1974:72), 32

Vatsouras et Koupatantze, C-22/08 et C-23/08, (EU:C:2009:344), 235

von Chamier-Glisczinski, C-208/07, (EU:C:2009:455), 217, 220, 367, 368, 384, 439

W

Watson et Belmann, 118/75, (EU:C:1976:106), 160

Wijsenbeek, C-378/97, (EU:C:1999:439), 66, 70, 71, 73, 110, 219, 365, 434

Wood, C-164/07, (EU:C:2008:321), 477, 491

Y

Ymeriga et Ymeriga-Tafarshiku, C-87/12, (EU:C:2013:291), 484

Z

Zablocka-Weyhermüller, C-221/07, (EU:C:2008:681), 214, 215, 218, 220, 225, 367, 384, 387, 449

Zanotti, C-56/09, (EU:C:2010:288), 219, 220, 368

Zhu et Chen, C 200/02, (EU:C:2004:639), 160, 203, 209, 210, 211, 212, 213, 270, 271, 273, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 294, 297, 298, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 374, 375, 376, 380, 384, 410, 436, 437, 438, 452, 477, 491, 495, 496, 499

ZZ, C 300/11, (EU:C:2013:363), 379, 420

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

CJCE/CJUE

- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, 26/62, EU:C:1963:1
- CJCE, 19 mars 1964, *Unger / Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, 75/63, EU:C:1964:19
- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, 6/64, EU:C:1964:66
- CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil / Ministre du commerce extérieur*, 13/68, EU:C:1968:54
- CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder / Ville d'Ulm*, 29/69, EU:C:1969:57
- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, EU:C:1970:114
- CJCE, 4 avril 1974, *Commission / France*, 167/73, EU:C:1974:35
- CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG / Commission*, 4/73, EU:C:1974:51
- CJCE, 21 juin 1974, *Reyners / État belge*, 2/74, EU:C:1974:68
- CJCE, 3 juillet 1974, *Van Duyn / HAG I*, 192/73, EU:C:1974:72
- CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, EU:C:1974:82
- CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 33/74, EU:C:1974:131
- CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn / Home Office*, 41/74, EU:C:1974:133
- CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili / Ministre de l'intérieur*, 36/75, EU:C:1975:137
- CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, 48/75, EU:C:1976:57
- CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, 118/75, EU:C:1976:106
- CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e. a. / Hauptzollamt Hamburg-St Annen*, 117/76 et 16/77, EU:C:1977:160
- CJCE, 27 octobre 1977, *Regina / Bouchereau*, 30/77, EU:C:1977:172
- CJCE, 28 mars 1979, *The Queen / Saunders*, 175/78, EU:C:1979:88
- CJCE, 31 mai 1979, *Ministère public / Even*, 207/78, EU:C:1979:144
- CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer / Land Rheinland-Pfalz*, 44/79, EU:C:1979:290
- CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, 15/81, EU:C:1982:135
- CJCE, 13 juillet 1983, *Forcheri / État belge*, 152/82, EU:C:1983:205
- CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*, 222/82, EU:C:1983:370
- CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone / Ministero dello Tesoro*, 286/82 et 26/83, EU:C:1984:35
- CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide*, 106/83, EU:C:1984:394
- CJCE, 13 février 1985, *Gravier / Ville de Liège*, 293/83, EU:C:1985:69
- CJCE, 27 mars 1985, *Hoecx / Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn Kalmbout*, 249/83, EU:C:1985:139

CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg*, C-66/85, EU:C:1986:284

CJCE, 11 juillet 1985, *Ministère public / Mutsch*, 137/84, EU:C:1985:335

CJCE, 26 février 1986, *Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, EU:C:1986:84

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » / Parlement européen*, 294/83, EU:C:1986:166

CJCE, 18 juin 1987, *CPAS de Courcelles / Lebon*, 316/85, EU:C:1987:302

CJCE, 21 juin 1988, *Lair / Universität Hannover*, 39/86, EU:C:1988:322

CJCE, 21 juin 1988, *Brown / Secretary of State for Scotland*, 197/86, EU:C:1988:323

CJCE, 27 septembre 1988, *Matteucci / Communauté française de Belgique*, 235/87, EU:C:1988:460

CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen / Daily Mail and General Trust*, 81/87, EU:C:1988:456

CJCE, 5 octobre 1988, *Steymann / Staatssecretaris van Justitie*, 196/87, EU:C:1988:475

CJCE, 11 juillet 1989, *Schröder / Hauptzollamt Gronau*, 265/87, EU:C:1989:303

CJCE, 2 février 1989, *Cowan / Trésor public*, 186/87, EU:C:1989:47

CJCE, 15 mars 1986, *Echternach et Moritz / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, 389/87 et 390/87, EU:C:1989:130

CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 5/88, EU:C:1989:321

CJCE, 17 octobre 1990, *CNL-SUCAL / HAG II*, C-10/89, EU:C:1990:359

CJCE, 13 novembre 1990, *Di Leo / Land Berlin*, C-308/89, EU:C:1990:400

CJCE, 5 février 1991, *Roux / État belge*, C-363/89, EU:C:1991:41

CJCE, 26 février 1991, *The Queen / Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80

CJCE, 25 juillet 1991, *Säger / Dennemeyer*, C-76/90, EU:C:1991:331

CJCE, 26 février 1992, *Raulin / Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, C-357/89, EU:C:1992:87

CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, EU:C:1992:295

CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296

CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis / Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, C-168/91, EU:C:1993:115

CJCE, 31 mars 1993, *Kraus / Land Baden-Württemberg*, C-19/92, EU:C:1993:125

CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, EU:C:1993:905

CJCE, 2 août 1993, *Allué e.a. / Università degli studi di Venezia e.a.*, C-259/91, EU:C:1993:333

CJCE, 23 février 1994, *Scholz / Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, C-419/92, EU:C:1994:62

CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu / Conseil*, C-309/89, EU:C:1994:197

CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori / Recreb*, C-91/92, EU:C:1994:292

CJCE, 14 février 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt / Schumacker*, C-279/93, EU:C:1995:31

CJCE, 9 juin 1995, *SCAC / ASIPO*, C-56/94, EU:C:1995:209

CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, EU:C:1995:411

CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. / Bosman e.a.*, C-415/93, EU:C:1995:463

CJCE, 29 février 1996, *Skanavi et Chryssanthakopoulos*, C-193/94, EU:C:1996:70

CJCE, 30 avril 1996, *Boukhalfa / Bundesrepublik Deutschland*, C-214/94, EU:C:1996:174

CJCE, 23 mai 1996, *O'Flynn / Adjudication Officer*, C-237/94, EU:C:1996:206

CJCE, 12 septembre 1996, *Commission / Belgique*, C-278/94, EU:C:1996:321

CJCE, 30 janvier 1997, *Stöber et Piosa Pereira / Bundesanstalt für Arbeit*, C-4/95 et C-5/95, EU:C:1997:44

CJCE, 13 mars 1997, *Huijbrechts / Commissie*, C-131/95, EU:C:1997:147

CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow / Republik Österreich*, C-299/95, EU:C:1997:254

CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, C-64/96 et C-65/96, EU:C:1997:285

CJCE, 17 juin 1997, *The Queen / Shingara et Radiom*, C-65/95 et C-111/95, EU:C:1997:300

CJCE, 17 juillet 1997, *The Queen / National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, EU:C:1997:379

CJCE, 2 décembre 1997, *Dafeki / Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336-94, EU:C:1997:579

CJCE, 12 mai 1998, *Martínez Sala / Freistaat Bayern*, C-85/96, EU:C:1998:217

CJCE, 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, EU:C:1998:563

CJCE, 19 janvier 1999, *Calfa*, C-348/96, EU:C:1999:6

CJCE, 26 janvier 1999, *Terhoeve*, C-18/95, EU:C:1999:22

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, EU:C:1999:126

CJCE, 21 septembre 1999, *Wijzenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:439

CJCE, 11 novembre 1999, *État belge / Mesbah*, C-179/98, EU:C:1999:549

CJCE, 11 avril 2000, *Kaba I*, C-356/98, EU:C:2000:200

CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, EU:C:2000:296

CJCE, 23 novembre 2000, *Elsen*, C-135/99, EU:C:2000:647

CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, C-192/99, EU:C:2001:106

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458

CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432

CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434

CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX*, C-459/99, EU:C:2002:461

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R*, C-413/99, EU:C:2002:493

CJCE, 26 novembre 2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, EU:C:2002:712

CJCE, 12 décembre 2002, *de Groot*, C-385/00, EU:C:2002:750

CJCE, 6 mars 2003, *Kaba II*, C-466/00, EU:C:2003:127

CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333

CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539

CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, C-109/01, EU:C:2003:491

CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172
CJCE, 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, EU:C:2004:262
CJCE, 29 avril 2004, *Pusa*, C-224/02, EU:C:2004:273
CJCE, 29 avril 2004, *Weigel*, C-387/01, EU:C:2004:256
CJCE, 8 juillet 2004, *Gaumain-Cerri et Barth*, C-31/02 et C-502/01, EU:C:2004:413
CJCE, 15 juillet 2004, *Lindfors*, C-365/02, EU:C:2004:449
CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488
CJCE, 30 septembre 2004, *Ayaç*, C-275/02, EU:C:2004:570
CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, EU:C:2004:614
CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639
CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169
CJCE, 17 mars 2005, *Kranemann*, C-109/04, EU:C:2005:187
CJCE, 14 avril 2005, *Commission / Espagne*, C-157/03, EU:C:2005:225
CJCE, 7 juillet 2005, *Commission / Autriche*, C-147/03, EU:C:2005:427
CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446
CJCE, 15 septembre 2005, *Ioannidis*, C-258/04, EU:C:2005:559
CJCE, 30 mars 2006, *Mattern et Cikotic*, C-10/05, EU:C:2006:220
CJCE, 27 avril 2006, *Standesamt Stadt Niebüll*, C-96/04, EU:C:2006:254
CJCE, 16 juillet 2006, *De Cuyper*, C-406/04, EU:C:2006:491
CJCE, 7 septembre 2006, *N.*, C-470/04, EU:C:2006:525
CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne / Royaume-Uni*, C-145/04, EU:C:2006:543
CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos*, C-158/04 et C-159/04, EU:C:2006:562
CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545
CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676
CJCE, 9 novembre 2006, *Turpeinen*, C-520/04, EU:C:2006:703
CJCE, 9 janvier 2007, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1
CJCE, 7 juin 2007, *Commission / Pays-Bas*, C-50/06, EU:C:2007:325
CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437
CJCE, 23 octobre 2007, *Morgan et Bucher*, C-11/06 et C-12/06, EU:C:2007:626
CJCE, 11 septembre 2007, *Commission / Allemagne*, C-318/05, EU:C:2007:495
CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, C-76/05, EU:C:2007:492
CJCE, 11 décembre 2007, *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771
CJCE, 17 janvier 2008, *Commission / Allemagne*, C-152/05, EU:C:2008:17
CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon / Gouvernement flamand*, C-212/06, EU:C:2008:178
CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, C-499/06, EU:C:2008:300

CJCE, 5 juin 2008, *Wood*, C-164/07, EU:C:2008:321
CJCE, 10 juillet 2008, *Jipa*, C-33/07, EU:C:2008:396
CJCE, 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, EU:C:2008:449
CJCE, 11 septembre 2008, *Petersen*, C-228/07, EU:C:2008:494
CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559
CJCE, 18 novembre 2008, *Förster*, C-158/07, EU:C:2008:630
CJCE, 4 décembre 2008, *Zablocka-Weyhermüller*, C-221/07, EU:C:2008:681
CJCE, 16 décembre 2008, *Huber*, C-524/06, EU:C:2008:724
CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, EU:C:2009:178
CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, C-544/07, EU:C:2009:258
CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország*, C-132/08, EU:C:2009:281
CJCE, 4 juin 2009, *Vatsouras et Koupatantze*, C-22/08 et C-23/08, EU:C:2009:344
CJCE, 16 juillet 2009, *von Chamier-Gliszczyński*, C-208/07, EU:C:2009:455
CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, C-103/08, EU:C:2009:597
CJUE, 23 février 2010, *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2010:83
CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104
CJUE, 20 mai 2010, *Zanotti*, C-56/09, EU:C:2010:288
CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, C-58/08, EU:C:2010:321
CJUE, 14 octobre 2010, *van Delft e.a.*, C-345/09, EU:C:2011:57
CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouradis*, C-145/09, EU:C:2010:708
CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806
CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124
CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277
CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, EU:C:2011:291
CJUE, 21 mai 2011, *Commission / Belgique*, C-47/08, EU:C:2011:334
CJUE, 21 juillet 2011, *Stewart*, C-503/09, EU:C:2011:500
CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, C-256/11, EU:C:2011:734
CJUE, 17 novembre 2011, *Gaydarov*, C-430/10, EU:C:2011:749
CJUE, 17 novembre 2011, *Aladžbov*, C-434/10, EU:C:2011:750
CJUE, 8 décembre 2011, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809
CJUE, 14 juin 2012, *Commission / Pays-Bas*, C-542/09, EU:C:2012:346
CJUE, 19 juillet 2012, *Reichel-Albert*, C-522/10, EU:C:2012:475
CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691
CJUE, 4 octobre 2012, *Commission / Autriche*, C-75/11, EU:C:2012:605
CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C 357/11, EU:C:2012:776
CJUE, 19 juillet 2012, *Reichel-Albert*, C-522/10, EU:C:2012:475

CJUE, 5 septembre 2012, *Rahman e.a.*, C-83/11, EU:C:2012:519
CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie / République slovaque*, C-364/10, EU:C:2012:630
CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280
CJUE, 8 mai 2013, *Alarape et Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290
CJUE, 9 mai 2013, *Ymeriga et Ymeriga-Tafarshiku*, C-87/12, EU:C:2013:291
CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363
CJUE, 18 juillet 2013, *Prinz et Seeberger*, C-523/11 et C-585/11, EU:C:2013:524
CJUE, 19 septembre 2013, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565
CJUE, 10 octobre 2013, *Aloka et Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645
CJUE, 24 octobre 2013, *Thiele Meneses*, C-220/12, EU:C:2013:683
CJUE, 24 octobre 2013, *Elrick*, C-275/12, EU:C:2013:684
CJUE, 16 janvier 2014, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2014:13
CJUE, 16 janvier 2014, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16
CJUE, 12 mars 2014, *O. et B.*, C-456/12, EU:C:2014:135
CJUE, 12 mars 2014, *S. et G.*, C-457/12, EU:C:2014:136
CJUE, 30 avril 2014, *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285
CJUE, 19 juin 2014, *Saint Prix*, C-507/12, EU:C:2014:2007
CJUE, ordonnance, 19 juin 2014, *Teisseyre*, C-370/13, EU:C:2014:2033
CJUE, 10 juillet 2014, *Ogieriakhi*, C-244/13, EU:C:2014:2068
CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358
CJUE, 18 décembre 2014, *McCarthy e.a.*, C-202/13, EU:C:2014:2450
CJUE, 26 février 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118
CJUE, 13 mai 2015, *Gazprom*, C-536/13, EU:C:2015:316
CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14 avant C-64/14, EU:C:2015:597
CJUE, 6 octobre 2015, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648
CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650
CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401
CJUE, 2 juin 2016, *Commission / Pays-Bas*, C-233/14, EU:C:2016:396
CJUE, 14 juin 2016, *Commission / Royaume-Uni*, C-308/14, EU:C:2016:436
CJUE, 30 juin 2016, *NA*, C-115/15, EU:C:2016:487
CJUE, 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630
CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675
CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674
CJUE, 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-543/14, EU:C:2016:605
CJUE, 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, EU:C:2017:354
CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432

A.G. Bot, ccl présentées le 30 mai 2017 sur CJUE, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:407

CEDH

CEDH, *Affaire Jeunesse c. Pays-Bas*, 2.4.6.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

CC 27 juillet 2006, décision n° 2006-540 DC

CC 30 novembre 2006, décision n° 2006-543 DC

CC 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC

CC 12 mai 2010, Décision n° 2010-605 DC

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS

Conseil d'État 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.*, p. 651

Conseil d'État 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Rec.*, p. 208

Conseil d'État 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, *Rec.*, p.1109

Conseil d'État 30 novembre 1923, *Comitéas*, *Rec.*, p. 789

CG Chenot, ccl sur Conseil d'État 10 février 1950, *Gicquel*, *Rec.*, p. 100

TRIBUNAL DES CONFLITS FRANÇAIS

TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec.* p. 91

COURS BRITANNIQUES

Quinn v Leathem [1901] AC 495

Stoke-on-Trent & Norwich [1991] Ch. 48 (HC)

COURS ÉTATS-UNIENNES

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

Thomas v. Winchester, 6 N.Y. 387 (1852)

MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382 (1916)

DOCUMENTS OFFICIELS

TRAITÉS

Pour éviter les confusions entre les différentes versions des traités, nous utiliserons les abréviations suivantes pour nous référer à ceux-ci, et, lorsque cela semble utile, nous mettrons le numéro de l'article du TUE ou du TFUE correspondant entre crochet.

CE : Traité instituant la Communauté européenne, pour citer les art. avec la numérotation issue du Traité d'Amsterdam (cette abréviation correspond à l'usage de la Cour)

CEE : Traité instituant la Communauté économique européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TCE : Traité instituant la Communauté européenne, pour citer les art. cités avec la numérotation issue du Traité de Maastricht (la Cour utilise en général traité CE)

RÈGLEMENTS

Règlement 1612/68/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.

Règlement 1408/71/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 149 du 5 juillet 1971, p. 2-50.

DIRECTIVES

Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE*, L 56 du 4 avril 1964, p. 850-857.

Directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 13-16.

Directive 90/364/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, *JOCE*, L 180 du 13 juillet 1990, p. 26-27.

Directive 90/365/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, *JOCE* L 180 du 13 juillet 1990, p. 28-29.

Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, *JOCE* L 317 du 18 décembre 1993, p. 59-60.

Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOCE* L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOCE* L 158 du 30 avril 2004, p. 77-123.

RAPPORTS

Rapport sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne, du 10 mai 1995, SEC (95) 731 final.

Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes (Luxembourg, Mai 1995), disponible à :

http://www.cvce.eu/obj/rapport_de_la_cour_de_justice_des_communautes_europeennes_luxembourg_mai_1995-fr-3644862f-2e8f-4170-9616-e573a41b61c5.html

Rapport du groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes présidé par Madame Simone Veil, présenté à la Commission le 18 mars 1997, OPOCE, 1998.

Rapport final du groupe de travail V « Compétences complémentaires », remis à la Commission sur l'avenir de l'Europe le 4 novembre 2002, disponible : https://www.cvce.eu/obj/final_report_of_working_group_v_complementary_competences_4_november_2002-en-b852bc4e-8a2e-4bba-b403-7e983257ba61.html

DIVERS

Proposition de directive (CE) du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner sur les territoires des États membres, présentées par la Commission le 23 mai 2001, COM (2001) 257 final, *JOCE* C 270 E du 25 septembre 2001, p. 150-160.

Déclaration n° 2 relative à la nationalité d'un État membre, jointe par les États membres à l'acte final du traité sur l'Union européenne, *JOCE* C 191 du 29 juillet 1992, p. 98.

Décision des chefs d'État et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992 concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'Union européenne, *JOCE* C 348 du 12 décembre 1992, p. 1)

Réponse à la question parlementaire n°2958/92, *JOCE* C 264 du 29 septembre 1993, p. 4-5

Communiqué de presse de la CJCE n°32/98, arrêt de la Cour de Justice des CE dans l'affaire préjudicielle C-85/96 Maria Martinez Sala/Freistaat Bayern.

Recommandations de la CJUE à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, *JOUE* C 439/01 du 25 novembre 2016.

TABLE DES MATIERES

ABBREVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
§ 1. <i>Comprendre le droit de l'Union dans ses propres termes</i>	13
1. Enquêter sur les concepts juridiques.....	13
2. Prendre au sérieux les pratiques	17
§ 2. <i>Une approche pragmatique des concepts juridiques</i>	23
1. Un pragmatisme normatif	23
2. Un pragmatisme inférentiel.....	26
§ 3. <i>La CJUE et le travail des concepts juridiques</i>	29
1. Dépasser l'interprétation téléologique de la jurisprudence.....	31
2. Percevoir le caractère instituant de la controverse conceptuelle	35
PARTIE I. L'ADOPTION D'UN CHEMIN CONCEPTUEL	41
Chapitre 1. Les concepts au travail	47
Section 1. Le rôle inférentiel du concept	49
§ 1. Les modèles de raisonnement impliquant la non-discrimination	51
A. <i>Ne pas être discriminé en tant que citoyen</i>	51
1. Le modèle <i>Martínez Sala</i>	51
2. La confirmation par différentes structures de raisonnement.....	55
B. <i>Ne pas être discriminé en vertu d'un autre statut</i>	62
§ 2. Les modèles de raisonnement impliquant les droits de circuler et de séjourner	66
A. <i>Les modèles impliquant le droit de séjourner</i>	66
1. Se prévaloir directement d'un droit de séjour.....	69
2. « Limiter les limitations » à l'exercice du droit de séjour	74

<i>B. Les modèles impliquant le droit de circuler</i>	79
1. Le modèle <i>D'Hoop</i> , entre la discrimination et l'entrave.....	80
2. Les modèles de l'entrave à la circulation.....	89
Section 2. L'involution conceptuelle	95
§ 1. L'inscription des concepts dans un langage	97
<i>A. L'introduction dans le cadre conceptuel</i>	99
1. Articuler le concept avec le cadre : « la non-discrimination en raison de la nationalité est attachée au statut de citoyen »	99
2. Concevoir le concept dans le cadre : « le droit de circulation et de séjour est une liberté fondamentale »	102
<i>B. La transformation du cadre conceptuel</i>	104
1. L'évolution de la non-discrimination en raison de la nationalité	105
2. La re-conceptualisation des libertés fondamentales	107
§ 2. L'inscription du langage dans les concepts	112
<i>A. La forme complexe des droits du citoyen</i>	114
1. La déconstruction hohfeldienne : les relations juridiques fondamentales	114
2. Les droits du citoyen : exercices de traduction.....	119
<i>B. Les formes à l'œuvre dans les concepts</i>	127
1. L'univers illimité des possibles <i>in abstracto</i>	127
2. Les formes inscrites au cœur des concepts	130
Chapitre 2. Les concepts travaillés	135
Section 1. Dénaturaliser le chemin conceptuel	141
§ 1. Le travail d'invention	143
<i>A La singularité de la voie adoptée</i>	143
1. L'originalité de la solution	143
2. Les difficultés posées par la solution.....	146
<i>B. Les propositions non suivies par la Cour</i>	148
§ 2. Le travail de naturalisation	151
<i>A. L'arrêt Martínez Sala, matrice du chemin conceptuel adopté</i>	153
1. La construction de l'évidence <i>a posteriori</i>	153
2. L'éviction des arrêts discordants	156
<i>B. L'arrêt Martínez Sala, prolongement de la « citoyenneté de marché »</i>	159
1. La mise en évidence des signes précurseurs.....	160
2. L'oubli des autres discours	164

Section 2. L'autopsie d'un échec	167
§ 1. Décider un cas : le travail conceptuel à l'œuvre	168
<i>A. Construire l'univers des possibles</i>	170
1. Les différentes constructions envisagées	170
2. La critique de l'artificialité des constructions proposées	173
<i>B. Les types d'opérations sur les concepts</i>	175
§ 2. L'échec d'une clause générale de non-discrimination	178
<i>A. L'éviction de la justification fondée sur la non-discrimination</i>	178
<i>B. La proposition d'une clause générale de non-discrimination</i>	182
1. Les différents principes de non-discrimination en droit de l'UE.....	182
2. Le projet d'une clause générale de non-discrimination liée à la citoyenneté	184
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	189
 PARTIE II. L'INSTITUTION DU CONCEPT PAR LA CONTROVERSE	191
 Chapitre 1. L'évolution de la controverse	199
 Section 1. Le déplacement de la controverse	201
§ 1. Le déplacement des questions	201
<i>A. Les modèles impliquant la non-discrimination et le droit de séjour</i>	201
1. Les modèles impliquant la non-discrimination en raison de la nationalité	201
2. Le modèle <i>Baumbast</i>	208
<i>B. Les modèles impliquant la liberté de circulation</i>	213
1. La coexistence de deux modèles de justification.....	214
2. La combinaison des modèles : le modèle <i>Prinz et Seeberger</i>	220
§ 2. Les nouveaux objets de la controverse	225
<i>A. La confrontation à des textes et des arrêts antérieurs au moment Martínez Sala</i>	227
1. Les textes et les arrêts antérieurs au moment <i>Martínez Sala</i>	227
2. Leur introduction dans la controverse sur la citoyenneté.....	229
<i>B. L'intégration de nouveaux textes et de nouveaux arrêts à la controverse</i>	232
1. La directive 2004/38	233
2. Les arrêts de la Cour.....	237

Section 2. La structure de l'argumentation	243
§ 1. Les « oppositions imbriquées ».....	243
<i>A. La structure de l'argumentation en questions et sous-questions.....</i>	<i>243</i>
<i>B. La reproduction de l'opposition.....</i>	<i>251</i>
§ 2. L'opposition des méthodes d'interprétation	254
<i>A. L'opposition stéréotypée des arguments méthodologiques</i>	<i>254</i>
<i>B. Le « travail des textes » dans le cadre de la controverse.....</i>	<i>258</i>
Chapitre 2. L'institution du contenu conceptuel	263
Section 1. Un processus social et historique	266
§ 1. L'institution par le questionnement et l'application du concept.....	267
<i>A. Questionner la Cour sur de nouvelles prémisses.....</i>	<i>267</i>
1. La non-monotonie du raisonnement juridique.....	267
2. Faire ou ne pas faire exception.....	270
<i>B. Appliquer le concept dans de nouveaux contextes</i>	<i>275</i>
1. Ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre	275
2. La nouveauté du contexte	279
§ 2. Un processus historique d'engagement et de reconnaissance	283
<i>A. Penser l'institution des normes conceptuelles.....</i>	<i>284</i>
1. Le modèle développé par Robert Brandom.....	284
2. Spécification pour le travail de la CJUE	288
<i>B. Le déplacement de la controverse comme forme de reconnaissance</i>	<i>291</i>
1. La dynamique institutive du déplacement de la controverse	292
2. Le cas de l'argumentation à titre subsidiaire	295
Section 2. La construction casuistique de l'abstraction.....	296
§ 1. La reconnaissance des cas et des formules	301
<i>A. La pratique formulaire : dé-contextualiser.....</i>	<i>301</i>
1. L'arrêt <i>Garcia Avello</i> comme « composition formulaire ».....	303
2. La mise entre parenthèses des cas : la force des formules.....	309
<i>B. L'indexation des formules sur des cas : re-contextualiser.....</i>	<i>313</i>
1. Les « sérieux inconvénients » : formulation et circulation.....	317
2. La spécification par l'application : le travail des cas.....	320

§ 2. La non-reconnaissance des cas et des formules.....	329
<i>A. La destitution : l'abandon de décisions antérieures.....</i>	329
1. L'abandon explicite.....	330
2. L'abandon implicite.....	331
<i>B. La reformulation : le travail des formules.....</i>	337
1. La « re-caractérisation ».....	337
2. La re-conceptualisation.....	340
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	349
PARTIE III. LA DYNAMIQUE DU CADRE CONCEPTUEL.....	351
Chapitre 1. La force du cadre conceptuel.....	359
Section 1. La dynamique du discours sur les droits	364
§ 1. La force d'une doctrine : l'effet utile des droits du citoyen	364
<i>A. L'effet utile des droits du citoyen au cœur du modèle de l'entrave.....</i>	366
1. La formule des pleins effets des facilités de circulation	366
2. L'effet utile de la liberté de circulation.....	369
<i>B. L'extension de la protection accordée aux citoyens et aux membres de leur famille.....</i>	371
1. Le modèle de l'entrave à la sortie par les obstacles mis au retour.....	372
2. De l'effet utile des droits à celui des dispositions de la directive 2004/38.....	374
§ 2. La performativité d'une théorie : les droits du citoyen au-delà de la répartition des compétences	381
<i>A. Une nouvelle façon de concevoir l'exercice du pouvoir et sa limitation</i>	382
1. La distinction entre l'existence et l'exercice d'une compétence	383
2. La distinction entre la compétence de l'Union et le champ d'application du traité.....	385
<i>B. Le dépassement de la logique de la répartition des compétences</i>	389
1. Les cas <i>Akrich et Metock</i> : la persistance de l'argumentation en termes de répartition des compétences	390
2. Le cas <i>Hongrie / République slovaque</i> : l'exception fondée en dehors des compétences	393

Section 2. Le caractère subversif de l'épreuve de justification	396
§ 1. La mise à nu – les objectifs des normes nationales	403
<i>A. La mise en question des normes relatives à l'état des personnes</i>	<i>405</i>
<i>B. La prise en compte des normes constitutionnelles</i>	<i>406</i>
§ 2. La mise en forme – l'adoption du langage de la proportionnalité	414
<i>A. La force du langage de la proportionnalité</i>	<i>414</i>
1. Le caractère approprié et nécessaire de la mesure	414
2. La mise en balance des intérêts en présence	417
<i>B. La charge de l'établissement du caractère proportionné des mesures</i>	<i>422</i>
1. La preuve du caractère proportionné des mesures en cause.....	422
2. L'exigence de rationalisation pesant sur la justification des normes.....	424
Chapitre 2. Le dépassement du cadre conceptuel	431
Section 1. L'adaptation du cadre conceptuel	435
§ 1. L'inversion des liens inférentiels : les conditions de possession du statut de citoyen de l'Union	435
<i>A. La citoyenneté comme forme inachevée</i>	<i>435</i>
<i>B. L'inversion exceptionnelle des liens inférentiels</i>	<i>441</i>
§ 2. L'innovation interstitielle : le critère de l'intégration sociale du citoyen	445
<i>A. La force du nouveau critère</i>	<i>448</i>
1. La nationalité comme signe de l'intégration sociale du citoyen.....	449
2. La nécessité de prendre en compte l'ensemble des liens sociaux et économiques	453
<i>B. La dimension perturbatrice du nouveau critère</i>	<i>458</i>
1. La permutation des objectifs et des justifications	458
2. La mise en œuvre d'une approche casuistique.....	465
Section 2. L'innovation radicale	472
§ 1. L'innovation comme réponse à une lacune axiologique	472
<i>A. L'innovation : la formulation du critère Zambrano</i>	<i>472</i>
<i>B. La lacune axiologique : l'absence de protection statutaire du citoyen de l'Union</i>	<i>475</i>
1. L'incompatibilité des situations purement internes avec une « véritable citoyenneté ».....	476
2. La reconnaissance d'une protection statutaire, embryon d'une « véritable citoyenneté ».....	478

§ 2. La liberté laissée par l'innovation conceptuelle.....	481
<i>A. La limitation de la portée de l'innovation</i>	481
1. La reformulation du critère : la limitation du concept	482
2. Prendre le territoire de l'Union dans son ensemble pour le fragmenter.....	488
<i>B. Décider en dehors du cadre conceptuel</i>	493
<i>CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE</i>	497
<i>CONCLUSION</i>	499
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	503
Ouvrages.....	503
Articles, chapitres d'ouvrages et autres.....	511
<i>INDEX DES NOTIONS</i>	535
<i>INDEX DES ARRÊTS DE LA CJUE</i>	543
<i>TABLE DE LA JURISPRUDENCE</i>	551
CJCE/CJUE	551
CEDH.....	557
Conseil constitutionnel français	557
Conseil d'État français	557
Tribunal des Conflits français	557
Cours britanniques	558
Cours états-uniennes	558
<i>DOCUMENTS OFFICIELS</i>	559
Traités	559
Règlements	559
Directives	559
Rapports	560
Divers.....	561
<i>TABLE DES MATIÈRES</i>	563