



HAL
open science

Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit. *Traité des rapports entre ordres juridiques*, 2016. hal-01725358

HAL Id: hal-01725358

<https://hal.science/hal-01725358>

Submitted on 7 Mar 2018

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

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

Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit

Xavier MAGNON

Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

« Penser l'unité dans un monde complexe, c'est avoir une ambition de mieux connaître le monde. Il faut voir le réel et construire un discours qui permet de mieux le comprendre, plutôt que de s'en tenir à une vague description intuitive de la manière dont il semble se révéler ».

G. Kalfèche, J.-G. Sorbara, *Qu'est-ce que penser (en anglais) ?*, Editions Odile Jacob, Essais, à paraître, 2019.

Dans le domaine de la connaissance, l'unité ne s'inscrit pas aujourd'hui dans un contexte favorable à sa réception. Tout s'oppose à penser l'unité. Le monde se caractérise par sa complexité, ses réseaux, ses communautés multiples, sa diversité, son pluralisme et la pensée qui s'y rapporte ne saurait être que complexe, réflexive et déconstructiviste, au diapason du monde qu'elle est censée décrire. La pensée sur le monde ne passe pas par son appréhension en termes d'unité. Pour le dire avec les termes dont on use : l'unité n'est pas le paradigme dominant de l'épistémè contemporaine. Quand le concept l'emporte sur le sens.

Cette dimension se retrouve à l'évidence dans la pensée juridique, même si celle-ci n'en est pas moins indirectement attachée, dans des conditions qu'il convient d'explicitier, à l'unité. Tout en écartant l'unité dans la connaissance du droit, la pensée juridique défend intuitivement et/ou politiquement l'unité du droit : dialogue des juges, cohérence de l'ordre juridique, sécurité juridique, droit global. Autant de notions qui reposent, plus ou moins directement, sur un idéal d'unité du droit. La pensée juridique défend ainsi l'unité interne du droit, mais refuse de penser l'unité lorsqu'il s'agit de le décrire. L'unité doit être dans l'objet ; point dans le discours sur cet objet. Le droit se doit d'être un, mais l'on ne saurait l'expliquer en le pensant un. Le droit aspire à l'unité mais le discours sur cet objet ne saurait le présenter de manière unitaire. Il faut y voir un paradoxe : le *paradoxe de l'unité du droit*. Il faut que le droit et, plus largement, son application et son interprétation s'inscrivent dans l'unité, même si sa lecture et l'explication que l'on peut en faire s'avèrent rétives à l'unité.

Ainsi, le juriste privatiste défendra la primauté de la loi sur le contrat, au nom de l'unité du droit et, peut-être aussi de la sacralité du code civil, mais il aura quelques peines à expliquer un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation qui, dans un litige déterminé, procède à une application préférentielle du contrat contre la loi. Cet arrêt remet en cause l'unité et conduirait donc à écarter une lecture unitaire du droit. Le discours prescriptif doctrinal en faveur de l'unité du droit se heurte à une donnée empirique observable, et, de là, naît le paradoxe, qui fait obstacle à une présentation unitaire du droit. Ce qui est défendu, l'unité, ne se vérifie pas, et empêche donc une explication du droit unitaire. L'unité du droit est un idéal à atteindre, abandonné lorsqu'il s'agit d'expliquer le droit¹.

Le juriste publiciste, quant à lui, formé à l'unité de l'Etat et au paradigme de la souveraineté, aura quelques difficultés à constater l'existence d'une multitude d'ordres normatifs extra-étatiques, ordres juridiques supra-nationaux, Union européenne, Convention européenne des droits de l'homme, Organisation mondiale du Commerce..., ou ordres normatifs non-juridiques, le « marché », les multinationales, la mafia, qui concurrencent l'Etat. L'unité par l'Etat serait désormais impossible face à ces ensembles, toujours plus nombreux, qui la relativisent. L'unité devrait donc être repensée².

L'étude des rapports entre les ordres juridiques, entre le droit interne et le droit externe pour reprendre les termes du sujet proposé, accroît en effet ces difficultés. Chaque droit, le droit interne, et d'ailleurs plus justement les droits internes, et le droit international public, global ou régional, postule son unité comme clés de lecture de ses rapports avec les autres ordres juridiques et subordonne en conséquence ces derniers à la norme suprême de son ordre juridique propre³.

Au sommet de l'ordre juridique interne, la Constitution nationale assigne la valeur dans son ordre juridique interne des normes du droit international public et détermine ainsi à la fois la place de celles-ci et la place des autres Etats. La Constitution nationale est au centre ; elle dispose de sa périphérie et donc des autres ordres juridiques. A l'opposé, le droit international public, dans sa dimension générale, coordonne les rapports entre les Etats et se conçoit donc comme supérieur à leurs ordres juridiques. Il assure l'égalité juridique des Etats et détermine les règles de vie entre

¹ S'inscrivant dans cette tendance, voir P. PUIG, « Hiérarchie des normes. Du système au principe », *RTDCiv.*, 2001, n° 4, pp. 749-794.

² Tel est le projet entrepris par F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, dans leur ouvrage, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, 597 p., voir en particulier la remarquable introduction de cet ouvrage.

Voir plus largement pour une lecture critique des explications contemporaines « jurisglobalistes » du droit et des rapports entre les ordres juridiques ainsi que pour des références bibliographiques sur ces explications : « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry ROUSSILLON*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.

³ Voir sur cette question : « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. FATIN-ROUGE STEPHANINI et G. SCOFFONI, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

ces derniers ainsi que les procédures de production des normes communes. En d'autres termes, le droit international fixe lui-même sa place parmi les Etats et impose à ces derniers de respecter les normes qu'il édicte.

Les revendications des Etats et du droit international public sont donc contradictoires, chacun a la prétention de déterminer juridiquement l'autre. Ces revendications rencontrent de forts échos dans les jurisprudences nationales connues et ressassées à l'appui de la défense d'un pluralisme indépassable dans les rapports entre les ordres juridiques : *Solange, Arcelor, Confiance dans l'économie numérique, Sarran, Fraisse...* La difficulté est manifeste encore pour des ordres internationaux partiels, régionaux, comme le droit de l'Union. Celui-ci a vocation, non seulement à fonder le droit interne, mais également le droit international. Il a une prétention étatique - alors pourtant qu'il repose sur un instrument international, à savoir le traité - à déterminer à partir de sa norme fondamentale, la place des autres normes, quelles qu'elles soient, internationales ou étatiques. Là encore, les échos jurisprudentiels sonnent comme une litanie : *Costa, Kadi, Mathews, Meloni...*

Face à ces contradictions, qui reposent en l'occurrence sur une unité d'interprétation, à savoir la primauté de son ordre juridique de référence, deux attitudes sont possibles lorsqu'il s'agit d'en proposer une lecture globale portant sur les normes. Si l'on considère en effet que ces contradictions renvoient plus ou moins directement à des comportements couverts par des normes juridiques⁴, il est possible de constater soit la régularité de telles positions, soit leur irrégularité.

Défendre leur *régularité* imposera en conséquence d'expliquer comment les différents ordres juridiques, internes et internationaux, sont capables de cohabiter, en revendiquant leur autonomie réciproque. La diversité, et plus exactement, le pluralisme est de mise mais s'ouvre alors la question de l'explication de ce pluralisme. Comment les ordres juridiques cohabitent-ils ? Comment présenter de manière cohérente un ensemble d'ordres juridiques chacun revendiquant son autonomie vis-à-vis des autres ?

L'explication normative de l'autonomie respective ne peut s'orienter alors qu'autour de deux axes : l'*autonomie absolue* ou l'*autonomie relative*.

L'*autonomie* sera *absolue*, s'il s'agit de soutenir que chaque ordre juridique peut parfaitement opposer les normes de son ordre juridique aux normes des autres ordres juridiques et l'on se dira alors dans le modèle du réseau. Cette première explication laisse toutefois de côté toutes les

⁴ Nous nous inscrivons ici dans un courant de pensée qui considère qu'il existe des normes juridiques dès lors que celles-ci ont été produites conformément aux règles qui président à leur production. Toutefois, selon la théorie réaliste française de l'interprétation, il n'existe pas de norme avant l'interprétation authentique de l'énoncé qui la contient. En conséquence, il n'est pas possible d'apprécier la régularité de comportements couverts par la norme avant que celle-ci ne soit interprétée par un juge. En d'autres termes, la question que nous posons ne saurait se poser dans le cadre de la théorie réaliste de l'interprétation. Voir pour une formulation de la théorie réaliste de l'interprétation : M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF Leviathan, 2001, pp. 69-84.

situations de droit positif dans lesquelles les ordres juridiques se soumettent à d'autres ordres juridiques et, par exemple, lorsque le texte constitutionnel est modifié pour prendre en compte des exigences supranationales. Sans doute la modification de la Constitution n'est-elle précisément qu'une manifestation de l'autonomie de l'Etat mais pourquoi alors, si celui-ci est autonome, modifierait-il sa Constitution pour l'adapter à des éléments qui ne la contraignent pas ? Sans doute faudrait-il transposer à l'Etat, ainsi humanisé, le concept de servitude volontaire. Cette lecture de l'autonomie absolue n'explique donc pas le droit commun des Etats qui, dans la plupart des cas, respectent les normes internationales, plutôt qu'ils ne les respectent pas. Autrement dit, cette explication ne dit rien sur ce qui fait que les ordres juridiques, bien qu'autonomes, se soumettent, le plus souvent, en pratique. L'explication proposée n'éclaire pas sur les comportements des Etats face aux normes du droit international public.

L'*autonomie* sera *relative* si, malgré les forces mouvantes du droit, il existe cependant des éléments d'unité se dégageant du pluralisme, ce dernier devenant ordonné⁵. Il conviendra alors d'établir pourquoi et en quoi l'unité se rétablit-elle et, surtout, selon une analyse en termes normatifs, ce qui oblige à cette unité. Le plus souvent, l'unité se réduit à un constat d'ordre factuel et non pas à une analyse en termes de prescription. Le pluralisme accouche par magie de l'unité.

Alors que l'*autonomie absolue* ne dit rien sur le fait que, malgré cette autonomie, il existe des situations de soumission, l'*autonomie relative* constate les cas de soumission ou, plus exactement, les cas de cohérence malgré la diversité, sans pour autant les expliquer en termes normatifs.

La thèse de la régularité repose ainsi sur une lecture de type empirique des rapports entre les ordres juridiques : puisqu'il existe des contradictions, c'est que celles-ci sont possibles et donc que chaque ordre juridique est autonome. Elle repose ainsi sur un déni d'explication du phénomène juridique en des termes normatifs. Le fait l'emporte sur le droit. L'efficacité, et plus exactement l'inefficacité de la primauté dans un certain nombre de cas, feraient le droit. Le constat de ce qui *est* l'emporte sur ce qui *doit* éventuellement *être*. Cette lecture n'est possible que sous un angle pathologique, qui ne voit que les difficultés d'application du droit, dans le prolongement direct de l'analyse traditionnellement jurisprudentielle du droit. Le contentieux fait le droit ; les litiges portant sur l'application du droit construisent celui-ci. De plus, il faut ajouter que la perspective empirique n'est que de façade : la description proposée n'explique que les cas limites ; la majorité des situations de fait, à savoir le respect du droit international public par les Etats, n'étant pas couverte par l'explication avancée. La construction supposée réaliste n'explique pas la réalité.

L'autre thèse, aujourd'hui minoritaire, consiste à voir dans ces contradictions des cas d'*irrégularité*. Dans cette dernière hypothèse, il serait alors possible de proposer une description des rapports entre les ordres juridiques reposant sur une vision unitaire (et normative) du droit. Tout ce qui irait à l'encontre de cette vision serait alors analysé comme une irrégularité. Le reproche premier,

⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, 303 p.

d'ordre logique, et évident auquel une telle lecture invite, est celui de l'idéalisme : ce qui ne correspond pas au modèle n'est pas considéré comme valable et ne remet donc pas en cause le modèle. La réponse à ce reproche réside précisément dans ce dernier : la thèse de l'irrégularité propose un modèle. Un modèle construit à partir d'une théorie du droit qui vise à identifier le droit et à décrire comment il fonctionne ; non pas un droit positif particulier, mais le droit en général. Les explications de la régularité, et même si cela peut être paradoxal dans la mesure où la thèse de la régularité suppose une conception de la régularité et donc, plus ou moins directement une théorie du droit, ne repose sur aucun modèle de définition et d'explication du droit en général. Seule une théorie du droit peut expliquer les rapports entre les ordres juridiques. Sans une telle théorie, les analyses ne peuvent relever que de l'intuition. La théorie est une construction intellectuelle permettant de mieux comprendre le réel et constitue un positionnement sur ce réel et donc un parti pris sur la manière de mieux le connaître. Le réel ne se dévoile pas de manière immédiate à la connaissance. Il n'apparaît de manière intelligible que par un discours construit qui en révèle le sens.

Poser une théorie du droit présente un risque intellectuel, en imposant un positionnement au nom de la connaissance. Une telle démarche exige des choix méthodologiques à partir desquels il s'agit de construire le réel pour en avoir une représentation qui permette de mieux savoir ce que le droit est et comment il fonctionne. Aussi peut-on préférer une connaissance intuitive de son objet, c'est-à-dire du droit en général, et se contenter de vagues descriptions d'un état de fait de cet objet, correspondant elle aussi à une vision intuitive de ce qui se passe. La démarche est plus facile et ne semble pas devoir être rejetée par la communauté des juristes qui accepte, d'un point de vue institutionnel, et se contente de cette conception intuitive du droit. Elle l'est d'autant plus que, sans théorie du droit, il est difficile d'être classé dans sa manière d'appréhender son objet. Situer son discours sur le droit ouvre la voie à la critique et à la discussion. En refusant de trancher sur une conception du droit, l'on y échappe. C'est en cela que l'approche intuitive est la plus confortable. Elle protège de la discussion, de la remise en cause et de la critique, éléments pourtant indispensables à toute démarche scientifique.

Soyons ambitieux et défendons la nécessité d'une théorie du droit et même d'une théorie du droit normativiste pour proposer une approche unitaire des ordres juridiques (§ I). Si nous parvenons à défendre une approche unitaire des ordres juridiques expliquant de manière cohérente comment ceux-ci s'ordonnent, domaine dans lequel l'approche unitaire est la plus contestée, nul doute que l'unité du droit en sortira renforcée. Pour autant, cette approche théorique, construite, ne vaut pas « hors-sol », elle permet une meilleure connaissance du droit positif et des rapports entre les ordres juridiques (§ II). La construction et la démarche intellectuelles qu'implique le fait de poser une théorie n'ont d'intérêt que pour mieux connaître l'objet que l'on entend décrire. Et il nous appartiendra de montrer en quoi la théorie du droit permet de mieux connaître le droit positif. Pensons donc la frontière droit externe-droit interne selon une approche unitaire du droit.

§ I – De la nécessité d’une théorie du droit... pour une approche unitaire des ordres juridiques

S’il est nécessaire de disposer d’une théorie du droit pour pouvoir identifier ce qu’il est en général et comment il fonctionne, encore faut-il en choisir une. Une théorie du droit normativiste sera ici défendue qui soutient une analyse unitaire des rapports entre les ordres juridiques. Pour dévoiler cette théorie du droit, il convient d’abord de poser une définition du droit en général, avant de proposer la lecture qu’elle retient des rapports entre les ordres juridiques. Constitue ainsi une norme la signification d’un énoncé prescriptif qui oblige, interdit, permet ou habilite un certain comportement, qualifiée de norme par une autre norme et elle sera une norme juridique si elle appartient à un ordre normatif globalement efficace et sanctionné⁶. Deux éléments de cette définition doivent être mis en évidence dans le cadre d’analyse qui est le nôtre : le droit est envisagé comme un phénomène normatif (A) et le système juridique est donc appréhendé comme un système d’habilitations (B). Chacun de ces deux éléments contribue à proposer une lecture unitaire des ordres juridiques.

A – Le droit comme phénomène normatif

Envisager le droit comme un *devoir être* et non pas comme un *être*, telle est la caractéristique première à mettre en évidence ici selon une perspective normativiste. Le droit s’inscrit dans une perspective normative : il prescrit un certain nombre de comportements. Ces prescriptions constituent l’objet d’étude premier du juriste. Celui-ci envisage ce que le droit impose comme comportement et ce n’est que par rapport à ce référent premier qu’il porte éventuellement un regard sur le comportement lui-même. Il importe d’abord au juriste de s’intéresser à la norme qui pose une interdiction de fumer dans les lieux publics, avant d’observer éventuellement si, en pratique, les personnes fument ou ne fument pas dans les lieux publics. En tout état de cause, les comportements effectifs ne donnent aucune information sur l’existence de la norme mais seulement sur son efficacité, c’est-à-dire sur la question de savoir si la norme est ou n’est pas respectée. La loi de Hume implique qu’il n’est pas possible de tirer de conclusions prescriptives à partir de prémisses simplement descriptives⁷. Le fait que les personnes fument dans les lieux publics ne permet pas de savoir s’il existe une norme qui autorise ou qui interdit de fumer. Il y a ici une séparation entre ce qui *est* et ce qui *doit être*.

De plus, il est important de préciser que, si l’objet du juriste est le fait, il doit alors se doter des méthodes scientifiques et empiriques d’observation pour pouvoir valablement en rendre compte. Lorsque l’objet d’étude se porte sur le fait et donc sur l’application des normes il est alors nécessaire d’être exhaustif quant aux éléments factuels à observer ou, pour le moins, si

⁶ Voir sur cette définition et, plus largement pour une approche théorique normativiste du droit : *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Collection Universités Droit, 2008, 167 p., p. 33 pour la définition normativiste du droit.

⁷ D. HUME, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

L'exhaustivité n'est pas possible, d'indiquer la pertinence d'une méthode permettant d'établir une représentation du réel satisfaisante.

Pour en revenir aux différentes représentations dominantes des rapports entre les ordres normatifs, si ce sont des données d'ordre factuel qui imposent une remise en cause de la présentation normative classique, ce que défendent en l'occurrence F. OST et M. VAN DE KERCHOVE⁸, encore faut-il mesurer de manière scientifique ce changement des données d'ordre factuel et situer le mouvement par rapport à ce qui existait avant. Il faudrait d'ailleurs être naïf pour croire qu'il résulte d'un pur hasard que ces derniers auteurs ne proposent comme analyse alternative des rapports entre les ordres normatifs que la figure contemporaine du réseau. Ils ne disposent pas d'éléments factuels fiables à partir desquels ils pourraient construire une explication. Quand bien même ils en disposeraient, ces données ne leur permettraient pas de produire une théorie normative, mais une théorie factuelle. Quels sont les éléments pertinents pour le juriste, pensons à celui qui travaille dans une collectivité territoriale chargée d'instruire les permis de construire ? Savoir comment les permis de construire *sont* délivrés en pratique sur le territoire de la commune à partir d'études statistiques ou savoir comment ils *doivent être* délivrés ? Il est toujours étonnant de constater sur des questions abstraites, tels les rapports entre les ordres juridiques, la force des arguments factuels pour remettre en cause des analyses normatives, alors que, ce même raisonnement ne tient pas sur les questions les plus concrètes qui soient, à savoir l'instruction d'un permis de construire. Le réseau est une explication d'ordre philosophique ou politique, et non pas juridique, ne reposant sur aucune méthode d'observation empirique : elle ne permet pas de résoudre les questions que pose le fonctionnement du droit.

Envisager les rapports entre les ordres juridiques à partir d'une théorie du droit normativiste impose donc de résoudre la question à partir des normes des systèmes et non pas à partir de la pratique des Etats ou des organes de concrétisation du droit dans les différents systèmes observés. Dans une telle perspective, le seul constat de ce que les acteurs de chaque système juridique revendiquent la primauté de leur ordre de référence ne saurait suffire. Il s'agit d'apprécier ces comportements par rapport à ce que prévoient les normes et donc apprécier leur régularité. Le fait, à savoir les comportements des organes de concrétisation du droit, ne saurait constituer le substrat à partir duquel il s'agira de construire une explication des rapports entre les ordres juridiques. La théorie du droit retenue permet à la fois de situer ces comportements, qui s'inscrivent dans le factuel et non dans le droit, du moins en dehors des normes individuelles et concrètes posées éventuellement par le juge, et de les apprécier au regard des normes que ces organes sont censés appliquer.

B – Le système juridique comme système d'habilitation

⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*

S'inscrivant dans une logique normative, le droit, envisagé comme un ensemble de normes, se structure à partir d'un schéma d'habilitation. Selon une logique d'auto-référentialité, le droit génère sa propre production : le droit pose le droit. S'il ne nous appartient pas ici de revenir sur les critiques les plus visibles à l'auto-référentialité du droit, et notamment la critique de la *grundnorm*, c'est-à-dire de la norme fondamentale *supposée*, fondement ultime *supposé* de la validité des normes d'un autre juridique, il importe de montrer en quoi une approche unitaire du droit en général et des rapports entre les ordres juridiques en particulier est possible à partir d'une approche en termes d'habilitations.

Chaque norme du système trouve sa place dans celui-ci parce qu'une autre norme de ce même système la lui donne. Le système détermine seul ce qui en relève ou n'en relève pas. L'articulation entre les normes se fait donc selon un schéma d'habilitation qui génère une hiérarchie des normes correspondante. Le rapport de production entre deux normes détermine la hiérarchie entre celles-ci. La hiérarchie n'est ni une norme, ni un critère de résolution des conflits ; elle n'est qu'un discours, construit, visant à éclairer la manière dont les normes, dans un système juridique donné, s'agencent entre elles selon le rapport de production. Même perçue de manière pour le moins ambiguë, écrasée sans doute par le poids de la métaphore de la pyramide, la hiérarchie des normes est plutôt globalement admise par les juristes dans un ordre juridique interne, même si l'on connaît en France de prestigieux et récurrents opposants⁹. Elle n'en est pas moins majoritairement rejetée dès lors que l'on quitte un ordre juridique pour penser ses rapports avec les autres.

Si l'on s'inscrit dans un schéma (normatif) d'habilitation, proposer une explication unitaire des rapports entre les ordres juridiques implique qu'il existe des normes d'habilitation entre les différents ordres normatifs permettant de les ordonner entre eux. Dans la perspective retenue, la seule manière d'ordonner l'ordre international et les ordres internes consiste à faire du premier à la fois un ordre juridique supérieur aux autres ordres juridiques et coordinateur de ceux-ci. Retenir que l'ordre juridique international est un ordre coordinateur n'est sans doute pas l'élément le plus insurmontable de la proposition. Le droit international public fixe les règles de production des normes qui le compose, qu'il s'agisse des normes coutumières ou des conventions internationales, et ces normes s'adressent aux Etats, ces derniers étant à la fois à l'origine de ces normes, dans le processus de leur production, et des destinataires de celles-ci, le plus souvent sans médiateur institutionnel, l'ordre juridique international étant faiblement institutionnalisé. Le droit international régit donc les relations entre Etats, gère la production des normes qui les concernent, assure à la fois l'égalité et la capacité juridique des Etats à être des Etats. C'est incontestablement de ce dernier point de vue que la présentation est susceptible de heurter : le droit international fixe la capacité juridique d'un Etat à être un Etat et l'investit donc, en terme d'habilitation, à être un Etat. Partant, le droit international est supérieur au droit interne selon le

⁹ Voir en particulier P. Amssek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19 ; « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 983-1014.

rapport de production ; il habilite les Etats à être des organes producteurs de normes au sein de leur ordre juridique propre. Telle est la seule présentation unitaire possible des ordres juridiques.

Une théorie qui viserait à faire de l'ordre juridique étatique l'ordre juridique premier se heurte d'emblée à l'existence d'autres ordres juridiques étatiques qu'un seul Etat ne saurait régir. De plus, un droit international gouvernant les rapports entre Etats qui dépendrait, notamment pour ces règles de production, du droit de chacun des Etats serait difficilement un droit collectif des Etats mais plutôt un ensemble de droits fractionnés entre les Etats, insusceptibles de se rencontrer pour régir leurs relations communes. L'étanchéité entre les ordres juridiques ne saurait proposer une analyse unitaire et globale, mais une analyse relative en fonction des points de vue adoptés. Si elle permet éventuellement de savoir et de déterminer les règles applicables dans un cas déterminé en fonction du point de vue adopté, elle ne propose toutefois pas une explication globale, impliquant tous les ordres juridiques entre eux.

Deux types d'objections sont généralement opposés à la présentation unitaire : l'une juridique, l'autre extra-juridique.

Selon le premier type d'objection, l'appréhension des éventuelles normes constitutionnelles qui déterminent, dans l'ordre interne, la force obligatoire des normes du droit international poserait question. Il ne s'agira pas ici de se livrer à une critique empirique de la présentation, critique, qui ne saurait invalider la proposition d'analyse de type analytique, mais d'anticiper et de répondre à un argument éventuellement soulevé contre la présentation soutenue ici. Le fait que le droit constitutionnel formel, les Constitutions, régissent, dans l'ordre interne, la place du droit international public ne renverse pas le rapport de production dans la mesure où ces règles ne sont qu'une expression formellement nationale de règles de droit international public, comme la règle *pacta sunt servanda*, expression nationale en l'occurrence parfaitement admise par le droit international. L'on sait, à cet égard, que celui-ci, s'il impose une obligation de résultat, *pacta sunt servanda*, pour les conventions internationales, laisse libres les Etats quant aux moyens à utiliser pour assurer le respect de ce résultat, éventuellement en reprenant dans la Constitution des règles internationales. La formalisation constitutionnelle n'est qu'une illustration d'une liberté de moyen et non pas une illustration de la primauté constitutionnelle. Dans l'ordre interne, il ne viendrait à l'idée de personne de considérer qu'un décret du Premier ministre, qui énoncerait qu'une décision administrative individuelle doit respecter la loi, est supérieur à cette loi. Le décret ne fait que tirer les conséquences d'un rapport de production qui s'impose à lui, du fait même de ce rapport de production. Il faut encore préciser qu'il n'est pas question de montrer que la présentation unitaire est vraie ou fausse, mais seulement qu'elle permet d'expliquer l'unité de manière cohérente.

Dans le prolongement de cette objection, il sera encore remarqué que si le droit international fonde la validité du droit interne, il ne régir pas les conditions de production du droit national. Le droit interne ne serait donc pas immédiatement subordonné, selon le rapport de production, au droit international. Il se trouve que le droit international est indifférent à la manière dont sont

produites les normes internes. Autrement dit, il offre, en principe, une liberté totale aux Etats d'adopter le droit interne selon les formes qu'il estime appropriées. C'est sans doute cette habilitation large offerte aux Etats qui est à l'origine de la diversité des explications des rapports entre les systèmes. Le droit international public habilite les Etats à adopter de manière libre les normes internes qui le régissent. Le droit international peut cependant régir la production de normes nationales. Le fait qu'il ne le fasse pas témoigne seulement d'une faiblesse technique due à l'état contingent du rapport de force entre l'Etat et le droit international, et non pas d'un problème de nature du droit international. Le droit est toujours du droit, qu'il soit national, international ou local. L'existence d'ordres juridiques internationaux régionaux, tel l'Union européenne, qui révèle des rapports de force différents, témoigne de ce que le droit international, même s'il est partiel, peut-être plus perfectionné d'un point de vue technique et imposer aux Etats des contraintes qui auraient été difficilement envisageables sur le plan de la communauté internationale dans son ensemble. La Cour de justice de l'Union, tout en affichant le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, dans le prolongement des exigences du droit international public classique, a, en réalité, construit une jurisprudence réduisant de manière considérable cette autonomie¹⁰.

Selon le second type d'objection, de nombreuses considérations extra-juridiques font obstacle à une lecture unitaire. Une lecture historique de la question conduirait à refuser que le droit international public fonde la validité des Etats, car ceux-ci seraient apparus avant celui-là. Déjà discutable sur le plan historique, l'argument n'est pas valable sur le plan normatif. Peu importe l'existence préalable de tel ou tel autre ensemble normatif. Lorsque tous les ensembles normatifs existent, il s'agit de rechercher la manière dont ils s'ordonnent entre eux, sous l'angle normatif. Pour les mêmes raisons, les arguments factuels, ceux qui consistent à soutenir que les Etats ne respectent pas, en pratique, les règles du droit international public, ou logico-politiques, selon lesquels les Etats sont souverains et demeurent libres de respecter ou de ne pas respecter des normes dont ils sont les producteurs, ne sont pas valides. Ils excluent la dimension normative de la relation entre les ordres juridiques pour s'inscrire dans le fait ou dans la force. Une norme peut toujours ne pas être respectée, sans que son existence soit affectée¹¹. Le fait ne détermine pas le droit. La lecture proposée entre ordres juridiques tend d'ailleurs sur le plan terminologique à neutraliser et objectiver les termes du débat : l'Etat n'est qu'un ordre juridique, comme peut l'être une organisation internationale, une entité décentralisée de l'Etat ou le droit international

¹⁰ Pour une affirmation classique et explicite de cette autonomie : CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company NV et autres*, Aff. 51 à 54/71, *Rec.*, 1971, p. 1107 et s., § 3 et 4.

La désignation des juges nationaux (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629 et s., § 21), des organes étatiques et des autorités décentralisées (CJCE, 22 juin 1989 *Fratelli Costanzo*, Aff. 103/88, *Rec.*, 1989, p. 1839 et s., § 31) comme devant appliquer le droit de l'Union s'analyse comme autant de limites à l'autonomie institutionnelle des Etats.

Pour une explicitation de l'encadrement de l'autonomie procédurale par les principes d'équivalence et d'effectivité : CJCE, 15 septembre 1998, *SPAC*, Aff. C-260/96, *Rec.*, I-1998, p. 4997 et s., § 18.

¹¹ Au regard de la définition normativiste du droit proposé, un ordre normatif qui ne serait pas globalement efficace, c'est-à-dire un ordre dans lequel les normes seraient globalement plutôt non respectées que non respectées ne serait pas un ordre juridique. L'efficacité des normes d'un système rejaillit ainsi sur l'existence d'un ordre juridique.

dans son ensemble. Peu importe les qualificatifs politiques qui sont adjoints à ces différents ordres juridiques. D'un point de vue normatif, ils sont tous des ensembles de normes, unifiées au travers d'une norme suprême, elle-même éventuellement subordonnée à des normes d'autres ensembles.

§ II – Pour une meilleure connaissance du droit... et des rapports entre les ordres juridiques

Une théorie du droit fournit une grille d'analyse efficace permettant d'appréhender le droit positif. Savoir ce qu'est et comment fonctionne le droit en général offre une meilleure vision du droit positif. Une théorie normativiste conduit ainsi, d'une part, à porter un regard premier sur les normes du droit positif et non pas sur leur application par ses destinataires ou leur concrétisation organique par les organes d'application du droit¹² (A). D'autre part, elle implique précisément que soit porté un regard sur la conformité de ces applications et de ces concrétisations aux normes qui en sont à l'origine, ce qui renvoie à la question du *calcul des défauts* (B).

A – Le regard porté sur les normes de droit positif

La théorie du droit, en identifiant en général son objet, permet de différencier ce qui est du droit et ce qui n'est pas du droit. Dans un système juridique donné dans lequel est confié à un organe spécifique le soin de résoudre des différends sur l'application du droit entre deux personnes, un organe spécifique distinct de ces parties au litige qui est généralement qualifié de juge, la mission ainsi conférée à ce dernier revient à concrétiser le droit, c'est-à-dire à dire ce qu'une norme générale et abstraite qui ne concerne aucune personne en particulier ni aucune situation déterminée, oblige, interdit permet ou habilite pour une personne X dans une situation Y. Le résultat de cette concrétisation aboutit à la création d'une norme individuelle et concrète imposant tel ou tel comportement à la personne X dans la situation Y. La concrétisation du droit passe par l'interprétation de normes générales et abstraites, mais englobe également d'autres opérations, comme l'établissement des faits ou de la solution applicable aux faits. Cette interprétation ne saurait être confondue avec le résultat de la concrétisation à savoir la norme individuelle et concrète posée. La motivation à l'appui de la norme n'est pas la norme ; les motifs d'une décision de justice ne sont pas le dispositif. En donnant une interprétation d'une norme générale et abstraite, le juge ne se substitue pas à l'auteur de cette norme dans la signification qu'il a entendu donner à la norme qu'il a adoptée.

¹² Les destinataires des normes sont ceux qui sont permis, interdits, obligés ou habilités par celles-ci d'adopter un certain comportement. Lorsqu'ils sont habilités, ils deviennent des organes d'application du droit. La notion de destinataires des normes est ainsi plus large que celle des organes d'application du droit, cette dernière étant par ailleurs incluse dans la première. La distinction permet d'intégrer dans la réflexion non pas seulement les organes d'application du droit tels le juge ou l'administration, mais également les personnes couvertes par les règles de droit.

Lorsque le Conseil constitutionnel considère que l'article 88-1 de la Constitution lui permet d'opposer à une disposition législative transposant des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France et donc de faire obstacle à la primauté et à l'immédiateté du droit de l'Union, principes dont la positivité ne sera pas discutée ici, il ne procède qu'à une interprétation de la Constitution utile à la résolution de la question de savoir si une loi est ou n'est pas conforme à cette dernière. La seule norme qu'il posera sera la suivante : la loi est conforme à la Constitution, la loi est conforme à la Constitution sous les réserves qu'il a formulées ou la loi est contraire à la Constitution. Le reste n'est que motivation de la décision. Sous cet angle, l'affirmation/interprétation/motivation du Conseil constitutionnel sur l'article 88-1 de la Constitution n'est que potentiellement problématique par rapport aux exigences du droit de l'Union. Elle n'est problématique d'un point de vue normatif que si cette interprétation conduit à la production d'une norme contraire au droit de l'Union à savoir : la loi est contraire à la Constitution (alors que, par hypothèse, au regard de la motivation du juge, cette contrariété résulte de la non-conformité de la directive européenne à la Constitution). Cette lecture relativise de manière considérable la portée à retenir des jurisprudences des cours constitutionnelles nationales relatives aux *contrelimites* au droit de l'Union¹³. Le plus souvent, il n'y a que des difficultés d'interprétation, des conflits d'interprétations doctrinales provenant de juges et, seulement de manière exceptionnel-exceptionnelle, des conflits normatifs. L'on peut donc relativiser les conflits normatifs liés aux conceptions jurisprudentielles des rapports de systèmes qui révèlent avant tout des conflits interprétatifs sur la manière de concevoir les rapports entre les ordres juridiques et non pas, immédiatement, des conflits de normes.

Au-delà de la relativisation du discours du juge dans la place que son discours occuperait dans les rapports de systèmes¹⁴, il faut insister sur l'importance d'une lecture autonome des normes juridiques de droit positif relatives aux rapports de systèmes, quelle que soit pas ailleurs leur interprétation/application par les destinataires et organes de concrétisation du droit. Le référent premier de la lecture des rapports entre systèmes demeure la norme juridique. Les réponses aux questions posées doivent être résolues à partir des normes juridiques en vigueur, en privilégiant une interprétation sémiotique et historique¹⁵ de ces textes afin de préserver la volonté des auteurs de la norme, à moins bien sûr que les normes de droit positif privilégient d'autres méthodes

¹³ L'expression de « *controlimitazioni* » a été utilisée pour la première fois par P. BARILE (« *Il cammino comunitario della Corte* », *Giur. cost.*, 1973, p. 2416). En Italie, aux limitations de souveraineté impliquées par le droit de l'Union seraient opposables des « contrelimites » tirées du respect des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et des droits inaliénables de la personne humaine. Cette expression est aujourd'hui utilisée pour désigner toutes les jurisprudences des juges nationaux qui font obstacle au respect du droit de l'Union européenne en s'appuyant sur les normes constitutionnelles nationales.

¹⁴ Nous employons de manière indifférenciée les termes « rapports entre les ordres juridiques » et « rapports de systèmes ». L'usage de cette dernière expression s'imposait cependant en hommage au directeur de l'ouvrage, sans que l'on en retienne pour autant le même sens, voir : B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Editions, Forum, 2013, 207 p.

¹⁵ Sur cette distinction, voir M. TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.

d'interprétation. Sur la question d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des directives de l'Union européenne, c'est moins l'interprétation du juge constitutionnel qui est décisive que les normes constitutionnelles en vigueur. Or, et sans même s'intéresser aux stipulations des traités sur l'Union européenne, si l'on constate avec l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 que la France se conforme aux règles du droit public international, dont fait partie la règle *pacta sunt servanda*, avec l'alinéa 15 du même préambule que la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, avec l'article 54 de la Constitution que le contrôle des traités internationaux est un contrôle exclusivement facultatif et *a priori*, avec l'article 55 de la Constitution que les traités internationaux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne priment sur les lois, avec l'article 88-1 de la Constitution que la République participe à l'Union européenne constitués d'Etats qui ont choisi d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, enfin, avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles qu'il n'existe aucune disposition expresse instituant de manière explicite un contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union... il sera pour le moins difficile d'établir qu'un tel contrôle est permis.

Une fois encore, une lecture normativo-pragmatique s'impose pour éclairer la portée explicative de la lecture normativiste. Face à un litige intervenant en matière environnementale en France, quelles références textuelles faut-il utiliser pour savoir dans quelle mesure des normes nationales et/ou des normes du droit de l'Union européenne auront à s'appliquer ? La lecture de l'article 88-1 de la Constitution n'apportera que peu d'informations et il faudra se reporter au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour établir dans quelle mesure les normes nationales et/ou européenne sont applicables au litige en question. La répartition des compétences entre les Etats membres de l'Union et l'Union européenne n'est pas posée par chaque Constitution nationale, mais bien par les traités institutifs qui établissent l'ordre de répartition entre les deux catégories d'ordre normatif, européen et nationaux. Lorsqu'il s'agit pour un Etat de savoir s'il peut conclure un traité avec une entité dont la qualité d'Etat est sujette à discussion, recherche-t-il cette qualité dans la « Constitution » de cette entité ou dans les règles de droit international public qui déterminent ce qui doit être juridiquement considéré comme un Etat ? En termes d'habilitations, le droit national se retrouve sous le droit international et ne le détermine donc pas.

C'est encore en ayant recours aux normes juridiques que la question du dernier mot en cas de divergences d'interprétation entre les cours constitutionnelles nationales et les cours européennes doit être résolue. Les mécanismes juridictionnels, tels qu'ils sont prévus aussi bien par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que par la Convention européenne des droits de l'homme, offrent le dernier mot à leurs juridictions respectives. Tout dernier mot reconnu aux juridictions nationales en général et aux cours constitutionnelles en particulier doit donc être interprété comme une irrégularité. En droit de l'Union, avec l'intégration de l'identité nationale dans le droit positif européen dans l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne, ce sera la Cour de justice, aussi bien dans le cadre d'un renvoi préjudiciel que d'un recours en manquement, qui

pourra juger ce qui relève ou ne relève pas de l'identité nationale et de censurer une interprétation nationale autre. Le droit interne s'est ainsi vu déposséder de sa capacité de définir de manière autonome ce qui relève de son identité nationale. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, et si on laisse de côté la question de l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour de Strasbourg au regard des textes pertinents, c'est cette dernière qui a le dernier mot car le système de protection de la convention est subsidiaire à la protection nationale. Dans les deux cas, le dernier mot ne relève pas des juridictions nationales.

La « primauté » des normes juridiques de droit positif dans la lecture des rapports entre les ordres juridiques implique que les processus d'application et de concrétisation de ces normes soient appréciés au regard de celles-ci, c'est la question du calcul des défauts.

B – La question du calcul des défauts

Le référent normatif de droit positif oblige à une lecture critique des comportements des destinataires et des organes d'application du droit par rapport à ce référent. Il ne s'agit pas de se contenter des discours ou de l'attitude de ces derniers, mais de les apprécier au regard des normes de droit positif.

Sous cet angle, le constat factuel de la naissance d'un droit commun jurisprudentiel autour des droits fondamentaux, dont l'existence est d'ailleurs discutable, propre au droit global, avec son instrument, le « dialogue des juges », selon l'expression française, ne correspond *a priori* à aucune contrainte normative. Il est certes possible que des énoncés dispositionnels relatifs aux droits fondamentaux soient proches, que la volonté de leurs auteurs soit analogue et que donc la concrétisation régulière de ces normes par les juges conduise des interprétations comparables. Cette similitude est alors, plus ou moins directement, rattachable aux textes. Que les juges observent ce que font les autres juges, dans un autre Etat ou dans un autre ordre normatif quel qu'il soit, pour s'inspirer des interprétations et des solutions qui ont été retenues ne relève d'aucune contrainte normative, tout au plus ce phénomène traduit-il l'effet corroboratif de la jurisprudence c'est-à-dire « le processus factuel par lequel l'interprétation délivrée par une juridiction est employée à des fins probatoires par une autre juridiction en raison de l'analogie qu'elle établit »¹⁶. De là à constater l'émergence d'un droit naturel d'un nouveau genre remettant en cause l'approche hiérarchique des rapports entre les ordres juridiques, il semble que l'écart est grand, à moins bien sûr que l'on reste dans le constat factuel et que l'on quitte alors le regard du juriste. Le constat selon lequel différents juges, dans différentes zones géographiques, adoptent des interprétations convergentes de normes de droit positif est-il pour autant révolutionnaire ou même seulement nouveau ? La banalité du constat tranche mal avec la portée révolutionnaire que l'on entend lui faire porter : la fin de la pyramide ! S'il est, en revanche, un « dialogue des juges »

¹⁶ C. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence. Etude sur les rapports interprétatifs des juridictions européennes (CJUE, CEDH) et nationales (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation)*, LGDJ-Presses universitaires de Toulouse, Collection des Thèses de l'IFR, prix Maurice Hauriou, 2016, à paraître.

couvert par le droit, et qui traduit aujourd'hui une pratique relativement vivante des cours constitutionnelles nationales, tel est le cas du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, prévu par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il ne faut pourtant pas y voir un dialogue, non seulement parce qu'il n'y a qu'une question posée par une juridiction et une réponse apportée par une autre, mais, surtout, car la réponse apportée par celle-ci s'impose juridiquement à celle-là.

De la même manière, les attitudes des cours constitutionnelles nationales visant à faire obstacle, dans certaines situations déterminées, à l'application du droit de l'Union européenne se doivent d'être dénoncées à chaque fois que celles-ci s'éloignent des prescriptions normatives de droit positif. Si le droit est encadrement du pouvoir, toute attitude visant à le méconnaître est une expression de ce pouvoir et doit donc être dénoncée en tant qu'elle dépasse les bornes qui lui ont été fixées par le droit. Le juriste n'est ici pas soumis au pouvoir. Il est le gardien attentif de la soumission effective du pouvoir au droit. Le plus décisif dans la lecture des comportements des cours constitutionnelles ne consiste donc certainement pas dans l'appréciation subjective que l'on leur portera, selon que l'on défendra une position plutôt souverainiste ou de tendance internationaliste ou européeniste, pas plus que dans le constat que ces attitudes remettraient en cause une vision unitaire du droit, mais dans l'appréciation de leur régularité au regard des normes qu'elles sont censées appliquer. La jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique* du Conseil constitutionnel est-elle conforme au principe *pacta sunt servanda*? Constitue-t-elle une concrétisation satisfaisante des alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution de 1946 et des articles 54, 55, 61 et 88-1 de la Constitution ?

Cette question renvoie plus largement à celle du respect de la régularité dans un ordre juridique comme entre les ordres juridiques. Or, si la régularité s'inscrit dans l'unité, l'irrégularité marque la diversité. Les cas d'irrégularité, qu'ils se matérialisent par des conduites matérielles ou par l'adoption de normes, sont inévitables dans un ordre juridique. Il convient cependant pour ce dernier de prévoir des mécanismes permettant de préserver la régularité et donc de sanctionner les irrégularités. L'existence d'irrégularités conduit à un renversement de la hiérarchie des normes, appelé *paradoxe de la concrétisation*¹⁷ : si l'on ne prévoit pas de mécanismes juridique de préservation de la régularité, ce sont les normes ou les comportements irréguliers qui vont s'imposer dans la pratique et constituer ainsi les normes supérieures du fait de leur application. Ces irrégularités renversent la hiérarchie mais seulement en pratique, du fait de leur application, et ce, en l'absence de mécanisme de respect de la régularité. Pour ce qui concerne les attitudes des cours constitutionnelles, la difficulté de l'analyse provient de ce qu'il n'y pas de mécanisme efficace, utilisable ou utilisé qui serait mis en place afin de les contraindre à respecter et à les sanctionner et, plus exactement, de l'absence de procédure de destruction des normes fautives produites par ces organes.

¹⁷ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in *Droit constitutionnel*, sous la direction de L. FAVOREU, Dalloz, Précis, 2016, 18^{ème} édition, § 94.

Tel est également le cas, plus largement, de toutes les cours suprêmes qui constituent le dernier niveau d'appréciation de la régularité. Si ces juridictions assurent le respect de la régularité, aucun mécanisme n'est prévu afin qu'elles respectent elles-mêmes la régularité. Les défenseurs de la diversité profitent de cette situation pour pouvoir jouer sur la confusion entre attitudes irrégulières et droit, avec d'autant plus de force que les attitudes irrégulières sont visibles ou significatives. Il est facile de constater en Europe un mouvement relativement partagé des juges constitutionnels opposant des contrelimites au droit de l'Union, même s'il emprunte parfois des voies différentes. Le nombre¹⁸ fait œuvre normative, pour dénoncer la remise en cause de la primauté du droit de l'Union. Or, jamais une procédure en manquement n'a été intentée dans ces situations devant la Cour de justice, ce qui permettrait de disposer d'un contrôle de la régularité et l'usage de la question préjudicielle dans ce genre de situation présente moins de force dans la mesure où elle n'est, en droit mais pas en pratique, qu'un instrument visant à l'interprétation du droit de l'Union et non pas à l'appréciation de la régularité du droit national au droit de l'Union¹⁹.

Les constats d'ordre factuel ne sont pas problématiques en eux-mêmes dès lors qu'ils se situent ou sont situés pour ce qu'ils sont. Il faut cependant toujours garder un regard critique sur ces observations factuelles qui ne sont jamais le résultat d'une analyse exhaustive de ce qu'elles sont censées décrire ou du moins d'une analyse véritablement scientifique des éléments qu'elles observent. Sur quels travaux empiriques repose le « dialogue des juges » ? La pratique de quelques juges discutant autour d'une table de ce qu'ont décidé d'autres juges à l'occasion d'une conférence réunissant les membres de cours constitutionnelles ? Le constat de l'existence d'une telle pratique ne saurait constituer un travail empirique sérieux. En dehors de toute démarche empirique, ces discours factuels peuvent cependant rendre compte de l'évolution du monde sous un angle philosophique ou politique. Il n'en reste pas moins qu'ils doivent être considérés comme extérieur à l'objet d'analyse juridique. Imposer que des éléments d'ordre factuel remettent en cause une analyse de type normative, revient en définitive à exiger que le droit s'adapte aux faits, autre mythe juridique, alors que le droit est précisément là pour soumettre les faits aux contraintes qu'il pose. Cette inversion du raisonnement ne sert ni la clarté, ni la pertinence du

¹⁸ Du moins le nombre de cours constitutionnelles concernées d'un point de vue géographique ; nombre considérablement plus négligeable du seul point de vue quantitatif. Nombreuses sont en effet les cours constitutionnelles à avoir développé une jurisprudence des contrelimites, même si le nombre d'arrêts sur ces questions demeure négligeable, tant en général sur l'ensemble du contentieux de ces cours qu'au regard de l'ensemble de la jurisprudence concernant le droit de l'Union européenne.

Voir pour un état relativement récent et large d'un point de vue géographique de la question : « Les cours constitutionnelles, frein ou moteur de l'intégration européenne ? », table ronde animée par P. GAÏA, *AJJC*, 2012, pp. 651-667 ; « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Evolution d'une décennie », XXIX^{ème} Table Ronde internationale, Aix-en-Provence, *AJJC*, pp.149-155.

Pour une analyse plus ancienne et à l'étendue géographique plus réduite, voir : « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *Annuaire de Droit Européen*, 2004, Volume II, pp. 119-147.

¹⁹ Il faut sans doute concéder que, même si une telle procédure était menée à bien, il n'est pas certain que l'arrêt de constatation de l'irrégularité conduise à une remise en cause des analyses factuelles dominantes.

discours des juristes. La confusion des genres ne révèle jamais la qualité et la clarté d'un discours. Quelle qu'en soit la légitimité par ailleurs, le droit garantit l'unité par la contrainte qu'il impose, aussi bien au niveau interne que dans les rapports entre le droit externe et le droit interne.