

Les juges européens au pays des valeurs

Pierre BRUNET

La compatibilité entre les ordres juridiques étatiques et communautaires, loin d'être naturelle, est le fruit d'arrangements et de décisions par lesquels les juges assurent aux normes européennes une prévalence sur la loi des États, et à l'État de droit une existence toujours plus grande.

La communauté des juristes et des philosophes du droit vient de perdre une figure singulière en la personne de Neil MacCormick. Longtemps Regius Professor de droit public à l'Université d'Édimbourg et membre du Parlement européen, il fut de ceux qui ont profondément contribué à renouveler les modes d'approche du droit européen et notamment des relations entre l'Union européenne et les États membres. Parmi ses nombreuses contributions à la théorie générale du droit, on retiendra notamment sa proposition visant à rendre compte des relations entre l'ordre juridique européen et les ordres étatiques sous la forme du « pluralisme ». Le terme ne désigne pas à proprement parler une doctrine. Il est aujourd'hui utilisé par de nombreux juristes afin de rendre compte de la complexité des relations qu'entretiennent les ordres juridiques lesquels apparaissent à la fois reliés les uns aux autres et en même temps indépendants les uns des autres¹, des relations, dit-on, où « comme on le voit pour les organismes vivants, séparation et intégration des tâches sont coordonnées »². Il s'agit donc de cerner un mouvement d'harmonisation des ordres juridiques

¹ V. not. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1998 not. chap. 7 ; M. La Torre, « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law », *Ratio Juris*, Vol. 12, N° 2, 1999, p. 182-195 ; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris Seuil, 2006 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, 2002 ; N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, p. 317-359. *Lato sensu*, l'expression « pluralisme juridique » désigne un courant de théorie du droit d'inspiration sociologique dont l'un (ou le) des pères fondateurs est le juriste italien Santi Romano (1875-1947).

² M. Delmas-Marty, *op. cit.*, not. p. 29.

qui ne conduit cependant pas à leur fusion. Cette position se présente comme une troisième voie face à l'alternative bien connue en droit international qui oppose le dualisme (conception dans laquelle l'ordre juridique international et le droit étatique sont indépendants et n'interagissent pas l'un avec l'autre) au monisme (conception selon laquelle le droit international et le droit étatique forme un seul et même système juridique). Elle apparaît particulièrement pertinente pour rendre compte des relations entre les ordres en droit européen compte tenu de la vocation de ce dernier à s'intégrer dans les ordres juridiques étatiques.

Cette position théorique semble même avoir reçu une consécration officielle en droit positif français. En effet, dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, imposé au législateur l'obligation 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 »³. Cette solution revenait, pour le Conseil constitutionnel, à se reconnaître une compétence en matière d'interprétation des directives communautaires. Elle était très novatrice pour au moins deux raisons : d'une part, elle manifestait la volonté du Conseil constitutionnel de revenir, autant que faire se pouvait, sur une ligne jurisprudentielle admise en 1975 selon laquelle le contrôle de la constitutionnalité des lois s'entendait d'une seule confrontation de ces dernières à la Constitution mais n'incluait pas leur contrôle vis-à-vis des traités (et ce alors même que l'article 55 de la Constitution prévoit explicitement que les traités ont une autorité supérieure à celle des lois) ; d'autre part, elle réservait un traitement spécifique au droit communautaire par rapport au droit international⁴. À la suite des décisions du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a récemment admis qu'il pouvait être saisi soit de la constitutionnalité⁵ soit de la conventionnalité⁶ d'une directive précise et inconditionnelle 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 avec celles de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour justifier une solution radicalement nouvelle, le commissaire du gouvernement en l'affaire (fonction qui reçoit désormais le nom

³ 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.

⁴ Conseil const., Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.

⁵ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rev. Fçse Droit Administratif*, 2007 p. 384 s.

⁶ CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, *Rev. Fçse Droit Administratif*, 2008 p. 575.

de « rapporteur public ») s'est lui-même réclamé de cette position dite du « pluralisme ordonné »⁷.

En un mot, le pluralisme décrit cette situation quasi idéale où l'inconciliable a été concilié⁸ : plusieurs ordres juridiques eux-mêmes séparés et distincts coexistent non pas seulement pacifiquement mais harmonieusement en parvenant à établir des relations de coopération entre eux.

Au risque de gâcher la fête, on peut toutefois manifester quelque scepticisme devant un tel enthousiasme car, d'une part, cette description des rapports entre les systèmes juridiques repose sur plusieurs notions indéterminées en sorte que l'on ne sait jamais très bien si les termes qui servent à décrire ces relations entre ordres juridiques sont toujours utilisés dans le même sens. D'autre part, cette description de ce qui est, semble bien souvent constituer une prescription ou une justification de ce qui devrait être, à savoir une coopération équitable des juges en matière de production normative qui est désirée plus encore qu'elle n'est constatée.

1. Too many words

Il ne s'agit pas seulement de revenir sur le fait que le mot « pluralisme » sert à de très nombreux usages dans le vocabulaire politique, anthropologique, sociologique et aussi juridique. La thèse dite pluraliste, telle qu'elle est défendue en matière d'articulation des ordres juridiques nationaux et communautaire, ne souffre pas vraiment de la variété de ces usages et on peut même penser qu'elle s'en accommode d'autant plus volontiers que tous tendent à connoter favorablement l'idée de « pluralité » en général (au point d'en faire un absolu désirable en soi).

On s'arrêtera ici sur deux notions : celle d'ordre juridique et celle d'imbrication car, réduite à sa plus simple expression, la thèse pluraliste affirme que les ordres juridiques sont aujourd'hui étroitement imbriqués.

⁷ « La pyramide kelsénienne 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.

⁸ 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*.

1.1. *Ordre juridique*

Telle qu'elle est employée par les tenants de la thèse pluraliste, l'expression « ordre juridique » semble désigner un ensemble de normes. Mais ce dernier terme est lui-même ambigu. Il peut servir à désigner soit des textes soit les significations de ces textes. Dans une conception encore assez traditionnelle et formaliste héritée du XIX^e siècle, on tend à penser que les significations se trouvent dans les textes comme le noyau dans le fruit. Or, en droit, un texte ne prend sa signification juridique qu'après qu'une autorité habilitée à le faire la lui a attribuée. C'est ce que l'on appelle l'interprétation des textes juridiques et elle constitue l'exercice d'un pouvoir considérable et non la découverte d'une vérité⁹. Sur le fondement de cette affirmation, on peut donc distinguer les *textes* – les sources formelles – et les *significations* de ces textes qui constituent les normes à proprement parler. Un ordre juridique est donc un ensemble de significations attribuées à des textes par leurs interprètes.

Ces derniers sont d'abord et avant tout les juges. Ils jouissent d'une liberté d'autant plus grande qu'ils se situent au sommet de la hiérarchie instituée par le droit positif car, quelle que soit la clarté ou la précision du texte, nul ne peut contraindre les juges de dernière instance à choisir telle signification plutôt qu'une autre (dont aucune ne découle plus du texte qu'une autre ou dont peu importe d'ailleurs qu'elle « découle » du texte). Ce sont donc eux qui, par leurs interprétations, constituent la source réelle du droit et des éléments qui constituent l'ordre juridique¹⁰. Dans ces conditions, parler de l'harmonisation des ordres juridiques revient à parler de l'harmonisation des significations attribuées à des textes par les juges. Dès lors, l'harmonisation des ordres juridiques ne consiste pas – comme le voudraient les tenants de la thèse pluraliste – en un mouvement spontané mais elle est le résultat de choix volontaires des juges.

On peut donner de ces choix deux explications différentes. Pour les uns, ces choix

⁹ 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 »).

¹⁰ C'est une thèse défendue par ceux que l'on a appelés les « réalistes » dont l'un des meilleurs représentants fut 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 ».

résultent de ce que les interprètes partagent les mêmes valeurs et sont donc conduits, sur le fondement de ces valeurs, à des solutions convergentes. C'est la conception largement défendue par les tenants du pluralisme qui n'hésitent pas à considérer que l'harmonisation des ordres juridiques correspond à l'émergence d'un ordre de valeurs spécifique. Et en disant cela, ils expriment le sentiment que cet ordre émerge indépendamment d'eux, qu'il est le produit sinon d'une nature des choses du moins d'un processus historique et progressif autonome.

Cette thèse présuppose que les valeurs sont susceptibles de connaissance et qu'ainsi l'accord sur les valeurs détermine l'accord sur les significations. Elle aboutit cependant à une contradiction interne : les interprètes seraient donc à la fois libres de choisir la signification de certains textes en vue de produire des normes mais cette liberté serait elle-même limitée par les valeurs qui imposeraient certains choix interprétatifs. Ils seraient donc libres et justes à la fois mais moins libres que justes.

Une autre explication est envisageable. Moins menacée par la métaphysique et le cognitivisme éthique, elle consiste à admettre que ces choix résultent moins des valeurs que de certaines contraintes liées aux conditions dans lesquelles ils s'opèrent. Il serait en effet absurde de croire que de ce qu'ils jouissent d'une très grande liberté d'interprétation, les juges suprêmes des divers ordres juridiques pourraient fonctionner en vase clos, ou pire, que leur liberté serait d'autant plus grande qu'ils ne tiendraient aucun compte des autres interprètes. Au contraire : l'immense liberté dont ils jouissent leur impose de tenir compte des positions des uns et des autres afin, précisément, de souligner combien leurs décisions sont le produit de la raison et non de leur seule volonté. Mais cela ne signifie nullement qu'ils doivent se conformer aux positions retenues par les autres juges et rien, ni personne, ne peut espérer les y obliger. Dans ces conditions, il peut être très utile sinon tout à fait nécessaire d'en appeler aux valeurs aussi bien pour feindre une convergence de vues, que pour souligner un accord ou pour dissimuler les véritables raisons de certains choix interprétatifs qui ne seraient pas compatibles avec d'autres normes, voire, pour espérer limiter la volonté des autres interprètes en les contraignant à justifier leurs décisions par une référence à ces valeurs à défaut de leur en imposer le respect. Les valeurs – la liberté, la démocratie, la sécurité, l'État de droit etc. – étant toujours exprimées en termes très généraux, elles peuvent se prêter à tous les accords possibles sur la forme à défaut de les trouver sur le fond. De là l'idée que se fonder sur la prétendue communauté de valeurs que partagent les juges revient à prendre l'effet pour la cause en se donnant l'illusion d'expliquer ce que l'on s'interdit de comprendre.

Or, en ce qui concerne les relations entre le droit communautaire et le droit interne, les choix interprétatifs des juges sont déterminés par une opposition aussi simple que radicale. D'un côté, la CJCE n'a eu de cesse d'affirmer depuis l'arrêt *Van Gend en Loos* (1963) – suivi par les arrêts *Costa c/ Enel* (1964), *Internationale Handelsgesellschaft* (1971) et *Simmenthal* (1978) – le principe de primauté du droit communautaire sur les États lequel s'accompagne du principe de l'application uniforme du droit communautaire sur le territoire de l'Union européenne sous le contrôle exclusif de la CJCE. De l'autre, les États ne cessent de se réclamer souverains et maîtres chez eux et leurs juridictions internes n'ont d'autre choix, pour apparaître s'y conformer, que de rappeler que la Constitution est la norme suprême dans l'ordre interne en sorte que nul ne peut demander à un juge d'en contrôler la conformité au regard d'une autre norme, fût-elle une norme internationale protectrice des droits fondamentaux¹¹. La conséquence est que si les juges veulent accréditer la thèse qu'ils ne se font pas la guerre mais que, en dépit de fondement formels distincts, ils tendent vers les mêmes fins, ils n'ont d'autre solution que d'en appeler aux valeurs et de feindre parler le même langage : ainsi, non seulement le droit qu'il crée paraît objectif sinon prévisible et correspond à l'idée reçue que l'on se fait du « vrai » droit mais encore, les juges peuvent prétendre établir entre eux un « dialogue ».

1.2. Imbrication

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. Mais l'expression « imbrication des ordres juridiques » est loin d'être claire. L'expression semble *a priori* 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.

¹¹ V. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher* et Cass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*.

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 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 reste pas moins que, même en lui reconnaissant une telle portée, elle demeure, du point de vue interne, une prétention qui ne peut être concrétisée que par la reconnaissance par les juridictions étatiques. Et si les juridictions 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.

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 ordres¹². 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 étatiques se lancer dans une sorte de course-

¹² 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 ; voir 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.

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, etc) 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, une autre est de dire 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 normes. 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, comme à chaque fois qu'on l'utilise, ce critère matériel 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 relèvent 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 permet d'identifier des normes dont la seule conformité à ces valeurs nous obligent 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 seulement une description de ce que les ordres sont imbriqués, elle est aussi un jugement de valeur au terme duquel *ils doivent être considérés comme tels car les valeurs qu'ils protègent le justifient amplement*. Autrement dit, on comprend que la coopération entre les juges soit autant la description d'un fait que la prescription d'une norme.

2. L'obscur objet du désir : la coopération des juges

En admettant que la coopération entre les juges soit un fait, quelle forme est-elle en train de prendre ? Un examen de la jurisprudence récente du Conseil d'État permet de le comprendre. La coopération suppose de la part des juges étatiques qu'ils aient recours à deux techniques d'interprétation juridique : l'interprétation conforme et l'analogie.

2.1. Interprétation conforme

Après que le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur une obligation constitutionnelle de transposer les directives (à certaines conditions et dans certaines limites)¹³, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour contrôler la conformité de directives à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'Homme (1950) à l'occasion de la contestation portée devant lui d'un acte réglementaire pris en vue de transposer cette directive¹⁴. Au-delà de la technique juridique, la portée politique d'un tel contrôle est aisée à comprendre : cela revient, pour le Conseil d'État, à se reconnaître compétent pour interpréter le droit communautaire – et donc pour attribuer une signification à des textes qu'il a pour seule fonction d'appliquer.

¹³ Décisions citées *supra*, note 3.

¹⁴ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* et CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, citées *supra*.

Or, on le sait, la CJCE a maintes fois rappelé, en se fondant sur l'article 234 TCE¹⁵, qu'elle disposait d'un pouvoir d'interprétation authentique unique de l'ordre communautaire et qu'un tel pouvoir justifiait que les juges étatiques s'abstiennent de toute interférence. Dans ces conditions, dès lors que le juge étatique envisage de confronter les normes ultimes de son ordre juridique avec celles de l'ordre communautaire, il n'a d'autre solution que de chercher à les rendre aussi compatibles les unes avec les autres sous peine de devoir conclure à un conflit de normes dont il ne pourra jamais 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. L'un des moyens d'y parvenir est d'utiliser la technique que l'on appelle communément en droit l'interprétation « constructive » ou « harmonisante » ou encore « conforme » et qui consiste à solliciter le sens d'un texte afin qu'il s'approche le plus possible du sens d'un autre au point de s'y conformer. Pas plus que les autres « méthodes d'interprétation », celle-ci ne permet nullement d'atteindre le vrai sens d'un texte. Son choix parmi d'autres techniques ne s'impose donc pas parce qu'elle permet seule d'accéder à une quelconque vérité mais il est le produit de contraintes institutionnelles auxquelles les juges ne peuvent se soustraire en vertu de la configuration des pouvoirs dans laquelle ils se trouvent.

On mesure donc fort 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 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.

Ce n'est donc pas la poursuite de valeurs communes mais bien les contraintes

¹⁵ Art. 234 TCE : « 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. »

systemiques auxquelles l'organisation du pouvoir d'interprétation des sources formelles est soumis qui expliquent que le juge interne privilégie la technique de l'interprétation conforme¹⁶. Pour le dire autrement, quand bien même les valeurs que les juges cherchent à protéger imposeraient le choix de la technique dite de l'interprétation conforme, 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.

2.2. Analogie

On peut même ajouter que la mise en œuvre de cette technique d'interprétation dite conforme impose aux juges de recourir aussi souvent que possible à l'analogie ou à l'interprétation extensive car ce sont là les moyens par lesquels les juges peuvent prétendre identifier des contenus comme identiques. Bien évidemment, 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 Mattias 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 tiré de la méconnaissance, par une directive communautaire, d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle¹⁷. 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. 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

¹⁶ La place manque ici mais on pourrait faire la même analyse du choix, par la CJCE, de l'interprétation dite téléologique, qui est, comme l'interprétation conforme, une variante de l'interprétation dite « systémique » et par laquelle l'interprète d'un texte inscrit ce dernier dans un ensemble plus vaste qui le dépasse et parvient ainsi à révéler un « esprit général » des textes applicables comme l'archéologue révèle un bâtiment recouvert par les ans. Pour une défense de ce choix, du point de vue d'un membre de la CJCE, voir par ex., M. Poiras 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>.

¹⁷ Description que le Conseil d'État reprend dans sa décision *Arcelor*.

communauté pour en saisir l'objectivité.

Ainsi, ordonner le pluralisme s'entend d'une reconnaissance de la supériorité sinon formelle du moins axiologique du droit communautaire et, sous couvert d'ordonner ce pluralisme, les juges internes délèguent à la CJCE le soin d'écarter le droit interne en cas de conflits tout en affirmant coopérer avec elle. Mieux, en parlant de coopération, ils peuvent également espérer contraindre la CJCE sinon d'adopter du moins d'entendre leurs suggestions interprétatives. À cet égard, les juges étatiques ayant le plus à perdre dans le mouvement de fédéralisation de l'Union européenne, ils ont tout intérêt à convaincre la Cour que le pluralisme doit pouvoir être ordonné autant par les juges nationaux que par les juges supranationaux.

Le « dialogue des juges » dont se félicitent les principaux intéressés peut donc s'analyser un peu autrement que ne le suggèrent ces derniers : d'un œcuménisme rassurant – il y aurait un dialogue des juges comme il y aurait un dialogue des religions ou des cultures et le monde serait à la fois pluriel et singulier – cette métaphore sert autant à décrire ce qui est qu'à prescrire ce qui doit être. Or, quand bien même elle serait utilisée pour seulement décrire les échanges et jeux d'influence entre les cours nationales et supranationales, son imprécision la fait apparaître comme une clef qui ouvre toutes les serrures. Elle présente cependant l'incontestable mérite – politique – de ménager la primauté du droit communautaire enfin admise et la primauté constitutionnelle interne toujours maintenue et on comprend que les juges eux-mêmes y adhèrent volontiers.

À la réflexion, il n'y a ni dialogue – duquel découlerait un ordre juridique cohérent et pacifique propre à recréer un droit commun – ni guerre mais seulement des choix interprétatifs auxquels procèdent les juridictions selon une hiérarchie non pas formelle mais axiologique dont la norme ultime, qui permet aux juges nationaux de justifier leur action, est bien plus sûrement la primauté du droit communautaire et le principe de son application uniforme que celui de souveraineté nationale.

Bien que très en vogue, la dimension historique du pluralisme ordonné ne saurait être négligée : cette doctrine correspond à une certaine organisation du pouvoir à un moment donné. Son succès témoigne de ce que la question de la nature de l'Union européenne est en voie de résolution et l'on peut comprendre que les juges nationaux et supranationaux y soient

attachés : en l'absence de constitution européenne et avant l'avènement d'un État fédéral, elle permet aux juges internes de maintenir aux États une souveraineté toute nominale et à la CJCE d'asseoir l'autorité de l'Union européenne. Quant aux citoyens... Comment pourraient-ils reprocher aux juges de protéger les droits fondamentaux et d'enrichir, ce faisant, l'État de droit ?

Publié dans laviedesidees.fr, le 9 juin 2009

© laviedesidees.fr