

*Thème 5 : La concrétisation des exigences supranationales dans l'ordre juridique interne : entre habilitations supranationales et nationales*

Baptiste BONNET, Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint-Etienne

Xavier MAGNON, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

« [J]es facultés d'un organe juridictionnel sont nécessairement issues de la norme qui l'institue, l'organise et le gouverne. Cette relation entre la norme juridique, d'une part, et la juridiction d'autre part – expression dans l'ordre juridictionnel, du principe de légalité – constitue une garantie importante pour les justiciables et une composante naturelle et nécessaire de l'Etat de droit. Il serait inadmissible et extrêmement dangereux, pour tous, qu'un organe juridictionnel ait la prétention de « construire » selon sa propre volonté, la compétence qui lui semble pertinente. Ce « volontarisme créateur de juridiction » mettrait en péril l'ensemble des droits et libertés des personnes et constituerait une forme de tyrannie non moins nuisible que celle exercée par d'autres organes du pouvoir public. Il est probablement souhaitable d'élargir le champ juridictionnel d'un organe de cette nature, suivant l'évolution des faits ou du droit, de manière à ce qu'il corresponde davantage aux besoins sociaux. Toutefois, un tel élargissement doit être issu de la norme et non pas de la décision volontaire – et essentiellement arbitraire – de l'organe juridictionnel ».

S. G. RAMIREZ, Opinion séparée sous CIDH, 25 novembre 2006, [Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Serie C n° 160](#), § 15<sup>1</sup>.

Quelle est ma place dans le monde ? La question peut prêter à sourire ou, par son caractère métaphysique et nécessairement abyssal, décontenancer. Elle revient à s'interroger sur son rapport à l'autre, aux autres, sur sa propre interaction avec le monde social, c'est-à-dire à sortir de *son* monde, pour entrer dans *le* monde dans lequel je m'insère en tant que composante d'un ensemble constitué d'autres que moi. Et si l'on admet que réfléchir à son rapport aux autres, c'est avant tout porter un regard sur soi, les abysses s'ouvrent encore davantage. L'étude des rapports entre ordres juridiques et l'analyse des réactions de l'ordre interne à l'impact du phénomène d'internationalisation et d'eupéanisation du droit portent en elles cette question du positionnement d'un ordre, de ses juges, de sa doctrine, dans un ensemble plus grand qu'eux.

Réfléchir à son rapport au monde et finalement aux autres nous conduit à faire le choix, en tant que juriste français (qui vit, pratique, réfléchit de France et en France), de partir de soi ou, à l'inverse, de partir du monde. Ainsi comme le rappelle Kelsen dans la *Reine Rechtslehre*, le prisme d'analyse peut relever d'un système géocentrique ptoléméen concrétisé dans une théorie subjectiviste de la connaissance qui « *pour concevoir le monde, part du moi (...) et ne peut jamais le dépasser (...) cette théorie est hors d'état de comprendre aucun autre sujet* », elle conduit à considérer qu'« *il n'y a pas de système normatif supérieur à l'Etat national souverain* » ; ou à l'inverse le choix peut être fait d'adopter une conception objectiviste de la connaissance qui « *part du monde pour arriver au moi* », et qui admet

---

<sup>1</sup> Extrait traduit et reproduit in *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, L. BURGORGUE-LARSEN, A. Ubeda de Torres, Bruylant, 2008, p. XXXVII.

l'idée d'une « *raison universelle* » forme d'objectivisme juridique correspondant à un héliocentrisme copernicien<sup>2</sup>. Ptolémée ou Copernic...

Ce premier choix ou positionnement effectué, on peut ensuite considérer qu'il convient de partir du postulat selon lequel le droit est un socle, le socle d'une permanence et donc d'une sécurité, que la règle de droit se caractérise par son statisme. On se reportera à la célèbre allégorie du Doyen Ripert, de l'étudiant qui se serait endormi dans son amphithéâtre et qui se réveillant cinquante ans après découvrirait que rien n'a changé et qu'il entend le même cours. En réponse à ceux qui estimaient que « *tout présage un changement profond de nos manières d'être et de connaître* », Ripert répondait « *Tout est changé dit-on. J'entre en Faculté de droit et lis l'affiche qui annonce le programme des cours. N'est-ce pas celle que j'ai lue il y a cinquante ans quand j'étais étudiant ? (...)* »<sup>3</sup>. Au contraire, on peut estimer que le droit n'est que dynamique et pour éviter l'expression kelsenienne de « *dynamique du droit* », qui est évidemment très marquée sur le plan théorique et doctrinal, que le droit n'est que mouvement, que flux et qu'il en découle une circulation des normes ou des solutions juridiques qui rend toute vérité relative voire momentanée (des vérités assénées, par le juge mais aussi par la doctrine, avant d'être contredites du type : « le Conseil constitutionnel ne posera jamais de question préjudicielle », « l'article 88-1 est dépourvue de toute portée normative », « le droit communautaire puis de l'Union européenne est un droit international comme les autres » etc..).

On peut enfin, dans sa manière d'observer et de décrire les rapports entre ordres juridiques, choisir la voie d'une forme d'analyse pure du droit, c'est-à-dire objective (ce qui selon nous est un choix voué à l'échec tant l'objectivité dans l'analyse juridique est relative et en soi d'ailleurs n'a pas vraiment de sens sauf à faire du théorisme), ou bien, au contraire, faire une analyse portée par sa vision, ses valeurs, sa philosophie. La voie médiane entre ces deux approches reviendrait à admettre sa part de subjectivité dans l'analyse, le rôle que sa propre conception peut jouer sur l'analyse, tout en essayant au mieux de s'en extraire. En ce qui concerne l'analyse des rapports de systèmes, ce qui est discutable voire dangereux sur le plan scientifique c'est de nier sa part de subjectivité, d'*a priori*, ou pire de l'ignorer parce qu'elle est à ce point inconsciente, ancrée, éducationnelle, tellement intégrée qu'elle en devient une vérité absolue.

On observera que du premier choix scientifique ou intellectuel ci-dessus décrit découle en général le deuxième puis le troisième choix : une lecture très autocentrée des rapports entre ordres juridiques signifie souvent une vision figée du droit matinée de raisonnements aprioristiques.

---

<sup>2</sup> *Théorie pure du droit*, traduction française de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, spéc. p. 321-322-324 et p. 450 et 451. Voir également du même auteur « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », Paris, R.C.A.D.I., 1926, vol. IV, p. 231-331 et à ce sujet P. RAYNAUD, S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF., 1996, p. 649

<sup>3</sup> G. RIPERT, « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », reproduit in *Dalloz*, 2004, numéro spécial bicentenaire du code civil, p. 6.

Voilà comment on pourrait, non sans un brin de provocation volontaire, poser le débat en ce qui concerne l'analyse des rapports entre ordres juridiques ou plutôt dans l'observation des rapports de l'ordre interne avec les ordres externes.

Il n'est donc pas étonnant que ces rapports suscitent polémiques, parfois vives, et controverses, et qu'ils réveillent de temps à autre quelques frustrations enfouies car l'autre peut déranger, bouleverser, déstructurer, parce que l'autre peut solliciter une place dans le pré-carré, voire s'imposer, parce que l'autre est toujours moins légitime que soi, moins compétent, moins ancien que soi, l'indigénisation de l'autre, qui ne respecte rien pas même les règles les plus élémentaires parce qu'anciennes, facilitant sa critique et le refus de sa position ; mais également parce que le mouvement du droit génère aussi du flou, de la dilution, de l'appréhension, qu'il bouscule les édifices les plus séculaires et qu'il exige une perpétuelle adaptation qui n'est pas sans poser de difficultés.

Face à ces perturbations, qui peuvent parfois être violentes, car la rencontre des mondes peut être violente, on peut ne rien vouloir changer, accepter à la grande forcée des changements que l'on essaie de minimiser ou enfin entrer en résilience, c'est-à-dire résister au choc et repartir sur d'autres bases et surtout participer au mouvement plutôt que d'essayer de s'en extraire. Cela veut dire admettre que le mouvement profond et continu d'internationalisation et d'eupéanisation du droit (dans un contexte d'ailleurs de constitutionnalisation du droit) n'est pas une invasion qu'il faut combattre, pour reprendre les expressions des Doyens CARBONNIER ou CORNU<sup>4</sup>, que certains équilibres ont pu être modifiés, certains concepts du droit interne fragilisés mais que l'apport général du droit d'origine externe au droit interne, sans même se poser la question de son caractère positif ou négatif, s'est traduit par la construction d'un ensemble qui bon an mal an fonctionne et même peut-être fonctionne mieux que le seul ordre interne ne fonctionnait avant son ouverture vers l'extérieur et sa mutation.

Considérer que certains mécanismes, instruments de règlement des conflits normatifs, ne sont plus aussi efficaces et même conceptuellement adaptés, admettre que le postulat de la primauté constitutionnelle peut être discuté, que la suprématie constitutionnelle est plus adaptée que la primauté constitutionnelle car elle ne s'oppose pas à la primauté du droit international et européen, la primauté étant nécessairement une et ne pouvant se concurrencer ; réfléchir aux normes de compétence, aux habilitations, se demander d'où vient l'autorité de la norme, de quelle norme procède la primauté et comment, par quel biais, le juge est un vecteur, un « constructeur » de sa compétence (pour revenir à la citation de départ) ; s'interroger sur la concrétisation des exigences supranationales ; tels sont les enjeux et le sens d'une véritable volonté d'interroger les rapports entre ordres juridiques.

---

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> république*, Flammarion, « coll. Champs », 2006 (réed) ; G. CORNU, *Manuel de Droit civil- Introduction-Les personnes, Les biens*, Montchrestien, coll ; « Domat droit privé », 11<sup>ème</sup> édition, 2003, n° 263, p. 121.

Ce prisme d'analyse conduit à admettre que ces rapports entre ordres juridiques se sont transformés au fil du temps et au terme de nombreux à-coups et évolutions, en des rapports de systèmes marqués par des interpénétrations concentriques, des métissages selon l'expression est de Sylvaine Poillot-Peruzzetto qui conduisent à regarder le droit autrement ; il conduit à ne plus parler de droit externe ou de sources externes du droit mais de sources d'origine externe car il s'agit souvent de droit interne, à ne plus considérer qu'il est possible d'être un juriste de droit interne, d'être « interniste » comme on l'entend si souvent, car être un juriste de droit interne c'est connaître et appliquer le droit d'origine externe dans l'ordre interne.

Evidemment les logiques, les conceptions explosent, il faut déconstruire et ne pas idéaliser pour autant ce droit international et européen, qui ne vient pas de nulle part, auquel nous participons, qui n'est pas sans faille loin sans faut, et ne pas remplacer des dogmes par des dogmes, le dogme européeniste n'étant pas plus utile à la compréhension des rapports de systèmes que le dogme gallocentrique. Essayer simplement, avec sa part de subjectivité assumée mais mesurée, sans identification disciplinaire trop marquée et donc nécessairement déformante, de faire preuve d'un pragmatisme théorique (ce qui peut paraître un contresens) et matériel face à un phénomène, quoi qu'on en dise irrésistible. Les rapports de systèmes ont d'une certaine manière relancé la créativité des ordres internes et singulièrement de leurs juges, la doctrine ne peut que suivre...

Dans un tel contexte, la question de la modélisation théorique des rapports de systèmes est essentielle. Cette modélisation doit être d'emblée soigneusement distinguée de ce que prévoit le droit positif sur cette même question. Si la première est censée proposer une explication globale et cohérente de la manière dont s'organise le second ; le droit positif n'a, à l'évidence, aucune prétention théorique. Le droit positif ne saurait être moniste, dualiste, pluraliste, global ou encore renvoyer au réseau.

Il n'en reste pas moins que les théories décrivant comment s'ordonnent les ordres juridiques correspondent à des manières différentes d'appréhender ces rapports, de sorte qu'elles véhiculent toujours une certaine dimension politique, c'est-à-dire une certaine manière de concevoir les rapports sociaux. Cette dimension a d'ailleurs sans doute conduit Kelsen à refuser, à un moment donné, de trancher entre l'approche moniste ou celle dualiste des rapports entre les ordres juridiques<sup>5</sup>, alors pourtant que sa pensée semblait le porter vers une approche moniste<sup>6</sup>. Tout en ayant une prétention objective, à savoir décrire la manière dont s'organisent les rapports entre les ordres juridiques, ces théories explicatives ont une portée politique dans la mesure où la conception qu'elles défendent est susceptible d'emporter des conséquences sur la manière dont le droit positif s'organise. L'on ne saurait d'ailleurs s'étonner que les plus grands défenseurs du dualisme aient été

---

<sup>5</sup> H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, Tome III, 1953, p. 187 ; *Théorie pure du droit*, Traduction française de la deuxième édition par C. EISENMANN, 1962, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 333.

<sup>6</sup> Voir en particulier : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, traduit par B. LAROCHE et V. FAURE, Bruyant, L.G.D.J., 1997, p. 409. ; *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> édition, 1962, *op. cit.*, p. 322

allemand et italien, pensons ici à Triepel<sup>7</sup> et Anzilotti<sup>8</sup>, et ceux du monisme, autrichien, Kelsen<sup>9</sup>, et français, George Scelle<sup>10</sup>. Chaque théorie semble non pas adaptée au droit en général, mais au système juridique dans lequel a évolué celui qui les défend. Des éléments biographiques déterminent des éléments bibliographiques, n'en déplaise à ceux qui idéalisent le caractère absolu et objectif des propositions théoriques.

Cette ambiguïté ou cette carence originelle des analyses théoriques semble liée au fait qu'il existe des systèmes juridiques qui développent soit des techniques de réception, soit des techniques d'insertion des normes juridiques internationales dans l'ordre juridique interne<sup>11</sup>, chacune de ces techniques se renvoyant à une inspiration théorique moniste ou dualiste des rapports entre les ordres juridiques. A chacune de ces techniques de droit positif se rattache une explication théorique différente. Là où le dualisme impose la réception du droit international en droit interne et la transformation du premier dans le second ; le monisme se contente de défendre une simple insertion ou introduction du droit international dans l'ordre juridique interne, sans transformation.

Ainsi, de même qu'il existe deux théories dominantes sur les rapports entre les ordres juridiques, monisme et dualisme/pluralisme, écartons ici les supposées « théories » contemporaines qui décrivent un état de fait plus qu'elles n'expliquent des rapports de normes, il existe deux modalités de droit positif les concrétisant. Cette incertitude, ce dualisme explicatif comme positif, n'est possible que parce qu'il existe au regard du droit international public une indifférence vis-à-vis de la manière dont le droit positif des Etats garantit, en droit interne, le respect des normes qu'il édicte. Cette indifférence, cette autonomie laissée par le droit international public aux droits internes, tolère en conséquence n'importe quelle modalité de concrétisation des obligations qu'il édicte et donc n'importe quelle présentation théorique des rapports existants entre les deux systèmes concernés. Autrement dit, le droit international public, du moins en principe, n'exige rien des Etats quant à la concrétisation interne des obligations qu'il édicte, si ce n'est une obligation de résultat, *pacta sunt servanda*, pour le droit international conventionnel. L'inspiration moniste ou dualiste des ordres internes est admise par le droit international public, ce dernier pouvant tolérer

<sup>7</sup> Voir par exemple : H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, I, pp. 73-119.

<sup>8</sup> Voir par exemple : D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale. Volume primo : introduzione - teorie generale*, IV edizione, C.E.D.A.M. - Padova, 1955, 438 p., spécifiquement pp. 49-63 ; « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 5-29.

<sup>9</sup> Sous réserve de ce qui vient d'être affirmé *supra*, voir les références bibliographiques dans les notes *supra*.

<sup>10</sup> Voir : G. SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1943, p. 23 et s. ; « De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités. A propos du Traité sur la Communauté européenne de défense », *R.D.P.*, 1952, p. 1025 et s.

<sup>11</sup> Nous supposons ici qu'une théorie du droit, qui vise à proposer une explication du droit positif *en général*, peut être marquée par un droit positif *en particulier*. A partir du moment où une théorie du droit ne peut être vérifiée de manière empirique, elle ne saurait constituer qu'une explication possible qui, si elle a pour ambition de décrire le droit en général, n'en a pas moins une portée relative. Elle n'est qu'une explication possible d'une réalité déterminée. Il n'en reste pas moins que si la théorie du droit vise à décrire une réalité déterminée, elle doit permettre une meilleure compréhension de celle-ci.

une approche moniste ou une approche dualiste des rapports entre systèmes, du moins pour ce qui concerne les modalités internes d'application des obligations du droit international public.

Il est cependant toujours possible que le droit international prescrive de telles modalités. Rien n'empêche un traité de prévoir que les Etats signataires s'engagent à reconnaître sa primauté dans leur Constitution. En pratique cependant, le droit international classique ne s'intéresse pas, en principe, aux modalités internes de concrétisation des règles du droit international public. En revanche, avec le développement d'organisations d'intégration régionales, tel le droit de l'Union européenne qui présente un degré de perfectionnement technique élevé, peut ainsi se faire jour la prétention à régir les modalités internes de concrétisations des exigences supranationales. De telles structures ont de la sorte une prétention « étatiste » à régir les ordres normatifs qui lui sont subordonnés jusque dans les modalités de mise en œuvre des normes qu'elles produisent.

Face à cette indétermination de principe du droit international public, à la liberté laissée aux Etats et aux revendications d'ordres internationaux partiels, la manière dont les organes d'application des deux systèmes, supranationaux et nationaux, appréhendent cette concrétisation à partir des différentes dispositions textuelles de référence devient décisive. La question des rapports de systèmes juridiques ne repose plus sur le droit. Plus précisément, le droit posé sur ces questions est insuffisamment explicite pour que l'on puisse en tirer des conséquences précises et définitives. De cette indétermination, découlent des flottements jurisprudentiels comme des incertitudes doctrinales. Le droit ne disant rien de précis, la marge d'appréciation et d'interprétation est importante et la difficulté de proposer une explication unique et décisive s'accroît. De ce point de vue, la formule de « dialogue des juges » a peut être plus de sens qu'il n'y paraît tant la zone grise offerte par le droit est importante. La manière dont les organes internes doivent concrétiser les exigences supranationales est laissée à la discrétion des juges qui se prononcent sur ces questions et devient ainsi une question de doctrine juridictionnelle. La question devient alors celle de l'articulation des doctrines juridictionnelles dans leur appréhension de la concrétisation nationale des obligations supranationales. L'on ne peut que constater que ces doctrines ont et diffèrent toujours en fonction du point de vue adopté : supranational et national. Cette opposition souvent présentée comme indépassable et, surtout, comme rétive à toute présentation globale et cohérente génère deux idées reçues. Du point de vue du droit international, la doctrine des juges supranationaux dans le développement du degré d'exigence pesant sur les ordres juridiques nationaux paraît expansionniste ; du point de vue du droit interne, la réception de cette doctrine des juges supranationaux par les juges internes marquerait une réception/transformation de celle-ci. La lecture proposée ici s'éloignera de ces constats généraux pour constater au contraire un expansionnisme relatif des juridictions supranationales dans la concrétisation nationale des contraintes supranationales (§ I) avant de s'interroger sur l'apparition d'une réception assimilation par les juges internes des exigences supranationales explicitées par les juges supranationaux (§ II).

## § I – L’expansionnisme relatif du juge supranational dans l’explicitation des obligations internes de concrétisation

Face à des organisations d’intégration présentant un fort degré technique de développement et, surtout, à un dynamisme jurisprudentiel considérable des juridictions obligatoires relevant de ces organisations, la lecture nationale de ce mouvement tend de manière naturelle à y voir une tendance expansionniste de l’ordre supranational. Cette lecture se doit d’être doublement nuancée. L’activisme jurisprudentiel, du moins sur les questions qui nous occupent, doit être relativisé dans la mesure où les exigences internes de concrétisation des obligations supranationales prescrites par les juridictions supranationales s’appuient sur des habilitations textuelles (A). La dimension prétorienne de l’œuvre jurisprudentielle doit être relativisée. Par ailleurs, l’absolutisme dénoncé des exigences jurisprudentielles supranationales demeure relatif alors qu’il est possible de constater l’existence d’une approche pragmatique des situations contentieuses conflictuelles par les juridictions supranationales qui, loin de témoigner d’un absolutisme dans l’application des grands principes, en permet une application adaptée aux situations contentieuses rencontrées (B).

### A – Une concrétisation ancrée dans les habilitations textuelles supranationales

La comparaison permet de réinterroger ce que l’on sait ou du moins ce que l’on croit savoir, parfois, de proposer une lecture nouvelle ce que l’on savait déjà et, en tout état de cause, de soulever des questions. La démarche est bienvenue pour le sujet qui nous occupe alors qu’il s’agit de venir sur des principes connus, rabâchés et même éculés. De manière synthétique, à l’observation des trois systèmes étudiés (Union européenne, Convention européenne des droits de l’homme et Convention américaine des droits de l’homme), la manière dont les juges supranationaux ont construit leur doctrine de concrétisation interne des obligations de leurs systèmes de références s’organise en trois temps : la spécificité de l’ordre supranational, la primauté des normes qui le constituent ou qu’il produit sur les normes internes et l’habilitation directe par cet ordre des organes internes des Etats à appliquer le droit supranational.

Rien de très original dans cette identification de la litanie jurisprudentielle supranationale jusqu’à ce que l’on compare les trois systèmes et que l’on apprécie l’existence ou l’inexistence de chacun de ces trois temps et la manière dont chacun d’entre eux est appréhendé par les juges. Ce qui frappe, ce sont alors les différences qui apparaissent et qui ouvrent la voie à de nouvelles interrogations. Chacune des trois juridictions étudiées n’a pas emprunté ces trois voies et, parfois, tout en s’inscrivant dans l’une d’entre elle, certaines d’entre elles ont pu emprunter une modalité différente pour l’appréhender. Ces singularités sont d’autant plus remarquables qu’elles ne se renvoient pas à des déterminants évidents *a priori*. Elles ne correspondent pas toujours ni à des considérations géographiques (Europe/Amérique), ni à des considérations matérielles (système d’intégration économique/système de protection des droits fondamentaux).

Ces trois temps devront encore être appréciés par rapport aux éléments textuels sur lesquels ils s'appuient ou peuvent s'appuyer afin d'établir le degré de création du discours jurisprudentiel. Sur ce point également, la lecture croisée des doctrines des différents juges est éclairante.

Le premier temps de la doctrine juridictionnelle supranationale consiste à affirmer la *spécificité de son système normatif par rapport au droit international public*. Au moment d'expliquer ce qui relève, en principe, en vertu du droit international public de la liberté des Etats, il est en effet pour le moins opportun de se séparer de celui-ci pour pouvoir poser des solutions originales. La prétention du juge supranational à édicter la manière dont les Etats devront se comporter pour concrétiser les obligations posées par son système de référence n'est possible que par l'affirmation première de la singularité de celui-ci par rapport au droit international classique. L'on sait également, du moins pour ce qui était alors le droit communautaire, que l'affirmation de la spécificité de l'ordre communautaire était également dictée par un souci d'inciter les Etats d'inspiration dualiste à adopter sur le plan interne une solution spécifique et plus favorable au droit communautaire que celle retenue pour le droit international conventionnel classique<sup>12</sup>. Cet objectif a été rempli pour l'Italie, après l'emprunt d'un chemin communautaire tortueux par la *Corte costituzionale*, et pour l'Allemagne. Les choix doctrinaux du juge ont donc une double visée stratégique : autonomiser le système régional par rapport au droit international classique pour exiger plus ou mieux des Etats. Cette tendance est connue pour le droit de l'Union européenne, lorsqu'il s'est agi d'affirmer sa primauté<sup>13</sup>, ou pour le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque la Cour a soutenu, par exemple, l'existence d'un « ordre public européen »<sup>14</sup>.

Cette lecture doit cependant être confrontée à la position de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Celle-ci n'a jamais revendiqué la spécificité de l'ordre normatif dans lequel elle s'inscrit pour dégager des obligations particulières de concrétisation à la charge des Etats membres. Lorsque la Cour impose l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des dispositions internes au regard des stipulations de la Convention à la charge de toutes les juridictions internes, jamais elle ne s'appuie sur la spécificité du système normatif conventionnel, ni dans la décision de principe<sup>15</sup>, ni dans les décisions ultérieures<sup>16</sup>. Elle s'appuie même non seulement sur les stipulations de la convention, mais également sur le « droit de la responsabilité internationale de l'Etat » et le « droit

<sup>12</sup> Voir en ce sens : P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire dans les Etats membres », in *Cour de justice des Communautés européennes. Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976. Rapports*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, p. VI-12.

<sup>13</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, § 3.

<sup>14</sup> CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, série A, n° 370, § 70 et s., *GACEDH* n° 1.

Voir pour une affirmation antérieure de cette singularité : CEDH, 18 janvier 1978, série A, n° 25, § 239.

<sup>15</sup> CIDH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C, n° 154, § 123 et s., *GDCIDH*, n° 11

<sup>16</sup> Lorsque la Cour utilise de manière explicite l'expression de « *control de convencionalidad* » : CIDH, 1<sup>er</sup> septembre 2010, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, série C, n° 217, § 202 ; 24 novembre 2010, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, série C, n° 219, § 49 ; 24 février 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*, série C, n° 221, § 193 et 239 ; 1<sup>er</sup> juillet 2011, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, série C, n° 227, § 172 ; 28 novembre 2011, *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*, série C, n° 238, § 93.

international des droits de l'homme »<sup>17</sup>. L'explicitation d'obligations particulières dans le cadre du système conventionnel s'appuie sur le droit international public et non pas, comme pour les juges européens, de manière spécifique par rapport à celui-ci. Ce constat permet de mieux situer la dimension seulement doctrinale des choix des cours supranationales. Il met en évidence la possibilité d'emprunter plusieurs voies interprétatives pour parvenir au même résultat en termes de contraintes de concrétisation pesant sur les Etats.

Si les raisons qui justifient les choix différents retenus sont sans doute liées à des contextes interprétatifs différents, il est surtout important d'en mesurer la portée éventuelle quant au bénéfice que pourrait tirer le droit international public du développement d'une politique jurisprudentielle de juridictions relevant d'organisations régionales visant à accroître les contraintes de concrétisation pesant sur les Etats : aucun bénéfice en Europe, les systèmes régionaux étant considérés comme spécifiques ; le même bénéfice que pour le système régional en Amérique, en raison de l'alignement de l'un sur l'autre.

La discussion de ce premier élément, l'affirmation de la spécificité, au regard des textes conventionnels de référence n'a que peu de pertinence. Au regard des textes normatifs, la spécificité apparaît comme un truisme. Chaque système régional de l'ordre juridique international est spécifique et se distingue des autres. De plus, cette spécificité n'est pas une norme juridique, elle n'est qu'une formule déclarative à portée rhétorique et stratégique utilisée par certaines juridictions internationales pour justifier certaines solutions singulières.

Le deuxième temps porte sur la question, peu originale s'il en est, de *la primauté du droit supranational sur le droit interne*. Il ne nous appartient pas de discuter du principe et de son affirmation mais plutôt de sa formulation et, du coup, de la portée plus ou moins constructive qu'il revêt par rapport aux textes sur lesquels il est susceptible de s'appuyer.

Le terme de « primauté » n'est utilisé en tant que tel que par la Cour de justice. Il apparaît dans le sommaire de l'arrêt *Costa*, il a été ensuite utilisé et l'est encore aujourd'hui dans le cœur de la motivation du juge de l'Union<sup>18</sup>. Ce principe est interprété de manière positive comme obligeant le juge national et, plus largement, les organes étatiques à appliquer le droit de l'Union, le cas échéant en laissant inappliqué le droit national contraire ou, de manière négative, comme interdisant le juge et les organes nationaux d'appliquer le droit national contraire au droit de l'Union, la norme rattachable au principe de primauté étant la même dans les deux cas. Le principe de primauté

---

<sup>17</sup> CIDH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, précit., p. 123.

<sup>18</sup> Pour des arrêts récents, et parfois retentissants : CJUE, ordonnance 24 juin 2011, *Projektart Errichtungsgesellschaft mbH, Eva Maria Pepic, Herbert Hilbe*, Aff. C-476/10, § 50 ; 7 juillet 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești contre Ștefan Agafitei et autres*, Aff. C-310/10, § 47 ; 14 juin 2012, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) contre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, Aff. C-606/10, § 73 ; 26 février 2013, *Melloni*, Aff. C-399/11, § 59.

contient ainsi une norme susceptible d'être formulée par deux énoncés différents, l'un positif et l'autre négatif.

Cependant, le terme n'est ni utilisé par la Cour européenne ni par la Cour interaméricaine, même si, la norme qu'il recouvre, est bien formulée. L'on ne pourrait y voir qu'une différence de mots, mais il faut y voir une différence d'orientation significative des doctrines jurisprudentielles. Même s'il peut s'appuyer sur l'article 4 § 3 du TUE aujourd'hui, la Cour de justice, sans jamais le rattacher directement à une stipulation conventionnelle, en a fait un principe général du droit de l'Union, même s'il n'est jamais qualifié de principe général du droit de l'Union, en ce qu'il est « une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union », et donc qu'il s'impose même sans texte. Si la Cour de justice ne s'appuie pas sur les stipulations du traité pour l'affirmer, c'est précisément car elle veut le faire apparaître comme un principe inhérent au droit de l'Union, ontologiquement lié à son existence. La portée quasi-transcendantale reconnue à ce principe exclut son rattachement textuel. La portée constructive n'en est que plus forte. Elle ne peut que se heurter frontalement au droit des Etats et, en particulier, au droit constitutionnel des Etats dans une lutte pour le gain de la suprématie.

Tout en reprenant la norme qui s'y rattache, les cours des droits de l'homme ne l'ont pas qualifié de principe de primauté et se sont appuyées sur les stipulations des traités de référence en revendiquant seulement, non pas la suprématie de l'ordre de référence, mais l'application de leur ordre de référence et donc le seul et simple respect du droit. Si le droit national doit céder face au droit conventionnel, c'est parce qu'en vertu des traités par lesquels les Etats se sont valablement engagés, ils se sont précisément engagés à en respecter les stipulations. Les formules utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme méritent d'être en ce sens rappelées. Elles témoignent de la relative neutralité de l'affirmation de la norme déductible du principe de primauté. Dans l'arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, la Cour soutient ainsi que « l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit (...) respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives (...). Dès lors que l'Etat concerné exerce par elles sa « juridiction », elles se trouvent soumises à la Convention »<sup>19</sup>. L'arrêt du 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et autres*, également reconnu par la doctrine comme marquant l'affirmation de la primauté du droit de la convention sur le droit national, y compris constitutionnel, est autrement plus elliptique. La Cour y affirme seulement que la déclaration de conformité à la Constitution d'une loi prononcée par le juge constitutionnel ne saurait empêcher la Cour d'en reconnaître la contrariété à la Convention. En l'espèce, elle indique en l'occurrence que « la décision du Conseil constitutionnel [en question] ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention »<sup>20</sup>. Plus qu'une question de primauté, la

<sup>19</sup> CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, Req. 133/1996/752/951, § 30, *GACEDH*, n° 6.

<sup>20</sup> CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et autres*, Req. [24846/94](#) et [34165/96](#) à [34173/96](#), § 59, *GACEDH*, n° 29.

Cour affirme l'autonomie de l'appréciation qu'elle porte sur la conventionnalité d'une loi interne par rapport à l'appréciation de sa constitutionnalité par un juge constitutionnel national, ce qui ne semble n'avoir qu'une portée révolutionnaire réduite.

Il reste que dans l'arrêt de 1998, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'appuie ni sur la spécificité du système conventionnel, ni sur un principe général, ni sur un quelconque principe (sur)naturel pour procéder à l'affirmation de la norme issue du principe de primauté, mais seulement sur l'article 1<sup>er</sup> de la Convention qui stipule que les Etats parties « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention »<sup>21</sup>. La reconnaissance des droits et libertés définis par la convention par les Etats impose qu'ils les respectent et donc qu'aucune disposition interne, quelle qu'elle soit, ne saurait faire obstacle à l'application de la convention. La portée constructive de l'interprétation est pour le moins limitée.

La primauté n'est pas non plus affirmée en tant que principe par la Cour interaméricaine, même si elle reconnaît en substance l'existence de la norme qui en découle. L'arrêt *Almonacid Arellano* du 26 septembre 2006 est caractéristique de la lecture originale à laquelle procède la Cour. Elle précise que les juges des Etats qui ont ratifié la convention « doivent veiller à ce que les effets des dispositions conventionnelles ne soient pas malmenés par l'application de lois contraires à son objet et à son but et qui, depuis le début, sont dépourvues d'effet juridique »<sup>22</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'appuie non seulement sur l'article 1<sup>er</sup> § 1, obligation de respecter les droits<sup>23</sup>, et 2, obligation d'adopter des mesures de droit interne<sup>24</sup>, de la convention<sup>25</sup> mais également sur le droit international public, « selon le droit international, les obligations qu'il impose doivent être accomplies de bonne foi et qu'il n'est pas admis d'invoquer des dispositions d'ordre interne pour ne pas les respecter », et l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités<sup>26</sup>. Le fondement textuel de la norme, associé au principe de primauté, est manifeste qu'il s'agisse de la convention américaine elle-même ou du droit international public.

En définitive, seule la Cour de justice s'inscrit dans une démarche constructive forte en marquant une volonté claire de se détacher des textes en reconnaissant la primauté comme un principe supraconstitutionnel, malgré la contradiction interne que revêt ce qualificatif.

---

<sup>21</sup> CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie, précité*, § 29.

<sup>22</sup> CIADH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili, précité*, § 124.

<sup>23</sup> Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

<sup>24</sup> Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés.

<sup>25</sup> CIADH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili, précité*, § 123.

<sup>26</sup> *Loc. cit.*, § 125.

Le dernier temps est le plus fort, en ce qu'il marque une intrusion du système supranational dans la liberté dont dispose l'Etat pour sa mise en œuvre. Compte tenu de la singularité d'une telle position et en raison de la démarche constructive du juge, des bases textuelles sont nécessaires pour que le juge supranational puisse développer une doctrine forte. Celle-ci consiste à *fournir aux organes de l'Etat en général et aux juges internes en particulier un titre direct pour écarter le droit national contraire au droit supranational*. A cette compétence de principe, s'ajoutent éventuellement des prescriptions quant aux modalités selon lesquelles le juge doit protéger le droit national. La notion d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres doit être ici utilisée pour désigner la liberté dont disposent les Etats, en vertu du droit international public, pour concrétiser dans l'ordre interne les obligations qu'il impose. La doctrine des juges supranationaux a précisément consisté à encadrer et à réduire cette autonomie.

De manière plus précise, il est possible d'identifier deux modalités de réduction et d'encadrement de cette autonomie. Celle-ci a pu se faire de manière *directe*, par une affirmation explicite en ce sens du juge supranational en s'appuyant sur des stipulations conventionnelles, ou de manière *indirecte*, en application de stipulations conventionnelles.

L'*encadrement direct* de l'autonomie de l'Etat s'est d'abord faite par la désignation des juges comme étant habilités à appliquer directement le droit supranational, y compris en laissant inappliqué le droit interne contraire puis, plus largement, par la désignation de l'ensemble des organes de l'Etat comme étant compétents pour le faire. De telles prétentions ont été soutenues par la Cour de justice, respectivement dans ses arrêts *Simmenthal*<sup>27</sup> et *Fratelli Costanzo*<sup>28</sup> et par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans les arrêts *Almonacid Arellano*<sup>29</sup> et *Caso Gelman*<sup>30</sup>. A l'issue de ces jurisprudences, l'autonomie institutionnelle est réduite, voire nulle. Aussi, cette démarche constructive s'appuie-t-elle sur des stipulations conventionnelles explicites : sur le principe de coopération loyale aujourd'hui consacré par l'article 4 § 3 du TUE<sup>31</sup> et sur l'article 267 du TFUE<sup>32</sup>, du moins à l'origine pour ce dernier, pour la Cour de justice ; sur les articles 1 § 1 et 2 de la Convention américaine des droits de l'homme et en substance sur *pacta sunt servanda* pour le Cour interaméricaine. En dehors de ces référents textuels, c'est un élément qui relève de l'opportunité qui justifie ce choix : l'efficacité de l'application du droit supranational.

---

<sup>27</sup> CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, § 24.

<sup>28</sup> CJCE, 22 juin 1989 *Fratelli Costanzo*, Aff. 103/88, § 31.

<sup>29</sup> CIADH, 26 septembre 2006, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, précit., § 124.

<sup>30</sup> CIADH, 24 février 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*, précit., § 193.

<sup>31</sup> Voir par exemple pour un arrêt récent : CJUE, 3 octobre 2013, *Confédération paysanne c. Ministre de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche*, Aff. C-298/12, § 37.

<sup>32</sup> Dans l'arrêt *Simmenthal* précisément, sur ce qui était alors l'article 177 du traité CEE, § 177. Voir également : CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, Factortame Ltd*, Aff. C-213/89, § 22.

La Cour interaméricaine ne va pas plus loin, contrairement à la Cour de justice qui, au-delà de la limitation de principe de l'autonomie institutionnelle, en a précisé l'étendue en limitant l'autonomie procédurale des Etats par les principes d'effectivité et d'équivalence. Ainsi, les modalités nationales de protection destinées à garantir le respect du droit de l'Union d'effet direct, qu'il s'agisse des juridictions compétentes ou des procédures conduites devant elles, ne devront pas être moins favorables que celles « *concernant des recours similaires de nature interne* », *principe d'équivalence*, ni rendre « *en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* », *principe d'effectivité*<sup>33</sup>. L'étendue du principe d'équivalence a été explicitement posée par la Cour de justice dans l'arrêt *Rewe* du 7 juillet 1981, dans lequel elle a jugé que « *le système de protection juridique mis en œuvre par le traité (...) implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national* »<sup>34</sup>. Dans ce dernier arrêt, c'est l'article 177 du traité CEE, aujourd'hui 267 du TFUE, qui constitue le fondement textuel à la solution. La portée constructive de la jurisprudence n'en est que plus forte. S'il l'on peut rattacher au renvoi préjudiciel le principe d'une compétence directe des juges nationaux pour appliquer le droit de l'Union européenne et donc limiter l'autonomie institutionnelle des Etats, il est revanche beaucoup plus difficile d'y rattacher l'existence de procédures nationales effectives et équivalentes de protection de ce droit. L'article 5 du traité CE, article 4 § 3 du TUE, aujourd'hui a pu également être avancé de manière plus convaincante sans pour autant être décisif<sup>35</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a rendu aucun arrêt du type *Simmenthal* ou *Almonacid Arellano*. Ce n'est en effet que *de manière indirecte* qu'elle envisage cette limitation de l'autonomie institutionnelle en application directe de stipulations de la Convention. Elle le fait lorsqu'il s'agit d'apprécier l'épuisement des voies de recours interne et en application de l'article 13 de la Convention, qui consacre un droit à un recours juridictionnel effectif pour protéger les droits garantis par la Convention telle qu'interprété dans la jurisprudence *Kudla*. La Cour interaméricaine des droits de l'homme est dans la même situation que la Cour européenne concernant l'épuisement des voies de recours interne. En revanche, la portée du droit au recours tel qu'il est consacré par la Convention américaine est plus large que celle qui leur est reconnue dans le cadre européen. Alors que l'article 13 de la Convention européenne offre un droit de recours à « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés* », l'article 25 de la Convention américaine garantit à toute personne un tel recours afin de le « *protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention* »<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> CJCE, 15 septembre 1998, *SPAC*, Aff. C-260/96, § 18.

<sup>34</sup> CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen contre Hauptzollamt Kiel*, Aff. 158/80, § 46.

<sup>35</sup> Voir notamment : CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, Aff. 45/76, § 12 et s. ; 27 février 1980, *Hans Just I/S contre Ministère danois des impôts et accises*, Aff. 68/79, § 25 ; 14 décembre 1985, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contre Etat belge*, Aff. C-312/93, § 12.

<sup>36</sup> Voir sur la conception subséquente différente de l'appréhension par les juridictions de ces deux stipulations : *GACIDH*, n° 24, spécial. § 12 et s., p. 718 et s.

La règle de l'épuisement des voies de recours internes contribue de deux manières à imposer une concrétisation nationale des obligations supranationales par les juridictions internes. Sur le principe, cette règle témoigne du caractère subsidiaire de la protection conventionnelle. La protection des droits conventionnels se fait d'abord au niveau national par « des voies de recours internes ». La compétence du juge national pour appliquer la convention résulte de cette règle, contenue de manière explicite dans l'article 35 § 1 de la Convention européenne et l'article 46 § 1 a) de la Convention américaine. A partir du moment où les cours supranationales se sont reconnues compétentes pour apprécier de la satisfaction de cette condition<sup>37</sup>, elles sont en mesure d'apprécier la manière dont les Etats garantissent les droits consacrés par les conventions de protection des droits fondamentaux. En jugeant, en particulier, du caractère effectif du recours internes, elles établissent en creux quelles sont les procédures internes adaptées pour garantir les droits fondamentaux conventionnels.

De manière singulière par rapport à son homologue américaine, notamment en raison d'énoncés conventionnels différents, la Cour européenne veille par ailleurs, depuis l'arrêt *Kudla*, à ce que les Etats garantissent au profit des justiciables des voies de recours effectives afin de garantir les droits et libertés conventionnels. Il y a là une obligation procédurale à la charge des Etats qui se rapproche de l'encadrement par la Cour de justice de l'Union de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres pour la mise en œuvre du droit de l'Union. Cependant, la Cour européenne s'appuie sur des stipulations textuelles précises, là où la Cour de justice concrétise de manière constructive le principe de coopération loyale et le renvoi préjudiciel. Pour soutenir l'interprétation de l'article 13 de la Convention dans l'arrêt *Kudla*, la Cour de Strasbourg s'appuie sur la subsidiarité du système conventionnel, rattachée aux articles 1<sup>er</sup>, 13 et 35 § 1 de la convention. L'autonomie des Etats est ainsi réduite en application du système conventionnel par nature subsidiaire.

L'on peut penser que l'arrêt *Kudla* ne rend pas nécessaire une affirmation explicite de la compétence des juges nationaux pour appliquer la Convention, contrairement à ce qu'on pu faire la Cour de justice et la Cour interaméricaine. A partir du moment où la Cour européenne vérifie l'existence et apprécie la qualité des recours nationaux institués pour protéger les droits fondamentaux conventionnels, il est sans doute moins impératif d'affirmer de manière explicite la compétence des juges internes pour appliquer le droit conventionnel. A l'opposé, sans jurisprudence *Kudla*, la Cour interaméricaine n'a pu faire l'économie de son *Simmenthal*. Il reste qu'une affirmation explicite, si elle apparaît, du moins dans un premier temps, comme conflictuelle, a le mérite de la clarté et de fournir directement une habilitation aux juges internes afin d'appliquer le droit supranational, y compris face au droit interne contraire. La formulation positive est toujours plus claire que celle négative, même si les résultats sont, en substance, les mêmes.

---

<sup>37</sup> CEDH, 18 juin 1971, exception préliminaire, *Wilde, Ooms et Versup c. Belgique*, § 49 et 50 ; CIDH, 7 juin 2003, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, série C, n° 99, § 64-65, *GACIDH*, n° 6.

### ***B – Une concrétisation pragmatique, adaptée aux exigences contentieuses***

Quand on réfléchit au rapport entre ordres juridiques il convient d'adopter un point de vue : outre les fondements théoriques et/ou subjectifs du regard porté sur le phénomène et sur sa concrétisation, il faut se situer quelque part. Si l'on admet de sortir du point de vue du droit interne, si l'on veut bien faire cet effort et se situer du point de vue de l'ordre dit externe, on peut alors observer et analyser l'attitude du juge international à l'égard de la concrétisation interne de ses exigences en terme de primauté et s'interroger non pas sur la nature de ses exigences, qui est avérée, mais sur le degré de ses exigences. De ce point de vue, il n'est pas exclu que le juge européen particulièrement, apparaisse plus pragmatique qu'à première impression et qu'il sache faire montre d'une certaine adaptabilité dans l'application de ses propres positions, dont le principe est, pour autant, évidemment, fortement maintenu.

Prenons l'exemple du droit de l'Union européenne, parce qu'il s'agit, est-il besoin de le dire, du système le mieux intégré, le plus sophistiqué et dont les prétentions corrélatives à la primauté sont, par conséquent, les mieux affirmées. Si l'on interroge le principe de primauté *du point de vue de l'Union européenne*, de prime abord, de manière quasi-instinctive, il semble que le débat est clos, que le caractère absolu de ce principe est tel, que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg a tellement encadré le droit interne, qu'aucun tempérament n'est envisageable, aucune souplesse même relative face à l'application d'un principe affirmé comme étant existentiel ne paraît envisageable.

Nul besoin de revenir sur les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour que chacun connaît, qui désormais apparaissent comme une grammaire : *Costa*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Simmentabl* entre autres arrêts-jargon. Cette jurisprudence constante de la Cour s'affirme toute entière, avec même quelques innovations (c'était donc possible) dans plusieurs arrêts récents, passés relativement inaperçus dans l'ordre juridique français mais qui rappellent le sens et la portée du principe de primauté du droit de l'Union européenne : dans son arrêt du 8 septembre 2010 *Winner Wetten*<sup>38</sup> la Cour rappelle ainsi qu' il ressort « (...) d'une jurisprudence constante que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union »<sup>39</sup>. Et d'ajouter, "Il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union »<sup>40</sup>. Pour être encore plus claire, la Cour de justice dans son arrêt du 5 octobre 2010 *Elchinov*<sup>41</sup> précise qu' « Il y a lieu en outre de souligner que, en vertu d'une jurisprudence bien établie, le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit

---

<sup>38</sup> C-409/06.

<sup>39</sup> Point 55

<sup>40</sup> Point 61

<sup>41</sup> C-173/09

de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces dispositions en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition nationale contraire, à savoir, en l'occurrence, la règle de procédure nationale énoncée au point 22 du présent arrêt, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de cette disposition nationale par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »<sup>42</sup>. Pour bien enfoncer le clou, la Cour rappelle dans un arrêt du 15 novembre 2012 *Bericap Zarodastechnikai*<sup>43</sup> qui participe donc d'une série: « l'existence d'une règle de procédure nationale ne saurait remettre en cause la faculté qu'ont les juridictions nationales ne statuant pas en dernière instance de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle lorsqu'elles ont des doutes, (...) sur l'interprétation du droit de l'Union »<sup>44</sup>.

Ce ne sont pas de grands arrêts et ils sont passés inaperçus alors même que confirmant, substantialisant son principe de primauté, la Cour de justice a, en outre, énoncé un nouveau principe consubstantiel au précédent celui de l'efficacité du droit de l'Union européenne qui semble pousser encore plus loin les implications ou la portée du principe de primauté du droit de l'Union européenne : non seulement il convient d'appliquer le droit de l'Union en le faisant, le cas échéant, prévaloir sur le droit interne, immédiatement, de son propre chef, sans tenir compte des exigences constitutionnelles ou des procédures internes, mais encore faut-il que cela traduise une efficacité dans l'application de ce droit.

Peut-on faire plus clair alors même que certains auteurs ont pu estimer que la primauté du droit de l'Union européenne se relativisait face aux exigences constitutionnelles depuis l'arrêt *Melki et Abdeli* rendu par la CJUE le 22 juin 2011 ? Aucune enclave constitutionnelle ne peut résister à la primauté du droit de l'Union européenne sauf à atteindre le principe-même de la primauté et donc son efficacité. Dans son principe l'exigence et le sens de la primauté sont donc clairs comme de l'eau de roche.

Et pourtant. Pourtant, le marbre n'exclut pas le pragmatisme, c'est la confrontation de la QPC à la française au principe de primauté du droit de l'Union européenne qui va le démontrer contre toute attente. La vision *du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne*, du principe de primauté avait tout naturellement conduit certains auteurs, les plus prudents, à considérer que la QPC à la française, serait nécessairement contraire à la primauté du droit de l'Union européenne telle qu'envisagée et décrite par la Cour ou qu'*a minima* cela poserait une sérieuse difficulté. Bruno Genevois, n'écrivait-il pas en 2010 à la RFDA que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité était de nature à susciter des difficultés du côté de l'ordre juridique de l'Union européenne<sup>45</sup>. Et effectivement, quand on relit, pour l'occasion, l'arrêt *Simmmentabl*, comment peut-on imaginer que la Cour de justice laisse passer une procédure interne, fût-elle constitutionnelle (et peut-être même *a fortiori* constitutionnelle) qui permet au juge ordinaire de mettre en stand-by le

<sup>42</sup> Point 31

<sup>43</sup> C-180/11

<sup>44</sup> Point 54

<sup>45</sup> B. GENEVOIS, « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori, A propos de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 », RFDA 2010, p. 1

droit de l'Union européenne pour faire lire et interpréter le droit constitutionnel, à une juridiction constitutionnelle et, le cas échéant, faire appliquer la vision du Conseil constitutionnel dudit droit avant le droit de l'Union européenne ? *Du point de vue du droit de l'Union*, si l'on en reste au principe dans sa pureté, si l'on ose dire, dans son énoncé, ce type de procédure est l'archétype-même de la contravention au droit de l'Union.

Et pourtant, le miracle se produisit, car, *du point de vue du droit de l'Union européenne*, cela tient du miracle : la Cour de justice valida la QPC à la française au frontispice du principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cela tient du miracle ou plutôt de la stratégie, de la diplomatie juridictionnelle

Le principe de primauté, d'une densité absolue dans son principe est ainsi lu de manière pragmatique dans sa concrétisation à une procédure interne de nature constitutionnelle. Le choc frontal entre norme constitutionnelle et pourquoi pas identité constitutionnelle et droit de l'Union est ainsi, à dessein, évité. Ce pragmatisme inédit et surprenant démontre que la Cour de justice elle-même sait aussi se placer *du point de vue de l'ordre juridique interne* et créer une forme d'adaptabilité, certains diront « mettre de l'eau dans son vin ». Ce faisant une brèche importante, selon nous, dans la jurisprudence *Simmenthal* est ouverte : en effet, alors que jusque-là pour la Cour de justice le juge national devait immédiatement donner *sa* solution au litige lorsque le droit de l'UE l'impliquait nécessairement (jurisprudence très constante), dans l'arrêt *Melki* la Cour se contente de mesures provisoires. Il ne s'agit pas d'une mince évolution. Pour le coup la concrétisation pratique de cette brèche dans la jurisprudence constante de la Cour n'est pas encore traduite, il n'en demeure pas moins que le pragmatisme du juge de l'Union européenne est ici remarquable.

Pour un certain nombre d'auteurs, ceux là-même qui pourtant avaient fustigé, parfois de manière véhémement, la Cour de cassation pour avoir osé porter le débat sur la place européenne, cela ne faisait aucun doute, la CJUE ne pouvait s'opposer à la QPC. Ces auteurs se sont d'ailleurs réjouis de la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Melki* qui a été saluée telle une victoire de la souveraineté constitutionnelle. Pourtant la victoire est celle de Pyrrhus, le terme de victoire est ici pesé car bataille il y bien eu et que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se sont mis fortement, entièrement dans la bataille, que leur réaction respective dans la décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010 et dans l'arrêt *Rujovic c/ OFPRA* du 14 mai 2010 ont certainement conduit la Cour de justice à sa position diplomatique. Victoire à la Pyrrhus car l'arrêt *Melki* si l'on accepte de le lire, *du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne*, c'est la bataille d'Héraclée ou d'Ausculum, la victoire semblant plutôt s'apparenter à celle dont on sort exsangue parce que la Cour de justice en fait un non-événement pour ne pas dire une gesticulation interne qu'elle permet, dans sa grande mansuétude, et peut-être pour récompenser les efforts du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français, ce qui assoit encore la primauté du droit de l'Union européenne... D'ailleurs dans son arrêt du 15 janvier 2013 *Krizan*<sup>46</sup>, donc bien postérieur à l'arrêt *Melki*, la Cour n'hésite pas à

---

<sup>46</sup> C-416/10.

rappeler qu'« (...)il résulte d'une jurisprudence bien établie qu'il ne saurait être admis que les règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union (arrêts du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, point 3, et du 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Rec. p. I-8015, point 61). La Cour a d'ailleurs déjà établi que lesdits principes s'appliquent dans les rapports entre une juridiction constitutionnelle et toute autre juridiction nationale (arrêt du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, Rec. p. I-5667, points 41 à 45). ». La messe est dite, l'arrêt *Melki* est cité et force est de constater qu'il ne s'agit pas ici pour la Cour de confirmer une forme de dérogation au principe de primauté pour une juridiction constitutionnelle mais bien d'utiliser cet arrêt pour confirmer qu'aucune procédure même constitutionnelle n'échappe à la règle. Cela rappelle que si la QPC à la française a passé avec succès son brevet de compatibilité avec le droit de l'Union, la Cour de justice a immédiatement potentiellement nullifié le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité en estimant que le juge ordinaire pouvait toutefois à tout moment saisir la CJUE s'il l'estimait nécessaire (et ainsi faire fi de la priorité de la question constitutionnelle).

Ces tempéraments apportés, et même si cette victoire est bien relative et peut-être à double détente, elle illustre, tout de même une volonté notable d'apaisement, d'harmonie plutôt que d'affrontement de la part de la CJUE. Pour s'en convaincre et comprendre à quel point le clash juridictionnel a failli avoir lieu, à quel point l'on est passé près d'un arrêt dans lequel la Cour aurait considéré que la QPC à la française était contraire au droit de l'Union, il suffit de lire la position de la Commission qui est intervenue dans cette affaire pour préciser qu'elle considérait que la QPC à la française était contraire au principe de primauté et à l'article 267 du TFUE ou de la position de l'avocat général M. J. Mazak aux termes de laquelle, en substance, l'effet utile du droit de l'Union serait mis en échec si le recours obligatoire devant un juge constitutionnel pouvait limiter ou déferer la compétence autonome accordée à toutes les juridictions nationales au sens de l'article 267 du TFUE, de saisir la CJUE de toute question relative à l'interprétation ou à la validité du droit de l'Union dans le cadre d'affaires pendantes devant elles, la QPC à la française, serait ainsi contraire au principe de primauté<sup>47</sup>.

Le pragmatisme de la Cour est donc notable au regard de la position de son avocat général, intraitable et de celle de la Commission. Espérons que ce pragmatisme ne cache pas une bombe à retardement.

On notera que cette forme de pragmatisme de la CJUE n'est pas apparue seulement dans l'arrêt *Melki et Abdeli*. *Mutatis mutandis*, la Cour de justice a-t-elle estimé dans un arrêt du 20 octobre 2011 *Interedil*<sup>48</sup> « (...) que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'une juridiction nationale soit liée par une règle de procédure nationale, en vertu de laquelle les appréciations portées par une juridiction supérieure nationale s'imposent à elle, lorsqu'il apparaît que les appréciations portées par la juridiction supérieure ne sont pas conformes au droit de

<sup>47</sup> Voir le site *Curia*, pour les conclusions très instructives de l'avocat général MAZAK, spec. points 72 à 77.

<sup>48</sup> C-396/09

*l'Union, tel qu'interprété par la Cour.* ». C'est ici le dernier pan de l'énoncé qui nous semble devoir être relevé. En effet, la Cour semble exclure qu'une juridiction nationale soit liée par une procédure en vertu de laquelle la position d'une autre juridiction s'impose à elle seulement dans le cas où la position de cette juridiction supérieure ne serait pas conforme au droit de l'Union européenne. On pourrait en déduire que, dans le cas contraire, le juge ordinaire peut attendre la position de l'autre juge (constitutionnel) avant d'appliquer éventuellement le droit de l'Union européenne, c'est-à-dire si ce dernier ne prend pas une position contraire au droit de l'Union. La Cour de justice fait ici montre, à l'instar de sa position dans l'arrêt *Melki et Abdeli*, d'un certain pragmatisme vis-à-vis du principe de primauté.

Cette forme de pragmatisme dans la concrétisation du principe de primauté nous semble confirmée dans l'arrêt du 15 novembre 2012 *Bericap Zarodastehnikai*<sup>49</sup> dans lequel il est précisé : « *La Cour a, par ailleurs, considéré que la juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de la saisir des questions qui la préoccupent* »<sup>50</sup> :

On pourrait enfin pour illustrer ce pragmatisme, citer l'affaire *Jeremy F*, et plus précisément l'arrêt préjudiciel C-168/13 PPU rendu par la CJUE du 30 mai 2013 (sur question préjudicielle du Conseil constitutionnel, décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013). En effet, en répondant quasiment dans les délais à la question préjudicielle posée par le Conseil constitutionnel, la CJUE a joué le jeu du renvoi orchestré par le Conseil constitutionnel et accepté l'urgence de la situation. La CJUE a en un temps record de 51 jours, et en l'occurrence dans un arrêt du 30 mai 2013, apporté une réponse au Conseil constitutionnel, confirmant ce faisant, la juste appréciation du Conseil constitutionnel quant à l'opportunité de la saisir dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence. D'aucuns avaient prédit que la Cour de justice n'admettrait pas l'urgence générée par la procédure interne de QPC, c'était sans compter le pragmatisme de la Cour qui n'a pas souhaité bouleverser un équilibre précaire dans les relations d'une juridiction constitutionnelle avec le juge européen (même si l'arrêt préjudiciel tend tout de même à banaliser, du point de vue du renvoi préjudiciel, le juge constitutionnel).

Par conséquent, l'on peut dire que ce pragmatisme dont nous faisons ici état, est dans ses effets, très relatif mais dans son énonciation, assez remarquable : la logique est ici une logique de systèmes et non pas une logique de confrontation. C'est un pas symbolique qui a été franchi et ce n'est pas anodin car pour la première fois la Cour de justice tempère, même si ce n'est que de manière très relative, une jurisprudence constante sur la matérialité et donc la concrétisation du principe de primauté dans les ordres juridiques internes.

---

<sup>49</sup> C-180/11

<sup>50</sup> Point 55.

Il est vrai que les temps ont changé et que l'identité nationale des Etats qui n'était pas absente des traités mais dont l'affirmation était plus discrète (article F §1 du traité de Maastricht), est désormais fortement et symboliquement affirmée par deux fois d'abord à l'article 4§2 du TUE puis dans la Charte des droits fondamentaux. Partant, l'identité nationale, en général constitutionnelle de Etats est en quelque sorte une source de référence à prendre en compte par la Cour de justice dans sa propre interprétation du droit de l'Union. Le droit de l'Union européenne ne peut plus être envisagé en excluant les identités nationales qui l'infusent donc nécessairement. D'une certaine manière la boucle est bouclée : le droit national doit respecter le droit de l'Union mais le droit de l'Union intègre en lui-même les identités nationales, le mouvement est donc non plus ascendant ou descendant mais concentrique. Cela rappelle également, selon nous, que le droit de l'Union n'est pas extérieur au droits nationaux mais bien un droit-creuset issu des droits nationaux et qui, par conséquent, doit intégrer les identités nationales au stade de son application. Le respect de l'identité nationale doit donc être pris en compte par la Cour de justice dans son application des principes du droit de l'UE, car elle traduit désormais un principe de l'Union européenne.

L'arrêt *Ilonka Sayn Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien* (C-208/09) nous paraît très illustratif de cette exigence, qui bien que n'étant pas en soi nouvelle, a été substantialisée et précisée dans les derniers traités. La Cour estime, en effet, dans cet arrêt, qu'il y a lieu d'admettre que, 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'Union.

La Cour rappelle d'ailleurs que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État. Elle estime ainsi qu'il ne paraît pas disproportionné qu'un État membre cherche à réaliser l'objectif de préserver le principe d'égalité en interdisant toute acquisition, possession ou utilisation, par ses ressortissants, de titres de noblesse ou d'éléments nobiliaires susceptibles de faire croire que le porteur du nom est titulaire d'une telle dignité. En refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent.

Cette arrêt démontre à quel point la Cour fait un effort afin d'admettre la compatibilité de la loi autrichienne au regard du droit de l'Union en utilisant la notion d'identité nationale comme prisme de lecture du droit de l'Union.

On observera pour relativiser tout de même cette volonté d'interpréter le droit de l'Union en prenant en compte l'identité nationale, que la Cour utilise tout de même ses outils habituels et en l'occurrence le principe de proportionnalité de la mesure et que c'est sur ce fondement que l'identité nationale a été prise en compte (*mutatis mutandis* comme le fait

depuis longtemps la CEDH). La Cour précise ainsi que conformément à une jurisprudence constante, une entrave à la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national.

En tout état de cause, la Cour de justice, et à juste titre, ne semble plus pouvoir ignorer l'identité nationale, bien souvent constitutionnelle dans son appréciation et ne peut plus s'exonérer des dispositions de l'article 4 paragraphe 2 TUE.

Si l'on veut être complet et ne pas verser dans une appréciation caricaturale qui voudrait que désormais, dans tous les cas, la Cour prend en compte l'identité nationale et en tire les conséquences du point de vue de l'interprétation du droit de l'Union au détriment potentiel de la primauté du droit de l'Union, il convient d'apporter une nuance. Ce constat est en effet contrebalancé par l'arrêt *Melloni* (C-399/11) dans lequel la Cour n'admet pas qu'un juge national puisse faire prévaloir des dispositions constitutionnelles considérées par l'Etat comme plus protectrices que le droit de l'Union en se fondant précisément sur le principe de primauté et ce, alors même qu'en l'espèce, concernant la remise de personnes jugées par défaut, la Cour aurait, pour le coup, pu faire preuve de davantage de pragmatisme et éviter d'affirmer la supériorité du droit de l'Union sur la règle constitutionnelle.

On rappellera que dans l'arrêt *Melloni*, la Cour estime que la juridiction de renvoi a tort d'interpréter l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux comme autorisant, de manière générale, un Etat membre à appliquer le standard de protection des droits fondamentaux garanti par sa Constitution lorsqu'il est plus élevé que celui qui découle de la Charte et à l'opposer, le cas échéant, à l'application de dispositions du droit de l'Union. Pour la Cour cette interprétation de l'article 53 de la Charte porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un Etat membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet Etat.

La Cour concède seulement, et au regard des questions ici abordées, c'est bien peu, que l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union.

Ici c'est donc très largement la primauté du droit de l'Union qui est mise en exergue et dans une version que l'on pourrait qualifier de traditionnelle.

On le voit le pragmatisme de la Cour de justice est réel, les choses ont évolué mais ce pragmatisme est à géométrie variable et disons-le par à-coups. Il est ainsi difficile d'en tirer des conséquences très générales.

Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, des remarques similaires peuvent être formulées quant au pragmatisme dont elle est capable à l'égard de la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est pas, qu'en soi, la Cour admette que la supériorité de la Convention sur le droit national peut être discutée, car sur ce point sa position défendue notamment dans les arrêts *Open Door et Dublin Welle Woman c/ Irlande* du 29 octobre 1992 ou dans l'arrêt *Jonhston et al c/ Irlande* du 18 décembre 1986 est parfaitement claire mais, par le jeu du principe de subsidiarité, la Cour fait preuve de pragmatisme par rapport à l'application du principe de primauté de la Convention. Le principe de subsidiarité qui sous-tend le système conventionnel permet à la Cour d'admettre que dans un certain nombre de domaines, dans lesquels, selon elle, il n'existe aucun standard européen, l'Etat partie dispose d'une marge d'appréciation. Par ce truchement la Cour évite ainsi dans bien des cas d'entrer en potentiel conflit avec une norme de nature constitutionnelle qu'il s'agisse du texte même d'une Constitution nationale ou de la jurisprudence d'une Cour constitutionnelle. La jurisprudence *Leyla Sabin c/ Turquie* du 10 novembre 2005 ou la récente jurisprudence *SAS c/ France* du 1<sup>er</sup> juillet 2014 illustre bien, selon nous, l'usage très opportun qui est fait par la Cour de ce principe lorsqu'elle souhaite éviter d'entrer en conflit avec un Etat à propos de règles considérées comme inhérentes à l'identité nationale. Dans ces deux affaires il est clair que la Cour prend largement en compte l'identité constitutionnelle turque et l'identité nationale française pour, en se fondant sur le principe de subsidiarité, éviter un potentiel conflit entre normes internes et norme européenne.

On notera, en revanche qu'à partir du moment où la Cour estime qu'un standard européen peut être relevé, même si elle prend un soin particulier à analyser la position interne et singulièrement la lecture de la norme constitutionnelle opérée par les juridictions constitutionnelles, elle n'hésitera pas à faire prévaloir la Convention sur la norme constitutionnelle, l'arrêt *Open Door et Dublin Welle Woman c/ Irlande* du 29 octobre 1992 ou l'arrêt *Zielinski, Pradal et Gonzalez et a. c. France* du 28 octobre 1999, par exemple, en attestent.

Le pragmatisme de la Cour se traduit donc davantage par une mise en exergue du principe de subsidiarité qui revient à éviter d'avoir à confronter directement norme constitutionnelle et convention (ce qui ne l'empêche d'ailleurs pas d'émettre un avis en général sur la potentiel compatibilité) que par la mise en place de tempéraments à l'autorité de la convention, mais on observera que le résultat est le même : il s'agit d'éviter dans un certain nombre de domaines de mettre en cause des spécificités nationales qui relèvent, le cas échéant, de singularités constitutionnelles, et qui entrent donc dans le champ de l'identité nationale.

La Cour est, en outre capable de tempérer l'autorité immédiate de la Convention en admettant l'existence dans un autre ordre européen d'une protection des droits fondamentaux jugée

équivalente, ce qui lui permet de présumer de la compatibilité d'une mesure nationale d'application du droit de l'Union européenne avec la Convention. Même si la présomption n'est évidemment pas irréfragable et que la Cour fait une utilisation mesurée de cette translation de la question du respect des droits fondamentaux à un autre système, du point de vue de l'affirmation de la primauté de la CEDH, ce type d'attitude est remarquable. Elle traduit, en effet, la volonté de la Cour de démontrer qu'elle ne peut envisager sa primauté en vase clos mais que cette primauté relève d'avantage d'une suprématie qu'il convient d'adapter dans le cadre de rapports de systèmes européens. L'arrêt *Bosphorus c/ Irlande* du 30 juin 2005 nous paraît très illustratif de ce point de vue. La Cour y admet, en effet, non pas qu'un système juridique, *a fortiori* national, pourrait imposer sa primauté sur le système conventionnel mais que l'interpénétration des ordres européens permet de présumer de la compatibilité d'une mesure avec le système conventionnel dès lors que ladite mesure est une mesure d'application du droit communautaire.

La primauté des ordres européens, dans leur espace respectifs, parfois entrecroisés, se révèle donc, à l'égard du droit national, bien que dans sa substance fortement affirmée, une règle-socle qui n'interdit pas aux Cours européennes et contrairement à une idée reçue, de faire preuve d'un pragmatisme visant essentiellement à éviter les conflits frontaux.

§ II – La réception/assimilation par le juge interne des exigences supranationales de concrétisation

Tout comme l'expansionnisme jurisprudentiel du juge supranational, la réception par le juge interne des exigences supranationales mérite d'être réinterrogée. Si le juge national maintient la Constitution comme norme fondamentale de réception du droit supranational, il n'en parvient pas moins à respecter les exigences posées par celui-ci. L'on ne peut que constater aujourd'hui une assimilation croissante des solutions jurisprudentielles (A) et même un mouvement vers une assimilation des doctrines jurisprudentielles pour parvenir à ces mêmes solutions (B).

#### **A – Une assimilation croissante des solutions juridictionnelles**

Nous avons précédemment employé le terme de « bataille » pour qualifier les rapports entre le juge européen et le juge interne français lors des débats sur la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union européenne, mais le terme est désormais assez peu approprié à la réalité des rapports entre ordres juridiques et plus précisément des rapports entre juges internes et juges externes. Le combat, la rébellion, les attaques, le nationalisme juridique caricatural, ont laissé place à des logiques bien plus subtiles et sophistiquées de coexistence respectueuse, de dialogue ascendant-descendant et d'une forme de docilité éclairée, liée aujourd'hui davantage à une acceptation qu'à une simple résignation face à des logiques de systèmes et de circulation de normes.

Cette évolution qui comprends une part de chronologie, s'est faite par à-coups, par retours en arrière, par cabrages et même parfois, après des avancées notables, par de nouvelles rebellions

par rapport à tel ou tel juge européen d'autant plus remarquables qu'elles étaient, au vu de l'évolution qui était en cours, relativement inattendues.

Le mépris réel affiché, souvent assumé à l'égard du droit européen a laissé place à une circonspection puis à une réelle acceptation, sans pour autant, à de très rares exceptions, aller jusqu'à l'enthousiasme du juge interne. De la réception, l'ordre interne est passé *via* ses juges, à une forme d'assimilation des solutions juridiques révélées par le juge européen. Cette révolution dans les mentalités, les conceptions, les manières de faire, qui doit beaucoup à l'écoulement du temps, à la persévérance des juges européens, à la meilleure connaissance et à la meilleure maîtrise de ce droit par les juges internes (on est plus à l'aise avec ce que l'on maîtrise), à une forme de créativité des juges internes mais aussi, d'un point de vue plus sociologique au changement des hommes et des femmes au sein des juridictions concernées relevant d'effets de génération, s'est déroulée selon nous en 3 étapes, que l'on identifie pour l'intérêt pédagogique, en étant bien conscient que les frontières entre ces étapes qui ont conduit à une forme d'assimilation, sont très poreuses voire artificielles. Si l'on veut encore grossir le trait, on pourrait qualifier ces trois étapes de : rejet (étape 1) ; acculturation (étape 2) ; assimilation (étape 3).

La première étape est celle de la découverte de l'autre, en l'occurrence de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que de leurs droits. Il s'agit de la découverte des facultés d'émancipation de ces juges qui, en moins de temps qu'il n'en faut pour le dire, ont pour le premier, dégagé du droit communautaire les principes de primauté et d'effet direct et, pour le second, interprété la Convention européenne des droits de l'homme d'une manière si extensive (à la lumière des conditions de notre temps pour reprendre l'expression de la Cour) que l'impact de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur un certain nombre de normes ou de pratiques française a été très sérieux. Cette étape de découverte s'est traduite par un rejet quasi-instinctif des solutions européennes, pas seulement par une forme d'indifférence, mais bien par un rejet d'un droit considéré comme exogène et d'un juge envisagé comme n'étant pas légitime à imposer sa vision aux juges internes. Pour autant, même si la phase de découverte a été houleuse et conflictuelle, elle est extrêmement importante car bien qu'elle soit contraire au principe de bonne cohabitation des ordres juridiques et d'une logique d'harmonie découlant du principe *pacta sunt servanda*, elle a révélé à quel point l'opposition frontale au droit d'origine externe est stérile, inutile et de surcroît peu conforme aux intérêts du justiciable. Elle a révélé également à quel point, dans cette bataille, le combat est inégal pour le juge interne qui tôt ou tard, d'une manière ou d'une autre, avec plus ou moins de panache, est amené à capituler. Cette période s'étend jusqu'en 1989 pour le Conseil d'Etat, elle s'illustre parfaitement par la jurisprudence *des Semoules* de 1968, qui bien que teintée de nationalisme juridique est fondée sur de solides justifications théoriques au regard du principe de la séparation des pouvoirs (jurisprudence qu'il convient en d'autres termes de ne pas caricaturer), par l'arrêt *UDT* de 1980, ou encore par la théorie de l'acte clair dans son expression la plus discutable. Cette période est un peu plus courte pour la Cour de cassation même si l'arrêt *Jacques Vabres* de 1975 ne signifie pas à lui seul que la Cour de cassation est entrée à l'égard du droit européen dans une nouvelle ère.

On peut observer que dans cette première période, à de rares exceptions près (et l'on pense ici par exemple ici à la décision n° 77-89 DC dite *Isoglucose* du 30 décembre 1977 dans laquelle le Conseil constitutionnel semblait admettre que l'autorité du droit communautaire puisse procéder directement du traité sans prisme constitutionnel) le Conseil constitutionnel demeure relativement en retrait, laissant, d'une certaine manière les juges internes se débrouiller avec la gestion des rapports entre ordres juridiques et préservant, ce faisant, le statut particulier de la norme constitutionnelle à l'égard du droit d'origine externe : la décision *IVG* de 1975 illustre parfaitement cette position (pas nécessairement attendue alors) qui consiste à considérer que l'article 55 de la Constitution habilite le juge ordinaire à exercer un contrôle de conventionnalité des lois mais que, pour autant, le juge constitutionnel ne peut intégrer au bloc de constitutionnalité des sources externes de la légalité qui clairement ne s'imposent pas à la norme constitutionnelle elle-même (il faut d'ailleurs modifier la Constitution si l'on souhaite ratifier un traité contraire à celle-ci). Le bras de fer engagé par le Conseil d'Etat avec d'une part les juridictions européennes et singulièrement la CJCE et d'autre part le Conseil constitutionnel sera sérieux. Les rapports entre ces juridictions seront très rugueux et l'opposition à certains principes européens réitérée contre vents et marées, jusqu'à épuisement et enfin résignation.

Une deuxième période qui justement trouve son socle dans une certaine forme de résignation, s'ouvre à la fin des années quatre-vingts et se poursuit jusqu'au début des années 2000. Il s'agit d'une période de réception, d'adaptation de l'ordre interne aux exigences européennes, de manière progressive mais réelle. Il s'agit d'une phase d'acculturation progressive, d'un processus d'acclimatation. C'est une étape décisive elle aussi car elle constitue le point de départ d'une nouvelle logique et qu'elle relève d'une forme d'engrenage avec l'idée chère aux européanistes du *spill-over*, chaque étape appelant la suivante, aucun retour en arrière n'étant possible.

L'arrêt *Nicolo* inaugure à l'évidence cette entrée du juge français dans une logique de rapports entre ordres juridiques. Si certains tel le président Marceau Long déclarent aujourd'hui qu'ils étaient conscients en 1989 du pas que l'ordre juridique français franchissait, d'autres présents également lors des débats au Conseil d'Etat en 1989, considèrent que personne ne pouvait prédire et même penser aux conséquences de l'arrêt *Nicolo* en termes d'impact sur le droit français, en termes de pénétration du droit d'origine externe dans l'ordre interne et que les vannes ont alors été ouvertes sans une réelle conscience des conséquences que cela aurait.

Au cours de cette deuxième période, l'évolution du juge interne n'a pas été linéaire, les arrêts *Nicolo*, *Boisdet*, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *Société Arizona Tobacco Product*, *SA Rothmans International France*, *Rouquette*, *Association des patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, *Meyet* ayant, pour l'essentiel, réglé la question des rapports entre la norme législative et le droit d'origine externe, le juge interne a été contraint de se positionner quant aux rapports entre la norme constitutionnelle et le droit international et européen (ce qu'il s'était bien gardé de faire jusqu'en 1996 !). Cette question redoutable des rapports entre des normes qui prétendent

chacune à la primauté, laissée de côté par le Conseil constitutionnel, a entraîné le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans des tâtonnements révélés essentiellement par les arrêts *Koné*, *Sarran*, *Fraïsse*, *SNIP*. Les arrêts *Sarran* et *Fraïsse* démontrent, alors que le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Koné* affirmait, selon nous, fort maladroitement qu'un traité doit être interprété à la lumière de la norme constitutionnelle (sic) que le Conseil d'Etat et, à sa suite la Cour de cassation ont fait finalement le choix d'éviter la confrontation de normes suprêmes par la mise en place d'une forme de théorie de l'écran constitutionnel, initiant ainsi une distinction entre suprématie et primauté d'une norme. Cette relative orthodoxie à l'égard du droit d'origine externe, spécifiquement le droit européen, très révélatrice d'un processus d'acclimatation, n'a pas empêché quelques résurgences que l'on a pu observer par exemple dans l'arrêt *SNIP* (dont il convient toutefois de ne pas surévaluer la portée car il ne s'agit que d'un arrêt de sous-sections réunies) ou dans l'arrêt *Chevrol-Benkeddach* rendu 9 avril 1999, dans lequel le Conseil d'Etat, en toute connaissance de cause, a pris une position totalement contraire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, au sujet de l'appréciation de la condition de réciprocité par le Ministre des affaires étrangères, en sachant pertinemment que son refus de reddition se traduirait par une condamnation qui eut d'ailleurs lieu ; ou encore quelques propos publics du Vice-Président du Conseil d'Etat d'alors, peu amènes à l'égard singulièrement de la Cour européenne des droits de l'homme. Le phénomène d'acculturation est ainsi : il est nécessairement progressif, peut se traduire par des soubresauts, des attermoissements, des colères, de vraies questions, des incertitudes, des erreurs de part et d'autre, mais la logique générale, pour ne pas dire le paradigme, change et peu à peu se transforme.

On notera qu'au cours de cette deuxième étape, le processus d'acculturation dont il s'agit s'est également traduit par l'insertion dans la norme constitutionnelle elle-même de dispositions spécifiques au droit communautaire. Même si cette pénétration de la norme constitutionnelle par le droit communautaire a été rendue nécessaire par l'incompatibilité du traité de Maastricht avec la Constitution du 4 octobre 1958, elle démontre un rapprochement des droits et des ordres juridiques, cette fois à l'initiative du Conseil constitutionnel. Ici nous n'en sommes pas encore au stade de l'assimilation (étape suivante) car notamment, l'article 88-1 n'a pas encore de valeur normative concrète ou substantielle et que le Conseil constitutionnel n'a pas encore fait le choix (ce n'était certainement pas son intention en 1992 mais les temps vont changer et la volonté du Conseil constitutionnel également) de faire de l'article 88-1, le socle de la primauté du droit de l'Union européenne et d'en faire ainsi une obligation constitutionnelle sous réserve des dispositions inhérentes à l'identité constitutionnelle française.

C'est la troisième et dernière période - avant que peut-être ne s'ouvre une autre étape ? - qui démontre que ce phénomène d'internationalisation et d'eupéanisation après avoir déconstruit l'ordre interne l'a réinitialisé par ce processus d'acculturation et qu'effectivement le paradigme et la logique ont changé, et si l'on se rapporte à la première période de manière radicale. Cette troisième phase nous semble en effet, pouvoir être lue comme une phase d'appropriation qui dépasse de loin la simple réception et relever *in fine* d'une forme d'assimilation.

Le Conseil constitutionnel a contrairement aux phases précédentes, joué ici un rôle majeur, peut-être trop conscient qu'il devenait peu à peu le garde-barrière décrit par Yves Guéna en s'extrayant trop de la « cuisine » des rapports entre ordres juridiques à l'exception évidemment des situations où il était appelé à se prononcer sur la compatibilité avec la norme constitutionnelle d'un traité avant sa ratification au sens de l'article 54 de la Constitution. Ce sont les décisions *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* et *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* notamment qui constituent le socle du dernier mouvement jurisprudentiel majeur, il est vrai consécutivement à l'insertion dans le texte-même du traité de la primauté du droit de l'Union qui jusqu'alors n'avait qu'un fondement jurisprudentiel (on notera que cette consécration textuelle par l'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe a été très sérieusement tempérée par le traité de Lisbonne qui abandonne cette référence directe à la primauté aussi bien dans le Traité sur l'Union européenne que dans le TFUE, le principe de primauté étant relayé à une déclaration annexe n°17 accompagnée d'une note du service juridique du Conseil). En tout état de cause, qu'il s'agisse de cette insertion (de courte durée) dans le texte du traité d'un principe initialement prétorien et qui partant, est ainsi directement validé par les Etats ou du caractère constitutionnel du traité, c'est sur ce fondement que le Conseil constitutionnel a initié une politique jurisprudentielle visant d'abord à singulariser fortement le droit de l'Union européenne, dont on savait déjà qu'il était singulier mais qui est désormais affirmé comme disposant d'un véritable statut particulier en droit interne, et ensuite à transformer les obligations relevant du droit de l'Union européenne en obligations constitutionnelles. Le processus ainsi engagé est donc clairement un processus d'assimilation, le respect de la norme issue du droit de l'Union européenne jouissant désormais d'une protection constitutionnelle.

Cela ne veut pas dire que l'on ne peut pas relever encore des réticences de la part du Conseil constitutionnel, qui peut-être par la force des choses, est encore sur un certain nombre de points assez gallocentré. On notera notamment qu'il maintient (dans son principe au moins) la jurisprudence *IVG*, et que, dans bien des cas il rechigne à être plus explicite dans ses références au droit européen que pour autant, il n'ignore pas. Toutefois la récente décision du 14 février 2014 (n° 2013-366 QPC) dans laquelle est utilisée l'expression fortement conventionnelle d'« impérieux motif d'intérêt général » au sujet des validations législatives est peut-être annonciatrice d'une évolution sur ce point qu'il conviendra de confirmer.

Cette jurisprudence constitutionnelle a fortement valorisé l'article 88-1 de la Constitution selon l'expression de B. GENEVOIS et a contraint le Conseil d'Etat à admettre la singularité du droit de l'Union européenne dans le traitement des sources de la légalité d'origine externe. Le Conseil d'Etat, durant cette période a mené sa réflexion et fait évoluer son analyse dans deux sens. Il a d'abord cherché à s'extraire d'une pure logique de hiérarchie des normes conduisant nécessairement à un nœud gordien, en appuyant son raisonnement sur le titre de compétence sur lequel il se fonde pour déterminer une priorité d'application plutôt qu'une supériorité d'une norme (éventuellement interne si elle est constitutionnelle- éventuellement d'origine externe si elle est législative ou infra- législative). Cette logique nouvelle a été inaugurée dans l'arrêt *Deprez et Baillard*

rendu par le Conseil d'Etat le 5 janvier 2005, elle permet, en se plaçant du point de vue du titre de compétence et non pas du point de vue d'une hiérarchie *interne* des normes, d'imaginer qu'un titre (par exemple l'article 88-1) fixe des priorités d'application qui conduisent à appliquer une norme issue du droit de l'Union européenne plutôt qu'une norme interne, éventuellement constitutionnelle (si elle ne relève pas des fameuses dispositions inhérentes à l'identité constitutionnelle française) sans remettre en cause la suprématie constitutionnelle. Le Conseil d'Etat, dans la continuité de ce premier mouvement est ensuite allé encore plus loin selon nous, dans le désormais mythique arrêt *Arcelor* en date du 8 février 2007 en identifiant précisément l'article 88-1 comme un titre de compétence, en permettant la transformation d'un conflit potentiel entre norme constitutionnelle et norme de l'Union européenne dans l'ordre interne en un conflit éventuel entre normes de l'Union européenne dans l'ordre juridique européen (l'une des normes confrontées constituant l'équivalent matériel de la règle ou du principe constitutionnel).

Cette translation du conflit normatif (sous réserve d'atteinte à la très réduite identité constitutionnelle) se situe selon nous dans une véritable logique d'assimilation : il s'agit ici d'admettre que le principe ou la règle existe dans l'autre ordre, qu'elle y est aussi bien protégée que dans l'ordre interne et que, partant, la CJUE est en mesure de régler le conflit en évitant la confrontation des ordres juridiques. La solution apportée par l'Union européenne et son juge est assimilée à la solution qu'aurait pu apporter le juge interne et qui aurait été nécessairement plus conflictuelle. Notons que la créativité du juge administratif français dans cet arrêt, la sophistication de la logique de systèmes qu'il adopte a été remarquée du côté de la Cour de justice, certains avocats généraux n'hésitant pas à se référer à cette jurisprudence française.

Durant cette période, la Cour de cassation a quant à elle mené une véritable politique jurisprudentielle d'insertion du droit européen sous l'empire du président Canivet, dont les positions doctrinales à l'égard du droit international et européen sont très instructives, et poursuivie sous la présidence du président Lamanda jusqu'à l'arrêt *Melki et Abdeli* du 16 avril 2010 qui constitue, que l'on considère que la Cour de cassation a eu tort ou raison, et même si l'on ne peut qu'admettre que la question posée était mal ficelée, un élément supplémentaire du processus d'assimilation car dans cette affaire le juge judiciaire joue pleinement son rôle de juge européen de droit commun et ce, malgré le caractère constitutionnel de ses obligations internes. En d'autres termes ici le juge ne dissocie plus, pour les hiérarchiser, son statut de juge interne et son statut de juge européen de droit commun et fusionne littéralement ses offices.

La boucle du processus d'assimilation et d'appropriation nous semble bouclée avec la décision du Conseil constitutionnel de poser lui-même, une question préjudicielle à la CJUE dans la décision *Jeremy F* précitée concernant les mesures de transposition de la décision cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres. Ce choix qui démontre une évolution majeure et une fois encore un changement de paradigme en ce que nécessairement ici le Conseil constitutionnel se soumet directement à l'interprétation

européenne, illustre parfaitement une logique de rapport de systèmes qui irradie l'ensemble de cette troisième étape dans la manière de gérer les conflits entre norme interne et norme d'origine externe.

Ce processus d'appropriation et *in fine* d'assimilation nous semble enfin illustré par l'attitude du Conseil d'Etat dans quatre domaines symptomatiques qui seront ici afin d'éviter l'effet catalogue, très rapidement cités : en ce qui concerne d'abord sa jurisprudence relative à l'applicabilité des directives, qui au terme d'une évolution très importante (qui a pris son appui au cours de la deuxième étape ci-dessus décrite) a conduit peu à peu à aligner quasiment à l'identique la position du Conseil d'Etat (et d'ailleurs pour l'essentiel de la Cour de cassation) sur la jurisprudence de la Cour de justice, ces évolutions vers une assimilation étant symbolisées notamment par les arrêts *Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire* du 3 décembre 1999, *Tête* du 6 février 1998 (relevant de la seconde période) qui conduisent à l'abandon de la jurisprudence *Cohn-Bendit* dans l'arrêt d'assemblée du 30 octobre 2009 *Perreux*, qui, quand on connaît les réticences du Conseil d'Etat à opérer un revirement de jurisprudence sur ce point, apparaît réellement comme une avancée significative à l'égard du droit de l'Union européenne en terme d'assimilation; en ce qui concerne ensuite la mobilisation de la théorie de la loi écran par le juge des référés, le Conseil d'Etat après avoir rétabli, selon nous de manière extrêmement critiquable, la théorie de la loi écran en référés ( position prise par le Conseil d'Etat le 30 décembre 2002 *Carminati* ) a enfin définitivement abandonné l'écran législatif à l'application du droit international dans l'ordonnance *Dociev* du 6 mars 2008; en ce qui concerne également le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, le Conseil d'Etat ayant fait des progrès considérables aussi bien dans la saisine que dans la réception des arrêts préjudiciels rendus par la Cour ; et enfin dans sa fonction consultative qui le conduit à mobiliser fortement le droit européen avant d'émettre un avis sur tel ou tel projet de texte, l'étude relative aux possibilités juridique d'interdiction du port du voile intégrale (qui n'est pas un avis à proprement parlé) rendu par le Conseil d'Etat le 30 mars 2010 étant très symptomatique sur ce point.

Plus spécifiquement en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour (même si la levée de l'écran législatif en référé concerne aussi la CEDH, tout comme la mobilisation du droit européen dans la fonction consultative du Conseil d'Etat), il y a une véritable assimilation non seulement de la position de la Cour de Strasbourg mais de surcroît des notions européennes, des concepts européens, et même des acceptions européennes, très bien illustrée par l'arrêt *Magiera* en date du 28 juin 2002 aux termes duquel le Conseil d'Etat, revenant sur sa jurisprudence *Darmont* du 29 décembre 1978, reconnaît, pour la première fois, la responsabilité pour faute simple de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public et emprunte à la jurisprudence européenne les éléments permettant de dresser les contours de la notion de délai raisonnable. Cet arrêt *Magiera* relève d'une logique européenne, le juge administratif se place *du point de vue du juge européen*, c'est en ce sens que cet arrêt (parmi d'autres) est remarquable.

Cette assimilation des notions européennes par le juge interne est également, évidente dans la jurisprudence constitutionnelle qui désormais utilise ces notions sans aucune précision d'ailleurs quant à leur origine. Des références indirectes à des notions révélées par la Cour européenne et substantialisées par elle dans le cadre des articles 5, 6, 8, 10, 12 notamment de la CEDH sont aujourd'hui habituelles (voir pour illustrations l'utilisation indirecte de l'article 5§1a) de la Convention telle qu'interprétée par la Cour dans la décision n° 2007-562 DC du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté ou encore la décision n°204-509 DC du 13 janvier 2005 relative à une validation législative, sur l'interprétation de l'article 6§1 au vu de la jurisprudence de la Cour *Zielinski* en date du 28 octobre 1999). Des références à des principes issus de l'ordre juridique de l'Union européenne apparaissent également au travers du principe constitutionnel d'intelligibilité de la règle de droit ou au travers du principe de clarté de la loi inspirés notamment des principes de sécurité juridique et de confiance légitime dont le socle européen est avéré<sup>51</sup>. Une décision très récente est parfaitement illustrative du passage de la réception à l'assimilation par le Conseil constitutionnel, la décision n°2013-682 DC du 19 décembre 2013 relative à la loi de financement de la sécurité sociale. Dans cette décision, en effet, après avoir été réticent à consacrer explicitement le principe de confiance légitime le Conseil le consacre quasiment sans utiliser pour autant le terme de « confiance ». On observera que dans son commentaire de ses décisions n°661 et 662 du 29 décembre 2012 portant respectivement sur la loi de finances pour 2013 et sur la loi de finances rectificative pour 2012, le Conseil constitutionnel avait déjà admis faire une place substantielle au principe de confiance légitime sans pour autant le consacrer explicitement. Même si le terme express de confiance légitime n'est pas prononcé, le principe a clairement, cette fois, par la décision du 19 décembre 2013, été consacré.

On observera enfin que le processus d'assimilation ici décrit, favorable au droit européen, qui illustre la véritable imprégnation de notre ordre juridique par le droit européen, laisse tout de même l'impression d'un traitement assez discriminatoire des sources d'origine externes de la légalité, le droit international classique demeurant le parent pauvre de ces sources externes et bénéficiant d'un traitement beaucoup moins favorable aussi bien de la part du juge ordinaire, le récent arrêt *GISTI et FAPIL* rendu par le Conseil d'Etat le 11 avril 2012, en étant une démonstration éclatante que de la part du Conseil constitutionnel.

Les temps ont donc changé et désormais les juge internes, juge constitutionnel comme juge ordinaires s'ont entré dans une logique d'assimilation qui va bien au-delà d'une simple logique de réception. Le mouvement du droit, la circulation des normes et des solutions juridiques a eu raison des réticences les mieux ancrées sur ces sujets, rares sont les poches de résistance, même l'enclave constitutionnelle étant réduite à peau de chagrin.

---

<sup>51</sup> Voir sur ce point, CH. MAUGÛE, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », in « Le Conseil constitutionnel », Pouvoirs, 2003/2, n° 105, p.53 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », 13 février 2009, site du Conseil constitutionnel

B – Vers une assimilation des doctrines juridictionnelles : l'apparition d'une doctrine globale ?

Et si l'on pouvait proposer une définition précise de ce que constitue le dialogue des juges dans le contexte de la concrétisation des obligations supranationales dans les ordres internes ? Les discours des juges sur ces questions ne sont que des considérations doctrinales qui permettent de justifier, en vertu de l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles, les solutions posées. La motivation des juges, supranationaux d'un côté et nationaux de l'autre, constitue un lieu de discussions doctrinales juridictionnelles. Selon une approche normativiste, si l'on s'en tient au seul élément juridique posé par une décision de justice, à savoir le dispositif d'une décision, la portée décisive des contradictions doctrinales se réduit. A partir de positions doctrinales différentes, il est possible de parvenir au même résultat. Que la primauté du droit national sur les lois s'appuie, doctrinalement, sur la Constitution ou sur le droit supranational, la norme individuelle et concrète qui sera posée par le juge à l'occasion de la résolution d'un litige particulier en application du principe de primauté sera la même. Autrement dit le conflit doctrinal (entre les juges) n'a pas toujours une portée juridique ; il ne peut avoir parfois qu'une portée symbolique. L'opposition doctrinale des juridictions doit être ainsi relativisée dans sa portée juridique.

Cette lecture relativiste des oppositions doit encore se poursuivre par une approche historique de la question. Les doctrines des juges ont en effet une tendance à se rapprocher dans le temps, lorsque le droit n'intervient pas pour les organiser.

Selon une perspective historique, il est possible de constater que le respect de certains sous-ensembles du droit supranational tend à s'améliorer auprès des organes étatiques qui y sont astreints et en particulier auprès des juges. Cette lecture est certes factuelle, elle n'emporte aucune conséquence normative, mais elle n'en témoigne pas moins, qu'en fait, l'effectivité du droit des intégrations régionales est renforcée, c'est-à-dire qu'il est plutôt aujourd'hui mieux respecté par les Etats. Le constat demeure incontestable : plus le degré de perfectionnement technique d'une organisation d'intégration régionale est élevé, plus le droit qui la constitue ou qu'elle produit est respecté par les Etats participant à cette organisation. Ainsi, dans des Etats d'inspiration dualiste, *a priori* les moins ouverts au droit international public, tels l'Allemagne ou l'Italie, la logique dualiste (réception et transformation du droit externe en droit interne, valeur de la norme externe calquée sur celle de la norme interne de réception) est pleine et entière pour le droit international conventionnel classique, elle est adaptée pour la Convention européenne des droits de l'homme et abandonnée, en substance, pour le droit de l'Union européenne.

Ce premier critère tiré du *degré de perfectionnement technique* doit être explicité. Deux éléments généraux décisifs doivent être pris en compte : les qualités reconnues aux normes primaires et secondaires, s'il en existe, constitutives de l'ordre normatif supranational (ayant pour objet les individus, primauté, effet direct, effet horizontal, etc...) et l'existence d'une juridiction chargée de veiller au respect du droit supranational, les modalités de saisine de cette juridiction (juridiction

obligatoire, recours direct, renvoi préjudiciel, recours en manquement...) et le caractère obligatoire de ses décisions.

Pour pouvoir établir une échelle d'ouverture au droit supranational, ce premier critère, technique, doit également être complété par un autre critère, celui du temps, c'est-à-dire de la *durée de la participation par l'Etat à l'organisation régionale d'intégration*. Plus l'Etat est partie au sein d'une telle organisation depuis longtemps, plus il est censé respecter les prescriptions qu'elle édicte. Là encore, il ne faut y voir qu'une tendance générale, susceptible de se heurter à des exemples ponctuels contraires, mais la tendance n'en est pas moins significative. Les réactions de la Cour constitutionnelle tchèque dans l'affaire du régime des pensions slaves (*Hollubeč*) peuvent être analysées de la même manière. A l'opposé, les réticences de la Cour constitutionnelle italienne face au droit de l'Union et au principe d'un contrôle diffus de son respect font partie de l'histoire. Les « *Solange* » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande doivent être aujourd'hui relativisés, en particulier au regard de l'ordonnance du 4 octobre 2011 concernant la loi sur les subventions destinées aux entreprises à Berlin et dans les nouveaux Länder et, plus récemment encore, avec la reconnaissance de sa compétence pour renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice. Ce critère du temps mérite sans doute d'être associé avec celui du degré d'ouverture d'un ordre juridique interne par rapport au droit international. Ce dernier n'entre toutefois en ligne de compte que pour diminuer ou pour augmenter le temps nécessaire pour que l'Etat se conforme au droit supranational. Le temps sera donc plus ou moins long pour qu'un Etat se conforme au droit supranational selon son degré d'ouverture à celui-ci, mais, en tout état de cause, c'est le respect du droit supranational qui l'emportera dans le temps.

De la combinaison de ces deux critères, il sera possible de proposer une fonction linéaire qui se représenterait, sur un plan, par une droite, dont il faut l'avouer, le coefficient directeur ne sera pas indiqué, mais, si la technicité est en ordonnée et la durée en abscisse, on pourrait raisonnablement prévoir qu'elle serait de l'ordre de  $y = 2x$ . Au-delà de la durée de participation à partir de laquelle un Etat respecte le droit de l'intégration régionale, la droite devient parallèle à l'abscisse.

Ainsi configurée, cette fonction témoignerait, en moyenne, de ce que le respect du droit des intégrations régionales est d'autant plus fort que cette intégration présente un degré de perfectionnement élevé et que la durée de participation de l'Etat qui en est membre est longue. Elle révèle la dynamique historique qui préside au respect du droit des intégrations régionales par leurs Etats membres et renforce le principe du respect du droit (supranational) par les Etats.

A partir de cette fonction, il est possible de différencier et de classer les trois catégories d'intégrations régionales étudiées : de la plus intégrée et la plus ancienne, l'Union européenne, à la moins intégrée et la plus récente la Convention américaine des droits de l'homme, la Convention européenne se situant entre les deux. Elle peut être également rapprochée des différentes générations de conflits doctrinaux entre les juges : la primauté du droit supranational sur les lois, la

résistance constitutionnelle au droit supranational et la soumission du droit constitutionnel au droit supranational. Avec le droit de l'Union, les conflits ne persistent plus aujourd'hui que dans le troisième volet et, en son sein, ils tendent à se réduire face au développement du renvoi préjudiciel à la Cour de justice par les cours constitutionnelles. Avec le droit de la convention européenne et le droit de la convention américaine, les difficultés doctrinales sont encore variables selon les degrés d'ouverture des ordres juridiques internes et, surtout, il semble que la revendication hégémonique plus faible ou du moins plus relative, n'intervenant qu'en matière de droits fondamentaux, de ces systèmes n'ait pas suscité les mêmes réactions de la part des juridictions internes que le droit de l'Union. Les conflits éventuels entre les juridictions supranationales de protection des droits fondamentaux et les juridictions internes portent moins sur les questions de primauté ou de limites constitutionnelles au droit supranational que sur la conformité substantielle des jurisprudences sur l'interprétation et la concrétisation des droits fondamentaux. Le droit de l'Union est apparu ainsi comme le plus touché par les relations conflictuelles avec les Etats.

A cet égard, l'évolution positive du respect du droit supranational défendue par la fonction proposée ne doit pas occulter l'existence des contre-limites susceptibles d'être opposées par les juridictions internes, en particulier constitutionnelles, au droit de l'Union.

Parmi ces différentes contre-limites, la revendication nationale au respect des normes à constitutionnalité renforcée ou au respect de l'identité nationale a été neutralisée par le droit de l'Union lui-même, et non pas par la doctrine juridictionnelle, par la reconnaissance par l'article 4 § 2 du TUE du respect par l'Union de l'identité des Etats. Cette acquisition-absorption des contre-limites par le droit de l'Union garantit une coordination des conflits entre l'identité nationale et le droit de l'Union grâce à ce dernier et avec un dernier mot confié à la Cour de justice, et non pas aux juridictions nationales, pour établir ce qui entre ou n'entre pas dans cette identité nationale. L'*ultra vires* demeure une autre contre-limite qui ne saurait être considérée comme problématique à partir du moment où la juridiction nationale constatant une telle situation peut user des voies de droit européennes pour résoudre au préalable le conflit, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité en l'occurrence.

Dans ces deux situations, la contre-limite invoquée par les juridictions nationales peut donner lieu à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité devant la Cour de justice. L'usage d'une voie de droit prévue par l'ordre supranational est en mesure de résoudre un conflit d'ordre interne et constitutionnel. Désormais, cette possibilité n'est plus seulement une hypothèse d'école ou un fantasme d'universitaire européanniste. Le *Tribunale de Bolzano* a posé la question de savoir, en substance, si le principe de primauté du droit de l'Union pouvait s'opposer à l'application de principes fondamentaux suprêmes de l'ordre juridique italien. Dans l'arrêt du 24 avril 2012, *Kamberaj*, La Cour de justice ne répondra pas à la question, qu'elle jugera irrecevable<sup>52</sup>, mais celle-ci

---

<sup>52</sup> CJUE, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj contre Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano*, Aff. C-571/10.

revient en substance à savoir si la primauté du droit de l'Union rencontre des limites dans les principes suprêmes constitutionnels et donc dans l'identité des Etats. La Cour de Luxembourg n'a pas utilisé cette occasion pour intégrer explicitement les contre-limites, les principes suprêmes de l'ordre juridique constituant pour la *Corte costituzionale* une limite au droit de l'Union, dans le respect de l'identité des Etats membres. Les juridictions nationales, au moins le *Tribunale de Bolzano*, ont vu qu'il pouvait en être ainsi. En intégrant les contre-limites dans l'identité nationale, la Cour de justice pourrait neutraliser des conflits potentiels sur renvoi des juridictions nationales. Cette démarche est d'ailleurs celle qu'a entreprise la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans l'arrêt du 27 février 2014<sup>53</sup>. En application d'une jurisprudence ancienne, elle se reconnaît compétente pour apprécier la régularité constitutionnelle du droit de l'Union dérivé si celui-ci manifeste un excès de pouvoir européen, c'est-à-dire lorsque l'acte européen dépasse le cadre des compétences établi par les traités et donc l'habilitation constitutionnelle de participation de l'Allemagne à cette organisation. En l'espèce, plutôt que de se prononcer directement sur l'*ultra vires* du dispositif du mécanisme européen de stabilité et du pacte budgétaire, même si son préjugement de la question est explicite, elle a renvoyé à la Cour de justice par la voie préjudicielle le soin de résoudre cette question de régularité.

L'emprunt des voies de droit européennes marque l'inscription dans la troisième génération de contentieux. Elle ne résout cependant pas tout. Une divergence d'interprétation est toujours possible à l'issue du renvoi préjudiciel, les cours constitutionnelles pouvant faire prévaloir, si la Cour de justice ne l'a pas fait, les contre-limites sur le droit de l'Union. Le dernier mot sera alors donné, dans un premier temps au moins, à la juridiction nationale puis, dans un second temps et de manière décisive, à la Cour de justice par la voie d'un éventuel recours en manquement. En outre, le Parlement européen, dans le cadre spécifique de l'affaire du respect par la Hongrie des valeurs de l'Union européenne, a pu soutenir le principe d'une identité de l'Union supérieure à l'identité des Etats de sorte que la seconde se retrouverait subordonnée à la première. Dans la résolution du 3 juillet 2013, *sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie*, il a considéré que : « la mention de l'article 4, paragraphe 2, du traité UE est valable uniquement dans la mesure où un Etat membre respecte les valeurs inscrites à l'article 2 du traité UE »<sup>54</sup>. La doctrine globale des juges serait non seulement marquée par une mise en conformité des discours sur la mise en œuvre du droit national, mais également par une volonté toujours renouvelée d'affirmer la primauté de son ordre de référence sur les ordres extérieurs.

Le risque de confrontation entre les habilitations supranationales et celles nationales dans la concrétisation des exigences supranationales dans l'ordre juridique interne apparaît en définitive comme relatif. Les exigences supranationales dégagées par les juges des intégrations régionales s'appuient sur des stipulations conventionnelles et leur utilisation contentieuse reste marquée par

<sup>53</sup> CCFA, 7 février 2014, *BVerfG*, 2 BvR 2728/13 vom 14.1.2014.

<sup>54</sup> Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux: normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012), pt M.

une volonté de les adapter de manière pragmatique afin d'éviter la confrontation directe, du moins dans la majorité des cas. Le juge interne quant à lui a fini par intégrer de manière significative à la fois les solutions dictées par le juge supranational mais également les chemins interprétatifs utilisés par ces derniers juges. La réception nationale demeure formelle. Certes, du point de vue du juge interne, la Constitution constitue la clé d'entrée des exigences supranationales dans l'ordre interne. Toutefois, elle semble constituer de moins un moins un filtre substantiel à la pénétration des exigences supranationales et se révèle ainsi seulement comme un socle symbolique à l'appui d'un phénomène d'infusion du droit européen dans le droit interne. Le mouvement constaté tend à faire perdre leur spécificité aux exigences supranationales. Celles-ci se banalisent et deviennent des normes de droit interne comme les autres.