

Pauline Corre-Dumoulin
Doctorante à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Sous la direction de Monsieur le Professeur Claude Blumann
Ecole Doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé
Centre de droit européen de Paris, sous la direction de Monsieur le Professeur Fabrice Picod

IXE CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL
ATELIER C
« ORDRE CONSTITUTIONNEL, ORDRE INTERNATIONAL, ORDRES EUROPÉENS »

TITRE :

LES JUGES ET L'ORDONNANCEMENT DES ORDRES JURIDIQUES :
A LA RECHERCHE D'UNE LOGIQUE ENTRE ORDRE CONSTITUTIONNEL, INTERNATIONAL ET
DE L'UNION EUROPÉENNE

S'intéresser aux rapports entre ordres juridiques interne et externes amène au constat d'une interaction allant jusqu'à l'interpénétration mutuelle. Ces rapports sont particulièrement exacerbés si l'on s'intéresse au triptyque constitué par l'ordre juridique international, celui de l'Union européenne et enfin l'ordre juridique national. La complexité de la situation peut notamment être appréhendée par le biais de la prise en compte, par le juge de l'ordre juridique de l'Union européenne, du droit international comme source à part entière, ces deux ordres étant eux même intégrés, de façons différentes, à l'ordre interne.

Un ordre juridique peut tout d'abord se définir comme un système de normes organisé et structuré possédant ses propres sources et comportant un système institutionnel et procédural de production, d'interprétation et de sanction en cas de violation¹. Le critère organique, bien que non entièrement satisfaisant, peut être choisi pour définir un ordre juridique². Ainsi, l'ordre juridique interne serait celui-ci produit par les organes et institutions propres à un État. L'ordre juridique international pourrait quant à lui se définir comme l'ensemble des normes produites juridiquement par les organisations internationales ou issues des pratiques de ces

¹ M. BLANQUET et G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 10^e éd., 2012, p. 281.

² E. DUBOUT, « La relativité de la distinction des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », in *Les interactions normatives, Droit de l'Union européenne et Droit international*, L. BURGOGUE-LARSEN, E. DUBOUT (dir.), Paris, Pedone, 2012, p. 22.

organisations et des États, et composant la coutume internationale. L'ordre juridique de l'Union européenne, enfin, se compose des normes produites par les institutions de l'Union formant le droit dérivé. S'y ajoutent les traités fondateurs, qui sont de droit international mais créent un ordre juridique propre, les traités modificatifs, ainsi que les principes généraux du droit de l'Union, composant le droit primaire³. Enfin, le droit international, dans ses composantes matérielle et coutumière, fait partie de cet ordre juridique⁴. L'ordre juridique de l'Union s'intègre enfin, dans sa globalité, à l'ordre juridique interne, en vertu du principe de primauté affirmé par la Cour de Justice de l'Union⁵. Ces interpénétrations mutuelles méritent d'être examinées, étant tantôt exacerbées tantôt réfutées avec fermeté par les juges internes.

Le juge possède en effet un rôle essentiel dans la structuration des rapports entre ordres juridiques : si le droit n'existe que par son interprète, c'est lui qui permettra l'émergence d'une certaine logique dans ces rapports. Les juges de la Cour de Justice de l'Union européenne comme les juges internes, notamment constitutionnel et administratif, contribuent à cet ordonnancement entre ordres juridiques.

Ainsi, plus que de simples juxtapositions, les ordres juridiques font à travers l'œuvre jurisprudentielle parfois l'objet d'un processus d'internalisation non dénué de complexité. En ce sens se développent les phénomènes d'eupéanisation et d'internationalisation du droit⁶, entendu comme une influence voire une intégration juridique matérielles des normes internationales et européennes⁷, auquel le droit interne n'est de toute évidence pas hermétique mais non sans une certaine rigidité⁸. Il existerait ainsi une « *imbrication des sources internationales et européennes* »⁹, et le droit international serait un outil de l'Union

³ La Charte des droits fondamentaux possède quant à elle la même valeur que les Traités selon l'article 6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁴ Voir infra.

⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec. p. 1141.

⁶ Voir H. TOURARD, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Thèse, Paris, LGDJ, 2000, 724 p. ; B. NABLI, « Eupéanisation et constitutionnalisation du droit national », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 2005 ; S. TORCOL, « L'internationalisation des constitutions nationales », VIe Congrès de l'AFDC, Montpellier, 2005.

⁷ Non dépourvu de caractère axiologique comme le démontre P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », in *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, J.-B. AUBRY (dir.), Paris, Dalloz, 2010, pp. 195-213.

⁸ Ce qui rejoint la doctrine du « pluralisme ordonné », voir M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p. Celui-ci peut se définir comme un « *renoncement à l'opposition binaire entre relation hiérarchique (par subordination d'un ordre à l'autre) et relation non hiérarchique (par coordination) pour considérer les processus d'interaction de façon plus nuancée* », p. 35.

⁹ J.-S. BERGE, « Interactions du droit international et européen. Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *European Constitutional Law Review*, 2004, p. 914

européenne¹⁰, un instrument d'intégration au service de l'Union plus qu'une contrainte à la charge des institutions. Plus précisément, le droit international fait l'objet d'une internalisation dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Le juge interne a quant à lui longtemps été réticent à accepter l'internalisation de l'ordre juridique de l'Union dans l'ordre interne. La complexité des rapports entre ordres juridiques construits par les juges mérite d'être étudiée.

Il ne s'agit dès lors pas d'affirmer qu'il n'existe en réalité pas de hiérarchie des normes¹¹ mais d'essayer d'appréhender l'étroitesse des liens entre ordres juridiques issue des jurisprudences tant internes qu'européennes. Alors que la Cour de Justice de l'Union européenne fait une place grandissante au droit international en l'interprétant de façon autonome et en l'appliquant au détriment du droit primaire, le Conseil constitutionnel français développe et maintient une position ferme d'interpénétration des ordres juridiques limitée. La notion d'identité constitutionnelle de la France fait en effet obstacle à une intégration aboutie des normes de l'Union.

Ainsi, quelles sont les constructions jurisprudentielles des rapports entre ordres juridiques interne, international et de l'Union européenne? Face au constat d'une interpénétration croissante des ordres juridiques, comment expliquer les réactions des juridictions internes dans l'élaboration de cet ordonnancement ?

Il s'agit de saisir la logique juridique sous-tendue par la structuration jurisprudentielles des trois ordres juridiques énoncés. L'intérêt est alors de repenser les rapports entre ordres juridiques : le primat constitutionnel interne fait exception dans un paysage marqué par une interpénétration croissante des ordres juridiques, notamment à travers la reconnaissance par les juges du Luxembourg d'un droit international de plus en plus prégnant dans l'ordre juridique de l'Union européenne s'intégrant lui-même en droit interne (I). L'obstacle constitué par cette notion d'identité constitutionnelle défendue par le juge interne est donc à reconsidérer, la pertinence de la persistance d'un îlot constitutionnel méritant d'être questionnée. Cet îlot interne pourrait alors être appréhendé dans une perspective explicative alternative en tant qu'élément structurant des rapports entre ordres juridiques (II).

¹⁰ B. de WITTE, « International Law as a Tool for the European Union », in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 205.

¹¹ Comme le font F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. Ils considèrent en effet que « la nature "pyramidale" ou "hiérarchique" du modèle traditionnel » est à reconsidérer face aux « "bougés" de la pyramide [qui] font progressivement place à l'émergence d'un nouveau modèle plus complexe, plus "enchevêtré", celui du réseau », p. 43.

I. L'interpénétration croissante des ordres juridiques limitée par le juge interne

Les phénomènes d'interpénétration croissante entre ordres juridiques se manifestent tout d'abord entre l'ordre juridique international et celui de l'Union européenne. Les liens étroits et complexes entre ordre juridique international et de l'Union européenne semblent récemment se resserrer dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (A). L'internationalisation et l'eupéanisation de l'ordre juridique interne demeurent cependant limitées par la persistance d'un « primat constitutionnel » défendu par le juge interne faisant obstacle à une interpénétration complète des ordres juridiques (B).

A. Le droit international, source intégrée à l'ordre juridique de l'Union prenant une importance grandissante selon le juge de l'Union européenne

La particularité des rapports entre ordre juridique international et ordre juridique de l'Union européenne est d'avoir développé à travers la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union des relations très étroites¹², l'ordre juridique de l'Union intégrant celui du droit international. Le mouvement a tout d'abord été celui de l'affirmation de la séparation des ordres. Après un premier arrêt énonçant l'imbrication des ordres – les Communautés constituant selon la Cour de Justice « *un nouvel ordre juridique de droit international* »¹³ – les juridictions de l'Union ont en effet tenu à affirmer l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. Si ce dernier est en effet issu des traités internationaux, sa spécificité est de créer un nouvel ordre juridique conduisant à son autonomie¹⁴ : ainsi selon la Cour, les traités ont institué « *un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres* ».¹⁵ La séparation face à l'ordre juridique international est clairement affirmée, alors que l'imbrication dans l'ordre juridique interne est revendiquée.

Puis la Cour de Justice a manifesté à de nombreuses reprises son ouverture vis-à-vis de l'ordre juridique international. Ce mouvement serait la marque même de l'autonomie de

¹² Contre l'idée d'imbrication des ordres juridiques, voir P. BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », *op. cit.*, pp. 195-213.

¹³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 1963.

¹⁴ Pour d'autres, la spécificité tient à ce que « *La Communauté est fondée sur un "rapport d'intégration", à la différence de la société internationale, milieu de simple "coordination" d'États souverains* », P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1971, p. 12.

¹⁵ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, Rec. p. 1141.

l'ordre juridique de l'Union¹⁶. Par la suite, les juges ont choisi une approche moniste, affirmant que les dispositions des accords internationaux forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire dès leur entrée en vigueur¹⁷, pour le moins vis-à-vis du droit dérivé. Il en est possible d'affirmer que les arrêts des juges du Luxembourg considèrent que le droit international public fait partie de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁸.

Les juridictions de l'Union imposent le respect des « principes de droit international », tant écrits¹⁹ que coutumiers²⁰. La coutume internationale est même reconnue à titre subsidiaire face à un droit de l'Union incomplet²¹. La Cour de Justice est même allée jusqu'à considérer à l'occasion d'un recours en manquement qu'il n'y avait pas manquement de l'obligation de transposer une disposition d'une directive dès lors qu'il y a ratification de conventions internationales de nature à satisfaire les exigences posées par la directive en question²². Sont donc reconnus jusqu'à de véritables rapports d'équivalence entre normes internationales et normes de l'Union. Peut également être perçu un phénomène de mimétisme²³ de l'ordre juridique de l'Union sur le droit international : les principes généraux du droit de l'Union européenne seraient en ce sens fortement empruntés dans leur existence et leur contenu matériel aux principes généraux du droit international.

En cas de conflit, la primauté du droit international doit cependant céder devant le droit primaire : « *les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux* »²⁴. La solution plaçant l'ordre juridique international hiérarchiquement inférieur au droit primaire et supérieur au droit dérivé comporte dans ce second cas une

¹⁶ H. GAUDIN, « Un ordre juridique propre : l'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *ADE*, 2007, pp. 3-28 ; S. SZUREK, « Du particularisme à l'autonomie ? Esquisse des rapports du droit international public et du droit communautaire », *ADE*, 2007, pp. 57-92, spéc. pp. 73-74.

¹⁷ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, Rec. p. 449.

¹⁸ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne, op. cit.*, p. 338, au vu notamment des arrêts CJCE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, aff. jtes 21 à 24/72, Rec. p. 1219 ; CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, Rec. p. 1279.

¹⁹ L'arrêt Poulsen pose en principe que « *les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international* », CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen*, aff. C-288/90, Rec. I, p. 6052.

²⁰ La Cour énonce que « *les règles du droit coutumier international [...] lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire* » concernant la règle *Pacta sunt servanda*, CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, Rec. I, p. 3665 ; ou concernant le principe de bonne foi, TPICE, 27 janvier 1997, *Opel Austria c/ Conseil*, T-115/94, Rec. p. II-39.

²¹ CJCE, 16 décembre 1981, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, aff. 244/80, Rec. p. 3045.

²² CJCE, 13 février 2003, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-75/01, Rec. p. I-1585.

²³ J.-S. BERGÉ, « Approche méthodologique des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », in *Union européenne et droit international, Mélanges en l'honneur de Patrick Daillier*, M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO (dir.), Paris, Pedone, 2012, p. 579.

²⁴ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. jtes. C-402/05 et C-415/05, Rec. p. I-6351.

exception en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. Le Tribunal, dans son arrêt Kadi II, se porte à interpréter de façon plus tranchée la solution de la Cour, estimant qu'elle « *semble donc avoir interprété le cadre constitutionnel du traité CE comme étant celui d'un ordre juridique purement autonome, non subordonné aux normes supérieures du droit international* »²⁵.

La Cour de Justice de l'Union tend à rappeler régulièrement l'intégration du droit international dans l'ordre juridique de l'Union²⁶, et elle semblerait plus récemment y faire une place de plus en plus importante.

Par un arrêt à l'occasion d'un rare recours en manquement opposant la Slovaquie et la Hongrie²⁷, la Cour de Justice de l'Union est allée plus avant dans l'internalisation du droit international dans son ordre juridique. En effet, dans cette affaire causée par le refus de la Slovaquie d'accueillir sur son territoire le chef d'État hongrois, était avancée la violation de l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne posant le principe de libre circulation des citoyens de l'Union, ainsi que la violation de la directive 2004/38. La Cour s'attache dans un premier temps à rappeler la jurisprudence énoncée précédemment selon laquelle « *le droit de l'Union doit être interprété à la lumière des règles pertinentes du droit international, ce droit faisant partie de l'ordre juridique de l'Union et liant les institutions de celle-ci* ». Elle recherche ensuite explicitement une limitation à l'article 21, TFUE « fondée sur le droit international », entendant par droit international non seulement les règles écrites mais également l'ensemble des règles coutumières. Y trouvant un statut particulier de chef de l'État régi par le droit international, ceci constitue alors « *une spécificité* » justifiant d'écarter la règle de droit primaire²⁸. Ainsi, dès lors que les droits fondamentaux ne sont pas en jeu, le droit primaire cèderait devant une règle de droit international. Il ne s'agit plus pour la Cour d'interpréter les normes de l'Union à la lumière du droit international mais de faire primer une norme internationale sur le droit primaire.

Le mouvement actuel serait à une internationalisation de l'ordre de l'Union, ou une communautarisation²⁹ du droit international³⁰, c'est-à-dire une réelle appropriation poussée jusqu'au droit primaire, à l'exception notable des droits fondamentaux. Le juge interne ne

²⁵ TPICE, 30 septembre 2010, *Kadi c/ Commission*, aff. T-85/09, Rec. p. II-5177.

²⁶ Pour une illustration récente, voir par exemple CJUE, 23 janvier 2014, *Mattia Manzi c/Capitaneria di Porto di Genova*, aff. C-537/11, non publié au Recueil.

²⁷ CJUE, 16 octobre 2012, *Hongrie c/ République slovaque*, aff. C-364/10, non encore publié au Recueil.

²⁸ *Ibid.*, cons. 49 et 50.

²⁹ Bien que les Communautés aient disparu mais afin de ne pas employer le terme trop générique d'eupéanisation.

³⁰ S. SZUREK, « Du particularisme à l'autonomie ? », *loc. cit.*, p. 77.

peut faire abstraction totale de ces rapports étroits mais manifeste une défense d'une certaine étanchéité des ordres.

B. L'étanchéité du juge interne à l'eupéanisation et l'internationalisation : la constitution comme norme suprême

Le juge constitutionnel comme le juge administratif français se sont appropriés les ordres juridiques progressivement, et ont construit une imbrication complexe des ordres juridiques interne, international et de l'Union afin de conserver une place spéciale et réservée à la Constitution.

En premier lieu, l'imbrication totale des ordres juridiques interne et de l'Union est rapidement prônée par la Cour de Justice de l'Union européenne, lorsqu'elle affirme que « *le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait en raison de sa nature se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base de la Communauté elle-même* »³¹. L'intégration attendue par les juges de Luxembourg du droit de l'Union doit être complète en droit interne, sans obstacle même de nature constitutionnelle au principe de primauté.

Face à cette attente, les rapports entre le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique de l'Union se sont développés timidement, débutant dans l'indifférence avant de marquer une certaine méfiance réciproque³². Le Conseil constitutionnel choisit en effet sans un premier temps d'assimiler le droit communautaire au droit international, jusqu'à l'introduction de l'article 88-1 de la Constitution de 1958 interprété dans sa décision de 2004 : « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »³³. Le juge constitutionnel insiste par ce biais sur l'intangibilité de la place de la constitution, « *au sommet de l'ordre juridique interne* »³⁴. L'affirmation de l'intégration de l'ordre juridique communautaire dans son intégralité et dans toutes ses composantes est alors explicite.

³¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

³² Voir A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série, Colloque du Cinquantenaire, 3 novembre 2009, 25 p.

³³ Cons. constit. déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, reprenant presque mot pour mot la formule des juges de l'Union dans la décision précitée *Costa c/ENEL*.

³⁴ *Ibid.*, cons. 10.

En second lieu, face au droit international, le Conseil constitutionnel a refusé d'intégrer les traités dans le bloc de constitutionnalité, non sans critiques³⁵. Il invoque cependant le respect par la France des « *principes généraux du droit international public* »³⁶, formule analysée comme incluant tant les principes écrits et non écrits³⁷. Le juge administratif y fait également référence³⁸, sans primauté toutefois sur la loi interne. Ainsi, initié par l'arrêt Koné³⁹, l'arrêt Sarran consacre-t-il l'idée de persistance d'un îlot constitutionnel face à l'ordre juridique international : « *la suprématie conférée aux engagements internationaux (part l'article 55 de la Constitution) ne s'applique pas dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». La solution de l'écran constitutionnel est reprise par la suite⁴⁰, ce qui s'expliquerait par le fait que la Constitution prévoit les rapports entre normes et ne saurait par conséquent se placer à un rang inférieur. Le « *prisme de la hiérarchie des normes* »⁴¹ se révèle ainsi prégnant dans la perception du juge interne.

L'ordre interne intègre donc l'ordre juridique de l'Union européenne en vertu du principe de primauté, appuyé par l'article 88-1 de la Constitution et de la décision du Conseil constitutionnel⁴². Il intègre également l'ordre juridique international dans une conception dualiste en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958. Ces situations combinées avec l'intégration par l'ordre juridique de l'Union du droit international traduit une interpénétration des ordres étroite. La complexité des imbrications relève de la primauté d'un ordre juridique qui lui même intègre un autre ordre juridique et le fait primer sur son droit primaire.

Par ailleurs, le mouvement d'interpénétration n'est pas à sens unique : l'Union européenne dans ses Traités et sa jurisprudence affirme l'intégration dans son ordre juridique des

³⁵ G. CARCASSONE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, pp. 93 s.

³⁶ Cons. constit., déc. n° 98-408 du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29.

³⁷ N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, J.-M. DUPUY (dir.), Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001, pp. 24 et s.

³⁸ CE, 12 juin 1936, *Kremer*, Lebon p. 638 ; mais surtout avec l'arrêt CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, n° 148683, Lebon p. 206.

³⁹ CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219, Lebon p. 255.

⁴⁰ CE, ass., 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activité du Blotzheim*, n° 181249, Lebon p. 483 ; CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et autres*, n° 287110, Lebon p. 294.

⁴¹ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, p. 89

⁴² Cons. constit., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101.

« traditions constitutionnelles des États membres » , internalisant donc dans l'ordre juridique de l'Union des considérations constitutionnelles des États membres.

De plus, le Conseil constitutionnel n'est pas totalement étanche aux autres ordres juridiques, en témoigne la référence à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la prise en compte de certaines notions dégagées par les juridictions de l'Union⁴³.

L'imbrication des ordres juridiques ne conduit de toute évidence pas à la disparition ou l'absorption d'un ordre par un autre⁴⁴. Cette crainte écartée, le maintien du primat constitutionnel comme obstacle s'effrite alors qu'apparaît la notion d'identité constitutionnelle. Le constat de cette persistance de cet îlot constitutionnel face aux mouvements d'interpénétration des ordres juridiques conduit à s'interroger sur sa pertinence. En effet, afin de saisir les rapports entre ordres juridiques il faut tenter d'appréhender la logique de la défense persistante d'une limitation d'ordre constitutionnel par le juge interne.

II. La limitation identitaire constitutionnelle du juge interne en question

Le juge interne a longtemps semblé hermétique aux autres ordres juridiques, conservant le précepte selon lequel tout procède de la Constitution. La question de l'intérêt juridique de l'existence tenace du primat constitutionnel à travers la notion d'identité constitutionnelle mérite d'être posée (A). Les multiples interrogations ne sont de toute évidence pas solvables dans une réponse unique et providentielle ; l'explication de l'évolution fédérative de l'Union européenne peut cependant retenir l'attention (B).

A. La défense de l'îlot constitutionnel interne : la pertinence de l'identité constitutionnelle face aux interpénétrations

Le « *caractère foisonnant et quelque peu désorganisé du processus d'agencement* » entre les ordres juridiques international et de l'Union⁴⁵ n'aurait pas affecté l'ordre juridique interne,

⁴³ Comme le principe de clarté de la loi ou d'intelligibilité de la règle de droit puisant dans les notions de confiance légitime et sécurité juridique. C. MAUGÜÉ, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, n° 105, 2/2003, p. 70.

⁴⁴ Comme le souligne Matthias GUYOMAR dans ses conclusions sur l'arrêt Arcelor, « l'imbrication des deux ordres juridiques n'implique pas leur totale fusion », concl. sur CE, ass, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, RFDA, 2007, pp. 384-401.

⁴⁵ J.-S. BERGÉ, « Approche méthodologique des rapports de systèmes », *loc. cit.*, p. 580.

plus spécifiquement ne pourrait remettre en cause l'îlot constitué par l'identité constitutionnelle de l'Etat. Si la Constitution n'est plus brandie par le juge interne dans son intégralité comme rempart à l'internalisation des autres ordres juridiques dans l'ordre interne, lui a été préférée la notion plus restreinte d'identité constitutionnelle.

Le rempart à la primauté du droit de l'Union européenne consiste dans la notion avancée par le juge constitutionnel de « *règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »⁴⁶. Non défini, ce concept demeure mou et fragile⁴⁷. De plus, ces règles et principes ne se situent pas à un niveau hiérarchique supérieur à celui des autres règles constitutionnelles, pas plus qu'ils ne sont des règles indérogeables c'est-à-dire non révisables : leur supériorité consiste seulement dans une meilleure protection contre l'ordre juridique de l'Union européenne⁴⁸.

L'identité constitutionnelle peut en effet être perçue comme ayant une fonction défensive de limitation de l'ordre juridique de l'Union européenne, étant à la fois une limite matérielle et normative pour l'Union : obstacle normatif à l'entrée en vigueur du droit même primaire de l'Union ou à l'application de ses actes dérivés (dont la transposition des directives)⁴⁹. L'identité constitutionnelle peut, dans l'ordre juridique interne, faire obstacle à l'exigence existentielle de l'ordre juridique de l'Union, fut-elle constitutionnalisée. Pourquoi persiste ce noyau constitutionnel identitaire⁵⁰ ou noyau dur constitutionnel ? Ce que la doctrine a résumé sous l'appellation des « réserves de constitutionnalité » étonne dans cet environnement d'internalisation des ordres juridiques les uns aux autres.

Certains avancent que la fonction de la notion d'identité constitutionnelle serait en réalité de constituer un moyen pour le juge de conférer une cohérence d'ensemble à un ordre juridique, et par extension aux rapports entre ordres juridiques. En ce sens, l'identité constitutionnelle serait une « *notion charnière entre ordres juridiques* »⁵¹ de nature à favoriser la convergence entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, « *si l'on veut décrire la hiérarchie des normes aujourd'hui en vigueur, il faut admettre que ce ne sont pas*

⁴⁶ Cons. constit., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

⁴⁷ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, op. cit. p. 122.

⁴⁸ M. TROPER, « Identité constitutionnelle », *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. MATHIEU (dir.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 123 s.

⁴⁹ B. NABLI, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, n° 556, mars 2012, pp. 210-215.

⁵⁰ J.-P. DEROSIER, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne », VIIIe Congrès de l'AFDC, Nancy, 2011.

⁵¹ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Thèse, LGDJ, 2013, p. 323.

les constitutions nationales qui dominent mais bien les valeurs dites communes, en précisant aussitôt que ces valeurs sont telles que les interprète la CJCE et telles qu'elle a le pouvoir d'en imposer la signification aux juges nationaux»⁵². En ce sens, l'émergence d'un corpus de principes communs contribuerait fortement à la structuration des rapports entre ordres juridiques communautaires, européen et nationaux⁵³. Cette proposition rejoint la notion de pluralisme entendu comme un mode d'articulation discursive des ordres juridiques qui communiqueraient par la voix de leurs interprètes sur la base de valeurs communes⁵⁴. Mais la question de la qualification des rapports entre les trois ordres juridiques interne, international et de l'Union européenne s'avère ardue. La réflexion en terme de hiérarchie est en conséquence souvent délaissée au profit des relations de combinaison, entre subsidiarité et primauté partielle. C'est pourquoi la doctrine penche de plus en plus en faveur de l'abandon de la réflexion en termes stricts d'ordres juridiques mais d'interdépendance et de rapports de systèmes⁵⁵. S'inscrivant dans les théories pluralistes qui reconnaissent l'existence, l'autonomie et l'identité des ordres juridiques mais également leur interdépendance, la communication s'effectuant à l'aide notions charnières partagées⁵⁶ telles que les droits fondamentaux dans le cadres des rapports entre ordre juridique international et de l'Union. Le respect de l'identité constitutionnelle par l'Union européenne serait un « *principe du droit de l'Union* »⁵⁷, et constituerait en réalité un facteur d'unité des systèmes, à travers le maintien de l'étanchéité des ordres juridiques.

La complexité de ces interactions entre ordres juridique est également issue du fait que le juge national est aussi juge de droit commun de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il doit donc concilier les impératifs des deux ordres, et ne tient sa compétence interne qu'en vertu de la Constitution qu'il doit respecter sans excéder ses compétences. Même si la récente question préjudicielle du Conseil constitutionnel à la Cour de Justice de l'Union traduit une « européanisation » de ce dernier⁵⁸, le primat constitutionnel dans son aspect identitaire demeure.

⁵² P. BRUNET, « L'articulation des normes », *loc. cit.*, p. 213.

⁵³ M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 12 février 2009, n° 43, p. 14.

⁵⁴ E. DUBOUT, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », p. 1021.

⁵⁵ Voir notamment B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques, op. cit.*

⁵⁶ F.-X. MILLET, « L'ordre juridique international et les doctrines constitutionnalistes : au-delà du monisme et du dualisme », in *Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne*, A. HAMANN, J.-M. SOREL (dir.), Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 27.

⁵⁷ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Thèse, LGDJ, 2013, 365 p., spéc. pp. 233-322.

⁵⁸ F. CHALTIEL, « L'européanisation du juge constitutionnel : le dialogue renforcé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de Justice de l'Union européenne », *PA*, 28 juin 2013, n° 129, pp. 4 s.

Cependant, il est difficile de s'arrêter au constat de la complexité, tant l'enchevêtrement des systèmes, des normes, des acteurs et maintenant des mécanismes procéduraux s'avère important et trahit une « *construction jurisprudentielle par à-coups, sans logique générale* »⁵⁹.

Une explication alternative peut être avancée. Il conviendrait de ne pas laisser l'entière organisation des rapports entre ordres juridiques aux seuls aléas jurisprudentiels mais de les guider à travers la reconnaissance d'un principe structurant.

B. L'intangibilité de l'identité constitutionnelle interne, structurante des rapports entre ordres juridiques

L'identité constitutionnelle a pour aspect essentiel d'être un facteur identitaire, d'identification, et en ce sens contiendrait plus qu'une fonction de rempart à l'interpénétration entre ordres juridiques. Alors que pour certains il n'existe pas de véritable hiérarchie des normes en Europe⁶⁰, le primat constitutionnel y demeure étonnant, et c'est alors que l'explication alternative peut être avancée. Ainsi, si comme l'affirme l'Avocat général Miguel Poiares Maduro⁶¹, « *le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États* », il convient de cerner ce besoin de préservation afin de saisir l'intérêt de cet îlot constitutionnel. Cette proposition rejoint l'idée selon laquelle la préservation de l'identité étatique des membres de l'Union européenne, loin d'être un obstacle à la réalisation du projet européen, en est au contraire une des conditions⁶².

Il peut alors être fait référence à la notion de Fédération, telle que définie notamment par Carl Schmitt et Olivier Beaud : échappant à la dichotomie classique entre État fédéral et Confédération, la Fédération a pour caractéristiques de permettre un fédéralisme non pas intra-étatique ni interétatique mais supra-étatique. Olivier Beaud la définit comme une

⁵⁹ L. COUTRON, P.-Y. GAHDOUN, « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de Justice de l'Union européenne : une innovation aux applications incertaines », *RDP*, n° 5, 2013, pp. 1207 s.

⁶⁰ M. GUYOMAR, D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *loc. cit.*, p. 11.

⁶¹ Conclusions présentées le 8 octobre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, Rec. I-9999.

⁶² A. LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne ? », *ADE*, vol. II, 2004, p. 175.

« association de plusieurs Etats unis par une alliance générale et soumis en certains cas à des délibérations communes, mais dont chacun est régi par des lois particulières »⁶³. De plus, elle a pour trait essentiel, afin de se préserver, de garantir le maintien de l'existence politique de ses membres. Selon Carl Schmitt, la Fédération « est une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération »⁶⁴. La Fédération en effet « vise à maintenir l'existence politique de tous les membres »⁶⁵. L'identité constitutionnelle ne serait pas ainsi un rempart vain et sans justification à l'interpénétration des ordres juridiques interne et de l'Union européenne. Elle comporterait au contraire un rôle essentiel de structuration des rapports entre ordres juridiques. L'identité constitutionnelle serait donc cet élément échappant aux remises en cause des interpénétrations entre ordres juridiques en ce qu'elle permettrait l'existence d'une Fédération. Plus qu'une notion charnière ou un principe général du droit de l'Union, et loin d'être un frein à l'intégration⁶⁶, l'identité constitutionnelle serait une notion structurante des rapports entre ordres juridiques en tant qu'élément constitutif de la nature même de l'Union européenne.

Le propos doit cependant être clarifié: l'Union européenne ne constitue actuellement pas pour de multiples raisons⁶⁷ une Fédération. Elle en connaît cependant certaines caractéristiques, et l'identité constitutionnelle est l'une d'elle. Constituant un élément essentiel à une éventuelle évolution fédérative de l'Union permet de justifier la persistance de l'îlot constitutionnel dans l'ordre juridique interne. Il convient de noter toutefois que le fédéralisme demeure impossible pour les constitutions qui continuent d'assimiler l'Union européenne à une organisation internationale, et les rapports avec l'Union à des relations avec l'ordre juridique international, comme les Constitutions tchèque et polonaise.

Ainsi, il est permis de penser que la hiérarchie des normes n'est pas obsolète⁶⁸, mais qu'elle s'est effectivement complexifiée. Ce ne serait en ce sens non pas un nouveau désordre

⁶³ O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable », in *Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impossible ?*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, vol. 3, Strasbourg, PUS, 1999, p. 15.

⁶⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, rééd. 2008, p. 512.

⁶⁵ C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 515.

⁶⁶ J.-P. DEROSIER, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne », Communication, VIIIe Congrès de l'AFDC, Nancy.

⁶⁷ Voir notamment sur ce point la thèse de L. DECHÂTRE, *Le pacte fédératif européen*, Thèse, Paris II, 2012.

⁶⁸ M. TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.

normatif mais un nouvel ordre normatif qui se mettrait en place⁶⁹, dans lequel l'identité constitutionnelle occuperait un rôle pivot en tant que structurant des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne, intégrant l'ordre international, et l'ordre juridique de l'État. L'ordre juridique international et de l'Union peuvent s'interpénétrer sans obstacle autre que la protection des droits fondamentaux, qui serait quant à elle une composante de l'identité européenne ; l'ordre interne et de l'Union doivent maintenir chacun leur coexistence afin que le projet européen perdure : l'identité constitutionnelle trouve alors une justification à son maintien et son intangibilité dans le paysage des ordres juridiques transformés en rapports de systèmes⁷⁰.

⁶⁹ Voir H. OBERDOFF, « Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne », *RDP*, 1^{er} janvier 2006, n° 1, pp. 113 s.

⁷⁰ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*