

L'ARTICULATION DES ORDRES JURIDIQUES EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ET LA RESURGENCE DE LA SUPREMATIE DE LA CONSTITUTION

Nilsa ROJAS-HUTINEL
ATER en Droit Public
Doctorante en Droit de l'Union européenne
SDIE – Université Paris Est Créteil

« La galaxie juridique contemporaine est constituée de planètes qui évoluent les unes par rapport aux autres et dont la course se croise à de multiples reprises. Ce ballet devrait être réglé par les lois de la mécanique céleste, mais le Grand Architecte ne semble guère s'en être soucié »¹.

L'évolution des différents ordres juridiques a posé très tôt la problématique des rapports de système. Aucune règle n'a été créée, à l'origine, pour *démêler* les contradictions normatives qui n'ont pas tardé à survenir. L'articulation des ordres juridiques relève davantage de principes prétoriens et de théories empiriques.

Ainsi, faire un rapprochement entre le système de la Convention et le système de l'Union européenne dans le cadre de la protection des droits fondamentaux n'a pas toujours été aisé tant l'objet de ces deux systèmes juridiques différait à leur origine.

Effectivement, le système de la Convention visait dès sa formation à protéger les droits fondamentaux tandis que les traités fondateurs de la Communauté contenaient le projet d'une intégration économique qui pourrait, sur le long terme, déboucher sur une union politique protégeant également les droits fondamentaux. L'Union européenne ne fit de leur protection un objectif que dans le courant des années 1970.

Toutefois, l'évolution considérable des deux systèmes que sont celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et celui de l'Union européenne rend leur rapprochement possible. L'activisme du juge communautaire et l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux marquent la conversion du système de l'Union européenne en un véritable protecteur des droits fondamentaux. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme en affirmant que la Convention n'est pas un texte à interpréter de manière littérale, mais bien « un instrument vivant »² à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, a pu s'assurer de garantir une amélioration dans la protection des droits fondamentaux. Dès lors, tant pour le système de la Convention EDH que pour l'Union européenne, la volonté de l'amélioration continue de la protection semble constituer un objectif majeur.

Or, si ces deux systèmes sont parvenus à un tel niveau d'efficacité, c'est qu'ils attribuent aux individus la possibilité d'invoquer les droits qu'ils consacrent devant un tribunal voire, dans certains cas, devant la Cour de justice du système en question (dont les

¹ J. -P. JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1 n°69, p. 9.

² Voir en ce sens CEDH, *Tyler c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72, A. 26, § 31.

décisions revêtent de l'autorité de la chose jugée). Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne comme la Cour EDH peuvent, en cas de violation du droit, sanctionner les Etats qui seront alors tenus de se mettre en conformité.

Le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales présentent donc des caractéristiques propres qui permettent d'assurer une prégnance remarquable sur le Droit national³.

Dans ce contexte, l'activisme du juge de la Convention EDH et la poursuite de l'intégration du droit de l'Union européenne conduit à effectuer deux constats. D'une part, la Cour EDH semble laisser de moins en moins de marge d'appréciation aux Etats Parties. Rappelons que, depuis l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976⁴, la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît aux législateurs nationaux et aux juridictions internes une marge d'appréciation pour appliquer la Convention. Cette notion répond à une logique de respect des spécificités des Etats membres. En effet, « la notion permet d'essayer de concilier les exigences de la construction européenne et la sauvegarde du pluralisme juridique »⁵. Néanmoins, tel que la Cour EDH l'a affirmé dans un arrêt de principe du 23 mars 1995⁶, la Convention EDH représente un instrument « constitutionnel de l'ordre public européen ». C'est sur ce fondement que la Cour a pris le parti d'interpréter le texte de la Convention EDH de façon progressiste, son objectif étant de rendre effectifs et concrets⁷ les droits consacrés.

D'autre part, l'activisme de la Cour de justice de l'Union européenne (ci après, CJUE) couvre des domaines toujours plus divers au sein des ordres juridiques des Etats membres.

Dès lors, les relations entre ordres juridiques européens et nationaux, qui paraissent trouver une forme d'accalmie, ont récemment été perturbées par les manifestations des cours constitutionnelles nationales et des institutions des Etats européens, faisant ici ressurgir des conflits que l'on semblait vouloir éviter⁸. Les récentes prises de position des représentants des institutions nationales ainsi que les décisions des juridictions suprêmes des ordres juridiques nationaux renouent avec le discours de la « suprématie de la norme constitutionnelle » sur fond de débat de souveraineté. Chacun connaît l'expansion de la règle de la supériorité hiérarchique de la Constitution qui, avant le développement du droit international et, par là

³ L'Union européenne, d'une part, a éprouvé au fil du temps sa distinction vis-à-vis des organisations internationales classiques en présentant des caractéristiques propres à un Etat fédéral tout en ménageant les souverainetés nationales. Cette nature juridique syncrétique trouve des résonances patentes dans la règle de la primauté du Droit communautaire sur l'ordre juridique national énoncé dans l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*. Dans cette optique, le Droit national doit être écarté en cas d'incompatibilité avec le Droit communautaire. D'autre part, bien que le Conseil de l'Europe ne puisse prétendre à une nature aussi spécifique que celle de l'Union européenne, la même logique se retrouve dans l'application du Droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lequel bénéficie de l'effet direct et d'un système de garantie juridictionnelle visant à garantir la protection effective des droits consacrés.

⁴ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §48.

⁵ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^{ème} éd. Paris 2005, p. 48.

⁶ Cour EDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*,

⁷ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*

⁸ Voir en ce sens A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, l'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Pedone, Paris 2010, p. 110 : « La question des éventuels conflits entre droit communautaire et législation nationale étant désormais – et dans tous les Etats membres – résolues au profit du premier, le débat s'est récemment vu hausser au niveau constitutionnel ».

même, des ordres juridiques internationaux, suffisait, le plus souvent à résoudre les conflits de contradiction entre les normes nationales. Ce système, théorisé par Hans Kelsen⁹, a participé à l'édification de la règle de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne.

Ces éléments conduisent à s'interroger sur la pertinence de la résurgence de la suprématie de la Constitution dans une relation de plus en plus enchevêtrée des protections des droits fondamentaux.

En explorant l'actualité juridique récente sous l'angle du prisme des droits fondamentaux, nous pourrions constater que, si les institutions nationales semblent réaffirmer la suprématie de la Constitution pour faire primer, dans certaines circonstances, leur ordre juridique (I), leur approche ne semble pas pour autant mettre à mal l'édification du pluralisme juridique (II).

I. Une suprématie visant à protéger la conception nationale des droits fondamentaux

Devant l'activisme du juge de la Convention EDH et face à une intégration du droit de l'Union européenne de plus en plus poussée, certains Etats se sont placés sur le terrain du principe de la suprématie de leur ordre juridique interne qui remplit alors une double fonction.

D'une part, la résistance exprimée par certaines institutions face aux arrêts rendus par la Cour EDH les condamnant pour non respect des droits protégés par la Convention a été l'occasion pour elles d'exprimer leur volonté de rediscuter les termes qui associent leur Etat aux traités de manière à leur concéder une plus grande marge de manœuvre. Ladite marge devrait leur permettre d'opposer un refus à l'exécution des arrêts lorsque l'Etat estime que ceux-ci portent atteinte aux principes fondateurs de leur ordre juridique (A).

D'autre part, réagissant à la crainte de voir leur ordre juridique absorbé par les ordres juridiques supranationaux, les Cours constitutionnelles ont décidé de tirer de la suprématie de la norme suprême dans l'ordre interne, une compétence pour protéger les principes essentiels au maintien de l'intégrité de leur ordre juridique national (B).

A. Le fondement de la résistance des principes fondateurs de l'ordre juridique national

Alors que la protection des particuliers au sein des Etats membres (de l'Union européenne) et Parties à la Convention s'accroît corrélativement à l'évolution de la construction des ordres juridiques européens¹⁰, la condamnation des Etats en cas de violation est rendue également de plus en plus efficace et atténue leur marge de manœuvre. L'Union européenne prévoit une procédure de recours en manquement visant les Etats membres ayant violé les obligations qui leurs incombent en vertu des traités¹¹. De la même manière, le système de la convention EDH prévoit qu'en cas de manquement aux dispositions de la

⁹ Théorie exposée dans son ouvrage *La théorie pure du droit*, publié en 1934. Cette théorie consiste à créer une organisation structurelle dans laquelle la validité objective d'une norme est liée à la procédure de sa formation. La norme est ainsi valide si elle est conforme à la norme supérieure et respecte les règles procédurales d'édition. En remontant de degré en degré dans cette hiérarchie, on trouve, au sommet, la norme constitutionnelle qui chapeaute l'ensemble du système pyramidal.

¹⁰ Entrée en vigueur du Protocole 14, entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux.

¹¹ Articles 259 et 260 TFUE.

Convention par un Etat Partie, celui-ci pourra faire l'objet d'une sanction¹². Ces diverses procédures, en cas de constatation de la violation, obligent les Etats à se mettre en conformité sous peine de se voir infliger des sanctions¹³.

Ainsi, les Etats membres de l'Union européenne ou les Hautes Parties contractantes à la Convention EDH se sont engagés à respecter l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour EDH en cas de constatation de manquement. Or, force est de constater que depuis quelques années, la réduction de la marge de manœuvre des Etats face à l'activisme du juge de l'Union européenne et à l'interprétation progressiste de la Cour EDH fait de plus en plus souvent l'objet de contestation.

Le cas de l'affaire *Hirst contre Royaume Uni*¹⁴ est, à cet égard, symptomatique de la contestation de l'application des arrêts de la Cour EDH. L'arrêt rendu le 6 octobre 2005 par la Cour EDH condamnant le Royaume Uni n'a, à ce jour, toujours pas été exécuté par le Royaume Uni.

En l'espèce, la Cour EDH avait reconnu l'incompatibilité entre l'article 3 du Protocole n° 1 de la CEDH qui garantit le droit à des élections libres et la législation britannique¹⁵ qui pose la règle du retrait systématique du droit de vote à ses détenus y compris pour les élections européennes¹⁶. Face à cette privation générale et automatique du droit de vote pour les détenus condamnés, posé par une loi jugée « sans nuances », la Grande Chambre de la Cour EDH estime que « pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassé une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1 »¹⁷.

Le Royaume Uni n'ayant pas rectifié sa législation dans ce domaine malgré le contrôle accru du Comité des ministres¹⁸, de nouvelles affaires ont été portées devant la Cour EDH pour des faits similaires à ceux de l'affaire *Hirst c. Royaume Uni*. Effectivement, le Comité des ministres a pu exprimer, à de nombreuses reprises, sa préoccupation face au retard pris dans la mise en conformité de la législation britannique vis-à-vis de la Convention¹⁹. Ainsi, constatant que les élections législatives britanniques du 6 mai 2010 se sont déroulées sans que les détenus n'aient pu prendre part au vote, le Comité des ministres a réaffirmé pour la

¹² L'article 33 de la Convention EDH prévoit que « Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une Haute Partie contractante ».

¹³ Voir article 46 de la Convention EDH et article 260 TFUE.

¹⁴ CEDH, grande ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume Uni* (No 2), req. n°74025/01.

¹⁵ L'interdiction électorale sur les prisonniers condamnés est visée à l'article 3 de loi de 1983 sur la représentation du peuple telle que modifiée par les lois de 1985 et de 2000. L'interdiction remonte à la loi sur la confiscation de 1870. C'est donc depuis 1870 que les prisonniers britanniques se voient privés du droit de vote.

¹⁶ Extension de l'interdiction inscrite à l'article 3 de la loi de 1983 par l'article 8 de la loi de 2002.

¹⁷ CEDH, grande ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume Uni* (No 2), req. n°74025/01, § 82.

¹⁸ Rappelons que le Comité des Ministres, en vertu de l'article 46, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est chargé de surveiller l'exécution des arrêts définitifs de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁹ Dans sa résolution intérimaire CM/ResDH(2009)1601, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Hirst contre Royaume-Uni* n° 2, le Comité des ministres, exhorte l'Etat défendeur à prendre les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt. En mars 2010, le Comité des ministres a pour la deuxième fois fait part de sa préoccupation face au retard pris dans la mise en conformité de la législation britannique vis-à-vis de la Convention.

troisième fois, dans une « décision n°18 » datée du 3 juin 2010, ses regrets à devoir constater que ladite restriction au droit de vote n'avait toujours pas été levée²⁰.

Dès lors, ayant reçu 2 500 requêtes similaires, la Cour a décidé d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote. Ainsi, le 23 novembre 2010, tranchant l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume Uni*²¹ reconnue comme étant due à l'inexécution de l'arrêt de Grande Chambre²², la Cour a donné au Royaume-Uni six mois à compter de la date à laquelle l'arrêt *Greens et M.T.* (qui a fait l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre) deviendrait définitif pour introduire des propositions législatives visant à mettre les dispositions législatives en conformité avec la Convention.

Malgré l'« ultimatum » posé par la Cour EDH, le 10 février 2011, la Chambre des Communes britannique a voté une résolution s'opposant au projet de loi autorisant le droit de vote aux détenus. Celle-ci, en rejetant l'injonction de la Cour européenne des droits de l'homme d'autoriser les prisonniers à exercer leur droit de vote, manifeste explicitement sa volonté de résister à l'exécution de l'arrêt *Hirst c. Royaume Uni*.

Cette discorde entre la Cour EDH et le gouvernement britannique sur le terrain de la protection des droits fondamentaux est pour le moins inquiétante. Bien sûr, on connaît le dédain de certains Etats à vouloir se conformer aux arrêts de la Cour EDH mais, on était moins habitué à voir cette inappétence motivée et assumée.

Effectivement, le débat ayant conduit au vote de cette résolution britannique a été l'occasion, pour les députés de la Chambre des Communes, de manifester leur vision de la relation entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique établi par la Convention EDH²³.

Parmi les arguments récurrents évoqués lors du débat, ressort l'idée d'octroyer aux parlementaires la possibilité de poser des limites unilatérales à l'application de la CEDH, faculté qui serait fondée sur la légitimité des parlementaires.

Il serait aisé d'analyser le raisonnement de cette institution à la lumière de la conception dualiste des rapports entre droit international et droit interne. En effet, dans la doctrine dite dualiste, « l'ordre juridique international et les ordres étatiques coexistent et sont indépendants du fait qu'ils se reposent sur des normes fondamentales différentes »²⁴. Dès lors, les normes du droit international n'acquièrent de force juridique qu'en étant transposées en droit interne. Dans le cas présent, cela reviendrait à dire que les décisions de toute Cour supranationale ne pourraient acquérir leur force obligatoire qu'à travers l'intervention du législateur qui aurait également un droit de veto.

Considérant que l'interprétation et la connaissance de la politique interne relève de la compétence des parlements nationaux, le député J. Straw met en cause la légitimité de la

²⁰ « [les délégués] regrettent profondément qu'en dépit des appels répétés du Comité, les élections législatives se soient déroulées le 6 mai 2010 au Royaume-Uni sans que la restriction globale du droit de vote des détenus condamnés purgeant une peine de prison ait été levée ». point 4 de la décision n°18 adoptée en réunion, 1086e réunion DH, 3 juin 2010, rubrique 4.3, affaire contre le Royaume-Uni 74025/01 *Hirst* n° 2, arrêt du 06/10/2005 - Grande Chambre.

²¹ CEDH, 4^{ème} section, 23 novembre 2010, req. n°s 60041/08 et 60054/08

²² Dans cette affaire, les requérants, tous deux détenus contestaient le refus opposé par le service d'inscription sur les listes électorales, contrariant leur possibilité de voter tant aux élections législatives du 6 mai 2010 qu'aux élections européennes du 4 juin 2009.

²³ Notons que la *Human Rights Act* confère à la Convention EDH un rang quasi constitutionnel.

²⁴ C. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy – Presses Universitaires de France, 2003, p. 1118.

Cour EDH en la matière, estimant que les parlementaires devraient pouvoir décider eux-mêmes de la modification de leur législation car « ils ont la connaissance et la légitimité pour prendre les décisions appropriées ».

Ainsi, il semble que sur certains domaines, quand bien même le choix d'une politique nationale mettrait à mal l'effectivité d'un droit consacré par la Convention EDH, le Parlement national de l'Etat Partie en cause serait en droit de refuser de se mettre en conformité. Cette limite posée unilatéralement à la compétence *ratione materiae* de la Convention EDH serait donc parfaitement fondée en ce que la légitimité des élus nationaux supplanterait celle des juges de la Cour EDH. D'ailleurs, le député Rehman Chishti n'hésite pas à affirmer que « la suprématie du Parlement a été contestée par la Cour européenne des droits de l'homme ».

Il y a donc bien, dans ces discours, l'idée que la règle traditionnelle de la hiérarchie, qui est censée concerner les règles juridiques internes, s'impose également aux règles issues de la Convention EDH.

Partant de cette idée que l'application de la Convention est donc limitée par la compétence légitime des parlementaires, la Cour EDH, en imposant la modification de la législation nationale en cause, outrepasserait ses compétences.

Effectivement, la Cour EDH est perçue par certains parlementaires britanniques comme une institution qui excéderait de manière manifeste sa compétence par le biais d'une interprétation expansionniste de la Convention EDH qualifiée d'« instrument vivant »²⁵. Cet exercice irrégulier de sa fonction justifierait que les institutions nationales refusent de se conformer aux arrêts de la Cour EDH. Ainsi, J. Straw d'affirmer qu'« en étendant ses compétences en la matière (...), la Cour de Strasbourg a sapé sa propre légitimité et son efficacité potentielle en ce qui concerne les fins pour lesquelles elle a été établie. En d'autres termes, la Cour et le Conseil de l'Europe auraient plus de succès s'ils freinaient leurs incursions inutiles dans la politique des Etats membres ». D'ailleurs, la Cour européenne est perçue comme effectuant une « parodie de justice » par certains députés et recommandent la sortie du Conseil de l'Europe.

Cette position des députés de la Chambre des Communes a conduit le Président de la Commission des questions juridiques de l'APCE à s'exprimer au lendemain du vote de la résolution qui selon ses termes « méprise ouvertement l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet du droit de vote des détenus » et d'affirmer sa déception face à la position du parlement britannique qui est « l'une des plus anciennes démocraties d'Europe – considéré comme jouant un rôle de premier plan dans la protection des droits de l'homme ». Et de rappeler, par ailleurs que « tout Etat membre doit mettre en œuvre les arrêts de la Cour »²⁶. Reste que si ce coup de force des députés britanniques a pu paraître surprenant, il semble qu'il n'ait pas pour autant été efficace puisque la Cour EDH s'est engagée à respecter scrupuleusement la procédure initiée. Effectivement, le 11 avril 2011, le Collège de la grande Chambre de la Cour EDH a rejeté la demande de renvoi en Grande Chambre de l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume Uni* rendant, dès lors, définitif l'arrêt rendu le 23 novembre 2010 marquant ainsi le décompte du délai de six mois pour modifier la législation britannique en cause.

Dans un esprit similaire, à quelques jours d'intervalle du vote de la résolution britannique, le président de l'Assemblée nationale française, Bernard Accoyer, dans une

²⁵ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, n° 5856/72, A. 26, § 31.

²⁶ Communiqué de presse - 124(2011), Strasbourg, le 11 février 2011.

tribune parue dans la presse généraliste²⁷, remettait en cause l'autorité des décisions de la Cour EDH qui s'imposent à l'ensemble du système juridico-institutionnel des Etats Parties.

Comparant la position du Conseil constitutionnel français vis-à-vis du législateur, Bernard Accoyer explique ce qu'il interprète comme une ascendance rationnelle du second (le législateur) sur le premier (le Conseil constitutionnel). Effectivement, dans l'hypothèse d'un conflit entre une loi et une norme constitutionnelle, le législateur semble avoir le choix du « dernier mot » en révisant la Constitution : « le Constituant - donc bien souvent le Parlement réuni en Congrès - peut, en dernier ressort, imposer sa volonté au juge en amendant la Constitution, ce [qui] fut le cas pour la parité entre les hommes et les femmes ». De même, il confirme cette idée de prépondérance du pouvoir législatif vis-à-vis du pouvoir juridictionnel, en expliquant que le Conseil attribue le plus souvent à la loi, le sens que lui confère le législateur, limitant ainsi son pouvoir d'interprétation : « comme il l'a rappelé dans sa décision du 28 janvier 2011 relative au mariage entre personnes du même sexe, le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à substituer son appréciation à celle du législateur ». A travers cette démonstration, on voit bien que le président de l'Assemblée nationale évacue l'idée du spectre du « gouvernement des juges » en décrivant un Conseil constitutionnel qui circonscrit sa fonction de manière à respecter l'autorité légitime du législateur. Bernard Accoyer de conclure qu'« on ne peut que saluer la mesure et la sagesse du juge constitutionnel ». Au-delà du fait que cette interprétation du système institutionnel français est pour le moins discutable, il apparaît clair qu'elle vise à justifier les « imperfections » de la Cour EDH par effet de comparaison.

Ainsi se dessine, derrière ces affirmations, l'idée d'une hiérarchie rationnelle au profit du législateur dont la légitimité démocratique confère la possibilité de fixer le droit et de contester la décision des juges en révisant la loi dans l'hypothèse d'un conflit.

Bernard Accoyer déplore le fait que les décisions prises par les juges de la Cour de Strasbourg « s'imposent aux États, sans que ceux-ci ne puissent ni les contester ni les ignorer durablement ». On retrouve ici l'attachement à la logique dualiste des rapports entre droit international et droit interne²⁸.

Ainsi, en plaçant le débat sur le terrain démocratique, le président de l'Assemblée nationale estime qu'en imposant ses décisions sans que le parlement ne puisse les contester, la Cour EDH contrevient à la souveraineté de l'Etat : « une juridiction internationale, aussi experte soit-elle, peut-elle, en démocratie, imposer sa vision du droit au Parlement, et par conséquent au peuple? ».

Fort de cette logique, il estime que l'Etat devrait pouvoir disposer de la possibilité de déroger aux arrêts de la cour EDH: « Il semble également utile qu'il revienne en priorité au Parlement, et non aux juges, de tirer les conséquences de jurisprudences internationales mettant à mal des dispositions substantielles du droit français ».

²⁷ B. ACCOYER, « Le Parlement, ultime garant des droits fondamentaux », Le Figaro, 21 février 2011, p. 18.

²⁸ Si l'autorité de la chose jugée que revêtent les arrêts de la Cour EDH semble contrarier Bernard Accoyer c'est que, à l'instar des parlementaires britanniques, le Parlement serait en droit de disposer d'une ascendance sur ces décisions reposant sur la légitimité (démocratique) de leur institution. Cette légitimité se confirme en deux temps. D'une part, les parlementaires ayant pour fonction de représenter le peuple, ils sont les mieux à même de décider de l'opportunité des politiques menées : « [les] choix de société (...) relèvent des seules représentations nationales ». D'autre part, par opposition à la nomination des juges, les parlementaires étant élus, ils sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée si les décisions prises n'emportent pas l'assentiment de leurs destinataires : « en démocratie, les grands débats de société ne sauraient être tranchés par un juge, mais débattus par les élus de la nation, seuls responsables devant les citoyens ».

Il est clair que dans ces deux exemples, la volonté de laisser inappliqués les arrêts de la Convention européenne des droits de l'homme repose sur l'idée que cette mise en infraction volontaire est légitime. Elle repose sur la hiérarchie entre l'engagement contractuel de l'Etat au niveau international et européen et l'engagement contractuel interne, le second fondé sur la souveraineté parlementaire prime sur l'absence de légitimité démocratique des tribunaux. Ce n'est donc pas directement la Convention européenne des droits de l'homme qui serait en cause mais bien la Cour EDH²⁹.

Par l'intermédiaire de cette institution qui se fait le chantre de la *primauté* du pouvoir législatif national, renaît donc la question de la verticalité des relations entre les ordres juridiques et notamment des conflits de hiérarchie entre les traités européens et la Constitution nationale.

B. Le fondement du contrôle du respect de l'intégrité juridique nationale

« En droit international, les débats entre monistes et dualistes ont contribué à structurer l'esprit des étudiants en droit depuis des générations, même si la plupart des internationalistes savent bien que les oppositions sont avant tout théoriques et que la nécessité de faire vivre le système conduit à des aménagements pratiques »³⁰.

La cohabitation entre les différents ordres juridiques et ce, en particulier lorsque les droits fondamentaux et leur protection sont en jeu, apparaît parfois conflictuelle. La réaction de certaines institutions étatiques face à la force obligatoire des arrêts de la Cour EDH pourrait apparaître comme une volonté de renouer avec la conception dualiste des rapports entre droit interne et droit international en introduisant des mécanismes de réception desdits arrêts. Pourtant, les juges de la CJUE, de la Cour EDH et des cours constitutionnelles nationales raisonnent en termes différents et semblent se placer sur un autre terrain que celui de la confrontation.

Bien que les instruments à leur disposition soient différents et que leurs décisions portent sur des domaines diversifiés et totalement distincts les uns des autres, les juges des juridictions précitées ont des raisonnements comparables.

Sans chercher à établir une hiérarchie entre systèmes de protection des droits fondamentaux, les juges constitutionnels et européens veulent préciser leur capacité d'intervention et de contrôle dans l'enchevêtrement des ordres juridiques.

L'affaire *Kamel D.* offre la possibilité d'illustrer cette analyse. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) renvoyée par le Conseil d'Etat qui porte sur une disposition législative transposant une directive européenne, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser sa position sur le contentieux constitutionnel dirigé contre les lois de transposition de directive. Cette décision rendue par le Conseil constitutionnel s'inscrit donc dans la continuité de sa jurisprudence initiée en 2004³¹ dans laquelle il avait déjà posé les

²⁹ Rappelons que le Royaume-Uni ne se conforme pas à la théorie de la hiérarchie des normes *stricto sensu* et préfère poser un principe de souveraineté parlementaire, dont les fondements résident dans la Nation, les représentants siégeant au Parlement étant élus au suffrage universel direct.

³⁰ J. -P. JACQUE, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1 n°69, p. 3.

³¹ Voir en ce sens : CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°2004-496 DC ; CC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n°2004-497 DC ; CC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, n°2004-498 DC ; CC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et*

jalons des règles de son contrôle en la matière. Rappelons ici succinctement que le Conseil constitutionnel considère qu'en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, une exigence de bonne transposition des directives communautaires³² pèse sur le législateur. En conséquence, le Conseil constitutionnel « ne saurait déclarer non-conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »³³. Si le Conseil se limite à contrôler *l'erreur manifeste de transposition*, c'est parce que, contraint de statuer dans un délai d'un mois, il ne peut opérer de renvoi préjudiciel sur la base de l'article 267 TFUE³⁴. De plus, le Conseil constitutionnel pose une réserve à cette exigence constitutionnelle puisqu'il affirme que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France sauf à ce que le constituant y ait consenti »³⁵.

Dans cette décision du 17 décembre 2010, les sages du Palais Montpensier transposent le raisonnement qu'ils ont forgé sur la base de l'article 61 de la Constitution (pour contrôler les lois de transposition des directives) au contrôle de l'article 61-1³⁶.

A bien y regarder, la formule employée par le Conseil constitutionnel dans cette décision révèle une certaine particularité. La spécificité de cette décision réside dans le vocabulaire utilisé par le Conseil qui se déclare « incompétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à

modifiant la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, n°2004-499 DC ; CC, 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, n°2006-535 DC ; CC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n°2005-540 DC ; CC, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, n°2006-543 DC ; CC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, n°2008-564 DC ; CC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n°2020-605 DC.

³² Rappelons brièvement que la directive est un acte de droit dérivé de l'Union européenne qui fixe des règles que les États membres doivent transposer dans leur législation interne. L'article 288 du TFUE dispose que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales le choix quant à la forme et aux moyens ».

³³ Décision de principe : CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, considérant 20.

³⁴ L'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

³⁵ Le Conseil constitutionnel abandonne l'expression de « disposition expresse contraire à la Constitution » formulée pour la première fois dans sa décision du 10 juin 2004 (Décision n°2004-496 DC, cons. 7) lui préférant celle de « règle ou de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » dans sa décision du 27 juillet 2006 (Décision n°2006-540 DC, cons. 20).

³⁶ Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme qu'aux « termes de l'article 88-1 de la Constitution (...) et [en] l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, [il] n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne », Décision n°2010-79 QPC, cons. 3.

tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne »³⁷ lorsqu'aucune atteinte à l'identité constitutionnelle n'est constatée. Il semblerait que, lorsqu'il est saisi d'une QPC, c'est-à-dire d'une question de constitutionnalité qui touche aux droits fondamentaux protégés par la Constitution, et que la disposition législative en cause transpose des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, le Conseil constitutionnel n'est compétent que pour vérifier une atteinte à l'identité constitutionnelle.

De la sorte, le Conseil constitutionnel n'empiète pas sur la compétence de l'ordre juridique de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux puisqu'il « n'appartient qu'au juge de l'Union européenne (...) de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »³⁸. Autrement dit, la directive étant un acte normatif de l'ordre juridique de l'UE, son contrôle ne peut être effectué qu'au regard des droits et principes protégés par l'Union européenne. Seule la CJUE, organe juridictionnel de l'UE, est compétente pour réaliser un tel contrôle de validité.

Néanmoins, toute disposition d'une directive transposée par la voie législative qui serait contraire à une règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et qui serait portée à l'examen du Conseil constitutionnel pourrait être jugée inconstitutionnelle. Dès lors, pour qu'une directive puisse trouver à s'appliquer dans l'ordre juridique français, il ne suffit pas qu'elle soit conforme à son propre ordre juridique (celui de l'Union européenne) mais encore qu'il ne porte pas atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil constitutionnel se porte garant du contrôle du respect de cette identité, affirmant ainsi sa compétence en la matière. La remise en cause de cette identité « emporterait la négation même de l'Etat dans sa spécificité (...) [et] serait en outre ce qui, fondamentalement, distingue l'Etat de l'Union européenne »³⁹.

Sans aller dans le sens de la confrontation entre ordres juridiques et sans affirmer la supériorité d'un ordre juridique sur l'autre, le Conseil constitutionnel précise sa propre compétence de contrôle afin d'empêcher l'ordre normatif de l'Union d'aller au-delà de ses attributions.

Cette logique est assez analogue à celle qui a été suivie par la Cour constitutionnelle allemande dans l'arrêt *Traité de Lisbonne*, rendu le 30 juin 2009⁴⁰. Le tribunal constitutionnel allemand fait découler de son pouvoir d'interprétation de la Loi fondamentale la compétence pour vérifier « si les actes juridiques des institutions européennes restent dans les limites des droits souverains qui leur sont attribués ou s'ils échappent à ces limites ». Ainsi, dans l'hypothèse où les institutions de l'Union édicteraient des actes allant au-delà des compétences qui leurs sont attribuées par les traités, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe considère qu'elle est compétente pour contrôler lesdits actes normatifs⁴¹. La possibilité de signaler les limites du principe de la compétence d'attribution lui confère l'autorité nécessaire

³⁷ CC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, n°2010-79 QPC, cons. 3, souligné par nous.

³⁸ CC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, précité, cons. 3

³⁹ A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle – Comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, L'Union européenne : Union de droit, union des droits*, éd. A. Pedone, Paris, 2010, pp. 115-116.

⁴⁰ Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*.

⁴¹ X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le 'traité de Lisbonne' », *RFDC*, 2010/2 n°82, p. 426.

pour protéger l'identité constitutionnelle allemande. Elle fonde notamment sa compétence sur les articles 23§1 et 79§3 GG qui sont les bases textuelles de l'identité constitutionnelle allemande et qui, matériellement, contiennent les droits fondamentaux garantis⁴² par la Loi fondamentale⁴³.

Dès lors, l'atteinte à l'identité constitutionnelle comme l'*ultra vires*, considérés comme les deux branches du contrôle des actes des institutions de l'Union, pourrait conduire à déclarer la norme en cause inapplicable dans l'ordre juridique national⁴⁴. Or, le Tribunal constitutionnel se reconnaît seul compétent pour effectuer le constat de cette violation⁴⁵.

Le tribunal constitutionnel allemand est donc compétent pour rendre inapplicable un acte normatif de l'Union européenne dans l'ordre interne allemand « si c'est le seul moyen d'éviter une violation des principes constitutifs de la Constitution »⁴⁶. Le juge constitutionnel allemand ne cherche donc pas à déroger aux obligations de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il se contente de préciser que l'édiction d'un acte *ultra vires*, comme l'atteinte à son identité constitutionnelle par un acte normatif de l'Union, signifierait que l'Union européenne excède les compétences qui lui sont attribuées et qu'elle empiète sur les compétences de l'Etat allemand. Le tribunal constitutionnel allemand cherche à légitimer cette logique en soulignant que la Cour de justice des Communautés européennes fonde sa compétence de contrôle sur un raisonnement analogue⁴⁷. En effet, dans son arrêt du 3 septembre 2008, *Kadi*⁴⁸, la CJCE a affirmé la compétence des juridictions communautaires pour contrôler si le règlement appliquant les obligations découlant de la Charte est conforme aux droits fondamentaux protégés par le droit primaire de l'Union.

Ainsi, alors même qu'en principe, les résolutions du Conseil de sécurité sous le chapitre VII de la Charte des Nations Unies devraient primer sur le droit communautaire⁴⁹, la

⁴² Une analyse quelque peu similaire a été retenue par le tribunal constitutionnel polonais qui a établi que les normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés individuelles représentaient un niveau de protection minimum ne pouvant être ni remis en cause, ni abaissé du fait de dispositions communautaires. Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, *Traité d'adhésion*, K 18/04, point 14.

⁴³ Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §240.

⁴⁴ « Tant le contrôle *ultra vires* que le contrôle du respect de l'identité constitutionnelle peuvent conduire à ce qu'une disposition de droit communautaire ou, à l'avenir, de droit de l'Union soit déclarée inapplicable en Allemagne », Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §241.

⁴⁵ « Afin de préserver le bon fonctionnement de l'ordre juridique communautaire, l'application du droit constitutionnel de manière ouverte au droit européen et tenant compte de la finalité juridique de l'article 100 alinéa 1 GG exige que tant la constatation qu'un acte juridique est un acte *ultra vires* que la constatation d'une atteinte à l'identité constitutionnelle ne puissent être prononcées que par la Cour constitutionnelle fédérale », Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §241.

⁴⁶ Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §240.

⁴⁷ « La Cour de justice des Communautés européennes s'est basée sur un raisonnement analogue dans sa décision *Kadi* du 3 septembre 2008, selon laquelle des principes fondamentaux de l'ordre communautaire peuvent être opposés à l'applicabilité découlant du droit international public d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (CJCE, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, cf. revue EuR 2009, p. 80 < 100 ss. >). Ce faisant, la Cour de justice a placé dans un cas limite la préservation de l'identité propre d'une communauté de droit au dessus de l'engagement autrement respecté », Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §340.

⁴⁸ CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P.

⁴⁹ Voir en ce sens, l'article 103 de la Charte des Nations unies qui affirme qu'en « cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout

CJCE considère que « 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 »⁵⁰. Parce que les dispositions des résolutions des Nations Unies transposées par un règlement communautaire cherchent à pénétrer l'ordre juridique communautaire, elles ne peuvent s'appliquer que dans les conditions prévues par les principes constitutionnels de la Communauté. Selon la Cour, la primauté du droit international « au plan du droit communautaire ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux »⁵¹. La CJCE est donc compétente, tout comme les cours constitutionnelles des Etats membres, pour contrôler les actes normatifs de droit international au regard d'un noyau dur de droits conditionnant l'existence même de la Communauté. Il ne s'agit donc pas pour la CJCE de jouer le rôle d'une Cour suprême mais, tel que le dit le tribunal constitutionnel allemand, d'appliquer un raisonnement qui « correspond à l'idée de rapports d'organisation politique qui ne sont pas strictement hiérarchisés »⁵².

Par ces différentes décisions, les juges constitutionnels et européens cherchent à éviter qu'un ordre normatif n'absorbe l'autre et font en sorte de délimiter un noyau dur fondant leur compétence en matière de protection des droits fondamentaux.

Néanmoins, la résurgence de la suprématie de l'ordre constitutionnel dans une logique de collaboration des ordres juridiques pour une protection maximale des droits fondamentaux manque clairement de pertinence.

II. Une suprématie circonscrite face à la protection commune des droits fondamentaux

La suprématie de l'ordre juridique interne invoquée par les Etats trouve plusieurs limites. Recourir à l'idée de suprématie pour garantir la protection des droits fondamentaux consacrés au niveau interne manque de cohérence. Les Cours supranationales n'acceptent l'argument soulevé que pour assurer une protection optimale des droits fondamentaux. Aussi, la recherche de la garantie optimale supplante le fondement de la suprématie de l'ordre juridique interne (A). Par ailleurs, le fondement de la suprématie dévoile également des faiblesses du fait que les systèmes juridiques ont atteint un niveau d'imbrication qui conduit à l'imprégnation réciproque des cultures de protection des droits fondamentaux (B).

autre accord international, les premières prévaudront ». Voir également CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, point 42.

⁵⁰ CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, §285.

⁵¹ CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, §308.

⁵² Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, §340.

A. Un fondement contesté au profit d'une garantie optimale des droits fondamentaux

Il est accepté que, dans certains cas, les Etats altèrent l'application uniforme des règles issues des ordres juridiques européens pour satisfaire ce qui constitue pour eux une nécessité de la cohérence de l'ordre juridique national. Les Cours européennes ont conscience que les juges constitutionnels nationaux ne peuvent – sauf à mettre en péril leur existence même – faire autrement que privilégier et affirmer la supériorité de leur constitution respective dans leurs ordres juridiques.

Cette exception trouve des fondements et des justifications diverses. Toutefois, s'agissant des affaires portant sur la protection des droits fondamentaux, il semble se dégager un raisonnement commun implicite : la recherche de la meilleure protection des droits fondamentaux. L'enjeu du moment est d'assurer une garantie effective, voire parfois maximale, des droits de l'homme et des libertés fondamentales. S'écartant du *schéma kelsenien* de supériorité d'un ordre juridique sur un autre, on semble plutôt donner la priorité aux droits fondamentaux indépendamment de leur source normative.

Dans l'affaire *Omega*⁵³, la Cour de justice admet que la conception allemande du principe de dignité constitue un intérêt légitime permettant de restreindre l'application d'une liberté fondamentale. L'autorité de police de Bonn considérait, dans cette affaire, que l'exploitation commerciale en cause menaçait l'ordre public et justifiait l'adoption d'un arrêté restreignant la libre prestation de services. Effectivement, ladite activité portait atteinte à un droit fondamental consacré par la Loi fondamentale allemande. Or, le principe de dignité est protégé par le droit primaire de l'Union. Pourtant, la Cour de justice admet la mise en balance entre la libre prestation de service et la conception constitutionnelle du principe de dignité. La Cour estime que cette conception constitue un intérêt légitime de nature à justifier une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire. Notons que cette position reste exceptionnelle. Il ne suffit donc pas pour les Etats d'invoquer leur conception propre d'un droit fondamental constitutionnel pour obtenir une autorisation de restriction à une liberté fondamentale par la CJUE. Ainsi, comme l'affirme l'avocat général Jacobs dans ses conclusions de l'arrêt *Schmidberger*⁵⁴ : « on ne saurait donc exclure automatiquement qu'un Etat membre qui invoque la nécessité de protéger un droit reconnu comme fondamental par le droit national n'en poursuive pas moins un objectif qui doit être considéré comme illégitime au regard du droit communautaire »⁵⁵. La CJUE concède donc à l'Etat allemand la possibilité de faire primer une conception plus large du principe de dignité que celle de l'Union européenne. Cette analyse est entérinée par l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux qui prévoit que cette dernière ne limite pas la protection constitutionnelle interne⁵⁶.

⁵³ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02.

⁵⁴ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte Planzüge c. République Österreich*, aff. C-112/00.

⁵⁵ Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS, présentées le 11 juillet 2002, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte Planzüge c. République Österreich*, aff. C-112/00, §98.

⁵⁶ En vertu de cet article intitulé « Niveau de protection », l'Union précise qu' « aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

La recherche de la protection la plus élevée des droits fondamentaux peut s'étendre au choix de la procédure juridictionnelle la plus effective et efficace. A ce titre, l'affaire *Melki* nous invite à réfléchir sur les divergences entre la QPC et le contrôle de conventionalité et, notamment, sur leur capacité à garantir une protection juridictionnelle effective. Dans le premier cas, lorsqu'il constate que la loi qu'il examine est incompatible avec les droits et libertés garantis par la Constitution, le Conseil constitutionnel procède à une abrogation dotée d'un effet *erga omnes*. Dans le second cas, la constatation qu'une loi nationale est incompatible avec le droit de l'Union, conduit le juge ordinaire à l'écartier limitant ainsi l'effet de sa décision au simple litige tranché par la juridiction. Comme ont pu l'affirmer les gouvernements français et belges, le contrôle de compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union revêt donc une dignité juridique inférieure à celle dont dispose le contrôle de constitutionnalité des lois⁵⁷.

Lorsqu'elle s'est exprimée sur la conformité de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁵⁸ avec le droit de l'Union, la CJUE a jugé que le caractère prioritaire⁵⁹ du contrôle de constitutionnalité institué par la loi organique du 10 décembre 2009 ne contredisait pas l'article 267 TFUE (même si certaines conditions ont été posées). Pourtant, en n'opérant pas de distinction entre les différents contrôles (que ce soit le contrôle de conventionalité ou le contrôle de compatibilité avec les normes du droit de l'Union), le mécanisme de la priorité de la QPC entraine en conflit avec la règle d'application immédiate du droit de l'Union⁶⁰. Or, parmi les arguments qui ont justifié que ne soit pas aménagée une restriction à cette priorité vis-à-vis du droit de l'Union, réside l'idée que cet aménagement mettrait à mal la règle de la suprématie de la Constitution⁶¹. A cet égard, la volonté de faire primer la *fondamentalité* des droits constitutionnels avait irrigué les débats relatifs à l'introduction de la QPC⁶².

La position de la CJUE apparaît assez conciliatrice. Effectivement, il semble que la Grande Chambre ait su « démêler, grâce à une motivation qui restera inscrite dans l'anthologie de la diplomatie judiciaire, l'imbroglie juridictionnel né du renvoi déstabilisant opéré par la Cour de cassation »⁶³. Si la Cour admet la compatibilité sous réserve d'interprétation de la loi organique, c'est pour ne pas porter un préjudice trop important au mécanisme de la QPC. La lecture de la décision dévoile bien la volonté de la part de la Cour

⁵⁷ A. PLIAKOS, « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *Cahiers de droit européen*, n°3-4, 2010, p. 499.

⁵⁸ Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁵⁹ Était effectivement en cause, dans cette affaire, la règle de la priorité posée par les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁶⁰ Dans son célèbre arrêt *Simmenthal*, la Cour a affirmé que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel », CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, pts. 21 et 22.

⁶¹ Ainsi, sur ce débat, J.C. Colliard a été amené à considérer que « L'idée que le respect de l'article 88-1 impose d'abord de traiter la conformité au droit communautaire, voire de poser la question préjudicielle, porte le risque de l'affirmation d'une sorte de priorité du droit communautaire sur le droit constitutionnel national », *Auditions de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, 23 juin 2009, CR n°58.

⁶² Le Président du Conseil constitutionnel avait fait remarquer que la mise en œuvre du mécanisme de la QPC permettrait au Conseil constitutionnel d'exercer plus largement un contrôle de « *fondamentalité* ».

⁶³ D. SIMON et A. RIGAUX, « *Solange*, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, juillet 2010, p. 1.

de chercher à concilier les exigences communautaires avec les règles procédurales du nouveau mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Il semblerait que l'argument de l'inégalité des effets entre une déclaration d'incompatibilité résultant de l'examen de conformité de la loi au droit de l'Union et une décision concluant sur l'inconstitutionnalité de la loi ait pu peser sur sa décision. Force est d'admettre que « le pouvoir du juge de suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union ne saurait s'identifier avec celui de rendre une décision juridictionnelle, dont les conséquences juridiques sont plus favorables à la protection juridictionnelle des droits que les citoyens tirent du droit de l'Union »⁶⁴. Aussi, bien que les principes de primauté et d'effet direct associés à la protection des droits fondamentaux que l'Union s'est donné pour mission de respecter semblent pouvoir combler la protection juridictionnelle des citoyens de l'Union, le fait qu'ils ne conduisent qu'à une déclaration d'inapplication de la norme litigieuse plutôt qu'à l'annulation de ladite norme dévoile les limites de ce système de protection, justifiant qu'existe un système concurrent à l'échelon national tel que la QPC.

Lorsque le conflit entre normes relève d'une divergence entre la Convention EDH et le droit de l'Union européenne, les juges européens semblent renoncer à tirer toutes les conséquences qu'emporte l'application des normes de leur ordre juridique afin d'aménager des exceptions au profit de la protection des droits fondamentaux.

L'affaire *Matthews* en est une illustration. Cet arrêt confirme par ailleurs, qu'à défaut de pouvoir contrôler les actes normatifs de l'Union européenne, la Cour EDH peut conduire à restreindre l'application de ces normes en sanctionnant les Etats parties à la Convention EDH qui sont aussi Etats membres de l'Union européenne. En effet, « les domaines de compétences transférées par les Etats membres à une organisation internationale continuent de relever de leur responsabilité *rationae materiae* »⁶⁵. Dans cette affaire, la Cour EDH avait reconnu que l'acte relatif à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct était incompatible avec l'article 3 du protocole n°1 à la Convention. L'acte en cause faisait partie du droit primaire de l'Union. Le Royaume-Uni était donc pris entre ses obligations communautaires et ses obligations découlant de son adhésion à la Convention EDH. Refuser d'exécuter l'arrêt de la Cour EDH pour privilégier l'application du droit communautaire revenait à s'exposer à des sanctions supplémentaires de la Cour EDH. De la même manière, tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour EDH revenait à s'exposer à une procédure de recours en manquement devant la CJCE. Le Royaume-Uni décide de modifier sa législation pour être en conformité avec le droit de la Convention. Dès lors, l'Etat espagnol, en tant que requérant privilégié, intenta à son encontre une procédure en manquement. La CJCE refusa de condamner le Royaume-Uni en raison de l'arrêt rendu par la Cour EDH. L'avocat général Tizzano, constatant que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, estime que « le respect des droits fondamentaux ainsi reconnus 's'imposent' à titre primaire 'tant à la Communauté qu'à ses Etats membres' et que, par conséquent, cet ordre juridique n'admet pas les 'mesures incompatibles avec le respect' de ces droits »⁶⁶. Le Royaume-Uni, en se conformant à l'arrêt de la Cour EDH, a créée une

⁶⁴ A. PLIAKOS, « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *Cahiers de droit européen*, n°3-4, 2010, p. 500.

⁶⁵ A. POTTEAU, « A propos d'un pis-aller : la responsabilité des Etats membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme – Remarques relatives à plusieurs décisions 'post-Bosphorus' de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDE*, oct-déc 2009, p. 700.

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général M. ANTONIO TIZZANO, présentées le 6 avril 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du nord, soutenu par Commission des Communautés européennes*, aff. C-145/04, §121.

législation portant atteinte à l'acte de droit primaire de la Communauté mais respectueuse des droits fondamentaux. Cette nouvelle législation nationale, porteuse d'une protection des droits fondamentaux, peut justifier une dérogation au droit de la Communauté. Dans la balance des intérêts de la Communauté, les droits fondamentaux, en tant que principes constitutifs de l'Union, priment sur les intérêts portés par l'Acte relatif à l'élection au Parlement européen au suffrage universel direct quand bien même ce traité relève du droit primaire.

Ainsi, si les ordres juridiques européens octroient aux Etats la possibilité de tempérer l'application des règles découlant de leurs obligations, c'est uniquement parce que leur argument s'avère légitime dès lors qu'il suppose une protection des droits fondamentaux plus élevée.

Reste que, dans l'hypothèse d'un conflit entre ordres normatifs, les juges européens semblent vouloir imposer aux Etats l'obligation d'opter, lorsqu'ils en ont le pouvoir, en faveur de l'application de la norme la plus favorable à la protection des droits fondamentaux.

Dans l'arrêt *M.S.S contre Belgique et Grèce*, la Cour EDH a réaffirmé sa jurisprudence antérieure⁶⁷ sur la question de la responsabilité des Etats Parties à la Convention et membres de l'Union européenne. En effet, selon la Cour EDH, l'adhésion des Etats à l'Union européenne ne les exempte pas de leurs obligations qui découlent de la Convention. Néanmoins, « l'action de l'Etat sera considérée comme justifiée dès lors que l'organisation offre une protection des droits fondamentaux équivalente à celle garantie par la Convention »⁶⁸. Cette présomption de protection équivalente de l'Union peut toutefois être renversée lorsque le droit de l'Union laisse une marge d'appréciation aux Etats en vue de sa mise en œuvre.

En l'espèce, en appliquant les dispositions du Règlement « Dublin II », la Belgique a, selon la Cour EDH, porté atteinte aux droits fondamentaux protégés par la Convention⁶⁹. A travers cet arrêt, la Cour EDH exige que l'Etat partie à la Convention et membre de l'Union européenne utilise sa marge d'appréciation fondée sur une clause de souveraineté pour déroger à un règlement de l'Union⁷⁰ et respecter ainsi les droits fondamentaux protégés par la Convention⁷¹. Dès lors qu'il bénéficiait d'une marge d'appréciation dans l'application du droit de l'Union, l'Etat membre en question pouvait satisfaire à ses obligations d'Etat partie à la Convention. En se fondant sur une « clause de souveraineté » lui permettant de déroger au

⁶⁷ Voir notamment Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews*, req. n°24833/94 et Cour EDH, 31 juin 2005, *Bosphorus*, req. n°45036098.

⁶⁸ F. BENOÎT-ROHMER, « Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 21, 2010, p. 21.

⁶⁹ La Belgique avait transféré un ressortissant Afghan en Grèce lui refusant ainsi sa demande d'asile au motif que ledit ressortissant était entré sur le territoire de l'Union via la Grèce. En le renvoyant en Grèce, les autorités belges l'ont exposé notamment à traitements inhumains et dégradants (contraires à l'article 3 de la Convention).

⁷⁰ « La Cour relève que l'article 3 § 2 du règlement « Dublin » prévoit que, par dérogation à la règle générale inscrite à l'article 3 § 1, chaque Etat membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. Il s'agit de la clause dite de « souveraineté ». Dans ce cas, cet Etat devient l'Etat membre responsable au sens du règlement de l'examen de la demande d'asile et assume les obligations qui sont liées à cette responsabilité », CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n°30696/09, §339.

⁷¹ « La Cour en déduit que les autorités belges auraient pu, en vertu du règlement, s'abstenir de transférer le requérant si elles avaient considéré que le pays de destination, en l'occurrence la Grèce, ne remplissait pas ses obligations au regard de la Convention. Par conséquent, la Cour considère que la mesure litigieuse prise par les autorités belges ne relevait pas strictement des obligations juridiques internationales qui lient la Belgique et que, dès lors, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce », CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n°30696/09, §340.

droit de l'Union, l'Etat aurait récupéré sa liberté d'action et, comme tout autre Etat non membre de l'Union européenne, aurait pu respecter et faire respecter les droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux constituent désormais le cœur des ordres juridiques au point que la primauté de ces derniers semble dépendre du degré de respect des droits de l'homme qu'ils assurent.

B. Un fondement infirmé par la garantie combinée des droits fondamentaux

On a vu que la recherche d'une protection optimale des droits fondamentaux garantis au niveau constitutionnel représente parfois un motif légitime de dérogation à l'application des droits européens. Or, la protection constitutionnelle des droits fondamentaux ne bénéficie plus d'un monopole et à la logique cloisonnée des ordres juridiques, succède aujourd'hui la logique poreuse des droits fondamentaux.

Tout d'abord, la réalité d'ordres juridiques enchevêtrés empêche la règle de suprématie de la Constitution d'apparaître comme un obstacle aux obligations découlant des systèmes juridiques supranationaux puisque le respect de ces obligations est désormais intégré dans la norme constitutionnelle.

Jusqu'à une date récente, la question de l'imbrication des ordres constitutionnels nationaux et européens était éludée par les juges constitutionnels nationaux. Si la CJCE consacrait la primauté absolue du droit communautaire sur le droit national, les juges nationaux et, tout particulièrement, les plus hautes juridictions de chaque ordre juridique national, tentaient, quant à elles, d'éviter la question, voire de persister à consacrer la supériorité de leur Constitution⁷². Ceci s'explique par le fait que lesdites juridictions tirent leur « autorité – et partant [leur] légitimité – de la norme suprême de l'ordre juridique en question. Cette défense de l'intégrité passe par l'adoption du point de vue interne à l'ordre juridique qui postule logiquement sa primauté sur tous les autres, et conduit dans le même temps le juge à se considérer au centre de l'univers juridique »⁷³. Or, force est de constater que cette question constitue le nœud gordien d'une reconnaissance, à terme, d'une supériorité constitutionnelle de l'ordre européen dans une Union européenne en pleine évolution⁷⁴.

L'occasion pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur les rapports entre supériorité de la Constitution et primauté du droit communautaire est apparue lors de la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁷⁵ dont l'article I-6 consacrant la primauté, devait faire l'objet d'un contrôle de compatibilité constitutionnelle. Prévoyant et anticipant la question qui lui serait posée, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2004⁷⁶, donne une interprétation originale à un article qui n'avait jusqu'alors jamais été

⁷² Conseil d'Etat, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*.

⁷³ F. GIORGI, N. TRIART, « Juges nationaux, juges communautaires : invitation au voyage de l'autre côté du miroir. De la nécessité pour les juridictions de repenser les relations intersystémiques en dehors du principe hiérarchique », *Contribution pour la Sixième Rencontre Internationale des Jeunes Chercheurs*, Dublin, 16 et 17 octobre 2007, p. 3 (disponible sur le site www.ucd.ie).

⁷⁴ Le caractère *self executive* de la plupart des normes européennes qu'elles proviennent de l'adhésion au Conseil de l'Europe ou à l'Union européenne, ainsi que les principes de primauté et d'effet direct spécifiques au Droit de l'Union contrarie parfois l'ordonnancement des normes dans les ordres juridiques nationaux.

⁷⁵ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n°2004-505 DC.

⁷⁶ CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°2004-496 DC.

utilisé : l'article 88-1 en vertu duquel la République participe à la Communauté et à l'Union européenne (introduit lors de la ratification du traité de Maastricht). Le Conseil constitutionnel en fait une clause spécifique à l'Union européenne en y faisant découler une obligation de bonne transposition des directives. Ceci lui permet, le 19 novembre 2004, de se fonder sur cette clause pour assurer que le principe de primauté n'est pas incompatible avec les dispositions de la Constitution. Le même phénomène a pu être observé en Espagne, via l'interprétation du Tribunal constitutionnel espagnol de l'article 93 de la Constitution espagnole, qui ne mentionnait qu'une obligation organico-procédurale⁷⁷ de laquelle on a fait découler une obligation matérielle⁷⁸.

Il va s'en dire qu'une telle assise constitutionnelle assure un meilleur respect du droit de l'Union dès lors que ce respect ressort d'une obligation constitutionnelle et donc directement de la norme suprême de l'Etat. A cet égard, il convient de préciser que les constitutions nationales ont toutes prévu la consécration de clauses constitutionnelles d'intégration ou, plus généralement, de participation aux organisations internationales.

On peut donc considérer que les conflits entre une norme nationale et une norme européenne peuvent se percevoir comme un conflit entre normes de nature constitutionnelle dès lors que l'obligation du respect des normes européennes a valeur constitutionnelle. En conséquence, fonder la volonté de restreindre l'application des obligations découlant de la participation aux organisations internationales sur la règle de supériorité de la Constitution trouve peu de cohérence. Effectivement, lesdites obligations issues de la participation découlant d'une norme de nature constitutionnelle, on ne peut considérer légitime de s'exonérer de ses obligations sur le fondement constitutionnel sans commettre une incohérence normative.

De plus, le niveau d'imbrication qu'ont atteint les systèmes juridiques reflète l'imprégnation réciproque des cultures de protection des droits fondamentaux. En faisant référence au terme de « pluralisme constitutionnel », Neil Walker⁷⁹ identifie les prétentions constitutionnelles de l'ordre juridique européen comme étant concurrentes à celles des ordres juridiques internes. Selon lui, « la relation entre les ordres juridiques est désormais plus horizontale que verticale – hétérarchique plutôt que hiérarchique »⁸⁰.

⁷⁷ Le tribunal constitutionnel espagnol précise effectivement que « L'opération de transfert de l'exercice de compétences à l'Union européenne et l'intégration subséquente du droit communautaire au sein de l'ordre juridique espagnol imposent des limites inévitables aux facultés souveraines de l'Etat, acceptables uniquement dans la mesure où le droit européen est compatible avec les principes fondamentaux de l'Etat social et démocratique de droit établi par la Constitution nationale. Le transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même. Ces limites matérielles — qui ne sont pas expressément exposées dans la disposition constitutionnelle, mais qui découlent implicitement de la Constitution comme de la signification essentielle de la disposition elle-même — se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre Constitution où les droits fondamentaux acquièrent une normativité propre (art. 10§1) », FJ n°2 de cette décision. Traduction de L. BURGORGUE-LARSEN, « La Déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n°1/2004) : 'un Solange II à l'espagnole' », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 5.

⁷⁸ TCE, 13 décembre 2004, n°1/2004 DTC.

⁷⁹ N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *EUI Working Paper*, 2002/01, p. 27.

⁸⁰ F. GIORGI, N. TRIART, « Juges nationaux, juges communautaires : invitation au voyage de l'autre côté du miroir. De la nécessité pour les juridictions de repenser les relations intersystémiques en dehors du principe hiérarchique », *Contribution pour la Sixième Rencontre Internationale des Jeunes Chercheurs*, Dublin, 16 et 17 octobre 2007, p. 19 (disponible sur le site www.ucd.ie).

Ainsi, le temps où la vocation à court et moyen terme de l'Union consistait en la création d'une Europe économique, relayant les questions d'une fondation politique à une date indéterminée est révolu. La Communauté, ne bénéficiant pas, à l'origine, de disposition textuelle garantissant les droits fondamentaux, la CJCE va elle-même les dégager à travers les principes généraux du droit⁸¹ prenant leur source sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres⁸² et sur les outils internationaux de protection des droits fondamentaux auxquels les Etats ont adhéré ou coopéré⁸³ tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁴. Depuis, non seulement la protection des droits fondamentaux n'est plus réservée au seul ordre constitutionnel qui assoit son contrôle sur le principe de suprématie, mais les droits et libertés garantis par les Constitutions nationales sont devenus des sources des principes généraux du droit de l'Union.

Parallèlement, la Cour EDH a développé certaines techniques d'interprétation conciliatrices lui permettant de s'imprégner des cultures et spécificités nationales, voire même internationales, en matière de protection des droits fondamentaux. Ainsi, parce que la Convention est un « instrument vivant »⁸⁵ qui « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁸⁶, la Cour de Strasbourg peut réaliser, de manière prétorienne par une interprétation évolutive, l'adaptation de la Convention aux évolutions de la société tout en prenant en compte les évolutions juridiques des systèmes de protection de droit analogues⁸⁷. Cette interprétation évolutive cherche à prendre appui sur l'évolution convergente des droits internes des Etats Parties⁸⁸. Les facteurs de l'évolution de l'interprétation de la Convention peuvent notamment reposer sur la multiplication des adhésions à des traités internationaux et européens, signe d'un « degré croissant de consensus »⁸⁹ ainsi que sur des législations de droit interne pouvant déboucher sur « un dénominateur commun au système juridique des Etats contractants »⁹⁰. Tout en veillant à faire converger les conceptions nationales, la Cour EDH parvient à faire du droit de la Convention un droit respectueux du pluralisme juridique⁹¹.

Ce pluralisme juridique, combiné au dialogue des juges, trouve de plus en plus souvent des illustrations d'une forme de concordance substantielle des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Arcelor*⁹², le Conseil d'Etat recherche si le droit constitutionnel invoqué est protégé de manière équivalente dans l'ordre juridique européen pour écarter un motif d'invalidité d'un décret d'application d'une directive communautaire. Dans ses conclusions sur cette même affaire, l'avocat général P. Maduro estimait que « l'Union européenne et les

⁸¹ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69.

⁸² CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70.

⁸³ CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73.

⁸⁴ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75.

⁸⁵ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, A. 26.

⁸⁶ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, §58.

⁸⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Coll. Droit fondamental, 8^{ème} éd., Paris septembre 2006, pp. 231-232.

⁸⁸ Voir en ce sens Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, paragraphe 95 : « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques ».

⁸⁹ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson*, série A n° 264

⁹⁰ Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, série A n° 87.

⁹¹ Cour EDH, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, série A n°128.

⁹² Conseil d'Etat, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110.

ordres juridiques nationaux sont fondés sur les mêmes valeurs juridiques fondamentales »⁹³. Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Conseil national des barreaux*⁹⁴, le Conseil d'Etat organise une attraction du corpus conventionnel (de la Convention EDH) dans le bloc de légalité communautaire afin d'écartier un moyen d'incompatibilité entre un décret de transposition et le droit de la Convention EDH. Ces exemples contribuent à admettre que « l'analyse de la jurisprudence d'autres juridictions, promeut certaines formes de cohérence informelle parmi ces différents ordres juridiques. (...) A travers cette communication entre les systèmes juridiques, les juridictions co-interprètent en réalité des règles 'partagées' »⁹⁵.

Toutefois, la convergence des droits fondamentaux au sein des divers ordres juridiques ne signifie pas que les hypothèses de disparités ont disparu. La Cour constitutionnelle italienne, dans l'affaire *Fragd*⁹⁶, soulignait ce constat en affirmant qu'elle n'était pas certaine que tous les principes fondamentaux de l'ordre juridique italien fassent partie du droit communautaire.

En somme, l'intérêt réciproque pour la protection des droits fondamentaux au niveau européen constitue un fondement encourageant de la conciliation des ordres juridiques. L'enchevêtrement des protections fait de la résurgence de la suprématie de la Constitution une réalité ponctuelle insusceptible de porter atteinte à une autre réalité : celle du pluralisme juridique dont l'entreprise ne paraît plus être contestée.

⁹³ Conclusions de l'Avocat général M. POIARES MADURO présentées le 21 mai 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, C-127/07, point 15.

⁹⁴ Conseil d'Etat, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres – Conseil des barreaux européens*, n°296845, 296907.

⁹⁵ M. POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in E. DUBOUT et S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, juin 2010, p. 213.

⁹⁶ Cour constitutionnelle italienne, 13-21 avril 1989, *Fragd*, sentence n°232, point 3.1.