

# Par-delà la hiérarchie des ordres juridiques – Le pluralisme ordonné vu d’Allemagne

Anne PETERS<sup>1</sup>

*Professeure aux Universités de Bâle, Heidelberg, et Freie Universität Berlin  
Codirectrice de l’Institut Max-Planck de droit public étranger  
et de droit international public, Heidelberg*

## INTRODUCTION

Cette contribution examine les rapports entre le droit international (et européen) et les ordres juridiques des États. Bien que le droit de l’Union européenne (UE) possède des qualités distinctes du droit international « général » et se trouve dans une relation spécifique avec les droits des États membres de l’UE, cette contribution vise les deux types de rapports (international – national et unional – national) sans trop de différenciation. Un traitement parallèle semble justifié du fait que ces types de relations sont aujourd’hui souvent décrits comme manifestant une pluralité d’ordres juridiques, de décideurs, et de vues ce qui les rend perméables. Le modèle, qui identifie, décrit et favorise ces pluralités, s’appelle « pluralisme ». L’argument principal de cette contribution est que le pluralisme (en tant que paradigme pour non seulement analyser mais aussi pour gérer les rapports et interactions entre divers ordres juridiques) doit être bien « ordonné », c’est-à-dire encadré par un constitutionnalisme global, pour aboutir à des résultats juridiques qui soient effectifs et légitimes.

La première partie esquisse brièvement les modèles classiques d’une prévalence ou primauté du droit international et européen sur le droit national – modèles qui se heurtent aujourd’hui à une résistance croissante des acteurs nationaux.

La deuxième partie passe en revue les mécanismes utilisés dans d’autres domaines du droit pour résoudre les conflits normatifs entre les divers ordres (ou simplement entre ordres partiels ou entre diverses « couches » juridiques). Les analystes des rapports entre le droit international/européen et les droits nationaux se sont souvent inspirés de ces modèles, modèles qui relèvent tantôt une hiérarchie normative (fédéralisme et constitutionnalisme « rigide »), tantôt un fonctionnement sans une telle hiérarchie (conflit de lois et constitutionnalisme « souple »).

La troisième partie analyse de plus près le modèle dit « pluraliste » pour expliquer les relations entre le droit de l’UE et le droit international d’une part, et le droit national d’autre part. Dans une version extrême, ce modèle risque de laisser gouverner simplement les acteurs provenant de l’ordre juridique le plus puissant, qui sont normalement les juridictions nationales. C’est pour cela que le pluralisme doit être accompagné d’un constitutionnalisme global procédural qui fournit les techniques de réglage raisonnable des conflits normatifs.

---

1. Cette contribution reprend des parties de mon article « Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse », *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), p.3-63 (traduction en français par Laurent Dechâtre).

## I. DROIT INTERNATIONAL/EUROPÉEN – NATIONAL : LES MODÈLES CLASSIQUES

Les modèles classiques pour analyser les rapports entre le droit international ou le droit de l'UE d'un côté, et le droit national de l'autre côté sont traditionnellement fondés sur des perspectives relevant des organes internationaux. Les positions de ceux-ci n'étaient pas nécessairement acceptées par les juridictions nationales, mais une divergence potentielle entre les approches n'était pas thématifiée dans la doctrine traditionnelle.

### A. L'internationalisme classique : la prévalence du droit international

Selon le droit international général, un État n'a pas le droit d'invoquer les dispositions de son droit interne comme justification de la non-exécution de ses obligations internationales<sup>2</sup>. Les juridictions internationales postulent bien sûr la prévalence du droit international sur le droit national. La Cour permanente de justice internationale (CPJI) a ainsi indiqué dans son avis *Question des « communautés » gréco-bulgares* : « C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité »<sup>3</sup>.

Les organes juridictionnels internationaux se limitent en général à constater la violation du droit international et, le cas échéant, à imposer une adaptation du droit national. La CPJI a ainsi parlé dans l'affaire *Échange des populations grecques et turques* du « principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris »<sup>4</sup>.

Selon un rapport de la Commission de Venise, la prévalence du droit national sur le droit interne « n'est pas du tout contestée ». Cette « vérité évidente en soi » est une exigence du droit international lui-même<sup>5</sup>. De ce point de vue, l'obligation d'application (prioritaire) du droit international ne résulte pas d'une construction hiérarchique du ou des ordres juridiques, mais de ce que chaque droit cherche par nature à être appliqué. Ainsi, la discussion concernant le droit international ne se déroule pas selon l'image d'une pyramide des normes, mais surtout suivant le paradigme de l'observance du droit, elle est abordée comme une question de « respect » (*compliance*) et de responsabilité en cas de non-observance. Si tant est que l'on parle de primauté, il est clair que celle-ci ne vaut que pour les besoins du droit international (« primauté internationale » par opposition à

2. Art. 32 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté par la CDI, 2001 (UN Doc. A/CN.4/L.602, Rev.1). Une obligation de droit national ne justifie pas la non-exécution d'un traité auquel elle s'oppose (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 27).

3. Publications CPJI ser. B, n° 17 (1930), p. 32. V. de même CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations unies (avis consultatif)*, Rec. CIJ, 1988, p. 12 et s., pt 57 ; v. aussi CIJ, *Elettronica Sicula*, Rec. CIJ, 1989, p. 15, pt 73.

4. Publications CPJI ser. B, n° 10 (1925), p. 20 (souligné par l'auteur).

5. C. P. ECONOMIDES, *The Relationship Between International and Domestic Law*, 1993, p. 12. V. aussi en ce sens M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes. Les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à H. Rolin. Problèmes du droit des gens*, Pedone, 1964, p. 488 et s., p. 497 : « En réalité, cette supériorité est inhérente à la définition même de ce droit et s'en déduit immédiatement. Tout ordre juridique confère aux destinataires de ses normes des droits et pouvoirs juridiques qu'ils ne sauraient s'attribuer sans lui ; il leur impose des obligations qui les lient. Par là même, tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il n'est pas » (souligné par l'auteur).

« primauté interne »). La jurisprudence internationale accepte que des règles de conflit parallèles existent, en droit international et dans les droits nationaux, et que ces règles puissent diverger. « Cela signifie que tout comme le droit international prime devant les juridictions internationales, le droit national prime au niveau national »<sup>6</sup>. Si l'on considère la pratique juridique relative au rapport entre le droit international et le droit national, il n'existe aucune primauté « universelle » dont les effets s'étendraient dans tous les ordres juridiques associés.

### B. Le supra-nationalisme classique : la primauté du droit de l'UE

Selon la jurisprudence de la CJUE, la primauté du droit européen diffère sur deux points de la prévalence du droit international. Tout d'abord, les États n'ont pas, du moins selon la Cour de justice, la liberté de choisir eux-mêmes la place qu'ils souhaitent accorder au droit de l'Union, alors qu'ils l'ont pour ce qui concerne le droit international. Cela signifie que la Cour de justice ne reconnaît pas l'existence parallèle de règles de conflit (en droit de l'Union *et* dans les droits nationaux) qui permettrait aux États d'avoir une perspective interne dérogatoire. La nouveauté de l'approche de la CJUE réside dans ce qu'elle affirme non seulement la « primauté internationale », mais encore la « primauté interne »<sup>7</sup>. Selon elle, le principe de primauté trouve sa source dans le droit européen.

La primauté du droit de l'Union a ensuite un effet prospectif, ce qui est moins clair concernant le droit international. Chaque juridiction et chaque autorité nationale doit respecter, d'elle-même et dès le départ, la primauté et laisser inappliqué le droit national contraire<sup>8</sup>. Ce qui est, la plupart du temps, appréhendé en droit international général dans le cadre des normes de droit dérivé (la question de la responsabilité pour violation du droit international), la CJUE le présente comme une obligation de droit primaire.

Depuis quelque temps et en opposition au moins latente à la CJUE, les juridictions des États membres qualifient explicitement le rapport entre les ordres juridiques européens et nationaux non pas de hiérarchique, mais d'horizontal. Le Tribunal constitutionnel espagnol l'a formulé très clairement et a mis en même temps en évidence les différences entre le paradigme supranational et le paradigme constitutionnel : « Cette primauté [du droit européen] (*primacia*) ne se présente pas comme hiérarchique, mais comme une "exigence existentielle" de ce droit, afin de parvenir, en pratique, à un effet direct et à une application uniforme dans tous les États ». Elle se différencie de la suprématie (*supremacia*) de la Constitution espagnole : « Primauté (*primacia*) et suprématie (*supremacia*) sont des catégories qui se développent dans des ordres différents. (...) La primauté (*primacia*) n'est pas nécessairement fondée sur la hiérarchie, elle [peut reposer] sur la distinction entre les domaines d'application des différentes normes, en principe valables mais parmi lesquelles une ou plusieurs ont toutefois, pour différentes raisons, la capacité d'en écarter d'autres en vertu de leur application préférentielle ou prédominante. (...) La suprématie (*supremacia*) de la Constitution est donc compatible avec des régimes d'application qui donnent la

6. G. ARANGIO-RUIZ, "Dualism Revisited: International and Interindividual Law", *Rivista di diritto internazionale*, n° 96, 2003, p. 909-999, p. 938 (notre traduction).

7. B. DE WITTE, « Retour à "Costa" : La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, vol. XX, n° 1, 1984, p. 425 et s. (ici p. 427 et p. 432 et s.).

8. CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal*, *Rec. CJCE*, 1978 p. 629, pts 17-18 et 21-23 : le droit national contraire est « inapplicable de plein droit », et n'importe quel juge national saisi doit pouvoir décider lui-même de l'écarter ; un tel pouvoir ne peut par exemple être réservé au juge constitutionnel national.

préférence à l'application de normes d'un ordre différent de l'ordre national, pourvu que la Constitution elle-même l'ait décidé ainsi »<sup>9</sup>.

La Cour constitutionnelle allemande considère également que le rapport entre les ordres juridiques allemand et européen (et, *au passage*, le rapport entre le droit de l'UE et le droit international ainsi qu'entre le droit international et le droit national) n'est pas hiérarchique. Dans son arrêt *Lisbonne*, elle renvoie à l'arrêt *Kadi* de la CJCE<sup>10</sup>. Selon la lecture qu'en fait la Cour constitutionnelle, « la Cour de justice a, dans un cas limite, placé sa propre affirmation *d'une identité propre en tant que Communauté de droit* au-dessus d'un engagement [international] respecté au demeurant : un tel instrument juridique n'est pas seulement familier du droit international, sous la forme d'un recours à l'ordre public en tant que limite à l'engagement conventionnel, elle correspond également, du moins sous une approche constructive, à l'idée d'ordonnancements politiques qui ne sont pas organisés de façon strictement hiérarchique »<sup>11</sup>.

## II. LES ANCIENNES ET NOUVELLES SOURCES D'INSPIRATION

Avec le temps, tous les paradigmes susmentionnés ont été invoqués pour expliquer le rapport entre, d'une part, l'ordre juridique international, et en particulier l'ordre juridique européen, et, d'autre part, l'ordre juridique national.

### A. Le modèle fédéraliste

Dans les États fédéraux, le rapport entre les ordres juridiques (partiels) intéressés n'est pas présenté comme un rapport de subordination, mais comme un rapport de coexistence. Les conflits entre les ordres juridiques sont résolus par la répartition des compétences et par la force dérogatoire du droit fédéral, ou selon la terminologie anglo-saxonne par la *pre-emption* (préemption) et la *supremacy* (primauté). Dans le cas de l'État allemand, la préemption trouve par exemple une traduction dans la répartition des compétences prévue aux articles 72 et suivants de la Constitution allemande (Loi fondamentale, LF), alors que la primauté est posée par l'article 31 de la LF<sup>12</sup>.

9. Trib. const. espagnol, décl. DTC 1/2004, 13 déc. 2004, II.3) § 3 et II.4) § 4. Pour une version en anglais, voir le site du Tribunal : [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Voir pour des commentaires en français avec des extraits de la décision : L. BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un *Solange II* à l'espagnole" », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, nov. 2004-mars 2005, p. 205-217 ; J. A. DEL VALLE GALVEZ, « Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen. La Déclaration du Tribunal constitutionnel du 13 décembre 2004 », *Cahiers de droit européen*, vol. 41, n° 5-6, 2005, p. 705-723.

10. V. CJCE, Gde Ch., 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05P et C-415/05P, *Kadi et Al Barakat et Conseil*, pt 288 et pt 290 qui émet qu'une hiérarchie des normes valait seulement à des fins internes, qu'elle ne concernait que la « légalité interne » et n'affectait pas la primauté du droit international selon la perspective et « au plan du droit international ».

11. BVerfG (2<sup>e</sup> sénat), 30 juin 2009, BVerfGE 123, 367 (Lisbonne), pt. 340. (souligné par l'auteur). Pour une critique de l'idée de primauté du droit européen sans hiérarchie : M. JESTAEDT, "Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation", in C. CALLIESS (dir.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 93-127 (ici p. 117-120).

12. Dans le cas de la Constitution autrichienne, aucune règle de conflit du type de l'article 31 de la Loi fondamentale allemande n'est nécessaire parce qu'une stricte répartition des compétences entre le niveau fédéral et les Länder a été effectuée. La Cour constitutionnelle est chargée d'annuler le droit fédéral ou le droit des Länder qui viole cette répartition des compétences (W. MÄRZ, *Bundesrecht bricht Landesrecht*, Duncker & Humblot, 1989, p. 20 et s. : l'article renvoie à d'autres références).

Le droit fédéral et le droit des *Länder* sont la plupart du temps appréhendés non pas en tant que hiérarchie des normes pyramidale, mais en tant qu'« unité à deux dimensions »<sup>13</sup>. Il y a des domaines dans lesquels le niveau fédéral apparaît supérieur aux *Länder*, mais il existe aussi des domaines dans lesquels les *Länder* sont « au-dessus » : par exemple dans les matières qu'ils ont librement choisies lors de l'élaboration de leur constitution. L'État fédéral et l'État membre sont considérés (du moins formellement) comme deux puissances étatiques originaires et indépendantes<sup>14</sup>. Leurs « sphères constitutionnelles (...) coexistent *en principe l'une à côté de l'autre en toute indépendance* », comme l'affirme une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle<sup>15</sup>. Leur droit provient de « sources juridiques différentes »<sup>16</sup>.

Dans la plupart des États fédéraux, la compétence de décision en dernier ressort d'une instance centrale en matière d'annulation du droit des États membres contraire au droit fédéral est considérée comme existentielle. En ce qui concerne les États-Unis, le juge de la Cour suprême américaine Oliver Wendell Holmes disait ainsi : « Je ne pense pas que les États-Unis disparaîtraient si nous perdions notre pouvoir de déclarer une loi du Congrès inconstitutionnelle. Je pense par contre que l'Union serait en péril si nous ne pouvions plus faire cette déclaration pour les lois des différents États »<sup>17</sup>.

Cependant, la « primauté » du droit fédéral sur le droit des *Länder* se distingue fondamentalement de la primauté de la Constitution sur le droit ordinaire. Il s'agit de deux ordres hiérarchiques très différemment structurés<sup>18</sup>. L'objectif des normes de conflit au profit du droit fédéral est d'assurer l'effectivité de l'attribution de compétences au niveau fédéral qui a été effectuée par la Constitution. Des compétences déterminées lui ont été transférées parce que dans certains domaines, qui ne sont pas nécessairement d'une importance « majeure », des règles uniformes étaient souhaitées sur l'ensemble du territoire fédéral. Leur application uniforme exige d'écarter les règles contraires des *Länder*. Le fait même que les constitutions fédérales contiennent des normes de conflit explicites montre que le droit fédéral ne jouit pas d'une supériorité inhérente. (Dans le cas de la primauté de la Constitution, c'est différent : elle n'est pas, la plupart du temps, expressément visée dans les documents constitutionnels, mais elle est censée découler de l'essence même de la Constitution.) La prévalence du droit fédéral sur le droit des *Länder* doit être imposée en raison de « la structure en couches [de l'État fédéral], [couches formées par] des détenteurs de prérogatives de puissances publiques indépendants les uns des autres » ; cette prévalence « garantit des sphères juridiques indépendantes et doit assurer ni plus ni moins qu'une unité juridique bien dosée par le biais d'une répartition des domaines législatifs »<sup>19</sup>. L'ordre fédéral est donc l'expression de deux ordres juridiques indépendants ; la norme de conflit fédérale ne traduit aucune hiérarchie de valeurs. Au contraire, la hiérarchie Constitution-loi traduit une telle hiérarchie de valeurs<sup>20</sup>.

13. W. MÄRZ, *ibid.*, p. 207.

14. T. MAUNZ, art. 31 GG, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, Beck, feuillets mobiles, pt 1.

15. BVerfG, 11 mai 1955, BVerfGE 4, 178, p. 189 (souligné par l'auteur). Jurisprudence constante depuis.

16. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, Beck, 2. Aufl., 1984, p. 720.

17. O. W. HOLMES, "Law and the Court", *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Co, 1921, p. 291 et s. (ici p. 295 et s.)

18. C. STARCK, *Rangordnung der Gesetze*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, p. 10.

19. *Ibid.*, p. 10 et s.

20. A. HENSEL, "Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung", in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. II, 1932, p. 313 et s. (p. 315 et s. et p. 319-322).

Dans le passé, la prévalence du droit international tout comme celle du droit européen ont été définis selon une perspective « fédérale ». Georges Scelle enseignait : « le droit international prime le droit fédéral »<sup>21</sup> ; et Eberhard Grabitz propageait l'idée : « le droit communautaire prime le droit national »<sup>22</sup>. Dans ce tableau, les ordres juridiques international, européen et nationaux ne se situent pas dans un rapport hiérarchique, mais dans un rapport de concurrence ou sont, comme l'exprimait Scelle, « fusionnés ». Ce modèle fédéral semble aujourd'hui dépassé.

## B. Le modèle des conflits de lois

L'analogie avec le droit des conflits de lois est une nouvelle tentative d'explication du rapport entre le droit international ou de l'UE d'un côté et le droit national de l'autre côté<sup>23</sup>. Quand une situation présente des points d'attache avec deux ordres juridiques étatiques, celui qui est chargé d'appliquer le droit doit se poser la question préalable de savoir dans lequel des deux ordres juridiques il doit puiser la norme qui prévaut. Les règles de conflits nationales respectives répondent à cette question préalable. Chaque juridiction applique en principe son propre droit des conflits de lois, son droit international privé (DIP), son droit pénal international ou son droit administratif. Des accords internationaux peuvent provoquer l'application parallèle de règles de conflit nationales, mais il n'existe aucune métarègle de conflit authentique.

La structure du droit des conflits de lois correspond exactement au pluralisme des motivations concernant la primauté que l'on trouve dans l'UE : la Cour de justice justifie avant tout la primauté par l'autonomie du droit de l'Union. Elle situe donc la norme de conflit (non écrite) dans le droit de l'Union lui-même et c'est la seule qu'elle applique. Au contraire, la plupart des juridictions suprêmes des États membres partent de l'hypothèse que la primauté provient d'une habilitation constitutionnelle et situent ainsi la norme de conflit dans leur droit national respectif. Par analogie au droit international privé, on pourrait appréhender les habilitations nationales de transfert de compétences en tant

21. G. SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, n° 46, 1933-IV, p. 327-695 (ici p. 351-353).

22. E. GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburg, Appel, 1966, 132 p. C. F. OPHÜTS défendait la thèse que les conflits entre le droit communautaire et le droit national ne seraient pas réglés par le biais d'un principe de priorité, mais d'un principe de compétence (c'est-à-dire par la préemption) : « État et Communauté sont, chacun sur leur territoire, l'instance suprême. (...) Ici, la question de savoir quel rang le droit communautaire a au sein du système juridique des États membres ne se pose pas du tout » (« Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant les communautés », *Deuxième colloque international de droit européen*, La Haye, 1963, p. 222 ; *id.* « Die Geltungsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechts », *Festschrift für Otto Riese*, 1964, p. 17 et s., en particulier p. 22 et p. 23 ; v. aussi W. HALLSTEIN, « Intervention (Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres) », *RTD eur.*, n° 1, 1965, p. 247 et s. (ici p. 248 et p. 252)). V. pour plus de précisions sur les analogies fédérales concernant l'UE (primauté en vertu de l'exclusion de compétence et primauté en vertu de la norme de conflit fédérale) : A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, 2001, p. 328-333. Ces passages de l'ouvrage renvoient à d'autres références.

23. v. C. JOERGES, P. KJAER and T. RALLI, « A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation », *Transnational Legal Theory*, vol. II, 2011, p. 153-165. R. KRÄMER, *Die Koordinierung zwischen Umweltschutz und Freihandel im Mehrebenenrechtsverbund am Beispiel des Vergaberichts*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2014. Pour les rapports entre droit international et droit national : L. VIELLECHNER, « Le pluralisme juridique responsif : un mécanisme horizontal pour régler les conflits de normes dans la mondialisation », in A. PETERS, M. DEVERS, A.-M. THÉVENOT-WERNER et P. ZBINDEN (dir.), *Les Acteurs à l'Ère du Constitutionnalisme Global/Actors in the Age of Global Constitutionalism*, Paris, Société de législation comparée, 2014, 51-70. Pour les conflits entre des divers sous-régimes en droit international : D. PULKOWSKI, *The Law and Politics of International Regime Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 329-335.

que normes parallèles de renvoi qui ordonnent l'application du droit de l'Union, ou du moins en tant que normes de conflit unilatérales qui ne renvoient pas explicitement au droit de l'Union, mais circonscrivent seulement le domaine d'application de leur propre droit<sup>24</sup>. On pourrait voir les dernières réserves nationales comme des normes de conflit (implicites), qui prescrivent que, dans des situations déterminées, le droit constitutionnel national doit être appliqué en dépit du principe de primauté du droit de l'Union, tel une sorte de réserve d'ordre public<sup>25</sup>. La pratique des juridictions concernant la primauté du droit de l'Union repose donc sur l'application qu'elles font de leurs propres normes de conflit. Ces normes de conflits sont très proches, mais pas entièrement identiques. Il n'est pas nécessaire de renoncer à l'existence de ces normes de conflits parallèles, leur complète synchronisation suffirait à résoudre uniformément les conflits de normes.

Dans l'ensemble, l'analogie du DIP reflète la juxtaposition (matinée d'entrecouplements et d'intrications) des ordres juridiques intéressés. Elle n'implique pas, en particulier, leur rapport hiérarchique. Parce que les règles de conflit renvoient selon les domaines tantôt à un droit, tantôt à un autre, aucune relation absolument privilégiée, et donc aucune hiérarchie, n'est établie entre les ordres juridiques. L'image du droit des conflits de lois a ensuite l'avantage que la question préalable du siège de la norme de conflit ne préjuge pas de la question de la primauté. Quiconque pense selon la perspective du droit des conflits de lois peut comprendre plus aisément que l'application d'une norme de conflit issue du droit de l'Union ne signifie pas obligatoirement une « primauté » du droit international ou du droit de l'Union. Cette norme de conflit peut en effet aussi bien, dans certaines circonstances, déclarer applicable le droit constitutionnel national. À l'inverse, la norme de conflit issu du droit national peut tout autant conduire à la prévalence du droit international ou du droit de l'Union.

D'un autre côté, ce modèle se heurte à une très importante objection : le but du droit des conflits de lois est avant tout de rendre applicable à un problème donné l'ordre juridique qui présente avec lui le lien matériel le plus grand. L'idée d'application uniforme du droit au sein d'une entité politique déterminée ne joue quasiment aucun rôle. C'est pourquoi il n'existe aucune règle générale de conflit qui renverrait, dans tous les cas de conflit entre son propre droit et un droit étranger, à l'un des deux ordres juridiques, mais de nombreuses règles de conflit, différentes et liées à un problème déterminé. La raison d'être et la structure fondamentale connexe du droit des conflits de loi ne correspondent pas du tout à la réalité internationale et européenne.

## C. Le modèle constitutionnaliste

Un dernier modèle permettant de décrire les rapports entre le droit international, le droit européen et le droit national et qui peut être considéré comme un instrument de la résolution des conflits de normes provenant des ordres divers est le constitutionnalisme.

### 1. Constitutionnalisme rigide

Le constitutionnalisme est fréquemment assimilé à l'établissement d'une hiérarchie des normes. La primauté d'une Constitution (étatique) s'appuie *in fine* sur l'importance de son contenu. Elle empêche la modification de la Constitution par l'intermédiaire d'une

24. S. KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 219.

25. *Ibid.*, p. 30.

simple loi et a, par là même, une *fonction de pérennisation et de stabilisation*. La primauté a ensuite une *fonction de direction et de référence*. Elle signifie pour toute action de la puissance publique, et surtout pour le législateur, prévalence et force obligatoire au plan matériel de la Constitution. De surcroît, la Constitution limite, en vertu de sa primauté, le pouvoir du législateur, c'est-à-dire de la majorité parlementaire (*fonction de limitation du pouvoir et d'encadrement* de la primauté constitutionnelle). Parce que la loi parlementaire est l'instrument central de l'exercice du pouvoir, la hiérarchie des normes, selon laquelle la Constitution est supérieure à la loi, est un élément central de l'*encadrement dudit pouvoir*. Par ailleurs de la primauté de la constitution s'exprime en ce qu'elle règle la procédure législative et contient des prescriptions matérielles pour les lois ordinaires qui seront produites. La primauté permet donc à la Constitution de servir de fondement juridique de validité du droit ordinaire (*fonction de création du droit*). Enfin, elle a, à l'inverse, pour effet qu'en vertu de la règle de conflit contenue dans la constitution elle-même, le droit ordinaire contraire est inapplicable ou il y est dérogé (*fonction de dérogation et par là même fonction de résolution des conflits*) ; cette primauté de la Constitution est uniquement effective quand il existe une juridiction constitutionnelle.

Mais la *prévalence* du droit international et du droit de l'Union peut-elle être justifiée vis-à-vis du droit national par analogie au droit constitutionnel ? Une première objection est que la prévalence du droit international et du droit de l'Union ne dépend pas de la dignité de son contenu. La « primauté » sert d'abord à garantir l'application uniforme du droit international et du droit de l'Union<sup>26</sup>. L'application uniforme du droit européen, en particulier, est considérée comme une condition même de la capacité de fonctionnement de l'UE, comme « une exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire »<sup>27</sup>. Si le droit des États membres contraire demeurerait, la portée et l'efficacité du droit de l'Union seraient différentes selon le contexte juridique de l'État membre. Ceci serait particulièrement préjudiciable dans le cas de l'UE parce qu'elle est, à la base, dans un double sens une communauté de droit par opposition à une communauté culturelle, une communauté de destin, ou une communauté populaire. Elle est aussi une communauté de droit dans un deuxième sens : il lui manque en effet, dans une large mesure, un instrument de contrainte physique pour l'exécution de son programme. C'est la raison pour laquelle la règle de droit est pratiquement son seul instrument d'intégration. D'où l'argument qu'il n'y aurait pas d'intégration européenne sans communauté de droit, et pas de communauté de droit sans unité du droit. L'application uniforme est en conséquence considérée comme le facteur fondamental du succès européen.

En même temps, l'application uniforme des normes d'un ordre juridique plus vaste sur le plan territorial a, quant à elle, une valeur *dans la perspective du constitutionnalisme*. Elle assure *l'égalité de traitement des citoyens*<sup>28</sup>. La prévalence du droit de l'Union (et du droit

26. V. pour l'UE, CJCE, 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa et Enel*, Rec. CJCE, 1964, p. 1141, p. 1158 et s. et encore plus nettement : CJCE, 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft et Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. CJCE, 1970, p. 1125, pt 3.

27. CJCE, 21 févr. 1991, aff. 143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest et Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn*, Rec. CJCE, 1991, p. I-415, pt 26. Dans cet esprit, D. Burchhart estime que l'exigence de l'uniformité est « la norme structurelle décisive pour aménager les relations normatives » dans l'UE (D. BURCHHART, *Die Rangfrage im Europäischen Normenverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 286).

28. CJCE, *Costa et Enel* (préc.), p. 1160 ; CJCE, 7 févr. 1973, aff. 39/72, *Commission et Italie (Prime à l'abattage)*, Rec. CJCE, 1973, p. 101, EuGH, pt 24. Dans la perspective du constitutionnalisme, le principe d'« égalité devant la loi (européenne) » est la véritable base matérielle de la primauté du droit européen (I. PERNICE, « Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes », in C. CALLIESS (éd.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Mohr Siebeck, 2006, p. 61-92, p. 86).



international) a ensuite une fonction *démocratique*. Parce qu'aujourd'hui pratiquement chaque législation nationale a un effet extraterritorial, les États-nations imposent aux citoyens des États voisins des charges de façon unilatérale (c'est-à-dire sans leur participation). Ce n'est pas démocratique (en partant de l'hypothèse que le principe démocratique exige une participation transnationale des intéressés). Un droit de participation de tous les intéressés pourrait être réalisé par le déplacement du pouvoir de légiférer au niveau supranational. Selon cette perspective, la primauté du droit international et du droit de l'Union se présenterait comme une possibilité de faire valoir la cause des citoyens étrangers. La supranationalité (et le principe de primauté qu'elle implique) apparaît en conséquence comme un concept fondamentalement démocratique<sup>29</sup>. Au regard de ces deux considérations (égalité devant la loi et démocratie), la prévalence du droit international et du droit de l'Union peut être justifiée du point de vue du constitutionnalisme.

## 2. *Le constitutionnalisme souple*

Une primauté des normes constitutionnelles sur le droit ordinaire n'est pas présente dans toutes les traditions constitutionnelles. D'ordinaire, des textes auxquels il n'est attribué aucune primauté de ce type sont aussi qualifiés de Constitution<sup>30</sup>. La Constitution allemande de 1871 était, selon la classification de James Bryce, une constitution souple et ne bénéficiant donc pas de la primauté ; selon la doctrine positiviste dominante de l'époque, elle ne jouissait d'aucune primauté matérielle sur la loi ordinaire. Aujourd'hui c'est la Constitution britannique qui en constitue l'archétype. Celle-ci ne jouit, comme l'énonçait Frederic William Maitland, « d'aucun caractère sacré spécifique »<sup>31</sup>. En vertu du principe de souveraineté du Parlement, le parlement britannique peut en effet, en théorie, modifier à tout moment toutes les normes existantes, y compris celles ayant un contenu constitutionnel, et ce selon la procédure législature ordinaire. D'un point de vue purement juridique, il n'existe aucune limite interne formelle ou matérielle à la compétence d'adopter ou de modifier des lois. Une limite externe a été posée pour la première fois par le *Human Rights Act* qui a, dans cette mesure, une fonction constitutionnelle pour le Royaume-Uni. De même, tout ce qui est qualifié de droit constitutionnel matériel, comme les lois électorales ou le droit de la nationalité et les règlements intérieurs des organes suprêmes de l'État, a, au maximum, le rang d'une loi ordinaire sur le plan formel au sein de la hiérarchie des normes et ne participe pas à la primauté de la Constitution au sens formel.

Le constitutionnalisme global est plutôt « souple » dans ce sens, comme, d'un côté, elle part simplement de l'hypothèse de la formation d'un droit constitutionnel comme nouvelle couche normative à l'intérieur du droit international (et ne qualifie pas le droit international dans son ensemble de constitution), et parce que, de l'autre, elle ne postule

29. C. JOERGES, "Re-Conceptualizing the Supremacy of European Law: A Plea for a Supranational Conflict of Laws", in B. KOHLER-KOCH, B. RITTBERGER (dir.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, 2007, p. 311-327.

30. La subdivision des constitutions de J. Bryce en « constitutions rigides et souples » recoupe exactement la distinction entre les constitutions avec ou sans primauté : les constitutions souples « proviennent des mêmes autorités qui font les lois ordinaires ; et elles sont promulguées ou abrogées de la même façon que les lois ordinaires ». Dans un État avec une Constitution souple « toutes les lois (à l'exclusion bien sûr des règlements, de la réglementation municipale, etc.) ont le même rang et la même force. Il y a, de plus, uniquement une autorité législative compétente pour adopter des lois dans tous les cas et pour tous les sujets ». Au contraire, « la marque distinctive des constitutions rigide (...) [est] leur supériorité aux lois ordinaires. Elles ne sont pas le fruit du législateur ordinaire, et ce dernier ne peut donc les modifier » (Essay III, "Flexible and Rigid Constitutions", in *id.*, *Studies in History and Jurisprudence*, t. I, 1901 (réimpression 1980), p. 150 et s. et p. 217 et s. [notre traduction]).

31. F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England (1908)*, Cambridge University Press, 1961, p. 536.

aucune constitution internationale au sens formel<sup>32</sup>. L'idée d'un constitutionnalisme global (et européen) « multiniveau »<sup>33</sup> transpire cette flexibilité, car elle implique que nous pouvons trouver des éléments de droit constitutionnel dans des couches juridiques différentes.

## D. Conclusion

Ni l'analogie fédérale, ni l'analogie avec le droit des conflits de loi, ni l'analogie au constitutionnalisme rigide ne peuvent en effet expliquer de façon adéquate le rapport entre les ordres juridiques international et européen d'une part, et les ordres juridiques nationaux de l'autre. Surtout le qualificatif de « primauté » qui est appliqué à des relations entre les ordres juridiques ou entre les parties d'un ordre juridique pose des difficultés. Pour cela, la tendance récente est de nier ou au moins assouplir le caractère hiérarchique de ces rapports. Sur le plan théorique, on qualifie volontiers cette situation de *réseau des ordres juridiques*<sup>34</sup>.

## III. LE PLURALISME

Le pluralisme en tant que modèle pour analyser les rapports entre des divers ordres juridiques part du constat que les divers acteurs politiques (peuples d'un État, législateurs nationaux et juges ou instances internationales de règlement des litiges) ne répondent pas de la même manière à la question du rapport entre le droit international, le droit de l'Union et le droit national. Quand un acteur national n'accepte pas la réponse d'une juridiction internationale, il n'existe pas de méta-instance qui pourrait le forcer à obéir.

### A. La pluralité des autorités et des perspectives

Le potentiel conflit est apparu particulièrement clairement dans l'UE. Pour cette raison, la théorie du pluralisme a été initialement conçue pour décrire le rapport entre le droit de l'Union et le droit des États membres. Ici, des représentations concurrentes et irréconciliables des rapports entre ordres juridiques en cause coexistent. Selon la CJUE, le seul fondement de validité du droit dérivé est le droit primaire européen (et non le droit constitutionnel national) et la Cour se considère seule compétente pour constater l'invalidité du droit dérivé à l'aune de ce fondement<sup>35</sup>. Au contraire, de nombreuses juridictions suprêmes d'États membres revendiquent le pouvoir de contrôler, et de nier le

32. V. A. PETERS, "Chapter 48: Fragmentation and Constitutionalization", in A. ORFORD, F. HOFFMANN (dir.), *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1011 et s. V. aussi pour un rejet des rapports hiérarchiques : K. LACHMAYER, "The International Constitutional Approach: An Introduction to a New Perspective on Constitutional Challenges in a Globalising World", *Vienna Journal on International Constitutional Law*, n° 1, 2007, p. 91-99 (ici p. 97-98).

33. Pour une étude sur l'UE, v. : I. PERNICE, "The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action", *Columbia Journal of European Law*, n° 15, 2009, p. 349-407 ; v. aussi en français I. PERNICE-F. C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTD eur.*, vol. XXXVI, n° 4, 2000, p. 623-647. Pour une étude sur la constitutionnalisation multiniveau de l'OMC : E.-U. PETERSMANN, "Multilevel Judicial Governance as Guardian of the Constitutional Unity of International Economic Law", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, n° 30, 2008, p. 367-418. Pour une étude générale sur le constitutionnalisme multiniveau, v. : T. COTTIER, M. HERTIG, "The Prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism", *Max Planck UNYB*, n° 7, 2003, p. 261 et s. (voir surtout p. 326-27).

34. F. OST, M. VAN DER KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du Droit*. Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002.

35. CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec. CJCE*, 1987, p. 4199, pt 15.

cas échéant, l'applicabilité du droit de l'Union à l'aune du droit constitutionnel national ou d'un noyau constitutionnel. Lorsque cette concurrence est devenue manifeste, elle a été qualifiée – tout d'abord plutôt négativement – d'« armistice »<sup>36</sup> ou d'équilibre de la terreur<sup>37</sup>, de « lutte de pouvoir entre les juridictions »<sup>38</sup> et de « tiraillements continus »<sup>39</sup>. Depuis quelque temps, la situation est appréciée majoritairement de façon positive<sup>40</sup>, par exemple comme « rapport de coopération »<sup>41</sup> et « équilibre des pouvoirs »<sup>42</sup>.

L'auteur écossais Neil MacCormick était le premier à théoriser cette situation : « Plutôt que prendre parti dans le conflit persistant et insoluble concernant la question de savoir si l'autorité suprême au sein de l'ordre juridique peut toujours être attribuée aux États membres et à leur système national, ou si l'UE constitue un nouvel ordre juridique qui s'autodéfinit, cette nouvelle position pluraliste a cherché à prendre ses distances par rapport aux présupposés des deux camps ; et, ce faisant, les tenants de cette nouvelle position ont conclu qu'il n'existe aucune base objective – aucun point archimédien – à partir de laquelle une prétention peut être vue comme plus authentique qu'une autre, ou supérieure par rapport à une autre au sein d'une même hiérarchie des normes. Au contraire, les prétentions des États membres et les prétentions de l'UE à l'autorité suprême au sein de l'ordre juridique européen sont aussi plausibles l'une que l'autre en partant de leur hypothèse de base et de leur point de vue »<sup>43</sup>.

Pris dans ce sens, le pluralisme n'est ni, à proprement parler, une position contraire au monisme, ni à ce qui est appelé dualisme dans la terminologie internationaliste classique. Et ce type de pluralisme n'a également rien à voir avec le pluralisme au sens de l'affirmation d'une diversité de légitimité. Cette perspective ne concerne pas la validité éthique, ni la validité factuelle. Elle n'affirme donc pas, par exemple, que la question de la légitimité est ouverte et n'implique ainsi aucun relativisme éthique.

Le pluralisme dont nous parlons ici prend sa source dans la *pluralité des perspectives*. C'est pour cela que le modèle pourrait aussi être libellé, peut-être même de manière

36. W. HALLSTEIN, *Europe in the Making*, Allen & Unwin, 1972, p. 332 : « Mais être aux prises avec les États membres n'est pas un symptôme de maladie : cela réside dans la nature d'une structure fédérale. Un brillant interprète des constitutions fédérales, Heinrich Triepel, a dit que la meilleure relation qu'il était possible d'atteindre entre les autorités centrales et locales était un "armistice". »

37. J. H. H. WEILER, U. HALTERN, F. C. MAYER, "European Democracy and its Critique", *West European Politics*, n° 18, 1995, p. 4 et s. (ici p. 37).

38. I. PERNICE, "Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten", in A. RANDELZHOFFER, R. SCHOLZ, D. WILKE (hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, Beck, 1995, p. 523 et s. (ici p. 529).

39. F. E. DOWRICK, "A Model of the European Communities' Legal System", *Yearbook of European Law*, n° 3, 1983, p. 169-237, p. 229.

40. A. v. BOGDANDY, "Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum", *Neue juristische Wochenschrift*, n° 63, 2010, p. 1-11 (ici p. 4) : « Cette divergence de vues ne constitue pas une lacune, elle est l'expression d'une structure constitutionnelle qui est fondamentalement adaptée à l'Union et aux États membres tant qu'elle est nourrie de principes des ordres juridiques concernés, à l'instar des obligations de respect mutuel et de coopération » (notre traduction).

41. BVerfG, 12 oct. 1993, BVerfGE 89, 155 (Maastricht), p. 175.

42. P. KIRCHHOF, "Die Gewaltenbalance zwischen den staatlichen und europäischen Organen", *Juristen-Zeitung*, 1998, p. 967-970.

43. N. MAC CORMICK, "Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union", *European Law Journal*, 1998, p. 361 et s. (traduit et souligné par l'auteur). V. déjà N. MAC CORMICK, "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, n° 56, 1993, p. 1 et s. (p. 6 et p. 9) ; aussi D. R. PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Round Hall Sweet & Maxwell, 1997. Phelan a, selon une perspective immanente à l'ordre juridique (« order approach »), étudié comment chaque ordre juridique (droit de l'Union, ordres juridiques des États membres) se qualifie lui-même et comment il qualifie ses rapports avec les autres ordres juridiques.

plus adéquate, comme un « perspectivisme »<sup>44</sup>. Ce pluralisme nie, selon les mots d'Hilary Putnam, l'existence d'un point de vue absolument extérieur (« le point de vue divin », « God's eye point view »<sup>45</sup>). Une autre source théorique inspirant ce modèle de pluralisme est la théorie des systèmes de Luhmann. Selon Luhmann, il n'existe aucune limite absolue, objective à un système, ces limites dépendent toujours du point de vue de l'observateur<sup>46</sup>.

La pluralité des perspectives décrit par Putnam ou Luhmann s'accompagne d'une pluralité des ordres juridiques, d'une pluralité d'acteurs juridiques qui revendiquent le pouvoir de décision en dernier ressort, et d'une pluralité de règles de résolution des conflits. Dans le modèle pluraliste il n'existe aucune règle de droit permettant de trancher les revendications contraires concernant le pouvoir de décision. Les différents acteurs, en particulier les juridictions, font nécessairement partie d'un des ordres juridiques intéressés. C'est pourquoi ils parlent forcément de leur propre point de vue et peuvent, logiquement, uniquement appliquer les règles de résolution de conflit et les règles de conflit de lois de leur propre ordre juridique. En l'absence d'un pouvoir institutionnalisé global capable de trancher un conflit de normes, les perspectives des divers acteurs sont équivalentes et cohérentes.

Étant donné qu'il n'existe pas de perspective (et d'autorité) unique et dénuée d'équivoque en vertu de laquelle il serait possible de déterminer la localisation et le contenu de la règle permettant la résolution du conflit (la règle de conflit), il n'y a aucune hiérarchie entre le droit international, le droit européen et le droit étatique qui soit *universellement* reconnue. En outre, puisque les innombrables revendications de validité existent les unes à côté des autres, il n'y a aucun conflit de validité. Les différents ordres sont au contraire *a priori* sur un pied d'égalité. Le droit international ne primerait donc pas le droit national, et *vice versa*<sup>47</sup>. Mais laisser ouverte la question de l'autorité, de la hiérarchie et de la validité n'aide pas à surmonter les éventuels conflits d'application qui doivent être tranchés par ceux qui doivent appliquer le droit (voir *infra* B).

## B. « Le pour et le contre » du pluralisme

Le pluralisme représente à la fois une chance et un risque pour la garantie de l'effet utile du droit international et du droit européen, mais il est particulièrement problématique à l'aune des prémices du constitutionnalisme. Du point de vue théorique, le pluralisme est plausible et réaliste (au sens d'une exacte description de la pratique en matière d'application du droit et de jurisprudence des instances internationales, européennes et nationales) en ce qu'il abandonne l'idée d'une hiérarchie formelle.

Du point de vue pratique, une hiérarchie formelle entre le droit international et le droit national apparaît d'autant moins pertinente qu'une convergence matérielle de plus en plus importante des ordres juridiques s'opère au niveau « vertical » et « horizontal ».

44. V. pour cette terminologie D. BURCHHARDT, *Die Rangfrage im Europäischen Normenverbund*, *op. cit.*, ici p. 33 et 66-67.

45. H. PUTNAM, *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, 1982 (réimpression 1997), p. 50 : « Il n'existe pas de point de vue divin que nous pourrions connaître ou imaginer utilement ; il y a uniquement les différents points de vue des personnes réelles qui reflètent les divers intérêts et buts que servent leurs descriptions et théories » (traduit par l'auteur).

46. V. sur ce point A. PETERS, *Elemente*, *op. cit.*, p. 271, qui renvoie à d'autres références.

47. Voir en ce sens les formulations ouvertes de la Constitution suisse du 18 avril 1999 qui laissent ouverte la question hiérarchique. CS, art. 5, § 4 : « La Confédération et les cantons respectent le droit international. » ; art. 190 : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. »

Une telle convergence peut être en particulier notée dans le domaine des droits fondamentaux<sup>48</sup>. Il est dès lors de moins en moins important qu'une juridiction applique une norme nationale ou une disposition internationale en matière de droits fondamentaux, les deux types de normes ayant le même contenu et la même portée.

Cependant, même là où des conflits apparaissent, cela n'est pas nécessairement négatif. Chaque cas de conflit stimule le développement de nouvelles idées, la recherche des meilleures réactions possibles. La résolution des problèmes est ainsi optimisée. Des réformes peuvent naître des conflits. Le droit vit du conflit, ce dernier n'est pas uniquement un phénomène pathologique, c'est aussi un phénomène normal. Qui plus est, le contexte concurrentiel pourrait encourager le dialogue des juges. Les oppositions entre les instances internationales ou européennes et les instances nationales pourraient les forcer à discuter sur un pied d'égalité. Du point de vue politique, les revendications concurrentes de compétence de décision en dernier ressort sont implicitement un « accord sur le désaccord », ce qui permet aux deux parties de sauver la face<sup>49</sup>. C'est pourquoi le caractère ouvert de la question « qui décide, qu'est-ce qui décide ? » et l'absence d'autorité suprême unique sont célébrés comme des acquis constitutionnels<sup>50</sup>.

Toutefois, la théorie du pluralisme est modelée à partir de l'UE et se focalise sur les juridictions. Elle décrit correctement la situation de la CJUE et des juridictions suprêmes des États membres, mais elle convient bien moins au droit international car il lui manque une juridiction centrale unique disposant d'une compétence obligatoire et parce que de nombreuses branches du droit ne sont même pas dotées d'une juridiction.

Par ailleurs, l'approche pluraliste souffre de trois problèmes fondamentaux : elle conduit à une inégalité juridique, elle sape le caractère contraignant des obligations juridiques et elle accepte *in fine* le « droit » du plus fort<sup>51</sup>. Le premier problème est l'impératif d'application uniforme des normes d'un ordre juridique dont le domaine d'application territorial est plus grand que celui des autres ordres impliqués. Il est manifeste que la compétence étatique de décision en dernier ressort met en danger l'application uniforme du droit international et du droit européen. Or, une telle application uniforme est un bien précieux selon la perspective du constitutionnalisme parce qu'elle sert *in fine* la « sécurité juridique » et l'« égalité juridique » entre les citoyens qui sont soumis à ce droit<sup>52</sup>. Le principe d'égalité n'impose toute-

48. V., par ex., J. M. PASQUALUCCI, "The Harmonization of Human Rights Law: Guaranteeing the Plurality of Individual Rights", in L. C. BACKER (dir.), *Harmonizing Law in an Era of Globalization*, Durham, Carolina Academic Press, 2007, 35-54 ; A. PETERS, U. K. PREUSS, "International Relations and International Law", in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (dir.), *The Routledge Handbook of Constitutional Law*, London, Routledge, 2013, 33-44, 34-36.

49. N. W. BARBER, "Legal Pluralism and the European Union", *European Law Journal*, n° 12, 2006, p. 306-329 (ici p. 328).

50. V. en ce sens sur l'UE M. POIARES MADURO, "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", in N. WALKER (dir.), *Sovereignty in Transition*, art. cit., p. 501-537 (ici p. 522).

51. V. pour une critique forte du pluralisme D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im Europäischen Normenverbund*, op. cit., ici p. 148-154. Burchhart propose un modèle alternatif « holistique » qui analyse les relations entre normes individuelles dans un « groupement normatif » (*Normenverbund*) qui est composé de l'ensemble des normes unionales et nationales qui sont « entrelés » au lieu d'entrer « en collision » (comme le pluralisme l'implique).

52. V. *supra* C, I. Dans le cas de l'UE, la Cour de justice a, pour cette raison, estimé que les juridictions des États membres « n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires ». La procédure européenne de renvoi préjudiciel, en particulier, a « essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales. Cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse, lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique » (CJCE, *Foto-Frost*, (préc.), pt 15). En l'espèce, la juridiction nationale de renvoi avait demandé si elle

fois pas une égalité de traitement théorique et absolue. Dans chaque association (*Verbund*) ou union (*Bund*) entre des ordres juridiques, il est dérogé à l'égalité formelle au profit du respect des particularités régionales et locales. Ainsi, dans les États fédéraux ayant des systèmes juridiques imbriqués, les lois fédérales sont exécutées par les États membres qui se voient toutefois accorder une marge de manœuvre (on parle alors de « fédéralisme exécutif »<sup>53</sup>).

Le second problème fondamental est que, quand il est pensé jusqu'au bout de façon conséquente, au sens où tous les points de vue sont véritablement en permanence sur un pied d'égalité, le pluralisme devrait nier les conséquences juridiques de la responsabilité internationale d'un État qui aurait violé un traité dans le cadre de ses relations extérieures. Le pluralisme serait alors incompatible avec le principe *pacta sunt servanda*. Mais c'est un principe constitutif pour l'ensemble du droit international qui se compose d'abord de traités ; le concept même de traité implique en effet qu'il ne peut exister que s'il lie les parties et que celles-ci peuvent uniquement s'en libérer dans le cadre de la procédure convenue (motif et délais de dénonciation, etc.), et non de façon unilatérale en raison d'un revirement.

Sur le plan juridique enfin, le pluralisme abdique<sup>54</sup>. Un observateur (scientifique) peut certes constater la pluralité et laisser subsister les dissonances, mais une partie prenante au processus juridique doit résoudre les conflits. Dans les situations dans lesquelles les adréataires des normes sont soumis à des ordres contradictoires, elle (la partie prenante) doit décider laquelle des obligations en conflit prévaut et doit être appliquée, et laquelle s'efface et doit rester inappliquée. Par exemple, quand la CESDH prescrit un contrôle régulier de la détention alors que l'article 123a de la Constitution suisse<sup>55</sup> l'exclut pour certains délinquants, le juge doit décider s'il ordonne ou non un tel contrôle. Quand, pour citer un second exemple, une femme allemande est, conformément à la seconde phrase de l'article 12a § 4 de la LF, exclue des emplois au sein de l'armée fédérale qui comportent l'utilisation d'armes, alors que l'article 2 de la directive européenne sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes exige de l'admettre<sup>56</sup>, elle doit être admise ou non. En partant des prémices du pluralisme, de tels conflits ou des conflits similaires peuvent être, *in fine*, uniquement résolus à l'aide d'arguments politiques et non pas d'arguments juridiques.

Ainsi, l'interprétation pluraliste des rapports entre les ordres juridiques abandonne en effet toutes les questions en la matière à la politique. La reconnaissance du fait qu'il n'existe aucune question de validité, de hiérarchie et de compétence constitue une démission du droit. Ceci est particulièrement délicat du point de vue du constitutionnalisme. Le rejet de l'argumentation juridique n'est pas précisément une contribution à la sécurité juridique et à l'encadrement du pouvoir que le droit, et en priorité le droit constitutionnel, doit apporter.

Le reproche de légalisme peut être toutefois formulé à l'encontre de cette objection. Les partisans du constitutionnalisme ne devraient pas méconnaître les limites du droit et l'étroitesse des énoncés juridiques<sup>57</sup>. Jusqu'à présent, aussi bien le droit international que le droit de l'UE se sont passés de règles de validité et de primauté universellement

pouvait contrôler elle-même la validité d'une décision de la Commission à l'aune d'un règlement du Conseil (ce à quoi la Cour de justice répond par la négative). Mais la considération de l'unité juridique s'oppose de la même façon (et même plus fortement encore) à un contrôle de validité à l'aune des règles de droit *national* telles que les droits fondamentaux.

53. Loi fondamentale allemande, art. 83 ; Constitution suisse, art. 46.

54. Il « laisse aux sujets de droit une aporie » (M. JESTAEDT, "Der Europäische Verfassungsverbund", art. cit., p. 123).

55. Le texte de la disposition est reproduit ci-dessous, en note 70.

56. CJCE, 11 janv. 2000, aff. C-285/98, *Kreil c/ Bundesrepublik Deutschland*, Rec. CJCE, 2000, p. I-69.

57. Le positivisme classique affirmait : le droit constitutionnel « s'arrête ici » (G. ANSCHÜTZ, G. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, Duncker & Humblot, 7<sup>e</sup> éd., 1919, p. 906).

reconnues. Il est douteux que de telles règles soient nécessaires dans un système qui se conforme au constitutionnalisme. L'ouverture pluraliste peut certes, en théorie, constituer un mécanisme supplémentaire de limitation du pouvoir et de correction des erreurs, mais il demeure cependant plus probable que cette ouverture juridique renforce au premier chef la primauté politique de l'autorité chargée d'appliquer le droit qui est la plus puissante.

### C. Les mécanismes d'ordonnement des rapports

Ces conséquences négatives peuvent être du moins amorties en ce que « les termes de l'engagement »<sup>58</sup> sont établis de façon coopérative et constructive, et en ce que tous les ordres juridiques intéressés reconnaissent et appliquent les principes de respect mutuel et de coopération.

#### 1. La coordination guidée par des principes

La tâche à accomplir est donc l'élaboration de techniques d'ajustement et d'accommodement des revendications de compétences et des normes concurrentes. Ces techniques devraient être guidées par des principes, et, selon la perspective du constitutionnalisme, ce sont les *principes constitutionnels* qui sont ici adaptés. Les quatre principes (constitutionnels) suivants entrent en ligne de compte pour régir les relations entre le droit international et le droit national et/ou l'application du droit international par les juridictions étatiques : le principe formel de la légalité internationale, le principe de subsidiarité juridictionnelle, le principe d'une participation adaptée et le principe matériel de respect des droits fondamentaux<sup>59</sup>.

À partir de ces principes de base, on peut déduire que les juridictions nationales sont obligées, en vertu de la bonne foi, de tenir compte du droit international, qu'elles doivent justifier sa non-application, et qu'elles doivent, autant que possible, interpréter le droit national (y compris le droit constitutionnel national) de manière conforme au droit international (voir sur ce point *infra* b.). En outre, chaque refus d'appliquer le droit international doit être strictement limité aux valeurs essentielles des constitutions nationales, il doit être destiné à garantir « l'identité constitutionnelle » (voir sur ce point *infra* c.). Le droit international ou le droit de l'Union ne peut rester inappliqué qu'« aussi longtemps » que les desiderata constitutionnels n'y sont pas satisfaits sous une forme au moins rudimentaire. Par ailleurs, les juridictions internationales devraient laisser une « marge d'appréciation » aux autorités nationales ayant une forte légitimité démocratique<sup>60</sup>.

Une autre stratégie est celle suivie dans les décisions *Solange* et *Bosphorus* : une présomption de conformité accompagnée d'une reconnaissance mutuelle. Cette stratégie a été développée dans le contexte de l'exercice de la compétence de contrôle juridictionnel. La question était ici de savoir si une juridiction peut contrôler des actes juridiques (et, *in fine*, des décisions juridictionnelles) d'un autre ordre juridique à l'aune des normes de son propre droit. Dans l'arrêt *Bosphorus*<sup>61</sup>, la CEDH renonce à exercer un contrôle plus approfondi d'un arrêt de la CJCE par référence à la CESDH en raison de la présomp-

58. M. KUMM, "Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement", in S. CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006, p. 256-293.

59. *Ibid.* V. égal., s'appuyant sur ces quatre principes pour structurer les relations entre les normes unionales et nationales, D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im Europäischen Normenverbund*, *op. cit.*, p. 266-271.

60. CEDH, 8 juill. 2003, req. n° 36022/97, *Hatton c/ Royaume-Uni*, pt 97 : « [l]es autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe, et ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. »

61. CEDH, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, *Bosphorus c/ Irlande*.

tion réfragable que l'autre ordre juridique (et l'instance chargée d'appliquer ses normes, à savoir la CJCE) offre une protection des droits fondamentaux équivalente au plan fonctionnel. Le principe de l'équivalence fonctionnelle n'a pas été conçu pour répondre à la question du rapport entre les ordres juridiques. Son utilisation conduit cependant à ce que l'autre système juridique prenne les commandes. Ce principe pourrait être également étendu à d'autres questions de droit (constitutionnel) (au-delà de la protection des droits fondamentaux), comme les standards de l'État de droit et de la démocratie.

## 2. Principe et pratique de l'interprétation conforme croisée

Le principe d'interprétation conforme croisée de dispositions en conflit est une importante technique d'ordonnancement du pluralisme, et en particulier de *préservation de l'identité constitutionnelle* des systèmes politiques impliqués. Le principe de respect mutuel exige une interprétation conforme au droit international du droit de l'UE, en particulier à la lumière du droit de l'OMC, et *vice versa*, une interprétation conforme au droit international du droit national et *vice versa*, et une interprétation conforme au droit européen du droit des États membres et *vice versa*. L'idée d'interprétation conforme croisée rejette toute hiérarchie. Si les normes des différents ordres juridiques sont chacune interprétées en accord avec celles d'un autre ordre juridique, il n'existe précisément aucun rapport hiérarchique entre ces ordres juridiques.

Cela fonctionne déjà au sein de l'UE. La CJUE utilise le droit constitutionnel des États membres comme ligne directrice pour l'interprétation du droit de l'UE<sup>62</sup>, et il se trouve déjà en droit de l'Union suffisamment d'éléments indiquant que les principes constitutionnels nationaux essentiels doivent au moins agir en tant que limite à l'interprétation du droit européen. Le libellé du principe de coopération loyal (TUE, art. 4, § 3 dans sa version issue du traité de Lisbonne [ci-après TUE]) énonce clairement qu'il s'impose également aux organes de l'Union. Cette obligation de loyauté envers les États membres inclut aussi des limitations concrètes de compétences européennes, en particulier par rapport au droit constitutionnel des États membres. L'article 4 § 3 du TUE, lu en combinaison avec l'obligation de l'UE de respecter l'identité nationale des États (TUE, art. 4, § 2), exige ainsi la prise en compte de « l'identité constitutionnelle »<sup>63</sup> ainsi que le respect des structures fondamentales constitutionnelles des États membres. Les juridictions sont aussi destinataires de

62. V. not. CJCE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Hlonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann der Stadt Wien*, Rec. CJCE, 2010, p. I-13693, spéc. pts 86, 87, 93 ; CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Omega Spielhallen c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Rec. CJCE, 2004, p. I-9609, spéc. pt 33. Dans l'arrêt *Grogan*, la Cour a certes qualifié l'avortement (qui est interdit par la Constitution irlandaise) de prestation de service au sens du droit communautaire, mais elle a en même temps considéré que les informations des étudiants irlandais concernant les cliniques britanniques pratiquant l'avortement n'étaient pas protégées par le traité en raison de leur absence de caractère commercial, et elle n'a pas condamné l'interdiction irlandaise de diffuser ces informations. Elle a ainsi évité un conflit constitutionnel (CJCE, 4 oct. 1991, aff. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c/ Grogan*, Rec. CJCE, 1991, p. I-4685). V. aussi CJCE, 21 sept. 1989, aff. C-46/87 et C-227/88, *Hoechst v/ Kommission*, Rec. CJCE, 1989, p. 2859, pts 33 et s. : En vertu du droit européen il revient aux États de régler les conditions auxquelles les autorités nationales apportent leur concours à la Commission, entre autres lors de ses fouilles. « Par conséquent, dès lors que la Commission entend mettre en œuvre, avec le concours des autorités nationales, des mesures de vérification non fondées sur la collaboration des entreprises concernées, elle est tenue de respecter les garanties procédurales prévues à cet effet par le droit national » et donc dans l'espèce l'article 13 de la LF allemande (souligné par l'auteur).

63. L'identité nationale inclut l'identité constitutionnelle nationale, c'est-à-dire les structures fondamentales politiques et constitutionnelles. Un concept européen uniforme d'identité nationale n'a aucun sens. Cette disposition consiste, pour cette raison, dans un renvoi aux États membres (F. C. MAYER, "Verfassungsgerichtsbarkeit", in A. VON BOGDANDY, J. BAST (dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, 2. Aufl. 2009, p. 559-607 [ici p. 589]).



cette obligation de prise en considération, si bien que l'article 4, § 3 du TUE sert de base juridique à l'obligation d'interprétation conforme au droit constitutionnel national du droit de l'UE. Parmi les autres normes s'inscrivant dans ce cadre figurent l'article 167 § 1 et 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) (préservation de la diversité des cultures nationales) et le principe de subsidiarité (TUE, art. 5, § 1<sup>64</sup>).

En se fondant sur l'angle d'interprétation susvisé, une instance européenne peut, *dans un cas concret*, donner la préférence au droit (constitutionnel) européen ou au droit des États membres, et ce à l'issue d'un examen impliquant de tenir le plus grand compte possible des intérêts européens et de mettre en balance les normes constitutionnelles en présence. Le rapport entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel national devient ainsi une question au cas par cas, à laquelle il n'est pas possible de répondre au moyen d'un ordre de priorité abstrait, mais par le biais d'une mise en balance concrète. Le droit constitutionnel national ne sert pas ici de source de droit à l'instance européenne, mais seulement de moyen de trancher un litige. Les normes constitutionnelles des États membres ne deviennent significatives en tant qu'angle – non exclusif – d'interprétation qu'à travers une obligation de droit européen.

Mais un principe de droit européen imposant une interprétation ouverte au droit constitutionnel national n'est acceptable que s'il évite deux extrêmes : il ne peut pas, d'un côté, avoir pour effet de lier *de facto* le droit national. L'instance européenne serait, d'un autre côté, dépassée si elle devait (comme question préalable inévitable à l'interprétation conforme d'une norme de droit européen) interpréter elle-même le droit constitutionnel national<sup>65</sup>. Il peut être ensuite indiqué à l'encontre d'une interprétation autonome du droit constitutionnel national qu'il ne peut exister deux manières de lire le droit national, une européenne et une nationale.

La solution intermédiaire consiste à obliger les instances européennes à reprendre l'interprétation majoritaire au sein de l'État membre, l'autoportrait constitutionnel de l'État. Cette interprétation est de son côté européenne. *De lege ferenda* et afin d'assurer la prévalence de l'interprétation « nationale » du droit constitutionnel dans le cadre des litiges en rapport avec la Constitution, il pourrait être imposé à l'instance européenne de se renseigner au sujet de l'interprétation auprès de la juridiction constitutionnelle de l'État concerné, car elle est plus qualifiée en la matière. De tels renseignements permettraient en tout cas que l'instance de l'UE soit plus sensible à la question lors de sa prise de décision ;

64. Le principe de subsidiarité est d'abord une limite à l'exercice de compétences. Mais, selon son idée de base, ce principe est aussi applicable au cas des conflits de juridiction. Le principe d'interprétation conforme au droit constitutionnel national du droit de l'UE impose à l'instance décisionnelle centrale une obligation de motivation et ressemble ainsi, du point de vue structurel, au principe général de subsidiarité. Tout comme celui-ci, le principe d'interprétation agit comme une limite à l'exercice de compétences, à savoir comme limite à l'exercice des compétences juridictionnelles. Il vise à préserver les compétences du pouvoir constituant national ainsi que, par là même, les objectifs matériels poursuivis par la compétence générale de principe du niveau national, telles que l'amélioration de la participation citoyenne, l'augmentation de l'effectivité et la protection des droits fondamentaux. Le principe d'interprétation conforme au droit constitutionnel national du droit de l'Union peut ainsi être compris comme un cas d'application spécifique du principe de subsidiarité.

65. Dans tous les cas, la Cour de justice n'est, selon ses propres déclarations, ni compétente ni véritablement apte en pratique à le faire. Dans un arrêt rendu dans les premières années d'application du traité, elle a ainsi affirmé : « Il n'appartient pas à la Cour (...) d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres ; que dès lors la Cour ne peut ni interpréter ni appliquer l'article 14 de la Loi fondamentale allemande (...) » (CJCE, 15 juill. 1960, aff. jtes C-36/59, C-37/59, C-38/59 et C-40/59, *Präsident Rubrikohlen-Verkaufsgesellschaft c/ Haute autorité*, Rec. CJCE, 1960, p. 857 [ici p. 890]. V. aussi les concl. de l'av. gén. Lagrange dans l'affaire *Costa v/ Enel*, Rec. CJCE, 1964, p. 1141 [ici p. 1178] : « Nous n'avons pas, bien entendu, à nous immiscer dans l'interprétation des Constitutions des États membres. »

du moins cette dernière ne pourrait-elle simplement ignorer l'importance d'une mesure européenne pour une Constitution nationale. Les conséquences à en tirer concernant l'interprétation du droit de l'Union seraient ensuite l'affaire de l'instance européenne.

### 3. La résolution des conflits d'obligations par leur mise en balance dans chaque cas concret

Mais les interprétations croisées ne peuvent pas éliminer tout conflit. Si nous postulons qu'il n'existe pas de stricte hiérarchie entre les ordres juridiques et les normes qui en font partie – comme dans un conflit entre des droits fondamentaux distincts et fondamentalement de même importance, par exemple la liberté de la presse contre la protection de la personnalité –, la décision se prend à l'issue d'une mise en balance dans le cas concret<sup>66</sup>. Lors d'une telle mise en balance, peu importe – c'est là la particularité – à quel ordre juridique formel appartient une norme (s'il s'agit d'une norme de droit international, de droit européen ou de droit national), ce qui compte est sa signification matérielle (son contenu). L'applicabilité d'une norme (et l'inapplicabilité correspondante de la disposition avec laquelle elle est en conflit) devrait dépendre de sa signification matérielle, et non pas de sa localisation formelle au sein de l'un ou l'autre ordre juridique<sup>67</sup>. Une telle approche, qui se fonde non pas sur la forme mais sur le contenu, implique tout d'abord que les dispositions majeures de l'ordre juridique national seront moins nombreuses à devoir s'effacer derrière les normes internationales majeures. À l'inverse, les droits fondamentaux l'emportent sur moins de dispositions majeures, indépendamment du niveau ou du lieu de leur codification. Une disposition technique d'un traité de voisinage de moindre importance devrait, dans certaines circonstances, céder devant une norme constitutionnelle nationale.

Cette approche est déjà implicitement suivie dans la pratique par les États : les conventions relatives aux droits de l'homme sont, d'une part, traitées différemment du droit international « ordinaire », soit qu'il leur soit accordé la primauté par rapport au droit constitutionnel national<sup>68</sup>, soit qu'elles soient, plus que toute autre catégorie de règles de droit international, utilisées comme lignes directrices pour l'interprétation du droit

66. Au vu de l'indétermination de la plupart des objectifs de droit international, la solution de la mise en balance convient car beaucoup de conflits sont des conflits entre des principes et non pas des conflits entre des règles. Les effets des règles et des principes au cours d'un conflit sont différents. Quand des règles sont en conflit, l'une d'elles s'impose entièrement, tandis que l'autre, inférieure, s'efface. Au contraire, lors d'un conflit entre des principes, le principe qui pèse le plus fait pencher la balance (pour une critique de cette distinction entre les effets des règles et des principes au cours d'un conflit, v. R. ALEXY, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, 1995, p. 177 et s. [ici p. 183 et p. 192-201] ; sur la dimension du poids comme spécificité des principes, v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London Duckworth, 1977, p. 26-27 ; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1985, p. 79). Le conflit entre principes doit donc être résolu par une mise en balance. Aucune solution définitive *a priori* n'existe indépendamment du cas concret ; les principes guident uniquement la solution. En d'autres termes : un rapport préférentiel entre les principes en conflit ne vaut jamais pour tous les cas mais varie en fonction des circonstances concrètes de l'espèce. Il est, ici encore, possible d'exprimer autrement ce constat de l'absence d'une relation préférentielle absolue, en indiquant que les principes en conflit ne sont pas dans un rapport hiérarchique (R. ALEXY, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *ibid.*, p. 207). Les conflits entre principes doivent être résolus sans définition préalable d'un rapport hiérarchique, par le biais d'une mise en balance. Le plus important pour la solution n'est pas l'existence d'une hiérarchie des normes, mais la détermination de la compétence de décision en dernier ressort et de la structuration du processus de mise en balance.

67. A. PETERS, "The Globalisation of State Constitutions", in J. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 251-308 (ici p. 306 et s.) ; J. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (dir.), "Conclusions", *New Perspectives*, *ibid.*, p. 341-360 (ici p. 344).

68. C'est en particulier le cas de certaines Constitutions des États en transition qui prévoient une primauté explicite des traités relatifs aux droits de l'homme sur le droit national (qui pourrait inclure le droit constitu-

constitutionnel étatique<sup>69</sup> ; d'autre part, de plus en plus de juridictions nationales tirent, dans la pratique, la sonnette d'alarme par rapport au droit international, et se réservent le droit de ne pas appliquer les dispositions du traité qui violeraient les principes essentiels de la Constitution étatique (voir sur ce point *infra* 4).

Toutefois, le principe de mise en balance des obligations de droit international et des principes constitutionnels internes n'aboutit pas toujours à des résultats clairs<sup>70</sup>. On peut être en parfait désaccord sur le point de savoir quelles normes sont « majeures » en raison de leur contenu, et on ne peut notamment pas, grâce à cette approche, résoudre de façon prévisible un conflit entre un droit fondamental « national » et un droit fondamental « international ». On peut, par exemple, être d'un avis différent sur le point de savoir ce qui est plus important : la possibilité d'une réexamination judiciaire de la détention de délinquants (qui est qualifiée par la Cour constitutionnelle allemande d'« impératif de la dignité humaine ») – ou la protection efficace des enfants vis-à-vis des délinquants, comme le peuple suisse l'a entériné en adoptant par référendum l'initiative populaire sur l'internement à vie<sup>71</sup>.

Ici encore, nous voyons que ce qui importe le plus est à *qui* la mise en balance est confiée. Il serait naïf de supposer que des normes identiques seront interprétées de la même façon par tous les acteurs. Étant donné que les normes juridiques sont, par nature, sujettes à interprétation et que chaque interprétation est aussi un acte de création, tout dépend de qui les interprète et de qui les applique. Chaque interprétation d'une disposition est probablement influencée à un certain degré par le « biais » institutionnel de la juridiction nationale ou internationale qui l'effectue. En outre, l'impact concret de l'interprétation donnée à une norme dépend de l'autorité juridique et politique de l'organe qui a rendu l'arrêt ou la décision.

#### 4. Le droit de résistance du droit constitutionnel

Un instrument risqué, mais de plus en plus répandu, est la revendication d'un droit de résistance du droit constitutionnel vis-à-vis du droit international. Les textes internationaux postulent certes que le droit constitutionnel national qui est en conflit avec le droit international ne peut être appliqué. Ainsi, il est arrivé aussi bien aux juridictions et tribunaux arbitraux internationaux qu'à la CJUE et la CEDH d'affirmer spécifiquement l'inapplicabilité du droit constitutionnel étatique<sup>72</sup>. Ainsi, la CPJI a affirmé la prévalence du

tionnel) (Const. de la Roumanie, 8 déc. 1991, art. 20 ; Const. slovaque, 1<sup>er</sup> sept. 1992, art. 11 ; Const. de la République tchèque, 16 déc. 1992, art. 10).

69. Exemples de dispositions constitutionnelles explicites imposant d'interpréter la Constitution à la lumière des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme : Const. portugaise, 2 avr. 1976, art. 16, § 2 ; Const. espagnole, 29 déc. 1978, art. 10, § 2 ; Const. de la Roumanie, 8 déc. 1991, art. 20, § 1 ; Const. de l'Afrique du Sud, 8 mai 1996, § 233.

70. Pour cette raison, D. Burchardt critique cette approche comme donnant suite à une trop grande imprévisibilité qui est inacceptable pour ceux qui doivent appliquer ce droit (D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im Europäischen Normenverband*, *op. cit.*, p. 285).

71. Suite à l'initiative populaire du 8 février 2004 sur l'internement à vie, un nouvel art. 123a a été introduit dans la Constitution suisse : « (1) Si un délinquant sexuel ou violent est qualifié d'extrêmement dangereux et non amendable dans les expertises nécessaires au jugement, il est interné à vie en raison du risque élevé de récidive. Toute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus. (2) De nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité (...) ». De prime abord, cela viole l'article 5 § 4 de la CESDH (droit à un contrôle juridictionnel de la détention).

72. Pour un exemple explicite en droit international : affaire du « *Montijo* », accord entre les États-Unis et la Colombie du 17 août 1874, sentence arbitrale du 26 juill. 1875, in J. BASSETT MOORE, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, t. II, Government printing office, 1898, p. 1421 et s., ici p. 1440 : « un traité est supérieur à une Constitution, qui doit alors s'effacer. La législation de la République doit s'adapter au traité, et non le traité aux lois » (notre traduction). Pour un exemple explicite

droit international sur les constitutions nationales dans l'affaire du *Traitement de nationaux polonais et des autres personnes d'origine de langue polonaise dans le territoire de Danzig* : « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur »<sup>73</sup>.

Au contraire, de nombreux textes constitutionnels et la jurisprudence de juridictions suprêmes ou constitutionnelles témoignent d'une tendance mondiale à l'émission de réserves constitutionnelles, en ce qu'ils déclarent qu'en cas de conflit avec le droit international, la Constitution ou du moins son noyau dur prévaut au fond<sup>74</sup>. Ainsi, par exemple, les juridictions et les autorités allemandes doivent, depuis la décision *Görgülü* de la Cour constitutionnelle, (uniquement) « tenir compte » de la CESDH et des jugements de la CEDH<sup>75</sup>. La Cour constitutionnelle allemande énonce que « “tenir compte” signifie qu'il faut prendre connaissance d'une disposition de la Convention en fonction de l'interprétation que la CEDH en a donnée, et l'appliquer au litige dans la mesure où cette interprétation ne viole pas de droit supérieur, notamment issu du droit constitutionnel ».

Dans le rapport entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques des États membres, les points de friction sont apparus plus clairement que dans le rapport avec le droit international général, à cause du caractère beaucoup plus intrusif du droit de l'UE. Ainsi, le Conseil constitutionnel français estime, selon une jurisprudence constante, que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »<sup>76</sup>. Le Tribunal constitutionnel espagnol, la Cour constitutionnelle allemande et beaucoup d'autres juridictions ont fait des déclarations dans le même sens<sup>77</sup>. Constance Grewe a systématisé ces « réserves de constitutionnalité » dans une étude de droit comparé et elle les identifie comme un « nouvel élément du droit commun européen »<sup>78</sup>.

Pour ce qui est du droit international, la dissonance des organes juridictionnels des différents ordres juridiques n'est pas non plus nouvelle. Mais elle restait latente car les normes internationales étaient, jusqu'à récemment, soit vagues et relevant du domaine des principes généraux, soit très techniques, et surtout parce que les organisations internationales adoptaient peu d'actes juridiques. C'est seulement depuis quelques dizaines d'années que la densification de la gouvernance mondiale a augmenté les potentialités de conflit entre le droit international et le droit national. La recherche de techniques de résolution de conflit est pour cette raison passée au premier plan.

---

de la prévalence du droit de l'UE sur le droit constitutionnel national : CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft et Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. CJCE, 1970, p. 1125, pt 3. Pour un exemple explicite de la prévalence de la CESDH sur le droit constitutionnel d'un État partie : CEDH, 24 mars 1992, *Open Door et Ireland*, série A, n° 246, pt 69 : « si [les autorités nationales] ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci ». V. pour un exemple concernant la contrariété à la CESDH d'une disposition de la Constitution de Bosnie-Herzégovine : CEDH, 22 déc. 2009, req. n° 27996/06 et 34836/06, *Sejdić und Finci*.

73. CPJI, 1932, série A/B, n° 44, p. 24.

74. Sur cette tendance, v. A. PETERS, "Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law", *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, n° 3, 2009, p. 170-198.

75. BVerfG, 14 oct. 2004, BVerfGE 11, 307 (*Görgülü*).

76. Cons. const., 27 juill. 2006, déc. n° 2006-540 DC, pt 19.

77. Sur la préservation de « l'identité des États intégrés [dans l'UE] », v. Trib. const. (Espagne), décl. DTC 1/2004 (préc.). Sur l'expression de la « souveraineté, contenue dans la Constitution allemande, comme droit du peuple à décider des questions fondamentales concernant sa propre identité », v. BVerfG, Lisbonne (préc.), pt 340.

78. C. GREWE, « Constitutions nationales et droit de l'UE », *Répertoire communautaire*, 2009, p. 1-29.

Dans la littérature récente, la primauté absolue du droit international sur les constitutions nationales, et en particulier sur leurs principes essentiels, a été de plus en plus remise en question. Thomas Cottier et Daniel Wüger argumentaient ainsi déjà dans un article de 1999 que les normes internationales, qui violent les droits fondamentaux et les principes démocratiques, ne devraient pas être exécutées dans les ordres juridiques nationaux. Ils considéraient un tel « droit de résistance du droit constitutionnel » comme nécessaire pour que les États puissent accepter, de façon générale, le principe de la primauté et de l'applicabilité directe éventuelle du droit international. Ils proposaient en conséquence de regarder le rapport entre le droit international et le droit national non pas comme hiérarchique, mais comme un « dialogue »<sup>79</sup>. André Nollkaemper a récemment salué comme une réaction légitime la résistance grandissante des acteurs étatiques face à l'application complète et inconditionnelle du droit international. Il considère nécessaire d'effectuer une qualification substantielle du principe de primauté du droit international et de l'affiner<sup>80</sup>.

Selon la perspective du constitutionnalisme, un droit de résistance utilisé de façon constructive peut être judicieux comme *ultima ratio*, pour assurer le respect de l'État de droit (*rule of law*) et de la légitimité du droit non seulement au niveau national, mais encore au niveau international. Mais la pression provenant de la résistance nationale ne constitue une pression salvatrice dans la direction de la modernisation des traités internationaux que si elle est exercée en toute bonne foi par les acteurs nationaux, que si ces derniers conservent un ton courtois tout en prenant comme référence l'objectif général de coopération internationale.

## CONCLUSION

Le modèle pluraliste ou « perspectiviste » fournit une description adéquate des rapports entre le droit international et le droit national. Du point de vue normatif, ce modèle s'avère salutaire seulement s'il est conçu comme « pluralisme ordonné »<sup>81</sup>. « Ordonné » veut dire que les acteurs divers (surtout les juridictions de tous les niveaux et de tous les ordres) qui sont en charge d'appliquer des normes internationales, unionales et nationales respectent certains principes qu'on pourrait appeler « constitutionnels » (notamment la légalité, la subsidiarité, la participation et les droits de l'homme) aspirent à une interprétation mutuellement harmonisante des normes provenant des ordres différents, résolvent des conflits concrets par une mise en balance en tenant compte de l'importance des normes en jeu, et finalement en admettant un « droit de résistance constitutionnel ».

En fin de compte, pour être opérationnel et pour donner des résultats justes, le pluralisme (des ordres juridiques, des acteurs et des perspectives) doit être constitutionnalisé.

79. T. COTTIER, D. WÜGER, "Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage", in B. SITTER-LIVER (dir.), *Herausgeforderte Verfassung: Die Schweiz im globalen Konzert*, Universitätsverlag, 1999, p. 241-281 (ici p. 263-64). V. aussi dans ce sens : A. VON BOGDANDY, "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: on the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law", *Journal of International Constitutional Law*, n° 6, 2008, p. 397-413 : « étant donné l'état de développement du droit international, il devrait y avoir une possibilité, du moins dans les démocraties libérales, de poser, à l'intérieur d'un ordre juridique national, des limites juridiques aux effets d'une norme ou d'un acte de droit international si celui-ci entre gravement en conflit avec des principes constitutionnels » (notre traduction).

80. A. NOLLKAEMPER, "Rethinking the Supremacy of International Law", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, n° 65, 2010, p. 65-85 (ici p. 81-83).

81. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. T. II : Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 305 p.

préférence à l'application de normes d'un ordre différent de l'ordre national, pourvu que la Constitution elle-même l'ait décidé ainsi »<sup>9</sup>.

La Cour constitutionnelle allemande considère également que le rapport entre les ordres juridiques allemand et européen (et, *au passage*, le rapport entre le droit de l'UE et le droit international ainsi qu'entre le droit international et le droit national) n'est pas hiérarchique. Dans son arrêt *Lisbonne*, elle renvoie à l'arrêt *Kadi* de la CJCE<sup>10</sup>. Selon la lecture qu'en fait la Cour constitutionnelle, « la Cour de justice a, dans un cas limite, placé sa propre affirmation *d'une identité propre en tant que Communauté de droit* au-dessus d'un engagement [international] respecté au demeurant : un tel instrument juridique n'est pas seulement familier du droit international, sous la forme d'un recours à l'ordre public en tant que limite à l'engagement conventionnel, elle correspond également, du moins sous une approche constructive, à l'idée d'ordonnancements politiques qui ne sont pas organisés de façon strictement hiérarchique »<sup>11</sup>.

## II. LES ANCIENNES ET NOUVELLES SOURCES D'INSPIRATION

Avec le temps, tous les paradigmes susmentionnés ont été invoqués pour expliquer le rapport entre, d'une part, l'ordre juridique international, et en particulier l'ordre juridique européen, et, d'autre part, l'ordre juridique national.

### A. Le modèle fédéraliste

Dans les États fédéraux, le rapport entre les ordres juridiques (partiels) intéressés n'est pas présenté comme un rapport de subordination, mais comme un rapport de coexistence. Les conflits entre les ordres juridiques sont résolus par la répartition des compétences et par la force dérogatoire du droit fédéral, ou selon la terminologie anglo-saxonne par la *pre-emption* (préemption) et la *supremacy* (primauté). Dans le cas de l'État allemand, la préemption trouve par exemple une traduction dans la répartition des compétences prévue aux articles 72 et suivants de la Constitution allemande (Loi fondamentale, LF), alors que la primauté est posée par l'article 31 de la LF<sup>12</sup>.

9. Trib. const. espagnol, décl. DTC 1/2004, 13 déc. 2004, II.3) § 3 et II.4) § 4. Pour une version en anglais, voir le site du Tribunal : [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Voir pour des commentaires en français des extraits de la décision : L. BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004 – “Un *Solange II* à l'espagnole” », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, nov. 2004-mars 2005, p. 205-217. J. A. DEL VALLE GALVEZ, « Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen. La Déclaration du Tribunal constitutionnel du 13 décembre 2004 », *Cahiers de droit européen*, vol. 41, n° 5-6, 2005, p. 705-723.

10. V. CJCE, Gde Ch., 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05P et C-415/05P, *Kadi et Al Barakat et Compagnie*, pt 288 et pt 290 qui émet qu'une hiérarchie des normes valait seulement à des fins internes, qu'elle ne concernait que la « légalité interne » et n'affectait pas la primauté du droit international selon la perspective et « le plan du droit international ».

11. BVerfG (2<sup>e</sup> sénat), 30 juin 2009, BVerfGE 123, 367 (Lisbonne), pt. 340. (souligné par l'auteur). Pour une critique de l'idée de primauté du droit européen sans hiérarchie : M. JESTAFDT, “Die Europäische Verfassungsverbund: Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz zur Unschärferelation”, in C. CALLESS (dir.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 93-127 (ici p. 117-120).

12. Dans le cas de la Constitution autrichienne, aucune règle de conflit du type de l'article 31 de la Loi fondamentale allemande n'est nécessaire parce qu'une stricte répartition des compétences entre le niveau fédéral et les Länder a été effectuée. La Cour constitutionnelle est chargée d'annuler le droit fédéral ou le droit des Länder qui viole cette répartition des compétences (W. MÄRZ, *Bundesrecht bricht Landesrecht*, Duncker & Humblot, 1989, p. 20 et s. : l'article renvoie à d'autres références).