

L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ?

*La cause est entendue. Les rapports entre les ordres juridiques seront ce qu'ils ne sont plus*¹. Cette question des rapports de systèmes² offre sans doute l'une des rares occasions à un juriste de faire écho aux termes du manifeste du surréalisme d'André Breton. En présence d'un conflit normatif entre deux ordres juridiques, chacun d'entre eux affiche la prétention d'être « l'unique détenteur du principe de solution du conflit et à donner pour principe sa propre supériorité »³. Le multiple se réduit dans l'un, l'un s'imposant au multiple⁴. Dans ce supposé ou prétendu contexte de revendication du soi, il peut apparaître vain de tenter de proposer une explication des rapports entre les ordres juridiques permettant d'ordonner et de coordonner le multiple.

Les rapports de systèmes existants en Europe entre les Etats, les deux principales intégrations régionales européennes, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, et le droit international public constituent un objet d'observation riche et éclairant pour apprécier cette problématique. Plus précisément encore, la concurrence existante entre différents mécanismes de protection des droits fondamentaux au sein de ces systèmes⁵ offre un terrain d'observation pertinent pour penser la conciliation. Le conflit entre les ordres juridiques est susceptible de se matérialiser avec une acuité particulière en matière de protection des droits fondamentaux.

Il suffira pour s'en convaincre de rappeler la situation nationale. En France, le justiciable est aujourd'hui en mesure de soulever simultanément devant le juge interne de droit commun contre la loi : la violation de la Constitution, celle de la Convention européenne des droits de l'homme, celle du droit de l'Union européenne, voire celle d'autres conventions internationales. Le chemin de l'appréciation de la régularité de la loi peut être décomposé en trois temps.

Dans un premier temps, la violation de la Constitution et celle du droit de l'Union européenne peuvent donner lieu à deux questions préjudicielles différentes, devant des juridictions relevant d'ordres normatifs différents, la Cour de justice d'une part et le Conseil constitutionnel d'autre part⁶, et donc, potentiellement, à deux réponses différentes, selon des points de vue qui le sont tout autant.

¹ Ces formules font échos aux formules contenues dans le manifeste du surréalisme d'André Breton du 1^{er} juillet 1947.

² Les termes d'ordre juridique et de système juridique étant utilisés comme synonyme.

³ L. Dubouis, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 212.

⁴ Sur la dialectique entre l'un et le multiple, voir M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, La couleur des idées, 2006, introduction, p. 7 et s.

⁵ Voir en particulier sur cette question le compte rendu de la table ronde sur le thème *Les effets réciproques des décisions des juridictions régionales (Cours européennes, Cour interaméricaine) et des juridictions constitutionnelles nationales*, dans le cadre du XXIII^{ème} Cours international qui s'est tenu les 7 et 8 septembre 2011 à Aix-en-Provence, à paraître, AIJC, 2011.

⁶ Gardons nous ici, de peur de saturer le lecteur, de préciser l'ordre de priorité de ces deux questions.

Dans un deuxième temps, et après l'intervention du juge constitutionnel et de la Cour de Luxembourg, le juge du fond pourra apprécier les moyens de conventionnalité. Sa solution sera, en droit ou en fait, dans une large mesure déterminée voire conditionnée par la réponse des juridictions saisies par la voir préjudicielle.

Dans un troisième temps, insatisfait de la position du juge du fond, le justiciable pourra encore, une fois les voies de recours internes épuisées, saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour obtenir, le cas échéant, une nouvelle appréciation de la compatibilité du droit national avec la Convention. Celle-ci pourra conduire à une remise en cause de ce qui avait été préalablement jugé par le juge national, de droit commun ou constitutionnel, ou même par la Cour de justice. L'adhésion prochaine de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et donc la soumission directe du droit de l'Union européenne⁷ à ses stipulations ne manquera pas d'ajouter des risques potentiels de conflits entre les ordres juridiques à l'occasion de la protection des droits fondamentaux⁸.

Ainsi, si la question est posée en première instance, le droit national en général et la loi en particulier peuvent faire l'objet d'une appréciation de régularité au regard de leur conformité aux droits fondamentaux par six juridictions, deux juges du fond et quatre « cours suprêmes »⁹ (Conseil d'Etat ou Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Cour de justice et Cour européenne des droits de l'homme). Cette appréciation croisée de la régularité de la loi est en mesure de révéler des divergences d'appréciation concrètes, quel que soit le rapprochement substantiel existant entre les différentes normes de référence de protection des droits fondamentaux.

Face à de tels risques, certaines cours suprêmes ont adopté une ligne jurisprudentielle permettant de réduire les cas de conflits potentiels et donc de surmonter les apories des rapports entre les ordres juridiques, sans renoncer à la suprématie de leur ordre juridique de référence. Cette ligne jurisprudentielle repose sur un postulat : la prééminence de son ordre juridique, c'est-à-dire l'*ordre juridique de référence* de la cour suprême, qui s'accompagne d'un droit de regard sur un ordre juridique qu'elle est censée devoir respecter, l'*ordre juridique concurrent*. Elle entend, plus précisément, tirer les conséquences de ce postulat en sanctionnant cette prééminence par un contrôle des normes de l'*ordre concurrent* au regard de normes de l'*ordre de référence*. Cette sanction est toutefois limitée à des situations résiduelles ce qui permet, en définitive, sous couvert d'une position de principe irrégulière au regard de l'ordre concurrent, d'en atténuer, voire d'en annihiler

⁷ Sur la soumission indirecte, par l'intermédiaire de mesures nationales d'application du droit de l'Union européenne, voir *infra* et notamment l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Bosphorus*.

⁸ Le Conseil d'Etat français a cependant déjà anticipé en partie cette situation dans l'arrêt de section du 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres* (Rec., p. 129).

⁹ Si l'on retient avec de D. de Béchillon qu'elles ont toutes « un pouvoir de dernier mot à l'intérieur de leur ordre juridique propre ». Voir : « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33.

les conséquences pratiques. La compatibilité entre les ordres juridiques est globalement maintenue dans la mesure où le conflit est relégué à des situations exceptionnelles, en nombre réduit.

Cette position ne relève que d'une politique jurisprudentielle librement déterminée par les cours suprêmes. En effet, aucune disposition constitutionnelle explicite de l'ordre de référence n'habilite ou n'habilitait à l'origine¹⁰ les cours suprêmes à s'opposer au droit de l'ordre concurrent qui s'impose à elles¹¹. De plus, l'ordre concurrent, à l'exception du droit de l'Union européenne dans un cas déterminé¹², interdit que l'on puisse lui opposer des normes de l'ordre de référence. Aussi, le contrôle du respect par l'ordre concurrent de certaines normes de l'ordre de référence est-il doublement problématique d'un point de vue juridique : il ne résulte pas d'une habilitation expresse de l'ordre d'origine et il est proscrit par l'ordre concurrent.

Cette difficulté a imposé un effort de justification et même de légitimation de la sanction de la prééminence de l'ordre de référence sur l'ordre concurrent. Cette légitimation repose sur une valeur politique forte, issue du libéralisme politique, et commune aux différents Etats membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne : la protection des droits fondamentaux. Le respect de cette valeur justifie la sanction par l'ordre de référence. C'est même pour garantir le respect de cette valeur que la sanction des normes de l'ordre concurrent par les cours suprêmes peut être prononcée. De manière plus précise, le défaut de protection des droits fondamentaux par l'ordre concurrent justifie un contrôle par la ou les cours suprêmes relevant de l'ordre de référence du respect de ces droits par les normes de l'ordre concurrent. Les cours suprêmes exigent un standard de protection des droits fondamentaux, standard qui, pour reprendre S. Rials, « vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception du terme »¹³. Si ce standard n'est pas atteint, il justifie l'intervention de la cour suprême de l'ordre de référence en raison de la défaillance du système de protection de l'ordre concurrent. L'intervention de la cour suprême de l'ordre de référence suit un schéma de *subsidiarité juridictionnelle*. Le juge n'interviendra que s'il existe une défaillance du système de protection et si son intervention est la seule à même de garantir le respect des droits

¹⁰ On pense à l'article 23 de la loi fondamentale allemande, issu de la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992, qui constitutionnalise en partie la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande relative aux « contrelimites » au droit « communautaire ».

¹¹ Même si l'on peut considérer que les juridictions suprêmes peuvent être valablement saisies de la question de la régularité d'une norme de l'ordre concurrent. Il suffit qu'il existe une norme de l'ordre de référence qui met en œuvre une norme de l'ordre concurrent et que la cour suprême soit compétente pour apprécier la régularité de la première norme. Le contrôle de la norme de l'ordre de référence peut alors dériver sur le contrôle de la norme de l'ordre concurrent. Toutefois, la « régularité » de la saisine du juge ne préjuge en rien de la régularité du contrôle effectivement exercé et de la compétence du juge pour écarter l'application d'une norme de l'ordre concurrent au nom du respect d'une norme de l'ordre de référence.

¹² Il convient en effet de mentionner ici l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne qui stipule que l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et institutionnelles ». Cette stipulation peut servir de fondement normatif à certaines réserves de constitutionnalité formulées par les juridictions constitutionnelles nationales qui entreraient dans son domaine d'application.

¹³ S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1980, p. 120.

fondamentaux. La défaillance ou le défaut du système de protection de l'ordre concurrent peut être apprécié de deux manières différentes : soit il ne permet pas de protéger certaines valeurs spécifiques et propres de l'ordre de référence, soit il ne permet pas de garantir une protection équivalente des droits fondamentaux à celle qui pourrait être garantie par l'ordre de référence. Les cours suprêmes prennent ainsi le *relai* de l'ordre concurrent soit que celui-ci ne peut pas protéger certaines valeurs, soit qu'il ne les protège pas de manière satisfaisante.

Cette seconde voie est sans doute la plus connue par la formule de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui la synthétise : « *Solange* ». La jurisprudence de la Cour de Karlsruhe connue sous cette dénomination, même si elle a subi quelques variations¹⁴, conduit à ce que le juge n'exerce pas de contrôle de constitutionnalité du respect des droits fondamentaux sur le droit de l'Union aussi longtemps que la protection de ceux-ci dans l'ordre juridique de l'Union est satisfaisante¹⁵. Cette jurisprudence concerne le rapport entretenu entre un ordre juridique national, et plus exactement les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, et l'ordre juridique de l'Union européenne. Cette jurisprudence a depuis rencontré un succès

¹⁴ Dans une décision du 29 mai 1974, la Cour avait reconnu sa compétence de principe pour apprécier la conformité du droit communautaire aux droits fondamentaux constitutionnels « tant que le processus d'intégration de la Communauté n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour que le droit communautaire comporte également un catalogue en vigueur des droits fondamentaux arrêté par un Parlement et correspondant au catalogue des droits fondamentaux consacré par la Loi fondamentale » (C.C.F.A., 29 mai 1974, *R.T.D.E.*, 1974, p. 316 et s., spéc. I, 7., c), p. 322). Elle assouplit sa position avec la décision du 22 octobre 1986. Elle n'exercera plus de contrôle sur le droit communautaire « aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la C.J.C.E., garantissent d'une façon générale une protection efficace des droits fondamentaux contre l'exercice de leur propre souveraineté, qui puisse être considérée par essence comme d'égale niveau à celui de la protection inaliénable des droits fondamentaux qu'assure la loi fondamentale » (C.C.F.A., 22 octobre 1986, *R.T.D.E.*, 1987, p. 537 et s., spéc. II, 1., f), p. 544). La décision du 12 octobre 1993 a pu apparaître par certains côtés plus ambiguë. La Cour semble se contenter d'apprécier la « garantie générale des standards absolument nécessaires des droits fondamentaux », la Cour de justice « garantissant la protection des droits fondamentaux dans chaque cas pour tout le territoire des Communautés européennes ». Soulignant « une relation de coopération » avec la Cour de justice, la Cour de Karlsruhe semble ne souhaiter veiller au respect du « noyau des droits fondamentaux » que de manière globale, laissant au juge communautaire (alors) le soin de les protéger cas par cas (C.C.F.A., 12 octobre 1993, *R.U.D.H.*, 1993, p. 286, spéc. III, B., 2., pp. 287-288). La Cour a explicité sa position dans une décision du 7 juin 2000. Elle a jugé qu'elle demeurerait compétente pour contester des actes de la Communauté « si l'on démontre que [ces] actes (...) portent atteinte aux droits fondamentaux que la Loi fondamentale garantit aux citoyens de la République fédérale d'Allemagne, et que la protection des droits fondamentaux accordée dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes face à une atteinte aux droits fondamentaux en question, ne correspond pas au niveau de protection que la Loi fondamentale considère comme impératif de garantir » (C.C.F.A., 7 juin 2000, *R.T.D.E.*, 2001, p. 156, spéc. III, 1., b), p. 159). Cette question de la protection des droits fondamentaux n'a pas été envisagée dans la décision du 30 juin 2009 sur le Traité de Lisbonne.

¹⁵ Cette subsidiarité du contrôle de la Cour pour les droits fondamentaux a été étendue avec l'arrêt du 30 juin 2009 à *l'ultra vires*, c'est-à-dire au contrôle éventuel exercé par la Cour constitutionnelle sur les actes de l'Union qui dépassent manifestement les compétences qui ont été accordées à l'Union. Ainsi, « lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir de protection juridique au niveau de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale vérifie que, dans le respect du principe de subsidiarité, principe du droit communautaire comme du droit de l'Union (art. 5 alinéa 2 TCE ; art. 5 alinéa 1 phrase 2 et alinéa 3 TUE Lisbonne), les actes juridiques des organes ou des institutions européens respectent les limites des droits de souveraineté attribués à ceux-ci dans le cadre du principe d'attribution (cf. Recueil BVerfGE 58, 1 30 s. ; 75, 223 235, 242 ; 89, 155 188 ; cf. ces deux dernières décisions pour la notion « d'acte juridique outrepassant les compétences attribuées ») » (§ 240).

Le Tribunal constitutionnel espagnol ne s'est inscrit dans cette voie que de manière large et selon un schéma d'ultime recours. Il pourrait ainsi exercer sa compétence pour garantir « la sauvegarde de la souveraineté du peuple espagnol et de la suprématie dont celui-ci a doté la Constitution « dans l'hypothèse difficilement concevable, où la dynamique (...) du droit de l'Union viendrait à rendre inconciliable ce droit avec la Constitution espagnole, sans qu'il ait été porté remède aux excès hypothétiques du droit européenne par rapport à la Constitution européenne elle-même [le Tribunal était alors saisi de la conformité à la Constitution du Traité établissant une Constitution pour l'Europe] selon les voies ordinaires que cette Constitution prévoit » (T.C.E., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *R.F.D.A.*, 2005, p. 47). Pour ces « problèmes qu'il considère lui-même « dans la perspective actuelle (...) comme inexistant », le Tribunal interviendrait à défaut de pouvoir compter sur les mécanismes prévus dans les traités.

considérable auprès d'autres juridictions suprêmes, dans des contextes de rapports de systèmes différents.

La Cour européenne des droits de l'homme a emprunté cette voie dans l'arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus*¹⁶, sur fond de rapports entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre juridique de la Convention. Le contrôle indirect par la Cour d'un acte de droit dérivé de l'Union, par l'intermédiaire de mesures nationales d'application, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ne sera pas exercé dès lors qu'il existe une protection « équivalente » à celle garantie par le système de la Convention au niveau de l'Union européenne (§ 155). La compétence de la Cour de Strasbourg pour contrôler des actes de l'Union est conditionnée par le défaut d'équivalence des mécanismes de protection au sein de l'Union européenne.

La même perspective est également retenue dans les rapports entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'Union européenne. Dans l'arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi*¹⁷, la Cour de justice s'est inscrite dans cette voie d'un « solange » communautaire¹⁸, même si la motivation de la Cour sur l'insuffisance du système onusien de protection juridictionnelle a pu être, à juste titre, considérée comme surabondante¹⁹. Cette insuffisance n'en contribue pas moins à justifier, sur le plan de la légitimité, la compétence de la Cour de Luxembourg, dont l'exercice est susceptible de remettre en cause par l'intermédiaire d'un règlement communautaire une résolution du Conseil de sécurité de l'organisation des Nations-Unies.

La première voie est celle empruntée par les cours suprêmes françaises et, plus précisément, par le Conseil constitutionnel avec la décision *Confiance dans l'économie numérique*²⁰ et par le Conseil d'Etat, avec l'arrêt *Arcelor*²¹, et nous touchons donc à une « exception française » en matière de subsidiarité juridictionnelle pour la protection des droits fondamentaux. Elle sera qualifiée, selon

¹⁶ C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande*, req. 45036/98.

¹⁷ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351.

¹⁸ Voir notamment : M. Benlolo-Carabot, « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *RMC*, n° 529, juin 2009, p. 383.

¹⁹ Voir en ce sens ; P. Cassia, F. Donnat, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA*, 2008, p. 1204 ; J.-P. Jacqué, « Primauté du droit international *versus* protection des droits fondamentaux », *RTDE*, 2009, p. 161.

Il n'y a d'ailleurs pas dans la motivation de la Cour un attendu de principe de type « solange ». Cette motivation n'est en effet pas sans contradiction. Le seul fait pour la Cour de placer sa compétence sous l'angle exclusif du droit communautaire n'imposait aucune argumentation sous l'angle du droit de l'O.N.U. Elle a en effet jugé que « dans un contexte tel que celui de l'espèce, le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel » (§ 286) ou encore que la question de sa compétence « se pose en effet dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux » (§ 317). L'examen de la défaillance du système de protection juridictionnelle au sein de l'O.N.U. est donc surabondant (§ 319-325). Il n'en a pas moins une fonction dans l'argumentation visant à justifier la compétence problématique vis-à-vis du droit international public.

²⁰ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.*, p. 101.

²¹ C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, *Rec.*, p. 55.

une perspective chronologique, de schéma « *Confiance dans l'économie numérique* ». Celui-ci repose sur une séparation stricte des deux systèmes de protection et sur une protection complémentaire par la cour suprême de l'ordre de référence de ses seules valeurs propres et spécifiques. La protection des droits fondamentaux dans l'ordre concurrent est indifférente. Il n'est pas question de la mettre en cause ou de s'y substituer. Ce n'est que si l'ordre concurrent n'est pas en mesure de protéger des valeurs singulières de l'ordre de référence que la cour suprême de ce dernier ordre interviendra. Une confiance est ainsi accordée au système de protection pour le respect des valeurs communes. Le contrôle est cependant automatique, dès qu'il existe des valeurs spécifiques à défendre. Il n'est pas conditionné par l'insuffisance du système concurrent.

Cette politique jurisprudentielle peut faire l'objet d'au moins deux lectures : une lecture négative, purement juridique, mettant en avant l'irrégularité de la position des juridictions de l'ordre de référence par rapport à l'ordre concurrent ; une lecture positive, pragmatique, qui met en avant la pacification des rapports entre les ordres juridiques à laquelle parvient cette solution. C'est cette seconde lecture qu'il s'agira de défendre ici. Tant que les juridictions nationales n'accepteront pas, sur le principe, la suprématie de l'ordre concurrent²², ou pour le moins l'articulation des compétences qu'il implique²³, la *subsidiarité juridictionnelle* permet en substance à la fois de respecter la répartition des compétences entre les deux ordres juridiques et donc le système concurrent et de maintenir la revendication selon laquelle l'ordre juridique de référence est l'ordre premier. Elle garantit une pacification des rapports entre les systèmes de protection des droits fondamentaux, en renvoyant les cas de conflits ouverts à des situations exceptionnelles et improbables.

Le standard de protection des droits fondamentaux exigé par l'ordre de référence de l'ordre concurrent doit être d'abord explicité en ce qu'il conditionne l'exercice du contrôle dans l'ordre de référence (§ I). Il conviendra ensuite de montrer en quoi l'exigence de ce standard rééquilibre, de manière originale, les rapports entre les ordres juridiques (§ II).

§ I – Un standard conditionnant le contrôle dans l'ordre de référence

Le recours à l'insuffisance du système de protection de l'ordre concurrent pour justifier la sanction du respect des valeurs de l'ordre de référence par les juridictions suprêmes peut emprunter deux orientations différentes. Selon la première, la cour suprême de l'ordre de référence interviendra lorsque l'ordre de concurrent n'est pas en mesure de protéger certaines valeurs. Cette situation témoigne d'une confiance dans le système de protection des droits fondamentaux prévu par l'ordre concurrent puisque seules les valeurs qu'il n'est pas en mesure de

²² L'on suppose ici que les juridictions nationales pourraient très bien respecter directement les prescriptions des ordres concurrents sans s'appuyer sur les dispositions constitutionnelles de couverture de ces ordres juridiques.

²³ Et qui implique, par exemple, que si les cours suprêmes nationales méconnaissent les prescriptions des ordres concurrents tel que ceux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, il existe des procédures, le recours en manquement dans le premier cas, le recours individuel dans le second, qui permettent de sanctionner cette irrégularité.

défendre, les valeurs propres et spécifiques de l'ordre de référence, seront défendues par la cour suprême. Selon la seconde orientation, il n'existe pas de confiance dans le système de protection de l'ordre concurrent et la cour suprême de l'ordre de référence entend exercer un droit de regard sur celui-ci. Il s'agit d'exiger de l'ordre concurrent un standard de protection spécifique qui, s'il n'est pas ou est mal respecté, appellera la compétence de la cour suprême de l'ordre de référence. Cette orientation conduit, en substance, à défendre un standard minimum commun de protection des droits fondamentaux entre les ordres juridiques.

A – La confiance dans le standard de protection de l'ordre concurrent : la défense des seules valeurs propres et spécifiques de l'ordre de référence

Le choix des « juridictions suprêmes » françaises, du moins celui du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, d'opposer certaines normes constitutionnelles au respect du droit de l'Union européenne s'inscrit dans une perspective nationaliste. Les juridictions suprêmes doivent être en mesure de s'opposer au droit de l'Union européenne lorsque celui-ci porte atteinte à des valeurs spécifiques à l'ordre juridique français. Cette intervention n'est cependant pas exclusive de la protection des droits fondamentaux telle qu'elle est organisée au niveau de l'Union européenne, elle intervient de manière *complémentaire* parce que cette dernière ne permet pas de préserver les valeurs spécifiques françaises. Le contrôle exercé au sein de l'ordre de référence est complémentaire à celui exercé dans l'ordre concurrent. Aucun droit de regard n'est exercé sur le système de protection concurrent. Il n'est aucunement question de douter de la capacité du système à protéger les droits fondamentaux, y compris pour la défense de valeurs qui seraient communes aux deux systèmes. Seul ce que le système concurrent n'est pas en mesure de protéger le sera par l'ordre de référence. Sous ce schéma général commun, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat français empruntent des voies différentes.

La solution du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la spécialité de son office. Elle est en effet marquée par le fait que le juge constitutionnel ne se considère pas, notamment pour des raisons de délai à statuer, compétent pour pouvoir saisir la Cour de justice de l'Union européenne. Tout en affirmant sa compétence résiduelle pour contrôler la constitutionnalité de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, il n'en reconnaît pas moins, en dehors de cette compétence, la compétence exclusive du « juge communautaire, *saisi le cas échéant à titre préjudiciel*, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que les droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »²⁴.

Cette formule tend à clairement distinguer deux catégories de contrôle :

²⁴ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101 cons. 6, nous soulignons. Voir également, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité : n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, M. Kamel D. [*Transposition d'une directive*], JORF, 19 décembre 2010, p. 22373, cons. 3.

- un contrôle de droit commun du respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par le droit de l'Union européenne, entre les mains du juge de droit commun, qui peut imposer la saisine la Cour de justice pour qu'elle se prononce sur la régularité d'un acte de droit dérivé ;
- un contrôle d'exception, réservé au juge constitutionnel, qui veillera au respect des « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »²⁵ qui, par définition, ne sauraient être protégés par la Cour de justice.

Le niveau de protection des droits fondamentaux est donc indifférent à l'exercice du contrôle du juge constitutionnel. La compétence résiduelle du Conseil constitutionnel existe quelle que soit la protection effectivement assurée par l'ordre juridique européen. La protection des valeurs communes aux deux systèmes contre le droit de l'Union dérivé doit se faire par le juge de droit commun qui devra, le cas échéant, saisir la Cour de justice pour qu'elle en apprécie la régularité ; la protection des valeurs propres et spécifiques doit se faire par le juge constitutionnel. Il convient encore de remarquer que le choix d'opposer les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France renvoie à la reconnaissance par l'article 4 § 2 du TUE du respect par l'Union de l'identité nationale des Etats « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Le contrôle national est ainsi couvert par le droit de l'Union.

La solution du Conseil d'Etat participe de la même approche nationaliste, tout en s'inscrivant dans un schéma plus subtil. A l'instar du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat entend protéger les valeurs propres de l'ordre juridique français, sans pourtant se référer à l'identité constitutionnelle. Parce qu'il est en mesure de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, il ne se soucie pas seulement du respect des valeurs spécifiques de la France mais bien de l'ensemble des droits fondamentaux en saisissant, le cas échéant, la Cour de justice pour qu'elle se prononce. La sanction du respect des valeurs spécifiques françaises relève de la compétence du Conseil d'Etat, et plus largement du juge administratif, celle des autres valeurs, de la compétence de la Cour de justice, sur saisine de celui-ci. La Cour de justice, comme a pu le suggérer le Conseil constitutionnel, est associée à la protection de valeurs communes aux deux systèmes sur saisine du juge national.

Cette articulation mérite d'être explicitée dans sa concrétisation jurisprudentielle. Face à un grief d'inconstitutionnalité²⁶ opposé à un acte réglementaire transposant les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive européenne, il appartient au juge de rechercher « s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence communautaire, garantit par son application

²⁵ Formulation issue de la décision n° 2010-540 DC, 27 juillet 2006, *Droits d'auteur, Rec.*, p. 88, cons. 19, dans le cadre de l'exercice d'un contrôle de la conformité de dispositions législatives aux dispositions d'une directive qu'elles avaient pour objet de transposer. Pour une affirmation récente et synthétique dans le cadre de la QPC et d'un contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative de transposition d'une directive : n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D. [Transposition d'une directive], précit.*, cons. 3.

²⁶ En dehors des règles de compétence et de procédure dont le respect fait l'objet d'un contrôle de légalité classique de la part du Conseil d'Etat.

l'effectivité du respect » du principe ou de la règle constitutionnelle invoqué. En d'autres termes, il appartient au juge de vérifier, dans un premier temps, si la règle ou le principe invoqué est également protégé au niveau de l'Union européenne. La question de conformité à la Constitution est donc transformée en question de conformité au droit de l'Union européenne. Dans un second temps, s'il existe un principe équivalent en droit de l'Union, il sera nécessaire, en cas de difficulté sérieuse (c'est-à-dire une difficulté d'interprétation ou une incompatibilité présumée), de saisir la Cour de justice. S'il n'existe pas de principe équivalent, et que nous sommes donc face à un principe ou une règle spécifique à l'ordre juridique français, il appartient au juge administratif de sanctionner le respect de ce principe ou de cette règle. L'intervention du juge administratif pour sanctionner directement la norme constitutionnelle est certes conditionnée par l'absence de norme équivalente au niveau européen, mais le fait qu'il n'existe pas de principe ayant une portée équivalente en droit de l'Union européenne ne dépend pas du droit de l'Union. Tout ce qui relève de l'identité de l'Etat ne saurait être protégé au niveau européen et devra donc l'être au niveau national. Seul ce qui relève de la spécificité de l'ordre interne fera l'objet d'une sanction par le juge administratif. Aucune appréciation n'est portée sur la qualité du système de protection concurrent, seule importe la protection des valeurs spécifiques de l'ordre interne.

Ce schéma de contrôle de constitutionnalité, véritable exception française, mérite d'être confronté au schéma *Solange* qui exige du système concurrent un certain standard de protection sous peine de mettre en place un contrôle de l'ordre de référence.

B – L'exigence d'un standard de protection spécifique dans l'ordre concurrent : la défense d'un standard minimum commun de protection des droits fondamentaux

Le schéma de contrôle impliqué par le modèle *Solange* fait apparaître le contrôle exercé par l'ordre de référence comme un contrôle de sanction de l'ordre concurrent. En l'absence de « congruence », selon l'usage de ce terme par la doctrine allemande, entre le système de protection de l'ordre concurrent et celui de l'ordre de référence, la juridiction suprême s'autorise à contrôler les normes du premier au regard de celles du second qui sont relatives aux droits fondamentaux. Le contrôle exercé au sein de l'ordre de référence dépend de la protection des droits fondamentaux par l'ordre concurrent. L'appréciation de cette protection par l'ordre concurrent se fait de manière globale et/ou parfois également de manière ponctuelle, droit fondamental par droit fondamental. La défaillance globale et/ou ponctuelle du système concurrent justifie un contrôle au regard d'un droit fondamental déterminé. La subsidiarité juridictionnelle ainsi décrite est conquérante. Elle tend à imposer à l'ordre concurrent un standard de protection des droits fondamentaux afin d'échapper à une réaction de l'ordre de référence.

Ce schéma a fait l'objet de plusieurs modélisations par la Cour constitutionnelle fédérale. Dans une décision du 29 mai 1974, elle a conclu que le système de protection des droits fondamentaux en droit communautaire était insuffisant et, qu'en conséquence, elle exerçait un contrôle du droit communautaire au regard des droits fondamentaux. Avec la décision du 22 octobre 1986, la Cour

assouplit sa position. Elle relève désormais que la protection des droits fondamentaux est garantie de manière satisfaisante et qu'elle n'exercera aucun contrôle tant que cette protection demeurera satisfaisante. En 1974, sa compétence est de principe faute pour le système concurrent de protéger de manière satisfaisante les droits fondamentaux ; en 1986, elle devient l'exception lorsque le système concurrent de protection des droits fondamentaux est pris en défaut. Si la décision du 12 octobre 1993 est ambiguë pour apprécier une évolution de la jurisprudence de la Cour sur cette question, la décision du 7 juin 2000 synthétise sa position actuelle. Elle a jugé qu'elle demeurerait compétente pour apprécier la régularité des actes de la Communauté « si l'on démontre que [ces] actes (...) portent atteinte aux droits fondamentaux que la Loi fondamentale garantit aux citoyens de la République fédérale d'Allemagne, et que la protection des droits fondamentaux accordée dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes face à une atteinte aux droits fondamentaux en question, ne correspond pas au niveau de protection que la Loi fondamentale considère comme impératif de garantir »²⁷. L'appréciation du standard est global et justifie un contrôle ponctuel de la Cour constitutionnelle. Le respect du standard est présumé et il appartient au requérant qui conteste devant la Cour un acte de droit dérivé de renverser cette présomption.

La Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans une perspective quelque peu différente. Elle refuse d'exercer un contrôle sur les actes étatiques intervenus en exécution du droit de l'Union, ou sur toute autre organisation internationale à laquelle l'un des Etats partie à la Convention européenne des droits de l'homme appartient, « dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » c'est-à-dire « comparable »²⁸. La Cour exige non seulement une équivalence substantielle mais également une équivalence procédurale. Elle précise que le constat d'équivalence de protection n'est pas définitif et qu'il peut faire l'objet d'une nouvelle appréciation « à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux »²⁹. En cas de protection équivalente, l'Etat est présumé respecter les exigences de la Convention lorsqu'il exécute les obligations du système concurrent. Cette présomption peut toutefois être renversée « dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention [est] entachée d'une insuffisance manifeste »³⁰. Le raisonnement de la Cour semble comprendre deux temps, l'appréciation de l'équivalence du système de protection de l'ordre concurrent, d'une part, et l'appréciation de la présomption de compatibilité de la mesure étatique d'exécution, d'autre part. Là encore le degré d'exigence est fort car, même si la protection générale est équivalente, une incompatibilité ponctuelle avec la Convention peut être constatée « en cas d'insuffisance manifeste ». La Cour

²⁷ C.C.F.A., 7 juin 2000, *R.T.D.E.*, 2001, p. 156, spéc. III, 1., b), p. 159.

²⁸ C.E.D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizmi ve Ticaret AS contre Irlande*, req. n° 45036/98, § 155.

²⁹ *Ibid.*, § 155.

³⁰ *Ibid.*, § 156.

combine une appréciation générale du système concurrent et une appréciation ponctuelle de sa mise en œuvre par l'Etat. Il reste que l'équivalence de protection est reconnue à partir de l'arrêt *Bosphorus*, sauf changement significatif du système de protection de l'ordre concurrent, la Cour ne faisant plus qu'examiner, dans les affaires ultérieures, comme c'est le cas avec l'arrêt du 20 janvier 2009, *Cooperatieve...*³¹, une éventuelle protection des droits fondamentaux « d'une insuffisance manifeste ». Le principe général d'équivalence acquis, le seuil d'appréciation ponctuelle « d'insuffisance manifeste » est élevé. Il tend *a priori* à écarter tout contrôle approfondi. La pression sur le système concurrent n'en est ici que plus souple.

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg témoigne d'une lecture encore différente et d'une approche particulièrement rigoureuse vis-à-vis d'un ordre concurrent dont elle procède, l'ordre juridique international. La situation concerne le contrôle par la Cour d'un acte dérivé de l'Union qui donne effet à une résolution de l'Organisation des Nations-Unies. Sur le plan des principes qui régissent l'exercice de son contrôle, le juge européen ne conditionne pas son exercice à une insuffisance de la protection des droits fondamentaux au niveau de l'ordre concurrent, l'ONU en l'occurrence. La Cour entend défendre d'autorité les « principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux »³². Elle s'inscrit ici dans une démarche d'autonomie totale vis-à-vis de l'ordre concurrent, précisément celle qu'elle interdit aux cours constitutionnelles nationales vis-à-vis du droit de l'Union. La spécificité du droit de l'Union, en tant que pierre angulaire de la plupart des constructions jurisprudentielles de la Cour, tend à marquer la prééminence de ce droit sur le droit international public. La soumission automatique du droit de l'Union d'application de résolution de l'ONU aux « principes constitutionnels » ne renvoie cependant en rien à la démarche des Cours constitutionnelles italienne et allemande qui pourrait être comparée. Ces dernières opposent au droit de l'Union les seuls, pour la Cour italienne, ou notamment, pour la Cour de Karlsruhe, les principes indisponibles au pouvoir de révision constitutionnelle selon une logique difficilement contournable : le droit de l'Union européenne, pas plus que le pouvoir de révision constitutionnelle, ne peut remettre en cause certains principes au sein de l'ordre juridique. Il n'est pas possible de permettre au droit de l'Union ce qui est interdit au pouvoir de révision constitutionnelle. Les « principes constitutionnels » dégagés par la Cour de justice peuvent difficilement être compris, du moins en l'état actuel du droit positif, comme constituant une limite au pouvoir des Etats de modifier les traités institutifs de l'Union.

Il reste que cette affirmation de principe de la Cour de justice doit être lue avec toute une argumentation qu'elle développe sur l'insuffisance du système de protection. Le contrôle n'est pas *conditionné* par cette insuffisance, il est seulement *justifié* par cette insuffisance. La Cour relève en particulier que l'existence d'une procédure de réexamen devant le Comité des sanctions des

³¹ C.E.D.H., 20 janvier 2009, *Cooperatieve producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. C. c. Pays-Bas*, req. n° 13645/05, § 156 et s.

³² C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, Aff. C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008 p. I-6351, § 285.

résolutions « ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté »³³. L'exception tirée de l'existence d'un recours parallèle ne saurait écarter la compétence de la Cour de justice, d'autant que l'immunité éventuelle n'est pas justifiée « dès lors que cette procédure de réexamen [institué au sein de l'ONU] n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle »³⁴. La Cour précisera qu'« il découle de ce qui précède » que les juridictions communautaires doivent contrôler les actes de droit dérivé d'application de résolution des Nations-Unies au regard des droits fondamentaux. L'insuffisance et, plus exactement, l'absence d'une protection juridictionnelle au niveau des Nations-Unies semble imposer ici le contrôle « communautaire ». La Cour ne prend pas en compte l'insuffisance du système de protection d'un point de vue formel mais bien son absence totale. Dans un tel contexte, rien n'est dit sur l'étendue de l'éventuelle exigence d'une protection équivalente, d'un point de vue formel et matériel, à celle garantie par l'ordre de l'Union européenne.

§ II – Un standard rééquilibrant les rapports entre les ordres juridiques

Tout en s'inscrivant potentiellement dans le conflit, l'ordre de référence opposant ses propres normes à l'ordre concurrent alors que ce dernier l'interdit, la démarche des cours suprêmes consistant à exiger un standard de protection satisfaisant de l'ordre concurrent conduit en réalité à pacifier les rapports entre les ordres juridiques. La matérialisation du conflit demeure lointaine, voire improbable et, en tout état de cause, entre les mains de la cour suprême qui garde la maîtrise du constat du conflit. Cette pacification ne se fait cependant pas sans certains renoncements dans l'orthodoxie de la représentation des rapports de système. La position des cours suprêmes conduit à un renversement de la hiérarchie telle qu'elle est imposée par l'ordre concurrent (A), consécutif au maintien de la primauté de l'ordre de référence (B). La pression de l'ordre concurrent concrétisée par le principe de primauté est ainsi atténuée. Le standard permet de garantir ainsi « une régularisation permanente »³⁵ des rapports entre les ordres juridiques.

A – Le renversement de la hiérarchie imposée par l'ordre concurrent

Le schéma *Solange* entend renverser la revendication de l'ordre concurrent à sa primauté en lui imposant le respect de certaines des valeurs de l'ordre de référence. Il ne s'agit plus, selon le point de vue de l'ordre concurrent, d'imposer selon une perspective verticale descendante le respect de ces normes, mais selon la perspective de l'ordre de référence, de faire accepter par l'ordre concurrent certaines des valeurs essentielles de cet ordre, selon une perspective verticale ascendante. On quitte l'obligation juridique de respecter l'ordre concurrent pour entrer dans un

³³ *Ibid.*, § 321.

³⁴ *Ibid.*, § 322.

³⁵ S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, *op. cit.*, p. 120.

factuel³⁶ dialogue des juges ; les juges de l'ordre de référence ayant la volonté d'imposer le respect de certaines valeurs à l'ordre concurrent. Ce renversement de la logique hiérarchique prônée par l'ordre concurrent conduit, d'une part, à contractualiser les rapports entre les ordres juridiques, en écartant les logiques purement contraignantes, tout en responsabilisant, d'autre part, l'ordre concurrent dans l'appréhension du conflit susceptible de se poser devant les juridictions suprêmes des ordres de référence et en déresponsabilisant ces dernières.

Le schéma *Solange* s'inscrit dans une logique de contractualisation des rapports entre les ordres juridiques en ce qu'il repose sur une *acceptabilité conditionnée* de l'ordre concurrent. Le respect et la reconnaissance de la primauté de l'ordre concurrent sont subordonnés au respect de certaines valeurs défendues par l'ordre de référence. Ce dernier entend exporter ces valeurs et les imposer à l'ordre concurrent. Le respect de ces valeurs par l'ordre concurrent conditionne l'acceptabilité de sa primauté sur l'ordre de référence. Cette logique n'est pas seulement défensive, elle est également offensive puisqu'elle implique une attitude particulière de l'ordre concurrent. Les valeurs de ce dernier ne seront respectées que si celui-ci, à son tour, préserve les valeurs de l'ordre de référence. Le schéma *Solange* apparaît ainsi comme un retour de balancier de la revendication à l'hégémonie de l'ordre concurrent. Cette hégémonie, en termes de légitimité, ne sera acceptée que si elle s'appuie sur des valeurs essentielles et communes aux deux systèmes. Il y a donc un renversement des exigences.

Ce renversement conduit à responsabiliser l'ordre concurrent vis-à-vis des risques de conflits pouvant se matérialiser devant les juridictions suprêmes des ordres de référence et donc, dans le même temps, à déresponsabiliser ces dernières dans la cristallisation du conflit. C'est le défaut de l'ordre concurrent qui justifie l'intervention de la cour suprême de l'ordre de référence. Il appartient donc au premier d'adopter une démarche préconisée par cette dernière pour échapper à l'exercice de son contrôle. Une certaine dynamique vertueuse se crée, l'ordre concurrent intégrant les valeurs essentielles de l'ordre de référence pour apaiser les risques de conflit entre les deux ordres. La position de la cour suprême de l'ordre de référence, bien qu'irrégulière par rapport à l'ordre concurrent, est légitimée par la carence constatée de l'ordre concurrent. Elle l'est d'autant plus qu'elle conduit à défendre une meilleure protection des droits fondamentaux dans l'ordre concurrent.

Ces considérations ne sont pas transposables au schéma *Confiance dans l'économie numérique* dans la mesure où la protection du système concurrent est indifférente à l'exercice du contrôle par la cour suprême de l'ordre de référence au regard des principes spécifiques et propres à cet ordre. Il n'y a aucune prétention à changer l'ordre concurrent, ni à renverser la hiérarchie imposée par l'ordre concurrent. Les cours suprêmes se reconnaissent une réserve de compétence, insusceptible d'être couverte par l'ordre concurrent, afin de garantir certaines valeurs de l'ordre de

³⁶ Le « dialogue des juges » entend décrire un processus spontané selon lequel les juges prennent connaissance voire s'inspirent des jurisprudences et des solutions retenues par d'autres juridictions pour trancher les litiges qui leur sont soumis.

référence. La seule justification à cette compétence tient au fait, qu'en son absence, il n'existerait aucun moyen de protéger ses valeurs. Cette démarche est d'une certaine manière légitimiste vis-à-vis de l'ordre concurrent qui n'est pas remis en cause et qui demeure, en définitive, globalement respecté³⁷.

B – Le maintien de la primauté de l'ordre de référence

Cette construction repose sur une revendication des cours suprêmes des ordres de référence à maintenir la primauté, dans l'ordre juridique interne, de la norme constitutionnelle sur les normes de l'ordre concurrent. Les cours suprêmes ne souhaitent en aucun cas renoncer à la primauté du droit national constitutionnel qui leur autorise, selon l'interprétation qu'elles en retiennent, à développer des compétences potentiellement conflictuelles avec l'ordre concurrent. Les schémas de contrôle, qu'il s'agisse du modèle *Solange* ou du modèle *Confiance dans l'économie numérique* marquent la volonté des cours suprême de maîtriser les termes du conflit de sorte que celui-ci apparaît en pratique comme fortement improbable³⁸. L'essentiel est sauf : les cours suprêmes ont le dernier mot sur l'ordre concurrent, même si jamais³⁹ elles n'entendront le prononcer.

En tant que juridictions suprêmes de l'ordre de référence devant lesquelles le conflit entre une norme de cet ordre et une norme de l'ordre concurrent se concrétise, les cours suprêmes gardent la maîtrise des termes de ce conflit et un pouvoir d'appréciation considérable dans sa matérialisation. Selon le schéma *Solange*, il leur appartient de constater ou de remettre en cause le constat de la compatibilité globale ou ponctuelle du système de protection de l'ordre concurrent au regard des exigences de l'ordre de référence. De manière alternative, il leur est même possible de constater la compatibilité globale, tout en relevant des carences ponctuelles significatives⁴⁰ ou manifestes. Ainsi, le contrôle ne sera pas exercé, mais les carences auront été dénoncées.

En outre, quand bien même l'insuffisance globale ou ponctuelle du système de protection serait reconnue, l'exercice du contrôle ne saurait déboucher de manière automatique sur une sanction

³⁷ C'est en l'occurrence et notamment ce qui permet de ranger la position du Conseil d'Etat français dans le schéma *Confiance dans l'économie numérique* et non pas dans celui *Solange*. Certes, le juge suprême intervient lorsque le système de protection ne permet pas de protéger des valeurs internes spécifiques, mais il ne porte aucune appréciation de valeur sur le système de protection concurrent et l'utilise même pour protéger des normes constitutionnelles qui ont un équivalent dans le droit de l'Union. Le système concurrent n'est donc pas remis en cause et il ne s'agit en aucun cas pour le juge administratif d'imposer à ce système une certaine orientation en matière de protection des droits fondamentaux.

³⁸ Sous réserve de l'arrêt récent de la Cour constitutionnelle allemande, rendu le 7 septembre 2011 (2 BvR 987/10 ; 2 BvR 1485/10 ; 2 BvR 1099/10) à propos du plan de sauvetage de la Grèce et de la zone euro qui s'inscrit dans le prolongement direct de la jurisprudence rendue sur le Traité de Lisbonne qui marque les limites de la participation allemande à l'Union européenne.

Voir sur cette question : « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne », *R.F.D.C.*, 2010, n° 82, pp. 417-442.

³⁹ L'adverbe de temps est ici utilisé de manière symbolique. Il ne s'agit pas de prophétiser sur le comportement futur des cours suprêmes.

⁴⁰ Dans l'arrêt *Bosphorus*, la Cour de Strasbourg a pu relever que « l'accès des particuliers à la CJCE (...) est restreint » (§ 162).

de la norme de l'ordre concurrent. Il est possible de dénoncer une carence générale du système concurrent de protection, sans aller jusqu'à prononcer l'inconstitutionnalité de la norme de cet ordre contestée devant la Cour suprême. Dans le schéma *Confiance dans l'économie numérique*, l'identification tant de l'identité constitutionnelle, devant le Conseil constitutionnel, que du principe constitutionnel qui n'aurait pas d'équivalent dans l'ordre concurrent, devant le Conseil d'Etat, laisse une large marge d'appréciation au juge. Une fois l'identité ou le principe constitutionnels identifiés, il appartient encore au juge d'apprécier que la norme de l'ordre concurrent est ou n'est pas conforme à cette identité ou à ce principe.

Cette maîtrise du conflit conduit de fait les juridictions suprêmes à renvoyer les cas de conflits réels justifiant l'exercice de leur compétence à des situations exceptionnelles voire fictives. La revendication de contrôle par l'ordre de référence, parce qu'elle est irrégulière au regard de l'ordre concurrent, s'inscrit dans un rapport de force entre les deux ordres concurrents qui tend en substance à (re)équilibrer leurs rapports. L'exigence d'un standard commun de protection devient une revendication permettant de garantir l'équilibre entre les ordres juridiques. Le respect commun de la valeur « droits fondamentaux » garantit des relations pacifiées entre les ordres juridiques. L'équilibre ainsi défendu n'a de pertinence que si la menace du contrôle de l'ordre de référence demeure une arme de dissuasion. Ce qui est important, c'est moins de sanctionner effectivement le respect des valeurs de l'ordre de référence par l'ordre concurrent que de signifier à ce dernier qu'il ne dispose pas d'un pouvoir absolu sur l'ordre de référence et/ou qu'il doit rester vigilant sur le respect de certaines valeurs. L'affirmation de principe de l'existence d'un contrôle est un avertisseur pour l'ordre concurrent de l'existence de certaines limites qu'il ne doit pas franchir pour préserver sa suprématie dans un contexte de dialogue des juges.

Quelle portée accorder à cette lecture par les cours suprêmes des rapports entre les ordres juridiques ? Trace-t-elle les contours des nouveaux cadres à partir desquels les rapports entre les ordres juridiques doivent être lus ? N'est-elle qu'une manifestation d'une volonté de résistance à la suprématie incontournable d'ordres concurrents ? Dans le premier cas, il serait nécessaire de redessiner les rapports entre les ordres juridiques. Selon une tendance doctrinale actuelle significative, il s'agirait de dépasser les explications classiques telles que les monismes, le dualisme ou même le pluralisme, fut-il ordonné⁴¹, pour s'inscrire dans une logique de réseaux⁴², pourtant peu explicative, ou une défense, provocatrice mais modérée, du désordre⁴³. Dans le second, il suffira de constater l'irrégularité des positions des cours constitutionnelles. Une irrégularité vis-à-vis des ordres concurrents, de pur *fait*, qui ne saurait dessiner ce qui *doit être* dans les rapports entre les ordres juridiques. S'il ne s'agit pas ici de trancher la question, rien n'empêche d'avoir ses préférences.

⁴¹ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*

⁴² F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

⁴³ D. de Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *précit.*

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou