



HAL
open science

L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné. Jean-Bernard Auby. L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français,, Dalloz, pp.195-213, 2010, Thèmes & Commentaires. halshs-00661285

HAL Id: halshs-00661285

<https://shs.hal.science/halshs-00661285v1>

Submitted on 19 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR CNRS 7074

L'ARTICULATION DES NORMES

ANALYSE CRITIQUE DU PLURALISME ORDONNÉ

Pierre Brunet

Pr. Univ. Paris Ouest Nanterre, CTAD UMR CNRS 7074

in J.-B. Auby (dir.), L'influence du droit européen sur les catégories du droit français,
Paris, Dalloz, 2010, p. 195-213.

S'interroger sur l'articulation des normes du droit communautaire et du droit étatique ou interne peut donner lieu à deux types de questions très différentes. On peut d'une part s'attacher au droit positif et chercher à retracer les évolutions parfois brutales qu'ont connues ces relations tout en se demandant ce qu'elles sont aujourd'hui devenues. On s'intéressera alors au contenu du droit positif. Mais pour l'identifier on ne pourra se contenter d'analyser les textes communautaires, constitutionnels ou législatifs – ce que l'on appelle communément les sources du droit – car ces sources ne parlent guère d'elles-mêmes. On ne le sait que trop : le droit n'est pas produit par des textes mais par les interprètes des textes. S'attachant aux interprétations qu'ont produit les organes

censés appliquer ces sources et notamment à celles des juges¹, on tentera d'en rendre compte en dégagant les grandes lignes auxquelles elles obéissent voire en suggérant des évolutions possibles ou souhaitables. Cette démarche est parfaitement légitime et répond à une nécessité incontestable. Elle est très largement représentée dans la littérature juridique et ce n'est donc pas celle qu'on suivra ici. Quittant le seul terrain du droit positif, on voudrait aussi s'intéresser aux analyses que les acteurs et ceux qui les observent donnent de ces relations entre les ordres juridiques. Bien évidemment, les deux niveaux d'analyse n'obéissent pas aux mêmes exigences : si le premier peut se passer du second, l'inverse n'est pas vrai. Mais en quoi le second concerne-t-il encore le juriste ? C'est que ceux qui produisent le droit – les juges – en sont aussi les premiers commentateurs et il n'est pas rare qu'ils cherchent à rendre compte de leur action au travers d'une interprétation de leurs propres interprétations². Or, en ce qui concerne le sujet de l'articulation des normes, il est bien difficile de parvenir à une lecture du droit positif qui ne soit elle-même fortement marquée par une certaine interprétation « officielle » de ce droit positif. Mieux encore, on ne peut qu'être frappé par le profond renouvellement des interprétations qui ont cours aujourd'hui.

Longtemps le débat opposait les tenants du dualisme à ceux du monisme : les premiers, on le sait, défendent la thèse d'une indépendance des ordres juridiques, les seconds, celle de leur fusion laquelle peut prendre deux formes différentes selon que la primauté est reconnue au droit international (ardemment défendue par Kelsen) ou au droit interne.

¹ Comme le recommandent les meilleurs médecins, v. J. Chipman Gray, *The Nature and Sources of Law* (1909), New York, Macmillan Co., 1921, p. 111 : « There is a feeling that makes one hesitate to accept the theory that the rules followed by the courts constitute the Law, in that it seems to be approaching the Law from the clinical or therapeutic side ; that it is as if one were to define medicine as the science of the rules by which physicians diagnose and treat diseases ; but the difference lies in this, that the physicians have not received from the ruler of the world any commission to decide what diseases are, to kill or to cure according to their opinion whether a sickness is mortal ; whereas, this is exactly what the judges do with regard to the cases brought before them ». Et sur les bienfaits de la méthode, on se permet de renvoyer aux (nombreux) travaux de Michel Troper (v. not. *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001) et Riccardo Guastini (v. *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Arcane, 2008).

² Ce qui suppose de la part de l'observateur une certaine vigilance : « There is a distinction – and there may be a divergence – between what judges say they are doing, what they think they are doing, and the most accurate objective description of what they actually are doing » : J. L. Mackie, « The Third Theory of Law », *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 7, N° 1, p. 3-16, ici p. 7.

Bien qu'aucune des thèses en présence n'ait pu prétendre l'avoir emporté, une position tierce a commencé à voir le jour qui se voudrait en quelque sorte conciliatrice ou médiatrice.

Selon cette thèse, on ne peut rendre fidèlement compte des rapports entre les ordres juridiques – et notamment ceux entre les ordres internes et l'ordre communautaire – qu'à la condition de prendre la mesure de leur indépendance autant que de leur étroite imbrication. Cette complexité suppose que l'on ait recours à un terme spécifique. Le terme choisi est celui de « pluralisme »³. Ceux qui ont recours à ce terme entendent donc décrire cette situation si contemporaine de coexistence des ordres juridiques non hiérarchisés entre eux qui néanmoins interagissent les uns avec les autres sans qu'aucun des systèmes ne nie l'indépendance ou la normativité de l'autre⁴ ; une situation où domine donc non pas la hiérarchie mais le « réseau »⁵ et où « comme on le voit pour les organismes vivants, séparation et intégration des tâches sont coordonnées »⁶. Ainsi, le pluralisme ne désigne pas une situation figée mais un mouvement d'harmonisation des ordres juridiques tendant vers un droit commun qui pour autant n'irait pas jusqu'à la fusion des ordres juridiques⁷.

³ Il ne sera question ici que du pluralisme réduit à cette acception et non du pluralisme juridique en tant que théorie du droit (auquel Santi Romano a donné ses lettres de noblesse) ni non plus du pluralisme en tant que théorie sociologique du droit. Par ailleurs, pour des raisons de place, nous avons réduit l'appareil de notes au strict minimum. Que les auteurs et commentateurs omis veuillent bien nous en excuser.

⁴ v. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1998, chap. 5 et chap. 7, not. p. 117 s., ici p. 118. V. aussi C. Richmond, « Preserving the Identity Crisis : Autonomy, System and Sovereignty in European law », *Law and Philosophy* 16, 1997, p. 377-420.

⁵ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, 2002.

⁶ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris Seuil, 2006, not. p. 29.

⁷ À cet égard, Mattias Guyomar lui-même affirme que le contrôle de constitutionnalité des directives qu'il propose ne consiste pas, pour le juge national, à se placer en permanence sous l'autorité du droit communautaire : « L'enjeu de notre démarche consiste à apprécier si et dans quelle mesure il y a lieu de transporter la contestation de notre ordre juridique interne à l'ordre juridique communautaire. Mais encore faut-il qu'il y ait quelque chose à transporter. En d'autres termes, le moyen doit être opérant en droit interne pour pouvoir être requalifié. Toute autre façon de faire, pour séduisante qu'elle puisse paraître, consisterait à attirer, à la faveur d'une opération qui n'a pas cet objet, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans le bloc de constitutionnalité. Nous nous y refusons : *l'imbrication des deux ordres juridiques n'implique pas leur totale fusion* » (Concl. sur CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor*

Cette position théorique semble même avoir reçu une consécration officielle en droit positif. En effet, d'une part, le juge constitutionnel français a fondé sur la Constitution l'obligation du législateur de transposer les directives communautaires précises et inconditionnelles sauf à ce qu'une disposition expresse de la Constitution l'interdise ou tant que cette transposition ne porte pas atteinte à « des règles ou des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »⁸.

D'autre part, le juge administratif français a admis qu'il pouvait être saisi soit de la constitutionnalité⁹ soit de la conventionnalité¹⁰ d'une directive précise et inconditionnelle à l'occasion de la contestation d'un acte réglementaire de transposition et que, dès lors, avant de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, il lui revenait de vérifier que la directive n'était pas incompatible avec les dispositions constitutionnelles internes ou celles de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour justifier une solution radicalement nouvelle, le commissaire du gouvernement s'est lui-même réclamé de cette position dite du « pluralisme ordonné »¹¹.

Ainsi, nous serions aujourd'hui parvenus à cette situation quasi idéale où l'inconciliable – la primauté du droit communautaire d'un côté, la souveraineté des États et la suprématie de leur Constitution de l'autre – a été concilié¹². Les ordres juridiques

Atlantique et Lorraine et autres, RFDA 2007 p. 384, je souligne) ; v. aussi M. Guyomar et D. Simon, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gaz. Pal.*, 11-12 févr. 2009 p. 14 qui parlent de « transfusion » pour exprimer la même idée ; F. Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam », *JCP* 1998, I, p. 100 emploie l'expression « intégration douce » (à propos des principes du procès équitable).

⁸ Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, §7 et Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, § 17 à 20.

⁹ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*.

¹⁰ CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575.

¹¹ « La pyramide kelsenienne ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques : les droits nationaux, le droit communautaire et celui de la Convention européenne. Le pluralisme juridique est une richesse à la condition d'être ordonné », M. Guyomar, concl. sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575.

¹² M. Poiaras Maduro, concl. présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

seraient désormais dans une relation de coexistence pacifique : séparés, distincts, mais néanmoins liés les uns aux autres.

Face à une telle présentation, plusieurs attitudes sont envisageables : on peut chercher à la vérifier en la confrontant à la « réalité » ; on peut l'approuver ou la désapprouver en la confrontant à ses propres convictions ; mais on ne peut guère y demeurer indifférent. La difficulté qu'elle présente est la suivante : est-ce la description d'un état de fait ou la prescription d'un état de droit ? Or, à bien y regarder, la réponse à cette question suppose autant de subtilité que le pluralisme ordonné en revendique pour lui-même : il semble que l'on ait affaire à une thèse à la fois descriptive et prescriptive qui correspond à une stratégie politiquement efficace.

1. Une thèse à la fois descriptive et prescriptive

La part descriptive de la thèse du pluralisme est que les textes de droit positif n'organisent pas de hiérarchie entre eux mais que les ordres sont étroitement imbriqués. Ces deux affirmations méritent d'être examinées de près car elles sont loin d'être aussi simples qu'elles en ont l'air.

A. Absence de hiérarchie dans les textes ?

L'affirmation revient comme un antienne. Elle a toutes les apparences d'une description et d'une description vraie.

En effet, tant en droit international, qu'en droit communautaire ou en droit interne, des textes ou du moins des interprétations de ces textes existent qui tendent à établir assez clairement les rapports entre les systèmes. Or, la tendance propre à chaque ordre est de s'affirmer comme souverain par rapport à l'autre.

Réglons rapidement le cas du droit international qui ne peut être traité ici en détail¹³ : sa primauté sur tout le droit interne a toujours été affirmé par les juridictions

¹³ v. not. D. Alland, « Le droit international "sous" la Constitution de la V^e République », RDP, 1998, n°5/6, p. 1649 s. et la jurisprudence de la CPIJ citée, cf. CPIJ, Avis du 4 février 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Dantzig*, série A/B, n°44. V. aussi, J. H. Weiler and A. L. Paulus, « The

internationales et sans qu'elles aient jamais cherché à découper le droit interne en question afin de réserver quelque cas que ce soit.

La même primauté a été reconnue – et avec quelle constance ! – au droit communautaire par la juridiction communautaire¹⁴. La tétralogie luxembourgeoise bien connue des arrêts *Van Gend en Loos*, *Costa c/ Enel*, *Internationale Handelsgesellschaft* et *Simmenthal* a permis de poser clairement et sans faille la primauté absolue du droit communautaire sur le droit national des États membres.

Cherchant à lui faire produire des effets aussi concrets que possible, la CJCE impute au principe de primauté tout un ensemble de normes qui pèsent sur les États et notamment sur le juge national. Parmi d'autres, on peut citer l'obligation faite aux États – et donc aux juges internes – de ne pas appliquer la législation interne contraire au droit communautaire et d'empêcher la formation d'actes législatifs nationaux incompatibles avec le droit communautaire¹⁵ ; l'obligation faite aux juridictions d'engager la responsabilité de l'État mais aussi obligation d'indemniser les préjudices résultant de la méconnaissance du droit communautaire par le législateur interne¹⁶ ou encore par les juges internes¹⁷. Par ailleurs, en vertu du principe de primauté, le juge national ne saurait être le juge de la validité des actes communautaires en sorte que, si une question de cet ordre se pose à lui, il est tenu de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Certes, la cour a elle-même accepté de reconnaître au juge national – du moins lorsque ses décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne – le pouvoir

Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law ? », *European Journal of International Law*, 1997, 8, p. 545-565.

¹⁴ Et certains commentateurs y ont vu la possibilité de relire cette affirmation à la lumière de la thèse moniste défendue par Kelsen, v. I. Weyland, « The Application of Kelsen's Theory of the Legal System to European Community Law. The Supremacy Puzzle Resolved », *Law and Philosophy*, 21, 2002, p. 1-37.

¹⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, aff. C-106/77, Rec. CJCE 1978, p. 629 et CJCE, 22 octobre 1998, *Min. delle finanze c. IN.CO.GE. e.a.*, aff. C-10 à 22/97, Rec. CJCE, I-6307, not. point 21.

¹⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029. V. aussi CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. 279522, AJ 2007.577 chr. Lenica et Boucher, concl. Derepas, RFDA 2007 p. 361

¹⁷ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler c. Autriche*, aff. C-224/01, Rec. CJCE, p. I-10239.

d'examiner la validité d'un acte communautaire. Mais ce contrôle a toujours été entendu sous une extrême réserve : le juge national n'a pas pour fonction de trancher au fond la question de validité mais seulement de choisir l'une des deux branches de l'alternative suivante : ou bien il rejette les moyens invoqués par les parties parce qu'il ne les estime pas fondés et il conclut que l'acte est pleinement valide ; ou bien il estime que les moyens sont fondés et alors il est tenu de saisir la Cour d'un recours préjudiciel¹⁸.

Au plan interne, les choses sont aussi en apparence fort simples.

D'une part, la Constitution elle-même ne pose pas explicitement de hiérarchie entre elle et les traités internationaux et ses relations avec le droit international donnent lieu à des interprétations divergentes (les uns la considèrent moniste mais à primauté interne, les autres dualiste). Mais au-delà des divergences, on ne peut nier que, sur le fondement de son article 55, elle est considérée par les juges ordinaires comme la norme suprême dans l'ordre interne, en sorte que nul n'est recevable à mettre en cause sa conformité au regard de normes internationales¹⁹.

D'autre part, cette supériorité n'a en rien été entamée par les récentes décisions du Conseil constitutionnel qui, bien qu'il ait admis l'existence d'une obligation de transposer les directives, fonde cette dernière sur la Constitution elle-même et envisage des limites à cette obligation en invoquant toujours la Constitution, que ce soit sous forme d'une « disposition expresse » ou sous la forme de « règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ».

Enfin, la jurisprudence du Conseil d'État par laquelle il a récemment accepté de contrôler la conformité d'une directive à la Constitution ne peut pas non plus s'analyser

¹⁸ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Aff. C-314/85, Rec. CJCE 1987, p. 4199.

¹⁹ V. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher* et Cass. plén., 2 juin 2000, *Fraissee*.

en un revirement de jurisprudence quant à la supériorité de la Constitution dans l'ordre interne²⁰.

Si cette description est exacte, si donc les ordres juridiques se revendiquent tous comme premiers dans leur ordre, pourquoi faudrait-il qu'ils organisent une quelconque hiérarchie entre eux ? Logiquement, ils ne le peuvent tout simplement pas, précisément parce que l'organisation d'une telle hiérarchie conduirait inévitablement à la perte de la primauté revendiquée. La seule solution possible est donc de coexister et de persévérer dans son ordre comme d'autres dans leur être.

Dans ces conditions, l'affirmation initiale selon laquelle il n'existe pas de hiérarchie entre les ordres juridiques consiste en une proposition analytique – par définition, un ordre juridique étant un ensemble de normes hiérarchisées il ne peut organiser sa propre hiérarchie avec un autre ordre qui est lui-même un ensemble de normes hiérarchisées sans former avec lui un méta-ordre. Et si c'est une proposition qui plus est analytique, elle ne peut servir de fondement à aucune norme quelconque. Or, on ne peut contester que l'affirmation qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les ordres est parfois entendue dans un sens légèrement différent : elle sert bien souvent à déplorer une lacune. Mais il faut alors aussitôt ajouter que cette « lacune » n'a rien d'une lacune technique à laquelle on pourrait remédier aisément comme on le fait lorsqu'on se rend compte que telle étape d'un processus de décision a été omis par le législateur. La lacune dont il s'agit est une lacune de type axiologique par laquelle en même temps qu'on affirme constater une omission on exprime le souhait qu'il en soit autrement. Elle est donc le produit d'un jugement de valeur en faveur d'une organisation spécifique des relations entre les ordres juridiques²¹.

²⁰ Mattias Guyomar se voulait à cet égard très explicite : « le raisonnement que nous allons développer et dont nous nous efforcerons de vous convaincre du bien-fondé tient tout entier dans la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle (...) » (concl. *Arcelor*).

²¹ Chez Mattias Guyomar (concl. sur *Arcelor*), cela prend la forme suivante : « contrairement à la constitutionnalité des traités et des lois, il n'existe pas, dans notre ordre juridictionnel interne, de juge chargé de s'assurer de la constitutionnalité des directives à l'occasion de leur transposition directe par le pouvoir réglementaire. C'est pourquoi nous pensons qu'il vous appartient d'exercer ce contrôle, à l'instar de ce que fait le Conseil constitutionnel lorsque la transposition est assurée par le législateur ». Or, d'un point de vue logique, de ce que l'ordre juridique n'organise pas un tel contrôle, on ne saurait déduire que

B. L'imbrication des ordres juridiques

La thèse du pluralisme ordonné s'appuie sur une seconde affirmation : les ordres juridiques sont étroitement imbriqués ou interagissent les uns sur les autres sans que l'on puisse établir de hiérarchie entre eux. Là encore, la question se pose de savoir si l'on est face à la description d'un fait ou à la formulation d'un jugement de valeur. Ou bien c'est la description d'un fait, et alors l'examen des faits permet soit de la vérifier soit de l'infirmer. Ou bien c'est un jugement de valeur : mais alors il est invérifiable. Comment trancher ce point ?

On peut le faire en s'interrogeant sur ce que peut vouloir dire l'expression « imbrication des ordres juridiques ». L'expression semble *a priori* pouvoir désigner deux situations très différentes.

D'une part, on peut parler de l'imbrication ou de l'interaction des ordres juridiques pour rendre compte de relations formelles entre eux. Le propos portera alors non sur le contenu des normes mais sur leur forme ou leur mode de production. Ainsi, par exemple, deux ordres A et B se trouveraient dans une relation d'imbrication ou d'interaction si une autorité de l'ordre A était compétente pour décider des conditions de validité d'une norme émise par une autorité de l'ordre B. Mais peut-on rendre ainsi compte des relations entre les ordres communautaire et étatique ? La réponse est évidemment loin d'être simple.

Certes, des normes communautaires produisent des effets directs en droit interne et ces normes se substituent à d'autres normes internes ; elles peuvent, en cas de contrariété, primer ces normes internes. Il n'en demeure pas moins que les organes d'application de ces normes communautaires relèvent eux-mêmes du droit interne et aucun des ordres ne détermine la validité des normes d'un autre ordre. Ainsi, ni le juge communautaire ni le juge interne ne peut de lui-même annuler une norme d'un autre ordre ni même l'abroger. En un mot, ni les juges étatiques ni la CJCE ne sont compétents pour

le Conseil d'État doit l'exercer. La prémisse initiale est en fait cachée et la norme « le Conseil d'État doit exercer ce contrôle » repose en fait sur le jugement de valeur selon lequel il est bon qu'un tel contrôle existe.

constater l'invalidité d'une norme appartenant à un ordre juridique autre que celui qu'ils ont pour mission d'appliquer.

Certes encore, la jurisprudence *Simmenthal*, toujours elle, impose un certain comportement tant au législateur qu'au juge et l'on pourrait considérer qu'elle réalise à elle seule une imbrication formelle des ordres juridiques en ce qu'elle contient une prétention de validation des normes internes. Il n'en demeure pas moins que, même en lui reconnaissant une telle portée, elle reste, du point de vue interne, une prétention qui ne peut être concrétisée que par la reconnaissance que lui accorderont les juridictions étatiques. Et si ces dernières faisaient prévaloir le droit communautaire sur le droit interne en excipant de ce que le premier a rendu invalide le second, l'imbrication consisterait bel et bien en une hiérarchie entre les normes et donc entre les ordres. Cette situation n'est pas complètement étrangère au droit communautaire compte tenu de l'existence des recours en manquement qui peuvent donner lieu à une condamnation de l'État – ou des juges – pour violation des obligations découlant du traité sans pour autant aller jusqu'à une annulation des dispositions internes.

Ainsi, de deux choses l'une : ou bien les ordres juridiques sont effectivement imbriqués mais c'est parce que l'un prime l'autre et donc l'imbrication résulte de l'existence d'une hiérarchie entre les deux ; ou bien ils ne sont pas formellement imbriqués mais bien indépendants l'un de l'autre et la description de leurs relations en termes d'imbrication est tout simplement fausse.

D'autre part, et c'est principalement en ce sens que l'expression est d'ailleurs utilisée, on peut également parler de l'imbrication des ordres juridiques non plus pour désigner une relation formelle entre les ordres mais pour souligner la proximité matérielle (substantielle) entre les normes dont sont constitués ces ordres²². Autrement dit, l'imbrication porte sur les contenus et non plus sur les contenants. À cet égard, la situation n'est pas nouvelle : cela fait bien longtemps que l'on observe les juridictions

²² À titre d'exemple, Rapport français à la 9^e conférence des cours constitutionnelles européennes (B. Genevois et R. Badinter), RFDA 1993, p. 849 et tableaux annexes ; v. aussi D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », RFDA, 1998, p. 225-243.

étatiques se lancer dans une sorte de course-poursuite et solliciter leurs propres normes de référence afin de disposer des mêmes instruments juridiques que l'ordre communautaire ou conventionnel. Il ne sert à rien de multiplier les exemples, parfois cocasses, où les tergiversations des uns et des autres conduisent à des remises en cause de solutions considérées comme acquises. On pourrait également distinguer les diverses stratégies d'adaptation grâce auxquelles chaque juridiction tente de préserver sa propre autonomie soit en reprenant une catégorie pour lui donner un contenu différent, soit en donnant un contenu identique à une catégorie différente. On pourrait enfin souligner que dans nombre de domaines (droit de la concurrence, contrats publics...) l'origine communautaire ou nationale des textes est une question quasiment dépourvue de pertinence en sorte que les juges internes tendent, selon leurs préjugés, à privilégier une lecture communautaire ou interne des sources.

Reste que, une chose est de constater que deux normes relevant de deux ordres juridiques distincts ont le même contenu – on dira alors qu'elles coïncident –, une autre est de dire qu'elles sont imbriquées ou qu'elles interagissent, bref qu'elles forment une unité. Dans le premier cas, on constate un fait. Dans le second, on porte une appréciation. Étrangement, ceux qui se plaisent à souligner que les normes des ordres juridiques communautaire et étatique sont « imbriquées » se gardent bien d'explicitier les conditions au regard desquelles ils se sentent autorisés à passer, du constat de la coïncidence, à la nécessité de la relation. Or, s'il faut établir une relation entre deux normes qui ont le même contenu, cela ne peut se justifier qu'au regard d'une troisième norme qui prescrit cette relation. À défaut d'une telle norme, on en vient à raisonner comme si le droit pouvait se définir par son contenu et comme si la seule connaissance du contenu de certaines normes pouvait justifier à elle seule qu'elles fussent considérées comme juridiques. Mais c'est là confondre le droit et la morale ou prendre ses propres valeurs pour le droit objectif.

On peut donc enfin prendre la mesure du présupposé théorique sur lequel se fonde le pluralisme : la définition du droit qui est la sienne entend accorder autant d'importance

à la forme qu'au contenu des normes²³. Mais, et c'est toute la difficulté, cette thèse pluraliste n'abandonne pas complètement le critère formel : il ne s'agit pas, pour ses partisans, de dire que toutes les normes « identiques » forment un ensemble cohérent à lui seul et de ce seul fait. En revanche, si des normes de contenu identique sont produites par des autorités investies du même pouvoir et tendant vers les mêmes fins, alors, on doit considérer – à certaines conditions – que ces normes forment un droit commun. Or ce critère matériel, comme à chaque fois qu'on l'utilise, soulève maintes difficultés : comment reconnaître une proximité entre deux normes ? quelle règle de reconnaissance utiliser et où la trouver ? Bref, quel critère conceptuel nous permettra d'affirmer avec certitude que deux normes qui ont le même contenu relève du même ordre juridique ? Ou bien doit-on considérer qu'à défaut de relever du même ordre juridique, elles relèvent du même ordre de valeurs ? Mais alors, faudra-t-il admettre qu'il existe un ordre de valeurs supra-juridique qui nous permette d'identifier des normes dont la seule conformité à ces valeurs nous oblige à les considérer comme juridiques ?

On mesure ainsi ce que la thèse de l'imbrication des ordres juridiques porte en elle d'appréciations axiologiques : elle n'est pas une description de ce que les ordres « sont » effectivement imbriqués mais un jugement de valeur au terme duquel ils doivent être considérés comme tels car les valeurs qu'ils protègent le justifient amplement.

La thèse du pluralisme comporte également une dimension plus explicitement prescriptive et particulièrement efficace.

2. Une stratégie à la fois contrainte et efficace

²³ Ce point a été très bien perçu par M. La Torre, « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law, *Ratio Juris*, Vol. 12, N° 2, 1999, p. 182–195, not. p. 193 : « « Pluralism in this concept is moreover a criterion which implies the recommendation of a comparative evaluation of prescriptions and values and their interpretations according to a general rule of integrity. Rules receive their meaning from their reference to other ones ».

La prescription que ne dissimulent guère les tenants du pluralisme est que l'imbrication des ordres juridiques rend nécessaire l'intervention du juge pour « ordonner le pluralisme ». Mais selon le juge auquel il incombe d'« ordonner » le pluralisme, la formule peut et même doit s'entendre en deux sens : si les juges doivent certes organiser le pluralisme, ils doivent aussi s'y conformer. Mais c'est aussi dans cette dualité que réside l'efficacité politique de cette forme de pluralisme.

A. Les juges : maîtres ou esclaves du pluralisme ordonné ?

Il ne fait aucun doute que le pluralisme ordonné est une doctrine qui tend à justifier le pouvoir des juges. Ce qui permet deux questions : pourquoi les juges et comment vont-ils s'y prendre ?

1. Pourquoi les juges ?

Si ce que l'on appelle l'harmonisation des ordres juridiques ou encore la prévention des conflits entre les ordres consiste en des choix de valeurs, cette activité présente une incontestable dimension politique. On pourrait dès lors s'attendre à ce que, au nom de la démocratie, elle soit confiée à des organes politiques élus susceptibles d'un contrôle populaire. Inversement, si cette entreprise d'harmonisation est confiée à des juges, on peut penser que c'est précisément parce qu'elle est purement technique et dépourvue de toute dimension politique.

La réalité est moins simple qu'il n'y paraît : nul ne saurait contester que l'harmonisation des ordres juridiques consiste en des choix de valeurs. Et pourtant, seuls les juges paraissent compétents pour la mener à bien.

À cet égard, la variante du pluralisme que proposait Neil MacCormick (et qui lui surviva) était assez claire : non seulement des conflits sont possibles expliquait-il, mais ils ne trouveront leur résolution que dans une décision politique. Or, Neil MacCormick reconnaissait volontiers que cette décision politique pouvait sinon devait émaner de la Cour de justice. De ce que les systèmes interagissent les uns sur les autres sans que l'un ne l'emporte définitivement sur l'autre, il découle que le pouvoir interprétatif de la plus

haute des autorités habilitées à prendre des décisions au sein de chaque système doit être, pour chacun d'eux, ultime. Et il concluait : « c'est à la Cour de justice qu'il revient d'interpréter en dernier ressort les normes communautaires. Mais, parallèlement, il revient à la plus haute juridiction constitutionnelle d'interpréter ses propres normes (constitutionnelles ou autres) et, *pour cette raison*, c'est à elle qu'il revient d'interpréter l'interaction de la validité du droit communautaire avec les normes de validité du niveau le plus élevé d'un système étatique donné »²⁴. Or, c'est bien la solution à laquelle sont parvenues les juridictions nationales depuis 2004 et 2007 : le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois de transposition des directives, le Conseil d'État contrôle lui la constitutionnalité et la conventionnalité des directives, tous deux prennent donc les décisions politiques qu'imposent l'articulation entre les normes.

Mais pourquoi les juges plutôt que les représentants élus alors même que chacun mesure la dimension évidemment politique des questions soulevées ? Et compte tenu de ce que nul ne semble même y songer poser une telle question est-il seulement pertinent ? En effet, tout se passe comme si l'on admettait sans aucune difficulté, d'une part que les juges exercent bien un pouvoir et, d'autre part, qu'il est bon qu'il en soit ainsi²⁵. Ce silence révèle sans doute un autre présupposé portant, cette fois, sur la conception qu'on se fait de l'interprétation des normes à laquelle se livrent les juges et qui est très évidemment pensée comme une activité dominée par la raison pratique – la conciliation des normes ultimes des ordres juridiques conduit certes à des choix de valeurs mais des choix de valeurs éclairés par la raison²⁶.

On peut toutefois marquer quelques réserves à l'égard d'un tel présupposé.

2. Ce que « ordonner le pluralisme » veut dire

²⁴ *Questioning Sovereignty. op. cit*, chap. 5 et chap. 7, not. p. 117 s., ici p. 118.

²⁵ Ce qui n'est guère nouveau, v. G. F. Mancini and D. T. Keeling, « Democracy and the European Court of Justice », *The Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, n°2, p. 175-190.

²⁶ On ne peut qu'insister sur le sous-titre du livre de Neil MacCormick tel qu'il figure sur la couverture (mais qui a disparu de la page de garde intérieure) : « Law, State and Practical Reason » ; v. aussi N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, Vol. 65, 2002, p. 317-359, not. p. 333.

Selon une présentation que l'on qualifiera par commodité de « classique », les juges ont pour fonction d'appliquer le droit existant. Ils peuvent, dans certains cas, avoir besoin de procéder à une interprétation afin de découvrir « la » signification d'un texte et ils disposent pour ce faire de certaines « méthodes ». Ainsi, l'application du droit par les juges est une activité de la raison. Cette conception classique souffre bien évidemment d'une singulière ambiguïté : si rechercher « la » signification d'un texte suppose de choisir entre plusieurs méthodes, quelle sera la règle susceptible de dicter ce choix ? Et si cette règle n'existait pas, comment maintenir cette idée que les textes ont une signification vraie ou objective ?

Cette thèse classique n'est, on le sait, pas seulement ambiguë. Elle repose sur des présupposés indémontrables sinon tout à fait erronés. Ainsi, premièrement, tout texte peut recevoir deux significations différentes, ne serait-ce que dans le temps. Deuxièmement, toute application d'un texte suppose nécessairement qu'une signification lui soit attribuée car le texte ne se confond pas avec la norme : la seconde est distincte du premier en ce qu'elle constitue précisément sa signification juridique. Il n'y a donc pas de norme sans interprétation. Troisièmement, l'interprétation ne porte pas que sur un texte ou un fragment de texte mais aussi sur des ensembles de textes. Quatrièmement, enfin, les prétendues méthodes d'interprétation ne permettent nullement d'atteindre le vrai sens d'un texte, pour la bonne raison qu'aucune ne s'impose plus qu'une autre et parce que, en outre, aucune n'est elle-même susceptible d'une définition objective²⁷. Le choix d'une méthode au détriment d'une autre n'est donc pas dicté par la raison mais par la finalité que l'on souhaite atteindre. Autrement dit, en droit, interpréter c'est attribuer volontairement une signification à un texte²⁸ ou, pour le dire clairement, exercer un pouvoir²⁹ et les prétendues méthodes d'interprétation ne sont pas dictées par les textes que les juges doivent appliquer mais par les normes

²⁷ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris Dalloz, 1962, p. 458 s.

²⁸ V. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, chap. V.

²⁹ Dire cela n'a rien de très novateur. Montaigne, avant d'autres, l'avait très bien compris : « l'opinion de celui-là ne me plaît guère qui pensait, par la multitude des lois, brider l'autorité des juges, en leur taillant leurs morceaux. Il ne sait point qu'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon » (*Essais*, L. III, Chap. XIII, « De l'expérience »).

qu'ils souhaitent en tirer : elles leur servent à justifier leurs choix interprétatifs. Dans ces conditions, la part que la raison pratique prend à ces choses insignes, nul ne le sait. Mais la part de la volonté, elle, est éclatante. Il reste que ces choix répondent à certaines nécessités ou contraintes. Mieux : on peut, en s'attachant aux méthodes d'interprétation privilégiées par les juridictions, identifier les objectifs qu'elles visent.

Mais en ce qui concerne les relations entre les ordres juridiques, les méthodes choisies par les juges ne sont pas identiques pour des raisons qui tiennent à des contraintes liées à l'organisation et à la distribution du pouvoir interprétatif – la raison, fût-elle pratique, n'est pour rien dans l'affaire. Il faut en effet distinguer entre le juge interne et le juge communautaire. Le moyen par lequel le second ordonne le pluralisme est et demeure l'interprétation téléologique. Le premier est en revanche contraint d'adopter une interprétation conforme. Les deux méthodes d'interprétation ne sont en réalité que deux variantes de l'interprétation systémique³⁰ : toutes deux ont pour premier objectif de dissoudre ou de prévenir les antinomies en évitant de tirer d'une disposition textuelle une norme qui serait incompatible avec une autre norme elle-même tirée soit d'une autre disposition du même texte soit d'une autre disposition d'un texte différent soit encore d'un ensemble de dispositions que l'on rassemblera en parlant d'un « système ». Pour autant, le choix de l'une ou l'autre ne répond pas aux mêmes nécessités.

Pour le juge communautaire, l'interprétation téléologique a toujours été entendue comme une interprétation systémique au sens large, dans laquelle il s'agit de confronter une norme tirée d'une disposition à un ensemble de normes tirées quant à elles du « système juridique communautaire » ou de l'ordre juridique tout entier³¹. Le bénéfice de cette méthode est aisé à saisir : parce qu'elle justifie que chaque disposition objet de l'interprétation soit rapportée à un ordre qui la dépasse et dans lequel elle est censée s'intégrer, l'interprétation téléologique permet donc de faire deux choses à la fois : en

³⁰ V. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 167 s. et P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, 2007, chap. II et IV.

³¹ V. par ex., M. Poiars Maduro, « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », texte d'une conférence prononcée à la Cour de Cassation, Paris, le 17 décembre 2008 et disponible à l'adresse suivante : <http://www.network-presidents.eu/spip.php?rubrique89&lang=fr>.

même temps qu'elle justifie le choix d'une signification attribuée à une disposition, elle permet de postuler l'existence de cet ordre et sa singularité et de régler ainsi, par prétérition, la délicate question du fondement de cet « ordre juridique ». Le tour est joué.

Pour le juge interne, qu'il s'agisse comme en France et compte tenu de la jurisprudence de 1975, du juge constitutionnel ou du juge administratif³², dans le contexte actuel des relations entre juridictions, la conciliation des normes ultimes suppose le choix de cette technique que l'on appelle communément l'interprétation « constructive » ou « harmonisante » ou encore « conforme ». L'interprétation que l'on dit conforme revient à solliciter un texte afin d'en tirer une norme conforme à une autre hiérarchiquement supérieure. Si l'activité d'interprétation est en droit le résultat d'un choix, l'interprétation conforme l'est doublement puisqu'à l'attribution d'une signification à un texte, s'ajoute l'attribution d'une finalité à laquelle on subordonne le choix de la signification. Ce choix résulte lui-même d'une contrainte insurmontable et conduit le juge interne à faire prévaloir les normes communautaires sur les normes internes.

En effet, si après s'être reconnu compétent pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des normes ultimes de son ordre juridique au nom de la suprématie de la constitution, le juge étatique concluait à un conflit de normes, il ne pourrait en garantir l'issue puisque la cour de justice, de son côté, dispose elle aussi du pouvoir d'interpréter ces normes et d'organiser autrement les rapports entre elles. Mieux, elle dispose, en vertu de l'article 234 TCE, d'une norme de droit positif qui lui confère ce pouvoir d'interprétation authentique unique de l'ordre communautaire et justifie que les juges étatiques s'abstiennent de toute interférence.

Certes, cette même norme peut aussi faire l'objet d'interprétations de la part des juges étatiques afin de tempérer l'obligation qui leur est faite de s'abstenir d'interpréter les textes communautaires. On sait que le Conseil d'État a longtemps utilisé la « théorie » de l'acte-clair afin de se soustraire à son obligation pour ensuite l'abandonner et se

³² On ne peut rendre compte ici des conséquences qui découleront de l'entrée en vigueur de la future loi organique sur la question de constitutionnalité.

reconnaître clairement lié par les interprétations de la Cour, y compris lorsqu'elle a statué *ultra petita*³³.

À cet égard, on ne peut manquer de souligner l'habileté avec laquelle Mattias Guyomar a su sinon détourner du moins utiliser à son profit l'arrêt *Fotofrost* afin de justifier que le juge administratif en général et le Conseil d'État en particulier s'empare de l'interprétation des actes communautaires de droit dérivé. L'arrêt posait la règle que les juridictions internes ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires mais il réservait aux « juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne » la faculté « d'examiner la validité d'un acte communautaire, et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, [de] rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide »³⁴. Or, il est peu contestable que les décisions du Conseil d'État ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel en droit interne. À ce stade, on est bien en peine de trouver dans l'arrêt *Fotofrost* un moyen de justifier un éventuel contrôle de la validité des directives par le Conseil d'État. C'est pourtant de lui que se réclame Mattias Guyomar par le truchement d'une interprétation elle-même conforme de la compétence qu'il entend reconnaître au Conseil d'État. Sa

³³ CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société De Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, AJ 2007.136 chr Landais et Lenica qui opère un revirement au regard de l'arrêt CE, 26 juillet 1985, *ONIC c. Maïseries de Beauce*.

³⁴ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Aff. C-314/85, Rec. CJCE 1987, p. 4199, points 14 et 15. L'arrêt continue : « Cette solution est commandée, en premier lieu, par l'exigence d'uniformité dans l'application du droit communautaire. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient en effet susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique. Elle est imposée, en second lieu, par la nécessaire cohérence du système de protection juridictionnelle institué par le traité. Celui-ci a, en effet, par ses articles 173 et 184, d'une part, et 177, d'autre part, établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. L'article 173 attribuant compétence exclusive à la Cour pour annuler un acte d'une institution communautaire, la cohérence du système exige que le pouvoir de constater l'invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit également réservé à la cour. Cette répartition de compétence est susceptible de recevoir des aménagements sous certaines conditions dans l'hypothèse d'une contestation de validité soulevée, devant le juge national, dans le cadre d'une procédure de référé. » Mancini défendait la thèse selon laquelle : « le juge national qui nourrit des doutes sur la validité de la disposition communautaire devra surseoir à statuer et saisir la Cour (...). En revanche, rien n'obligera notre magistrat à vous saisir si une partie lui demande *de ne pas appliquer un acte et s'il estime qu'il y a lieu de rejeter ses moyens* ».

stratégie consiste à dire que le Conseil d'État peut examiner la validité d'une directive précise et inconditionnelle *tant qu'il* ne porte pas atteinte à l'exigence d'uniformité dans l'application du droit communautaire ou à la compétence exclusive de la CJCE pour constater l'invalidité des directives³⁵ : une interprétation donc et en aucun cas l'annulation d'une norme communautaire par le juge interne. Or, la prémisse qui seule peut fonder ce raisonnement est que, dans le cadre de ce contrôle, les juges internes reconnaissent que le principe de primauté du droit communautaire en tant qu'il impose aux juges internes de ne jamais porter atteinte au monopole de la Cour de justice en matière d'interprétation et de contrôle de la validité de actes communautaires³⁶ prévaut sur le principe de souveraineté de l'État.

On mesure ainsi assez bien que le pouvoir d'interprétation que se reconnaissent les juges étatiques lorsqu'ils s'emploient à contrôler la constitutionnalité ou la conventionnalité des directives communautaires est bel et bien un pouvoir de participer à la production de la signification des énoncés du droit communautaire et non un pouvoir d'annuler un acte communautaire au nom de la Constitution ou de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, ce pouvoir ne s'exerce pas avec la même liberté que celle de la CJCE : en réalité, ce n'est au mieux qu'un pouvoir de suggérer une interprétation des actes de droit dérivé au regard des normes ultimes du droit communautaire et du droit national, au pire, un pouvoir d'adaptation du droit interne aux exigences du droit communautaire par le truchement d'une interprétation conforme.

³⁵ C'est précisément le sens de son argument selon lequel le contrôle que le juge interne exerce sur les directives consiste uniquement à « écarter un moyen d'invalidité au bénéfice d'une interprétation conforme » et qu'un tel contrôle « ne constitue rien d'autre qu'une interprétation », v. M. Guyomar, concl. sur CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575 s.

³⁶ v. aussi CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA contre Ministère de la santé*, Aff. C-283/81, Rec. 1982, p. 3415 : « une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ».

Cette participation suppose encore deux instruments supplémentaires : l'interprétation par analogie et l'interprétation extensive qui, elles aussi, constituent des variantes de l'interprétation systémique.

On a dit combien la thèse pluraliste reposait sur l'idée d'un contenu identique des ordres juridiques dont les normes seraient elles-mêmes imbriquées. Or, précisément, encore faut-il se donner les moyens d'identifier des contenus comme identiques. Pour cela, il n'est d'autre solution que de recourir à l'analogie ou à l'interprétation extensive. Bien évidemment, dans ce cas comme dans tous les autres, l'analogie ou l'extension auxquelles on aura recours ne sont nullement vérifiables et n'obéissent en rien à la logique. Mais elles sont fort utiles puisqu'elles permettent de justifier que les juges s'échappent de leur ordre et se transportent dans un autre sans pour autant soumettre l'un des ordres à l'autre ni les fusionner, du moins formellement parlant. C'est exactement à cela qu'est utilisée l'analogie dans les conclusions de Matthias Guyomar sur *Arcelor* lorsqu'il décrit l'opération de « translation » à laquelle il invite le Conseil d'État lorsque ce dernier est saisi d'un moyen d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle³⁷. Grâce à l'analogie, on crée l'illusion qu'un ordre normatif préexiste à l'intervention du juge et que ce dernier se contente de l'organiser : la translation peut alors suggérer une opération de « traduction » du droit interne dans le droit communautaire (et inversement) et le juge être présenté comme un « aiguilleur » – comme si, en droit, organiser un ordre juridique pouvait désigner une activité cognitive non une activité (de production) normative.

Or, sauf à croire que les significations existent indépendamment de nous, tout le problème de l'analogie que l'on établit entre deux termes est bien évidemment de savoir au regard de quel autre – et troisième – terme cette analogie se justifie. Si l'on osait filer la métaphore anglicisante de la « translation » comme « traduction », la question serait celle du dictionnaire susceptible de garantir que le juge ne se perde pas dans les labyrinthe de la traduction.

³⁷ Description que le Conseil d'État reprend dans sa décision *Arcelor*.

À cet égard, l'interprète peut s'imposer une limite dans le choix de ce troisième critère justifiant l'analogie afin de conférer à cette dernière une plus grande objectivité. En l'espèce, nul doute que les juges peuvent tirer parti d'une catégorie de sources dont ils sont seuls maîtres : la catégorie des principes généraux qu'ils trouvent aussi bien dans le droit communautaire que dans le droit interne ainsi que les « droits fondamentaux ». Mieux, ils pourront même espérer identifier ces droits ou ces principes en invoquant l'article 6 du Traité UE³⁸ comme l'a fait le Conseil d'État lui-même en affirmant que « les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire »³⁹. Il suffit ensuite de qualifier les principes d'analogues pour justifier une interprétation conforme des dispositions qui en sont l'expression ou, au choix, un recours préjudiciel auprès de la CJCE.

Il reste que la connaissance d'une source formelle se référant à ces valeurs ne suffit pas à connaître ces dernières : encore faudra-t-il interpréter cet article et nul ne peut garantir que les dispositions de cet article seront toutes interprétées de la même façon. On pourrait même ajouter que le propre des dispositions morales ou axiologiques – telles celles de l'article 6 TUE – est de multiplier les risques d'interprétations divergentes. Mais précisément, pour prévenir ou dissoudre les divergences dont le constat contredirait la thèse d'une universalité de ces valeurs, on se trouve contraint d'en accroître la généralité par universalisations successives⁴⁰. Or, dans le contexte qui est le nôtre, la liberté dont disposera le juge interne pour procéder à ces interprétations universalisantes sera étroitement dépendante sinon tout à fait subordonnée à

³⁸ Art. 6 TUE (2002) : « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. 2. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. 3. L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres. 4. L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques. »

³⁹ CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, RFDA 2008 p. 575.

⁴⁰ v. J. L. Mackie, *Inventing Right and Wrong*, London, Harmondsworth, 1977, chap. 4 et E. Bulygin, « Objectivity of Law in the View of Legal Positivism », *Analisi e Diritto*, 2004, p. 219-227.

l'intervention de la CJCE. Et cela, y compris lorsque, « saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle », le juge administratif entreprendra de « rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » devant lui. En effet, le juge interne ne pourra se contenter d'un simple constat d'existence ou d'inexistence des mêmes principes dans les deux ordres. Il lui faudra, qu'on nous pardonne la lourdeur de l'expression, interpréter les interprétations de la CJCE et celles des autres juges internes (le Conseil constitutionnel) au regard d'un troisième terme dont on peut raisonnablement penser qu'il est moins cet ordre objectif et abstrait de valeurs communes aux États membres que les juges invoquent comme les oracles les dieux qu'un ordre de valeurs résultant de choix opérés par certains juges plutôt que d'autres. À cet égard, sans même remettre en cause la sincérité de la démarche adoptée dans l'arrêt *Arcelor*, il faut souligner que le juge administratif sera, pour ce qui le concerne, contraint de ne pas interférer avec les principes dégagés par le juge constitutionnel, lequel sera lui-même contraint de ne pas interférer avec la CJCE. Qui plus est, compte tenu du critère retenu par le Conseil constitutionnel pour limiter l'obligation de transposition des directives – l'atteinte à « des règles ou des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » –, dont chacun peut mesurer l'éloquence, sinon la grandiloquence, et qui condamne le Conseil constitutionnel à la parcimonie dans son utilisation.

Dans ces conditions, le choix des techniques d'interprétation n'est nullement dicté par des valeurs universelles ou objectives mais il résulte des contraintes systémiques auxquelles est soumis l'organisation du pouvoir d'interprétation des sources formelles. Pour le dire autrement, quand bien même les valeurs que les juges cherchent à protéger imposeraient le choix d'une technique d'interprétation, ces valeurs pèseraient de toutes les façons d'un poids bien plus faible que les impératifs d'organisation et de distribution du pouvoir d'interprétation dans l'Union européenne. Mieux encore, et au risque de la

répétition, en l'absence de ces valeurs, ce choix résulterait des contraintes inhérentes à la hiérarchie des interprètes, pour paraphraser le Conseil d'État.

Ainsi, ordonner le pluralisme s'entend d'une reconnaissance de la supériorité sinon formelle du moins axiologique du droit communautaire⁴¹. Mais c'est aussi une stratégie politiquement efficace pour créer l'illusion que les juges parlent la même langue et peuvent donc poursuivre le « dialogue » qui est si propre à pacifier les relations entre les ordres.

B. Une stratégie politiquement efficace

Si le recours aux valeurs ne préside pas aux choix des techniques d'interprétation des dispositions que les juges doivent appliquer, il peut cependant aisément se comprendre comme le résultat d'une contrainte de justification de leurs décisions par les juges.

En effet, dès lors que les juges internes veulent s'emparer d'une part – aussi modeste soit-elle – du pouvoir d'interprétation des dispositions communautaires et donc tempérer quelque peu le principe de l'application uniforme de ce droit sur le fondement duquel la CJCE se reconnaît une compétence exclusive, tout en prétendant rester soumis au principe de souveraineté des États membres, l'invocation de valeurs supérieures aux ordres juridiques et desquelles ces derniers procèderaient est un excellent – sinon le seul – moyen de donner l'illusion d'une unification matérielle à défaut d'unité formelle. Mieux, en reconnaissant implicitement mais nécessairement la supériorité de ces valeurs communes sur toutes les autres, ils semblent enfin parler ce discours de l'intégration qui sert de justification au pouvoir de la CJCE depuis 1963⁴². C'est encore ce recours aux valeurs qui permet, du côté de la CJCE, de justifier que la primauté reconnue au droit

⁴¹ En réalité, Neil MacCormick reconnaissait que la position dite « pluraliste » – qu'il finissait par appeler « pluralisme à primauté internationale » – était « un genre de monisme à la Kelsen ». Mais pour autant, à la différence de Kelsen, il reconnaissait que des conflits étaient possibles sans pour autant être inévitables et que de nombreuses voies existaient afin précisément de les éviter sans que le fait d'emprunter de telles voies réduise cette pluralité à une unité, *op. cit.*, p. 121.

⁴² V. L. Azoulay, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », RFDA, 2003, p. 859 s. et G. Itzcovich, « Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale », *Diritto pubblico*, 3, 2005, p. 749-786 ainsi que Id., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, 2006, p. 382 s.

communautaire ne porte jamais atteinte à l'identité constitutionnelle des États membres et qu'ils ont donc toute les raisons de l'admettre. Bref, affirmer l'existence d'une communauté de valeurs est d'autant plus nécessaire aux juges que cela leur fournit un moyen de dissoudre la question de savoir à quel ordre appartient la norme ultime qui sert d'unité aux normes qu'ils créent. Cette argumentation obéit donc à la même stratégie que le cognitivisme éthique qui l'inspire : en même temps qu'elle affirme que les deux ordres partagent les mêmes valeurs, elle présuppose que ces valeurs existent et qu'il suffit aux juges d'en reconnaître la communauté pour en saisir l'objectivité⁴³. Ainsi, contrairement aux apparences, ce n'est pas l'existence objective et accomplie d'une communauté de valeurs qui fonde le pluralisme mais c'est bien ce dernier qui rend nécessaire l'hypothèse de la première.

Dans ces conditions, on ne peut douter de ce que le pluralisme ordonné, par sa dimension à la fois descriptive de ce qui semble évident à chacun et prescriptive de ce qui semble désirable au plus grand nombre, jouit d'une efficacité politique redoutable. À l'heure où l'on s'interroge sur les raisons d'être de certaines réglementations nationales, cette doctrine fournit aux juges étatiques – et plus particulièrement aux juridictions suprêmes – une justification de leur existence face au pouvoir de la CJCE et, à cette dernière, une garantie que son monopole interprétatif ne sera pas entamé quand bien même les juges participeraient à l'interprétation du droit communautaire. En effet, sous couvert d'ordonner le pluralisme, les juges internes délèguent en définitive à la CJCE le soin d'écarter le droit interne en cas de conflits et peuvent ainsi prétendre « concilier l'inconciliable » ; mieux encore, ils peuvent espérer contraindre la CJCE sinon à intégrer du moins à entendre leur suggestions interprétatives. À cet égard, les

⁴³ Pour une illustration de cette stratégie, v. M. Poiars Maduro, concl. présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, point 17 : « L'article 6 TUE se borne à expliciter ce qui résultait déjà de cette exigence existentielle, à savoir que l'examen de la compatibilité des actes communautaires avec les valeurs et principes constitutionnels des États membres ne peut être effectué qu'au travers du droit communautaire lui-même et est limité, pour l'essentiel, aux valeurs fondamentales qui font partie de leurs traditions constitutionnelles communes. Le droit communautaire ayant ainsi intégré les valeurs constitutionnelles des États membres, les constitutions nationales doivent adapter leurs prétentions à la suprématie, afin de respecter l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire dans son champ d'application ».

juges étatiques ayant le plus à perdre dans le mouvement de fédéralisation de l'Union européenne, ce sont eux qui ont aussi tout intérêt à convaincre la Cour de ce que le pluralisme doit pouvoir être ordonné dans un mouvement de *bottom-up* plutôt que de *top-down*, comme on dit en français contemporain. On comprend alors qu'ils cherchent à se constituer d'eux-mêmes en juridictions-filtres de la Cour de Luxembourg avant que cette dernière ne le fasse sous couvert de l'autorité d'éventuels textes. Car c'est bien de cela qu'il s'agit : en s'arrogeant le pouvoir de contrôler la conformité des directives précises et inconditionnelles à la Constitution et à la Convention européenne, les juges internes s'octroient une compétence nouvelle, mais une compétence dont ils savent fort bien – ils le disent ouvertement – qu'ils l'exerceront d'autant plus facilement qu'ils manifesteront leur adhésion aux interprétations de la CJCE et de son éventuelle action. On pourrait donc croire qu'ils ont réussi à s'émanciper de la CJCE. En réalité, ils ne feront que ce qu'elle voudra bien leur laisser faire et ils se constituent, de fait, en juridictions du droit communautaire, soumises à la primauté de ce dernier et au principe de son application uniforme. Voilà la norme ultime qui, par-delà les valeurs dont l'invocation répond à des nécessités stratégiques et non éthiques, permettra aux juges de justifier leur action.

Contrairement à ce que d'aucuns aimeraient croire, les juges internes n'échapperont donc pas à la « hiérarchie des normes ». Encore faut-il comprendre cette expression non pas comme désignant un ensemble (de textes ni de normes) donné une fois pour toutes ni comme une vérité absolue selon laquelle certaines normes sont par elles-mêmes supérieures à d'autres en vertu d'une qualité intrinsèque mais comme un mode de raisonnement propre aux juristes et par lequel ils produisent le droit⁴⁴. Parler de hiérarchie des normes, c'est dire qu'une norme juridique n'existe qu'à la condition d'être insérée dans une hiérarchie elle-même identifiée comme juridique grâce à une norme de référence, une norme ultime, une norme « fondamentale », un « critère

⁴⁴ v. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), trad. fçse B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 170 et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris Dalloz, 1962, p. 273.

conceptuel »⁴⁵ qui donne à cette hiérarchie son unité. Or, si l'on veut décrire la hiérarchie aujourd'hui en vigueur, il faut admettre que ce ne sont pas les constitutions nationales qui dominent mais bien les valeurs dites communes, en précisant aussitôt que ces valeurs sont telles que les interprètent la CJCE et telles qu'elle a le pouvoir d'en imposer la signification aux juges nationaux.

Ainsi, le succès que connaît cette doctrine du pluralisme ordonné témoigne de ce que la question de la nature de l'Union européenne est en voie de résolution et dans de bonnes mains. Sa dimension historique ne saurait être négligée : elle correspond à une certaine organisation du pouvoir à un moment donné. En l'absence de constitution européenne, elle sert aux juges à jeter les fondements d'une organisation dans laquelle coexistent plusieurs systèmes de normes imputées à des États qui sont à leur tour tous dominés par un système de normes lequel détermine le champ de validité matérielle de leurs propres normes et pour lequel il existe un interprète unique en la personne d'une cour suprême – un État fédéral ?

Pierre Brunet

Univ. Paris Ouest Nanterre

CTAD UMR CNRS 7074

⁴⁵ E. Bulygin, « Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos », *Doxa*, 1991, 9, p. 257-279.