Penser par l'équivalence : la hiérarchie des normes revisitée

Marc Guerrini

▶ **To cite this version:**

Marc Guerrini. Penser par l'équivalence : la hiérarchie des normes revisitée. Revue Lexsociété, 2024, Revue LexSociété, 10.61953/lex.5435 . hal-04488340

HAL Id: hal-04488340
https://hal.science/hal-04488340

Submitted on 4 Mar 2024

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.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Penser par l'équivalence : la hiérarchie des normes revisitée

in M. LATINA (dir.), Variations sur les institutions, la justice, l'environnement et lecontrat, Journée Lex Société, Université Côte d'Azur, 2023

MARC GUERRINI
Professeur de droit public
Cerdacff
Université Côte d'Azur

Résumé : L'opposition classique entre suprématie constitutionnelle et primauté du droit international et européen a progressivement laissé place à une appréhension pluraliste des rapports entre les différents ordres et systèmes juridiques. Les juges nationaux et internationaux tirent désormais les conséquences d'une forme de constitutionnalisme global pour articuler leurs compétences à travers une logique d'équivalence des protections. Si cette logique apparaît empiriquement observable, elle est aussi doctrinalement disputable.

Mots-clés : Rapports de systèmes juridiques ; droit constitutionnel ; constitutionnalisme global ; droit international et européen ; équivalence des protections ; droits fondamentaux

Les rapports qu'entretiennent les ordres et systèmes juridiques en Europe ont, ces dernières années, attiré tous les regards vers le sommet de la hiérarchie des normes. Les juges constitutionnels et européens, après avoir formulé et affirmé sans ambiguïté leurs positions respectives, semblent avoir tiré les premières conséquences d'un « dualisme incompressible »[1] opposant primauté du droit international et suprématie de la Constitution. C'est ainsi que le thème du pluralisme normatif s'est imposé dans la doctrine, réhabilitant une manière de concevoir nos ordres juridiques que la pensée kelsénienne avait écartée d'un revers de la main en affirmant, à la manière de l'Évangile, que « personne ne peut servir deux maîtres »[2]. Juristes et sociologues du droit se sont donc saisis des nouveaux phénomènes d'interactions entre les ordres juridiques qui semblaient échapper à une logique purement hiérarchique, héritière du monisme juridique[3]. Le pluralisme juridique a alors trouvé une voie à emprunter, révélant la « coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit, ou encore de sources de droit, dans un espace donné à un moment donné »[4]. Établir la réalité de ce phénomène n'est pas une entreprise aisée dans la mesure où les affirmations et postures de principe demeurent pleinement pertinentes. Juge d'un ordre juridique à la fois autonome et intégré, la Cour de justice de l'Union européenne ne saurait faire autrement que d'imposer la primauté de

[1] FAVOREU L., OBERDORFF H., « Droit constitutionnel et droit communautaire, les rapports des deux ordres juridiques », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, février 2000, n° 453, p. 96.

[2] KELSEN H., *Théorie pure du droit* (traduction française de la 2ème édition par Charles Eisenmann), *LGDJ*, Paris, 1999, p. 319

[3] V. sur cette question : MORET-BAILLY J., « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 195.

[4] BELLEY J-G, « Pluralisme juridique », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., *LGDJ*, 1993, p. 446.

son droit sur toute norme nationale y compris constitutionnelle[5], mais aussi que de préserver son autonomie face au reste du droit international. Il en va de même de son homologue strasbourgeois chargé du respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui entend bien ne pas affaiblir « l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen »[6]. De la même manière, les juges constitutionnels ne peuvent admettre la primauté intégrale du droit international et européen sur les normes constitutionnelles nationales sans saper les fondements les plus singuliers de la construction étatique fondée sur la suprématie constitutionnelle. Chacun reste donc sur ses positions de principe et n'entend pas y déroger. Ces positions fortes se sont néanmoins accompagnées d'une certaine mesure et d'une dose de diplomatie judiciaire, les juges internes et internationaux ayant conscience que « celui qui tracerait la ligne porterait la responsabilité de conflits qui, en droit, n'ont pas de solution »[7]. Le temps était donc à l'interprétation conforme et au dialogue grâce auxquels les juges, notamment constitutionnels, ont assuré la compatibilité des ordres juridiques en présence sous l'effet d'influences discrètes, mais bien présentes[8]. L'essentiel serait de parvenir à un équilibre évitant que par un entrecroisement des pyramides des normes et des sources, les ordres juridiques ne se retrouvent dans une situation de confrontation stérile et sclérosante. Le pluralisme juridique entend donc porter cette ambition que résument ainsi Clément Malverti et Cyrille Beaufils, maîtres des requêtes au Conseil d'État : « c'est précisément l'ambition des approches pluralistes que de penser les moyens par lesquels peut être maintenu ce fragile équilibre. Une responsabilité

[5] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, Rec. CJCE 1964, p. 1141 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. CJCE 1970, p. 1125.
[6] CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89.
[7] DE WITTE B., MARCOU G., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *LGDJ*, 2013, p. 14.
[8] FAVOREU L., OBERDORFF H., « Droit constitutionnel et droit communautaire, les rapports des deux ordres juridiques », *op.cit.*, p. 97.

pèse ainsi sur les juges nationaux comme supranationaux, dépourvus de la légitimité pour y mettre définitivement fin, d'éviter que le pluralisme constitutionnel ne tourne à la "complète cacophonie" »[9].

Les juges internes et internationaux, sans abandonner les exigences inhérentes à leurs hiérarchies des normes et des sources respectives, se sont alors repositionnés afin d'adopter en partie une logique pluraliste. Le langage du droit a accompagné ces adaptations en prenant leurs distances avec une approche hiérarchique. Les mots ont alors évolué en partant du constat dressé par Mireille Delmas-Marty dans son ouvrage *Les forces imaginantes du droit* selon lequel « les pauvres mots du langage juridique ordinaire – des mots pourtant si commodes, comme "ordre" ou "système", "hiérarchie" ou "autonomie" – peinent à traduire les phénomènes d'indétermination, d'incohérence et d'instabilité qui accompagnent l'internationalisation du droit »[10]. Il y avait alors, selon François Ost, une « nouvelle grammaire à inventer pour un droit qui se produit aujourd'hui en réseau »[11]. Ont ainsi pu être évoquées des « normes reflets » et une « technique du reflet » : « un jeu en miroir s'instaure ainsi entre deux normes, qui se ressemblent parfois au point de paraître identiques. En prenant acte de ce "rapport spéculaire" et en en tirant un certain nombre de conséquences, le droit positif s'est doté d'un instrument riche et polyvalent. La reconnaissance d'une norme-reflet peut en effet servir de rapprochement des ordres juridiques, lorsque les normes envisagées appartiennent à des corpus formellement distincts. Dans ce cas, le constat d'un reflet normatif permet d'adopter un mode de raisonnement original et de lever certaines incertitudes quant aux rapports entre ces systèmes, y compris dans le

[9] MALVERTI C., BEAUFILS C., « L'instinct de conservation », *AJDA*, 2021, p.1194.
[10] DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (Tome 2). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, p. 28.
[11] OST F., « Sources et systèmes de droit » *in Quelles perspectives pour la recherche juridique ?,* PUF, 2007, p. 117.

cas où ces rapports sont formellement évoqués »[12]. C'est aussi le mouvement des normes qui a été mis en lumière, dans le sillage du droit global, avec la notion de « flux normatif à entendre au sens de la métaphore routière : ce sont les interprétations des textes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme qui circulent et qui par leur rencontre finissent par converger, créant ainsi une nouvelle norme »[13]. Furent aussi évoquées les causes modernes de la « prévalence non hiérarchique »[14]. Vlad Constantinesco a pu, dans un même sens, évoquer une approche « contrapunctique » des rapports de systèmes juridiques, se référant à la notion musicale de contrepoint, entendu comme « l'art de faire chanter en toute indépendance apparente des lignes mélodiques superposées, de telle manière que leur audition simultanée laisse clairement percevoir, au sein d'un ensemble cohérent, la beauté linéaire et la signification plastique de chacune d'elles, tout en lui ajoutant une dimension supplémentaire, née de sa combinaison avec les autres »[15].

Or, afin de dépasser l'approche hiérarchique classique, il était nécessaire d'identifier une clef d'articulation qui permettrait de dépasser l'opposition entre primauté du droit international et suprématie de la Constitution. Il semble que c'est dans le contrôle de l'équivalence des protections que se loge un tel outil d'articulation des ordres et systèmes juridiques. Le raisonnement consiste pour les juges, dès lors qu'ils se trouvent dans une situation de conflit d'obligations et qu'ils sont amenés à contrôler des obligations issues d'un ordre ou d'un système juridique distinct, à autolimiter leur contrôle à l'égard de ces dernières à condition que l'ordre ou le système juridique dont elles proviennent

---

[12] BRUNET F., « La norme-reflet - Réflexions sur les rapports spéculaires entre normes juridiques », *RFDA*, 2017, p.85.

[13] NICOLAS E., « De la norme aux flux normatifs » *in Puissances de la norme*, EMS Editions, 2017, p. 177.

[14] MOUZET P., « La prévalence », *RDP*, 2014, p. 137.

[15] CONSTANTINESCO V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'Honneur du Professeur Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 92.

respecte les droits fondamentaux de manière équivalente. Il s'agit, en quelque sorte, d'un gage de confiance accordé à un ordre juridique distinct qui assure la protection des normes équivalentes afin de ne rester pleinement vigilant qu'à l'égard des normes spécifiques. Ce raisonnement par l'équivalence n'est pas nouveau. Il est pour la première fois apparu au début des années 1970 dans les rapports entre l'Union européenne et les États membres. En effet, durant un temps, la carence de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux lui fut reprochée. Un tel reproche avait alors justifié l'éclatante jurisprudence *So Lange* de la Cour constitutionnelle allemande dans laquelle le juge affirmait sa compétence pour écarter l'application d'une norme européenne « aussi longtemps que » l'ordre juridique communautaire n'assurerait pas une protection équivalente des droits fondamentaux[16]. Il faudra attendre 1986 et les progrès de l'Union européenne en la matière pour que le juge constitutionnel allemand, par sa décision *So Lange 2,* accorde sa confiance à l'Union en renonçant au contrôle de constitutionnalité des actes européens « aussi longtemps que » le niveau de protection que cette dernière offre se maintiendra à un niveau équivalant à celui de la loi fondamentale allemande[17]. Ces solutions inaugurales du contrôle de l'équivalence des protections témoignent du fait que c'est dans le domaine de la protection des droits fondamentaux que cette clef d'articulation apparaît, donnant ainsi un certain crédit aux thèses du constitutionnalisme global rendant compte de la globalisation de la protection des droits fondamentaux et de l'ouverture des ordres juridiques[18]. L'idée serait de constater l'existence d'un fond commun de droits et libertés et d'articuler les systèmes juridiques autour d'un raisonnement qui substitue une appréciation en termes de commun et de spécifique à une appréciation en termes de primauté et de suprématie. Ainsi, le contrôle de l'équivalence des protections permettrait une relecture de la hiérarchie des

[16] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *So Lange I*, BVerfGE 37, 271.
[17] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *So Lange 2*, BVerfGE 73, 339.
[18] PINON S., « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, 2016/4, n° 108, p. 927.

normes et une articulation plus harmonieuse des ordres juridiques. L'étude des solutions adoptées par les juges internes et internationaux semble confirmer ce présupposé. En effet, en pratique, on retrouve bien une telle logique dans les droits français et étrangers, dans le droit de l'Union européenne et dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Tous les juges concernés semblent avoir intégré des raisonnements qui se fondent sur l'équivalence des protections afin d'articuler l'application de leur droit à celui issu d'autres systèmes ou ordres juridiques. Pourtant, si les logiques se ressemblent, il n'est pas certain qu'elles soient strictement identiques ni même qu'elles soient parfaitement homogènes, ce qui laisse entrevoir un outil encore en voie de perfectionnement. Ainsi, si on peut affirmer sans difficulté que cette lecture de la hiérarchie des normes est empiriquement observable (II), elle nous semble, dans le même temps, doctrinalement disputable (II).

***

I. Une lecture empiriquement observable de la hiérarchie des normes

L'étude de la jurisprudence des cours nationales et européennes montre que ces dernières ont su en partie dépasser la logique hiérarchique dès lors qu'il s'agit d'articuler les différents systèmes juridiques. S'est ainsi développée une série de solutions dont le point commun est de faire du contrôle de l'équivalence des protections la clef d'articulation qui manquait jusqu'alors à l'ordonnancement du pluralisme juridique. Une telle logique apparaît ainsi en voie de diffusion (A). Mais cette logique est également en voie de substantification dans la mesure où elle se focalise sur la question des droits et libertés fondamentaux (B).

A. La diffusion de la logique de l'équivalence des protections

C'est en premier lieu devant les juridictions constitutionnelles que le contrôle de l'équivalence des protections s'est développé dans le cadre de leurs rapports avec l'Union européenne. C'est la Cour constitutionnelle allemande qui fut la première à revendiquer une telle logique en 1974 dans son arrêt *So Lange*[19] avant de consentir à accorder sa confiance à l'ordre juridique de l'Union européenne aussi longtemps que le niveau de protection offert par cette dernière sera considéré comme équivalant à celui offert par l'ordre constitutionnel allemand [20] . Cela signifie qu' « eu égard à la primauté du droit de l'Union, un acte de droit interne allemand transposant un acte du droit de l'Union ne peut être examiné pleinement à l'aune des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale que dans la mesure où cet acte intervient dans le cadre de la marge d'appréciation laissée par le droit de l'Union pour la mise en œuvre de la mesure européenne »[21]. Néanmoins, sans revenir sur sa jurisprudence *So Langue*, la Cour constitutionnelle allemande s'est reconnue compétente pour procéder à un contrôle du respect de l'identité constitutionnelle allemande[22]. Il s'avère qu'une telle logique s'est développée et approfondie dans l'espace européen[23].

---

[19] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, *So Lange I*, BVerfGE 37, 271.

[20] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, *So Lange 2*, BVerfGE 73, 339.

[21] LANGENFELD C., « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », avril 2019, édition numérique, Conseil constitutionnel : https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union

[22] Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, Lisbonne, BVerfGE 123, 267.

[23] Parallèlement, la Cour de justice de l'Union européenne accepte parfois de limiter la portée du principe de primauté afin de ménager certaines dispositions constitutionnelles nationales spécifiques au nom du respect de l'identité nationale des États. L'arrêt Omega du 14 octobre 2004 opposant la libre circulation européenne et la conception allemande de la dignité humaine en constitue un exemple. La Cour de justice de l'Union européenne, après avoir constaté le respect de la dignité de la personne humaine est également protégé par le droit de l'Union

Ainsi, le Tribunal constitutionnel espagnol, examinant les dispositions du traité établissant une Constitution pour l'Europe et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne souligna que « la primauté proclamée dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe opère à partir d'un ordre juridique qui se construit sur les valeurs communes des Constitutions des États intégrés dans l'Union et de leurs traditions constitutionnelles communes »[24]. Comme l'a souligné Laurence Burgorgue-Larsen, « le renversement de perspective est important. Alors que c'est traditionnellement la Cour de justice qui a interprété le droit de l'Union en s'inspirant des valeurs et traditions constitutionnelles communes ; ici, c'est la juridiction constitutionnelle qui interprète le droit de l'Union et qui l'estime conforme à ces mêmes traditions et valeurs »[25], voyant ainsi dans cette décision un « So Lange II à l'espagnole »[26]. Ainsi, le juge espagnol minimise les risques de conflits entre les deux ordres juridiques en soulignant la convergence et l'équivalence des droits en Europe. Pour autant, il précise dans le même temps que l'intégration du droit de l'Union européenne ne peut être acceptable que dans la mesure où ses effets sont « compatibles avec les principes fondamentaux de l'État social et démocratique établis par la Constitution nationale »[27]. La logique de l'équivalence des protections est particulièrement visible sur le terrain des identités constitutionnelles, car la protection de l'identité constitutionnelle permet

---

européenne, va estimer que les autorités allemandes pouvaient prendre une mesure de restriction à la libre circulation des biens sur ce fondement bien que sa conception constitutionnelle du respect de la dignité humaine ne soit pas « une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime au cause »(CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02). V. également : CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec*. CJUE 2010, p. I-13693.

[24] Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 13 décembre 2004, n° 1/2004, FJ n°3.

[25] BURGORGUE-LARSEN L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : "Un Solange II à l'espagnole" », disponible en version numérique sur le site du Centre de recherche sur l'Union européenne, Université Paris I, p. 8.

[26] *Ibid.*

[27] Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 13 décembre 2004, n° 1/2004, FJ n°3.

précisément de préserver des particularités constitutionnelles nationales. Cette dimension se retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle française qui module le contrôle de constitutionnalité des dispositions législatives transposant une directive européenne[28] ou adaptant le droit français à un règlement européen[29] autour de la notion d'identité constitutionnelle. Ainsi, le juge constitutionnel consent à ne pas opérer son contrôle sur de telles dispositions législatives sauf si ces dernières venaient à méconnaitre une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française. Ici, c'est bien une logique d'équivalence qui est promue par la juridiction constitutionnelle qui a précisé en 2021 qu'il « n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, *ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne*, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »[30].

---

[28] CC, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Sur cette décision V. : Bertrand B., « Le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel », *LPA*, 2006, n°s.n., p. 3-4 ; Chaltiel F., « Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue de l'Union européenne*, 2007, n°504, p. 61-65 ; CHALTIEL F., « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *RFDC*, octobre-décembre 2006, n°68, p. 837-847 ; VERPEAUX M., « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi Droit d'auteur », *JCPG*, 2007, n°s.n., p. 34-37 ; Cassia P., Saulnier-Cassia E., « Rapports entre la Constitution et le droit communautaire », *DA*, octobre 2006, n°10, p. 31-33.

[29] CC, décision n°2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles.* Sur cette décision V. : CHALTIEL F., « La loi sur la protection des données devant le juge constitutionnel, entre prolongement de l'édifice constitutionnel européen et initiation du droit constitutionnel de la protection des données », *LPA*, 1er août 2018, n°153, p. 7-20 ; J.-M. Pastor, « Constitution, loi et règlement européen : mode d'emploi », *AJDA*, 18 juin 2018, n°21, p. 1191.

[30] CC, décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée]*. Sur cette décision V. : LABAYLE H., « Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union

Un raisonnement par l'équivalence est également observable dans la jurisprudence du Conseil d'État saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un décret transposant une directive de l'Union européenne. Le juge administratif estime qu'il lui revient de rechercher en premier lieu s'il existe un équivalent au principe constitutionnel invoqué dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Il opère ainsi une appréciation de l'équivalence des protections en recherchant si la disposition ou le principe constitutionnel se trouve également protégé par le droit de l'Union européenne. Dans le cas où une telle équivalence des protections serait constatée, le juge écartera le moyen en l'absence de difficulté sérieuse ou saisira la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle afin que cette dernière contrôle directement la conformité de la directive à la norme commune aux deux ordres juridiques. En revanche, si la norme constitutionnelle sur laquelle le moyen d'inconstitutionnalité s'adosse s'avère spécifique à la Constitution française, le juge administratif se reconnait compétent pour contrôler lui-même les dispositions règlementaires de transposition au regard de la Constitution[31]. Ce contrôle de l'équivalence des protections a également été étendu dans l'affaire

---

Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel », *Europe*, Décembre 2021, n°12, p. 7 ; HEITZMANN-PATIN M., « Beaucoup de bruit pour rien ? Quand le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », *RFDA*, novembre-décembre 2021, n°6, p. 1097-1103 ; TOMASI P-A., « L'identité constitutionnelle de la France, la force publique et le service public », *RFDA*, novembre-décembre 2021, n°6, p. 1087-1094 ; J. PETIT, « Police administrative et identité constitutionnelle de la France », *AJDA*, 31 janvier 2022, n°3, p. 172-178 ; CHARITE M., « La résurgence de l'identité constitutionnelle de la France », *JCP A*, 2 novembre 2021, n°44-45, p. 3 ; VERPEAUX M., « Les résistances de la Constitution française », *JCP G*, 15 novembre 2021, n°46, p. 2100-2103 ; CHEVRIER M., « Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France Soupape de sûreté pour un contrôle du droit de l'Union européenne ou catégorie substantielle du droit constitutionnel ? », *JCP G*, 6 décembre 2021, n°49, p. 2238-2241 ; PRETOT X., « Le pouvoir de police ne se concède pas : un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France à la portée toute relative… », *JCP A*, 6 décembre 2021, n°49, p.4.

[31] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, *RFDA* 2007. 384, concl. M. GUYOMAR.

French data Network jugée par le Conseil d'État le 21 avril 2021[32]. Après avoir précisé que lorsque cela est possible, il appartient au juge administratif de procéder à la méthode de l'interprétation conforme afin de rendre compatibles les interprétations de la Cour de justice de l'Union européenne et les exigences constitutionnelles nationales, ce dernier estime que si cette méthode ne pouvait aboutir et que l'interprétation que la Cour de justice fait du droit de l'Union conduit à méconnaitre des exigences constitutionnelles qui ne trouvent pas d'équivalent en droit de l'Union, le juge devra écarter une telle interprétation.

On retrouve de nouveau cette logique dans les rapports entre la Cour européenne des droits de l'Homme, l'Union européenne et ses États membres. En l'absence d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg demeure incompétente *ratione personæ* pour contrôler les actes de l'Union européenne. En revanche, elle peut être amenée indirectement à les contrôler dès lors que sont en cause devant son prétoire des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne. Dans son arrêt *Bosphorus* de 2005[33], la Cour va estimer que les actes des États qui s'inscrivent dans le cadre de l'exécution des obligations inhérentes à leur participation à une organisation internationale doivent bénéficier d'une présomption de compatibilité à la Convention dès lors que l'organisation internationale concernée respecte les droits fondamentaux de manière équivalente à la Convention[34]. Cette équivalence renvoie non seulement à une

[32] CE, Ass., 21 avril 2021, *French data Network et autres*, n° 393099.

[33] CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. n° 45036/98, Rec. CourEDH 2005-VI.

[34] V. sur ce point : MAUBERNARD C., « Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme : l'équivalence procédurale », *Revue des affaires européennes*, 2006, n° 1, pp. 65-81 ; MILLET F-X, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, pp. 307-
318.

équivalence matérielle, mais également procédurale[35]. La présomption de compatibilité peut à tout moment être renversée par la Cour dans le cas où celle-ci constaterait une insuffisance manifeste dans la protection d'un droit. Par ailleurs, il semblerait également que la Cour européenne des droits de l'Homme applique implicitement la logique de l'équivalence des protections dans ses rapports avec le droit international général. En effet, c'est dans un tel cadre que s'inscrit l'arrêt *Al-Dulimi et Montana management Inc. c/ Suisse*[36], rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 juin 2016, éclairant la manière dont peut être résolu le conflit d'obligations lorsque le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme entre en contradiction avec le droit onusien, et plus spécifiquement avec une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. La Cour européenne des droits de l'Homme a estimé dans cette affaire que « la Suisse n'était pas en l'espèce confrontée à un vrai conflit d'obligations (...) et cette conclusion dispense la Cour de trancher la question de la hiérarchie entre les obligations des États parties à la Convention, d'une part, et celles découlant de la Charte des Nations unies, d'autre part. De même, cette conclusion rend sans objet la question de l'application du critère de la protection équivalente soulevée par les requérants ». Autrement dit, la question de l'équivalence des protections se serait posée si nous étions en présence d'un conflit d'obligations. Cette incise permet d'envisager que la jurisprudence de l'équivalence des protections puisse s'appliquer à un conflit d'obligations entre la Convention européenne des droits de l'Homme et l'Organisation des Nations Unies.

Parallèlement, cette logique se retrouve aussi dans les rapports entre l'Union européenne et le droit international général. La Cour de justice de l'Union européenne fut elle-même confrontée à la reprise, par un règlement de l'Union,

---

[35] V. notamment : KAUFF-GAZIN F., « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *LPA*, 24 novembre 2005, p.9.

[36] CourEDH, *Al-Dulimi et Montana management Inc. c/ Suisse*, 21 juin 2016, req. n° 5809/08.

d'obligations issues d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies dans son arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008[37]. Alors que le Tribunal de première instance avait estimé que les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies primant sur les droits nationaux comme sur les droits communautaires, un règlement reprenant de telles résolutions devait bénéficier d'une immunité contentieuse[38], la Cour de justice allait revenir sur une telle interprétation en affirmant sa compétence pour contrôler un tel règlement. Cette dernière a dans un premier temps souligné que « les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux »[39]. Mais, au-delà de cet argument lié à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, la Cour semble avoir procédé à un contrôle de l'équivalence des protections en soulignant les carences du système des Nations-Unies : « l'existence dans le cadre de ce régime des Nations-Unies, de la procédure de réexamen devant le comité des sanctions [...] ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté ». Elle ajoute que «la procédure devant ce comité demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique, les personnes ou entités concernées n'ayant pas de possibilité réelle de défendre leurs droits et ledit comité prenant ses décisions par consensus, chacun de ses membres disposant d'un droit de véto »[40].

On voit donc comment l'équivalence des protections permet d'articuler les différentes obligations provenant d'ordres et de systèmes juridiques distincts.

---

[37] CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. C-402/05 P et C-415/05 P.*

[38] TPICE, 21 septembre 2005, *Yusuf et El Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, aff. T-306/01 et T-315/01, Rec. 2005, p. II-3533.

[39] CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, op.cit., point 285.

[40] *Ibid*., point 323.

Les rapports de systèmes semblent donc irrigués par une méthode en voie de développement qui consiste à mettre en œuvre un raisonnement tenant compte des équivalences des protections offertes par les autres systèmes ou, au contraire, de l'absence d'équivalence pour moduler les différents contrôles susceptibles d'être exercés. Cette logique permet de dépasser l'opposition entre primauté du droit international et suprématie constitutionnelle en se recentrant sur les possibilités qu'offre le constat d'une protection équivalente.

B. La substantification de la logique de l'équivalence des protections

Le développement de la logique de l'équivalence des protections repose en réalité sur trois fondements : la convergence, la compétence et la confiance. S'agissant de la convergence, dès lors que l'on entend tirer des conséquences contentieuses du caractère communément partagé d'une norme déterminée, et donc de l'équivalence des protections, on ne peut faire l'économie de l'étude des normes qui sont concernées par de tels raisonnements. Or, c'est en matière de droits fondamentaux que le contrôle de l'équivalence des protections a été rendu possible en raison du fond commun de droits et libertés qui s'est progressivement constitué. La logique de l'équivalence participe à l'idée que les ordres et systèmes juridiques concernés ont tous accordé à la protection des droits fondamentaux une valeur absolument déterminante. Cette donnée fut largement décrite pour les États européens au sortir de la Seconde Guerre mondiale et elle apparaît évidente pour la Cour européenne des droits de l'Homme dont l'objet unique et exclusif est la protection des droits et libertés en Europe. La conception promue par la Cour européenne des droits de l'Homme, consistant à faire de la Convention un « instrument de l'ordre public européen », remet en pleine lumière la question de la fonction du droit. Le thème du fonctionnalisme juridique a longtemps souffert d'un certain

désintérêt dans la mesure où s'était profondément enracinée l'idée selon laquelle « le rapport entre l'instrument et ses utilisations possibles n'était pas univoque : le même instrument pouvait être utilisé pour des finalités diverses et, chacune de ces finalités pouvait, au même titre, être obtenue grâce à des instruments différents du droit »[41]. Voici un constat qui ne peut, au regard de la jurisprudence de la Cour, s'appliquer à la Convention européenne des droits de l'Homme qui apparaît comme un instrument spécifiquement destiné à préserver l'ordre public européen et à garantir le respect des droits fondamentaux. À cet égard, la référence à la société démocratique joue un rôle de premier ordre en répondant à une « fonction idéologique essentielle »[42] qui vise à « établir une échelle de normalité permettant de déterminer l'étendue souhaitable des droits et libertés puisque [...] bien au-delà des droits proprement politiques, la notion de société démocratique "domine la Convention tout entière" »[43]. Ainsi, considérée comme le seul régime politique envisagé compatible avec la Convention européenne[44] et comme la condition du maintien de la paix et de la justice dans le monde[45], la référence à la démocratie commande dans une large mesure l'interprétation extensive de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les choses étaient moins évidentes au sein de l'Union européenne dont la vocation première n'était pas la protection des droits et libertés. Elle a pourtant su « se développer graduellement avant de pouvoir jouer un rôle central »[46]. Ces évolutions ont rendu possible l'articulation des ordres juridiques par le contrôle de l'équivalence des

---

[41] BOBBIO N., *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, Paris, 2012, p. 119.

[42] LEVINET MICHEL, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Petites affiches*, 22 décembre 2010, n° 254, p. 9.

[43] *Ibid.*

[44] CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, req. n° 133/1996/752/951, §45.

[45] Préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme.

[46] MILLET F-X, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012 p.307.

protections en faisant des droits fondamentaux un intérêt commun et en rendant possible le développement de logiques internormatives. Les formules employées par la Cour constitutionnelle italienne sont sur ce point très significatives. Cette dernière évoquait par exemple, s'agissant de l'Union européenne en 1973, un système « autonome, distinct et indépendant »[47] de celui de l'État avant de mentionner en 1989 des ordres « réciproquement autonomes, coordonnés et communicants »[48]. La communication entre les ordres et systèmes juridiques n'est plus réservée aux rapports entre l'Union européenne et ses États membres, mais touche désormais plus largement les rapports de systèmes juridiques. L'internormativité se déploie ainsi dans les raisonnements des juges internes et internationaux, rendant compte d'un « ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »[49].

S'agissant de la compétence, le raisonnement par l'équivalence conduit à placer au second plan la question de la primauté ou de la suprématie en s'intéressant davantage, à partir d'un fond commun de droits et libertés, aux questions de compétences. Par exemple, les déclarations d'incompétence décidées par le juge constitutionnel français dès lors qu'il est conduit à contrôler la constitutionnalité de lois transposant une directive de l'Union européenne[50] ou adaptant le droit français à un règlement européen[51] visent à préserver la compétence exclusive de la Cour de justice pour apprécier la validité des actes

[47] Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, Frontini, n° 183, Il Foro Italiano 1974, I, p. 314.
[48] Cour constitutionnelle italienne, 11 juillet 1989, n° 389. Giur. cost. 1989. I. p. 1757.
[49] ARNAUD A-J, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *LGDJ*, 2028, p. 313.
[50] CC, décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *op.cit.*
[51] CC, décision n°2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles, op.cit.*

de l'Union telle qu'elle résulte de sa jurisprudence *Foto-Frost*[52]. Cela s'avère particulièrement visible dans le cadre des renvois préjudiciels effectués par le juge administratif en application de sa jurisprudence *Arcelor*[53]. Il en va de même de la présomption de conventionnalité accordée aux actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'Homme[54]. Dans l'arrêt *Kadi*[55] de la Cour de justice de l'Union européenne, la question de la compétence a également été largement discutée. La Cour a relevé pour reconnaitre sa propre compétence dans le contrôle d'un règlement européen pris en application de résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies que « les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies ». Ainsi, les raisonnements par l'équivalence visent avant tout à articuler des compétences entre les différents acteurs juridictionnels appelés à intervenir.

Enfin, s'agissant de la confiance, la logique de l'équivalence telle qu'elle a été décrite revient pour un juge à accorder sa confiance à un autre juge afin qu'il assure le respect de principes communs aux différents ordres juridiques. Or, la confiance ne doit pas être totalement aveugle. C'est, par exemple, pour s'extraire d'une forme d'aveuglement qui serait problématique que la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite pas à renverser la présomption de conventionnalité accordée aux actes nationaux d'exécution du droit de l'Union européenne dès lors qu'elle décèle une carence dans la protection des droits et

---

[52] CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. CJCE, p. 4199.

[53] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op.cit.*

[54] CourEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, *op.cit.*

[55] CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, op.cit.

libertés. Dans son arrêt *Michaud c/ France*[56], la Cour n'accorde pas la présomption de protection équivalente offerte par le droit de l'Union européenne en relevant que, du fait de la décision du Conseil d'État français de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné la question en cause, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. La question de la confiance conduit donc à s'interroger sur la manière dont les juges concernés vont apprécier l'équivalence des protections afin d'accorder ou non une telle confiance. C'est précisément sur cette question qu'une telle lecture de la hiérarchie des normes peut apparaître disputable d'un point de vue doctrinal.

***

II. Une lecture doctrinalement disputable de la hiérarchie des normes

Le cadre préalablement dressé peut apparaître tout aussi séduisant que convaincant. En dépassant des oppositions stériles, la logique de l'équivalence des protections semble dessiner une nouvelle manière de concevoir une hiérarchie des normes en réseau, laissant toute sa place à l'internormativité et à la communication – pour ne pas dire à la substituabilité – des ordres juridiques et des contrôles juridictionnels des droits fondamentaux. Pourtant, cette logique laisse aussi apparaître certains éléments de faiblesse qui conduisent à s'interroger non seulement sur son intégrité (A), mais aussi sur sa portée (B).

[56] CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11.

A. Questionner l'intégrité de la logique de l'équivalence des protections

La diffusion et la généralisation de la logique de l'équivalence des protections ne signifient pas que sa mise en œuvre soit parfaitement homogène. Au contraire, il existe des modalités de contrôle de l'équivalence des protections très variables selon les juridictions concernées tout comme une prise en compte de cette logique très disparate. Trois difficultés peuvent ainsi être soulevées.

La première difficulté découle de l'hétérogénéité des tests d'équivalence réalisés par les juges nationaux et internationaux. La Cour européenne des droits de l'Homme, comme nous l'avons déjà souligné, se montre stricte dans son contrôle de l'équivalence des protections à l'égard de l'Union européenne dès lors qu'elle est conduite à apprécier la compatibilité à la Convention d'un acte national de mise en œuvre de son droit. Elle apprécie cette équivalence non seulement à la lumière de la protection substantielle des droits et des libertés concernés, mais aussi au regard de leurs garanties procédurales. Elle précise ainsi « qu'une mesure prise en exécution de telles obligations doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente – c'est-à-dire non pas identique, mais « comparable » – à celle assurée par la Convention (étant entendu qu'un constat de « protection équivalente » de ce type n'est pas définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux) »[57]. S'agissant du Conseil constitutionnel, ce dernier n'a formulé aucune précision sur la manière dont il entend apprécier l'équivalence des protections. Il assène avec la force de l'évidence que tel principe ou telle règle

[57] CourEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §103.

est protégé par le droit de l'Union européenne, semblant ainsi « s'en tenir à une évaluation "au doigt mouillé" »[58]. Le juge administratif français explicite davantage sa démarche en précisant qu'il entend « rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire »[59]. Ces exemples illustrent le fait que s'il y a bien une logique commune en termes d'équivalence, la méthode d'appréciation retenue n'est guère homogène. Même au sein des juridictions nationales françaises, un tel contrôle ne présente pas les mêmes qualités, ce que les membres du Conseil d'État ne nient pas : « La seule différence notable entre l'approche du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel tient à ce que le premier s'attache, pour apprécier l'équivalence des principes national et européen en cause, à leur portée réelle, quand le second semble s'en tenir à une approche plus formelle, se satisfaisant d'une identité nominale des principes. Sur ce point, l'approche du Conseil d'État nous semble cohérente, dans la mesure où ce qui compte, en la matière comme pour le contrôle de constitutionnalité des lois "telles qu'interprétées" par les juridictions compétentes, c'est la portée réelle d'une norme »[60].

La deuxième difficulté repose sur une interrogation : quelle politique jurisprudentielle sous-tend le contrôle de l'équivalence des protections ? La manière de réaliser un tel contrôle peut révéler soit une logique d'évitement des conflits, soit une logique permettant d'affirmer sa compétence. Ici, les positionnements observables sont variables. S'agissant des rapports entre les ordres régionaux et l'ordre international, c'est une logique d'affirmation des compétences qui semble s'imposer. Ainsi, la Cour de justice de l'Union

[58] J. ROUX, « Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France existent ! », *Rec. Dalloz*, 2022, p. 50.
[59] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op.cit.*
[60] MALVERTI C., BEAUFILS C., « L'instinct de conservation », *op.cit*, p.1194.

européenne dans son arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008[61] tire notamment argument des carences du système international de protection des droits de l'Homme pour justifier sa compétence en matière de contrôle des actes européens de mise en œuvre du droit onusien. Or, il est clair que sur ce point, un tel constat revient quasiment à affirmer une compétence de principe en la matière. Il en va de même de la Cour européenne des droits de l'Homme qui semble appliquer la solution *Bosphorus* aux conflits d'obligations entre le droit de la Convention et le droit onusien[62]. Or, qu'en est-il de l'appréciation de l'équivalence des protections avec l'ordre international ? Il est impossible de considérer, au regard de la rigueur avec laquelle la Cour de Strasbourg apprécie cette équivalence au niveau de l'Union européenne alors même que les juges nationaux sont les juges de droit commun de l'Union, qu'elle puisse considérer que la protection qu'offre l'ordre international aux individus est équivalente à celle qu'elle offre elle-même. Cela revient donc à imposer dans tous les cas sa compétence de contrôle en cas de conflit d'obligations, dévoilant ainsi une main de fer juridique dans un gant de velours systémique. De ce point de vue, la référence qu'on trouve dans la jurisprudence de la Cour européenne à l'arrêt *Kadi* de la CJUE n'est pas anodine. S'agissant du contrôle de l'équivalence des protections réalisé par les cours nationales, les appréciations semblent variables. Il apparaît, dans certains cas, que l'appréciation de l'équivalence des protections témoigne d'une volonté d'apaisement et d'évitement des conflits. Le juge administratif français n'apprécie pas de manière méticuleuse l'équivalence des protections y compris lorsque l'on peut se questionner sur la réalité d'une telle équivalence entre les normes constitutionnelles invoquées et leurs pendants européens[63]. La doctrine a pu ainsi relever que « le juge administratif ne semble

---

[61] CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission, aff. C-402/05 P et C-415/05 P.*

[62] CourEDH, *Al-Dulimi et Montana management Inc. c/ Suisse*, 21 juin 2016, *op.cit.*

[63] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 (s'agissant du principe d'égalité) ; CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne*, n° 388649 (s'agissant du principe de précaution).

pas apprécier de manière très rigoureuse l'équivalence des protections y compris lorsque l'on peut se questionner sur la réalité d'une telle équivalence entre les normes constitutionnelles invoquées et leurs pendants européens »[64]. Cette logique lui permet d'éviter une confrontation frontale avec la Cour de justice de l'Union européenne. Il en va de même du Conseil constitutionnel qui se limite à une appréciation purement formelle de l'équivalence des protections.

Enfin, la dernière difficulté provient du fait que tous les acteurs concernés ne tirent pas toutes les conséquences de la logique de l'équivalence des protections qui ne se trouve pas pleinement mobilisée. Le Conseil constitutionnel français pourrait, sur ce point, accentuer ses efforts. Il existe certaines situations dans lesquelles la logique systémique et pluraliste pourrait être développée. C'est le cas, par exemple, du contrôle de constitutionnalité des lois interprétées conformément à des conventions internationales. Dans sa décision *Geoffrey F*[65] du 2 octobre 2020, le Conseil constitutionnel a notamment précisé que l'interprétation conforme d'une disposition législative ne peut pas conditionner l'appréciation de sa constitutionnalité. Ce faisant, le juge constitutionnel a affirmé l'imperméabilité des questions de constitutionnalité et de conventionnalité. Or, il aurait été possible de considérer que l'interprétation conforme d'une disposition législative à une convention internationale permet de garantir des exigences constitutionnelles

[64] TEYSSEDRE J., « L'évolution de la doctrine des rapports de systèmes du Conseil d'État », *Revue de l'Union européenne*, 2021, p.620.

[65] CC, décision n°2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre, Conditions d'incarcération des détenus*. Sur cette décision V. : A. SIMON, « Prisons indignes : le législateur contraint à l'imagination », *Gaz. Pal*, 24 novembre 2020, n°41, p. 22-24 ; FALXA J., « La reconnaissance de l'absence de recours contre les conditions de détention contraires à la dignité humaine par le Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 22 octobre 2020, n°36, p. 2056 ; J. ROUX, « Conditions indignes de détention (provisoire) : le Conseil constitutionnel est-il devenu europhobe ? », *Rec. Dalloz*, 14 janvier 2021, n° 1, p. 57-62 ; ROËTS D., « Conditions de détention en France : double ricochet de l'arrêt J.M.B. et autres c. France », *RTDH*, janvier-mars 2021, n°125, p. 141-152.

équivalentes[66]. Cet exemple montre que la logique de l'équivalence des protections n'est pas systématiquement déployée et que la hiérarchie des normes n'est donc pas entièrement bousculée par une telle logique qui reste cantonnée à des contentieux très spécifiques comme le contentieux des lois de transpositions des directives européennes ou d'adaptation à des règlements européens. De la même manière, le Conseil constitutionnel estime qu'il ne lui appartient pas de saisir par voie préjudicielle la Cour de justice de l'Union européenne[67]. Il confirme ainsi dans la décision n° 2021-940 QPC qu'en l'absence d'une méconnaissance d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, « il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »[68], en refusant de procéder lui-même au

[66] V. sur ce point : GUERRINI M., « Le contentieux constitutionnel des dispositions législatives interprétées conformément aux engagements internationaux de la France », *RFDC*, 2022/1, n° 129, p. 65.

[67] À l'exception, dans un contentieux très spécifique, de la décision 314 P du 4 avril 2013 : CC, décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*. Sur cette décision V. : D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 5-7 mai 2013, n°125-127, p. 13-16 ; A. LEVADE, « Anatomie d'une première : envoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice ! »,*JCP G*, 3 juin 2013, n°23, p. 1111-1114 ; A. LEVADE, « Articulation des contrôles : l'examen de la constitutionnalité « par suite » d'un arrêt préjudiciel », *JCP G*, 15 juillet 2013, n°29-34, p. 1448-1451 ; D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois" à propos de la décision 2013-314 QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe*, mai 2013, n°5, p. 6-10 ; H. LABAYLE, R. MEHDI, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, mai-juin 2013, n°3, p. 461-476 ; B. BONNET, « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... Le Conseil constitutionnel et le mandat d'arrêt européen : à propos de la décision n°2013-314P QPC du 4 avril 2013, de l'arrêt préjudiciel C-168/13 PPU de la CJUE du 30 mai 2013 et de la décision n°2013-314 QPC du 14 juin 2013 », *RDP*, Septembre-Octobre 2013, n°5, p. 1229-1257 ; X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, Octobre 2013, n°96, p. 917-940.

[68] CC, décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*, *op.cit.,* considérant 9.

renvoi. Or, en matière de contrôle de l'équivalence des protections, le renvoi préjudiciel serait précieux afin d'apprécier cette équivalence à la lumière de la réponse formulée par la Cour de justice. C'est notamment la solution qu'ont retenue les cours constitutionnelles italienne et allemande[69]. Ces quelques développements suffisent à démontrer que la logique de l'équivalence des protections ne peut encore être appréhendée de manière homogène tant ses modalités et ses finalités peuvent s'avérer divergentes selon la mobilisation qui est en faîte. De même, en dernière analyse, sa portée mérite également d'être questionnée.

B. Questionner la portée de la logique de l'équivalence des protections

Si l'intérêt du contrôle de l'équivalence des protections apparaît clairement en ce qu'il permet de surmonter des oppositions qui semblaient insurmontables, sa portée peut tout de même être partiellement questionnée en ce qu'elle n'est pas exempte de fragilité et d'ambiguïté.

S'agissant de la fragilité du contrôle, cette dernière est liée à l'équilibre entre confiance et méfiance qui se situe au cœur de l'équivalence des protections et qui est elle-même fragile. Les jurisprudences *Meloni* et *Åklagaren* de la Cour de justice de l'Union européenne ont illustré la fragilité de l'équilibre entre confiance et méfiance au sein des rapports de systèmes juridiques européens et nationaux. En effet, l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concerne le niveau de protection des droits et libertés garantis par cette dernière. Il prévoit « qu'aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits

[69] Cour constitutionnelle allemande, 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13, BVerfG 134.

de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Cette disposition laissait donc entendre que le droit de l'Union européenne s'engageait, dans le cadre de l'application de la Charte, à faire prévaloir le standard le plus protecteur des droits fondamentaux, notamment si ce dernier résulte du droit constitutionnel national. Cela aurait permis de rassurer les États lorsque ces derniers offrent à un droit ou à une liberté un régime plus protecteur que ce que prévoit le droit européen. Or, la Cour de justice a, au fil de sa jurisprudence, distingué deux hypothèses en matière d'exécution du mandat d'arrêt européen. Lorsque le droit de l'Union laisse les États libres de déterminer les sanctions applicables en la matière, ces derniers peuvent appliquer leurs standards constitutionnels nationaux plus protecteurs[70]. En revanche, lorsque les États ne disposent pas d'une telle liberté de choix, leurs standards nationaux bien que plus protecteurs ne peuvent mettre en échec la primauté du droit de l'Union européenne (en l'espèce le droit au procès équitable espagnol)[71]. Cette décision conduit ainsi, dans certaines situations, à privilégier un standard européen moins protecteur des droits fondamentaux afin de ménager la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union[72]. Une telle position, alors même que les cours constitutionnelles ont largement reconfiguré leurs contrôles de constitutionnalité sur la base d'une logique d'équivalence des protections, jette un trouble sérieux. Les réactions ne se sont donc pas fait attendre, illustrant une certaine crispation des rapports de systèmes. En effet, la Cour constitutionnelle allemande s'est en 2015, à

[70] CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10.
[71] CJUE, gde ch., 26 févirer 2013, *Stephano Melloni c/ Ministerio Fiscal*, C-399/11.
[72] V. notamment : USUNIER L., « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD Civ.,* 2014, p.312.

l'occasion d'affaires très similaires, reconnue compétence pour contrôler les conditions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen au regard de l'identité constitutionnelle allemande et notamment de la dignité de la personne humaine[73]. Elle a ainsi précisé que « si une violation de la garantie de la dignité humaine est alléguée, alors la Cour constitutionnelle fédérale contrôle une telle atteinte "grave" aux droits fondamentaux dans le cadre du contrôle d'identité - "nonobstant" la jurisprudence ayant conduit jusqu'à présent à l'irrecevabilité des recours constitutionnels et des questions préjudicielles faisant valoir la violation des droits fondamentaux de la Loi fondamentale par le droit communautaire dérivé »[74]. Il faudra attendre près de 3 ans, après un bras de fer mémorable avec la Cour constitutionnelle italienne dans l'affaire *Taricco,* pour que la Cour de justice de l'Union européenne tempère sa sévérité[75] en admettant, à rebours du principe de primauté, que le juge constitutionnel italien puisse appliquer le principe de légalité des délits et des peines qui constitue un standard national de protection plus élevé[76]. Comme l'a souligné Rostane Mehdi, la Cour constitutionnelle italienne s'est placée « résolument dans la logique d'un dialogue sous contrainte. À l'instar de l'atome, les contre-limites ont un véritable « pouvoir égalisateur ». Comme l'écrivait le général Gallois, père de la dissuasion française, la détention d'un potentiel nucléaire fut-il modeste suffit à faire, dès lors qu'il est crédible, du "faible un équivalent au fort" »[77]. Ces affaires illustrent le fait que l'équilibre entre confiance et méfiance est toujours fragile, ce qui place les contrôles de l'équivalence des protections

---

[73] V. sur ce point : GAILLET A., « Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen », *AJDA*, 2016, p.1112.

[74] Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14, §34.

[75] V. sur ces affaires : LABAYLE H., « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga Taricco devant la Cour de justice », *RFDA*, 2018, p. 521.

[76] CJUE, gr. ch., 5 décembre 2017, *M.A.S., M.B.*, n° C-42/17

[77] MEHDI R., « Taricco, M.A.S ou l'art délicat de la retraite en bon ordre..., » 6 février 2028, réseau universitaire européen : http://www.gdr-elsj.eu/2018/02/06/informations-generales/taricco-m-a-s-ou-lart-delicat-de-la-retraite-en-bon-ordre/

dans une forme perpétuelle de sursis. Ces derniers ne peuvent articuler harmonieusement les rapports de systèmes aussi longtemps que – pour reprendre l'expression allemande – chacun des ordres en présence conserve leur capacité à générer de la confiance et du respect à l'égard des standards plus protecteurs.

Enfin, au-delà de cette fragilité, l'équivalence des protections souffre également d'une certaine ambiguïté dans les rapports qu'elle entretient avec le concept d'identité constitutionnelle. En effet, les liens entre elles sont relativement évidents. L'équivalence des protections permet de ne pas assurer de contrôle trop étroit sur des normes dont l'origine provient d'un ordre ou d'un système juridique extérieur afin de ne conserver un contrôle pleinement effectif qu'à l'égard de normes de référence non communément partagées. Parmi ces dernières, peuvent être concernées des normes identitaires, relevant de l'identité constitutionnelle de l'État. L'identité constitutionnelle nationale constitue donc la limite de la logique de l'équivalence des protections. Or, la portée du contrôle de l'équivalence sur les identités constitutionnelles peut sembler paradoxale, car elle accentue la visibilité de ces dernières en leur conférant une large portée normative et symbolique. Dès lors que l'on entend articuler les systèmes juridiques sur la base d'un raisonnement conçu en termes de commun et de spécifique, c'est la singularité de ces systèmes qui sera mise en avant tout autant, voire davantage, que leurs points de convergence. Partant de ce constat, il est possible d'identifier un double effet de ce phénomène.

Premièrement, plus l'accent sera mis sur la formation d'un droit constitutionnel européen, plus la logique de l'équivalence des protections sera affectée par les critiques classiques touchant le concept de constitutionnalisme global. En effet, ce patrimoine commun sur lequel le contrôle de l'équivalence des protections trouve son appui est principalement composé de libertés individuelles. C'est sur ce point que les critiques peuvent s'infiltrer dans la logique de l'équivalence, car « trop d'individualisme, un idéal fait de droits subjectifs, de droits égoïstes, de revendications effrénées de sa singularité

individuelle, c'est aussi le risque d'affaiblir les solidarités, le sentiment d'un destin collectif à partager »[78]. Ainsi, ce que semble privilégier la logique de l'équivalence des protections serait un constitutionnalisme global et libéral s'éloignant des « valeurs du groupe à travers notamment les concepts d'intérêt général ou de bien commun »[79]. Ce faisant, cette critique va immanquablement remettre l'accent sur une forme de constitutionnalisme national.

Deuxièmement, dans le prolongement, la logique de l'équivalence des protections va effectivement replacer le thème du constitutionnalisme national au cœur des questionnements. Ce faisant, au-delà des droits et libertés partagés, c'est tout ce qui fait la singularité de l'État qui sera mis en lumière sous l'effet des jeux de miroir entre catalogues de droits fondamentaux. De ce point de vue, il est intéressant de souligner que les contre-limites ont été récemment fortement liées à l'ordre public : l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique a été reconnue comme relevant de l'identité constitutionnelle française par le Conseil constitutionnel[80]. Le juge administratif français a également mobilisé les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme[81] ou encore la libre disposition de la force armée[82]. C'est le cas également des « principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel » évoqués par la Cour constitutionnelle italienne[83] ou encore du « respect de la souveraineté de l'État,

[78] V. sur ce point : Pinon S., « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *op.cit.*, p. 935.
[79] MALVERTI C., BEAUFILS C., « L'instinct de conservation », *op.cit.*, p.1194.
[80] CC, décision n°2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée]*.
[81] CE, Ass., 21 avril 2021, *French data Network et autres*, n° 393099.
[82] CE, Ass., 17 décembre 2021, n°437125.
[83] Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, *Frontini*, n° 183, Il Foro Italiano 1974, I, p. 314.

de nos structures constitutionnelles de base » par la Cour constitutionnelle espagnole[84]. De même, « outre l'abolition évidente de la souveraineté de l'État allemand par la création d'une UE fédérale, le BVerfG a revendiqué que certains aspects des compétences appartenant au pouvoir souverain de l'État et du peuple ne soient pas ouverts à l'intégration. Il a mentionné en particulier le déploiement de l'armée à l'étranger comme une compétence essentielle du parlement national, ce qui n'exclut toutefois pas une certaine intégration technique - par exemple, les pouvoirs de coordination - et l'approbation du budget national avec son lien avec la souveraineté populaire et la démocratie représentative »[85]. Ainsi, alors que l'ambition de la plupart des théories pluralistes est de « remettre en cause l'assimilation entre droit et État »[86], la logique de l'équivalence des protections finit par nous y ramener en mettant en pleine lumière les singularités irréductibles de l'État et de son droit. On voit donc que, paradoxalement, la logique de l'équivalence des protections qui se veut ouverte à une appréhension pluraliste des rapports de systèmes porte en germe les éléments qui travaillent contre cette même logique. Ici résident toute la complexité, la singularité et la subtilité d'une démarche oscillant entre constitutionnalisme libéral et national, une démarche qui projette l'État hors de lui-même tout en le ramenant à ses caractéristiques les plus essentielles.

[84] Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 13 décembre 2004, n° 1/2004, BOE, 4 janvier 2005, II-2.

[85] DRINOCZI T., « Constitutional identity in Europe : the identity of the Constitution, a regional approach », *German Law Journal*, February 2020.

[86] MORET-BAILLY J., « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 195.