



HAL
open science

Les questions préjudicielles européennes et les juges nationaux : une nouvelle architecture juridictionnelle pour une nouvelle approche des rapports de systèmes ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Les questions préjudicielles européennes et les juges nationaux : une nouvelle architecture juridictionnelle pour une nouvelle approche des rapports de systèmes ?. Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, sous la direction de T. DISPERATI et C. TZUTZUIANO, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp.133-144, 2021. hal-03436806

HAL Id: hal-03436806

<https://amu.hal.science/hal-03436806>

Submitted on 19 Nov 2021

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.

Les questions préjudicielles européennes et les juges nationaux :
une nouvelle architecture juridictionnelle pour une nouvelle approche des rapports de systèmes ?

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme peut être considéré comme l'ultime raffinement d'une architecture juridictionnelle européenne plaçant les juridictions européennes au sommet des ordres juridictionnels européens. Au risque d'éveiller des querelles entre les deux versants des européenistes, il contribue à faire de la Cour européenne des droits de l'homme une *Cour suprême européenne* centralisant l'interprétation des droits et libertés tels qu'ils sont consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et, au-delà, de l'ensemble des droits fondamentaux des Etats membres du Conseil de l'Europe. D'une manière ou d'une autre, que la Convention européenne soit une norme de référence directe ou qu'elle ne le soit pas dans le contrôle de la régularité des lois, le législateur comme le juge demeurent influencés par la dimension européenne des droits et libertés nationaux. L'Union européenne, malgré les résistances récentes de la Cour de justice de l'Union européenne¹, apparaît comme potentiellement affectée par cette nouvelle procédure de centralisation de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. En tout état de cause, l'analyse du protocole n° 16 ne saurait se faire de manière autonome, sans envisager les autres procédures existantes dans le cadre du droit de l'Union européenne, qui permettent également aux juridictions nationales de saisir la Cour de justice de l'Union européenne. Le point de vue du constitutionnaliste français, fort de l'expérience des affaires *Melki et Abdeli*, ne saurait en effet occulter la question de la concurrence potentielle des procédures de saisine des cours européennes. Les rapports de systèmes pourraient avoir à souffrir des incertitudes sur l'articulation des questions européennes que les juges nationaux sont susceptibles de soulever auprès des cours européennes.

Pour traduire cette orientation générale, tracée à grands traits, dans le questionnement mis en évidence par l'intitulé du sujet, il faut s'interroger sur la question de savoir si cette nouvelle procédure impose une nouvelle approche des rapports de systèmes ? Autrement dit, le droit positif et, pourrait-on dire, la complexification et le raffinement de celui-ci, impliquent-ils de repenser les cadres d'analyse existants sur les rapports de systèmes ? Au-delà de cette première question, d'ordre théorique, s'en pose une seconde : quelles conséquences pratiques potentielles cette nouvelle procédure est-elle susceptible de produire ?

- *Revoir les rapports de systèmes ?*

L'objet d'observation du juriste, le *droit positif*, change ; ce changement implique-t-il que le *discours sur cet objet* remette en cause sa manière de voir cet objet ? Pour y répondre, il convient au préalable de dissocier plusieurs niveaux de discours :

- (1) le *droit positif* en tant qu'objet du discours, et qui est, en l'occurrence, également, un discours ;
- (2) le *discours sur cet objet*, celui porté par l'ensemble des juristes sur cet objet ;
- (3) le *meta-discours de ce discours*, c'est-à-dire les cadres catégoriels d'analyse à partir desquels le discours sur l'objet droit positif se développe, autrement dit une ontologie et donc une théorie du droit, qu'est-ce que le droit en général et comment fonctionne-t-il, et une méthodologie, à savoir une manière de développer un discours sur l'objet droit.

Le changement du niveau 1 implique-t-il un changement du niveau 3 ? Le changement de l'objet, niveau 1, qui est inhérent à cet objet, le droit positif ayant toujours un contenu fluctuant, oblige-t-il à modifier le meta-discours, niveau 3, à savoir une certaine conception du droit et de la manière de l'observer ? Existerait-il un seuil au-delà duquel le changement du droit positif imposerait un changement du cadre du discours ? Il faut ici bien différencier les niveaux de discours. S'il est évident que le discours sur le droit positif, niveau 2, en ce qu'il le décrit s'adapte à son objet, le meta-discours, niveau 3, lui, demeure figé en ce qu'il fournit le cadre d'analyse du droit positif, il le conditionne dans son appréhension de l'objet droit en général et de l'objet droit positif en particulier. Le niveau 2 est un discours qui décrit le droit positif et qui est donc strictement lié à celui-ci alors que le niveau 3 n'envisage aucun droit positif en particulier, mais le droit en général.

Il faut encore ajouter que le meta-discours, niveau 3, en proposant ce qu'est le droit, en général, et en décrivant comment il fonctionne, en général, est censé pouvoir décrire un droit positif en particulier, niveau 1, quel qu'il soit, de sorte que la qualité que l'on doit attendre du meta-discours est celle de fournir les outils, les cadres catégoriels à même de décrire le droit positif de manière satisfaisante. Aussi peut-on penser que si le meta-discours perd cette qualité, de description pertinente du droit positif, il doit être modifié. Toutefois, la qualité du cadre général d'analyse suppose qu'il soit à l'abri des contingences du droit positif, puisqu'il n'en décrit pas un, en particulier, mais tous, en général. Un cadre général qui serait remis en cause par une modification particulière du droit positif serait un cadre pour le moins contingent, peu à même de saisir le droit en général.

Enfin, le meta-discours, qui propose une ontologie du droit, conditionne non seulement le discours sur le droit mais également l'identification du droit positif ; de sorte que ce qui est considéré comme étant le droit positif, niveau 1, dépendra du meta-discours, niveau 3, de ce que l'on considère en général comme étant le droit. Le droit positif, niveau 1, ne sera pas, par exemple, la même chose pour un défenseur d'une théorie du droit positiviste ou pour un partisan du droit naturel. Le meta-discours construit son objet et celui-ci est dépendant de celui-là. Le niveau 1 ne peut être identifié que s'il existe un niveau 3 et ce qu'est le niveau 1 dépend du niveau 3.

Ces précisions préliminaires posées, il faut rappeler que les meta-discours, les théories du droit, sont multiples chez les juristes. Il existe donc plusieurs manières de concevoir ce qu'est le droit et comment il fonctionne. Il n'en demeure pas moins que chaque théorie du droit a pour prétention de proposer un discours cohérent et logique permettant d'identifier ce qu'est le droit. Chaque théorie du droit défend son meta-discours comme étant le cadre d'analyse pertinent pour identifier son objet d'étude. A moins de considérer que les théories du droit sont toutes également valables, selon un relativisme méthodologique, chaque défenseur d'une théorie du droit considère que sa théorie propose le meilleur cadre d'analyse qui soit. Cet état de fait est d'autant plus incontournable qu'il existe plusieurs théories du droit qui ont toutes pour objectif de construire leur objet, le droit, et de décrire la manière dont il fonctionne. Sans doute peut-on évaluer chacune de ces théories dans leur capacité explicative des phénomènes juridiques, dans leur cohérence et leur logique interne, il n'en reste pas moins qu'elles sont plurielles et que chacun défendra la pertinence de « sa » théorie. De sorte qu'il existera plusieurs cadres catégoriels d'analyse du droit, avec des points de vue différents et, sans doute, du moins peut-on l'espérer, des descriptions du droit positif en conformité avec le cadre catégoriel. Dès lors que la lecture du droit positif proposée par une théorie du droit correspond au cadre d'analyse qui est défendu, il est difficile de remettre en cause cette lecture, quand bien même, parce qu'il s'agit d'une autre question, le cadre catégoriel n'est pas, en lui-même, logique, ni même cohérent. De manière synthétique, l'on retiendra que chaque théorie du droit construit son objet, le droit, différemment et que le cadre d'analyse proposé pour identifier et décrire cet objet correspond à ce qu'il est et qu'il est donc, précisément, apte à en permettre une lecture satisfaisante. Toutes les théories du droit sont censées proposer une identification et une description de ce qu'est le droit et de comment il fonctionne cohérentes. Plus précisément, la description de la manière dont fonctionne le droit doit correspondre à ce que l'on considère comme étant le droit et, dès lors que cette correspondance existe, le cadre d'analyse proposé est forcément valable à l'intérieur de la même théorie. Sur la question de savoir si en France, la coutume constitutionnelle est une norme de droit positif, le cadre d'analyse normativiste répondra à la question à partir de son ontologie, en recherchant s'il existe une norme dans le système qui prévoit que la « coutume constitutionnelle » est une norme du système ; le réaliste français proposera une autre lecture, conforme à son ontologie, en considérant que la « coutume constitutionnelle » sera du droit positif si les interprètes authentiques du système juridique la considère comme étant du droit positif. Dans cet exemple, les lectures d'une question de droit positif par chacune des théories sont valables au regard de l'ontologie du droit qui sont défendues. Pour le dire autrement les propositions d'analyse sont vraies dans le cadre d'analyse proposé par chacune des deux théories.

Si l'on poursuit la réflexion, il convient de souligner que chaque cadre d'analyse a vocation à décrire et à faire entrer dans son cadre d'analyse l'ensemble du droit positif et donc toutes ses nouvelles expressions, existantes comme potentielles. Une modification du contenu du droit positif ne saurait remettre en cause l'ensemble d'un cadre d'analyse. Sur le sujet des rapports de systèmes, dans un domaine frappé par la globalisation, qui se traduit, si l'on n'en retient que deux

manifestations essentielles dans le domaine normatif, par la périphérisation de l'Etat en tant que système normatif et l'interconnexion entre les différents systèmes normatifs, certaines théories du droit défendent la pertinence de leur cadre catégoriel d'analyse pour décrire ce nouveau phénomène ; d'autres proposent un nouveau cadre d'analyse, jugé comme étant nécessaire pour pouvoir proposer une lecture pertinente de ce dernier phénomène, la proposition d'analyse, une fois posée, doit également être à même de décrire de manière pertinente le phénomène. Ces dernières considèrent précisément que le changement du droit positif est d'une ampleur telle qu'un changement du cadre théorique d'analyse s'impose.

Pour les rapports de systèmes, deux cadres d'analyses, qui ne renvoient pas forcément à une théorie générale du droit, soit qu'il n'en existe pas, soit qu'elle n'est pas explicitée, s'opposent des thèses hiérarchiques et des thèses hétérarchiques², ces dernières se présentant, précisément, comme des nouvelles théories proposées pour mieux rendre compte du phénomène de globalisation normative. Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail et pour éviter de reprendre des écrits antérieurs³, les premières se divisent entre un monisme internationaliste, qui correspond à la lecture normativiste du droit, défendant une approche unitaire des ordres juridiques avec une primauté donnée, dans le rapport de production, à l'ordre juridique international sur les ordres juridiques internes et un monisme interne, qui, non sans certaines contradictions internes au discours, défendent à la fois une approche unitaire des ordres juridiques et la primauté de la Constitution nationale et donc une approche étato-centrée ; les secondes se présentent sous la forme de thèses anciennes, le dualisme, qui propose une vision fractionnée des ordres juridiques, chacun d'entre eux étant séparé et autonomes vis-à-vis des autres, qui ont été réactualisées pour tenir compte de la « globalisation » du droit et qui prennent la forme du pluralisme ordonné, du réseau ou du droit global qui, sans doute, ajoute au pluralisme des ordres *juridiques*, le pluralisme des ordres *normatifs*⁴, et donc la production du droit en particulier et des normes en général en dehors de l'Etat⁵.

² Selon une expression de S. Gottot, voir, pour une présentation des thèses hétérarchiques : S. Gottot, *La concurrence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité dans l'ordre juridique français. La conciliation des contrôles de régularité de la loi par le juge ordinaire*, Thèse Université de Toulouse, 30 novembre 2016, § 27 et s. (dact.).

³ Nous renverrons à d'autres écrits pour l'exposé plus détaillé des différentes théories : « 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 ; « Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, sous la direction de B. Bonnet, LGDJ, 2016, pp. 653-666 ; « Le droit en dehors de l'Etat et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, sous la direction de T. Hochmann, X. Magnon et R. Ponsard, Mare & Martin, Le sens de la science, 2019, pp. 405-428.

⁴⁴ Il s'agit ici de mettre en évidence le fait que les normes ne sont pas exclusivement juridiques et, donc, qu'il existe à côté des normes juridiques, des normes qui ne le sont pas, une ontologie du droit pertinente devant permettre de différencier les normes qui relèvent d'un système juridique des autres normes, à moins, bien sûr, de considérer que tous les systèmes normatifs sont équivalents.

⁵ Nous présentons ici les thèses hétérarchiques à partir des concepts normativistes d'ordre juridique, de hiérarchie des normes, qui ne sont pas ceux défendus par ces théories mais qui n'en permettent pas moins d'en révéler le sens sous l'angle normativiste.

Chacune de ces théories propose une lecture de la globalisation du droit permettant d'en rendre compte. Pour illustrer les analyses à partir de la lecture que peuvent proposer deux cadres d'analyse différents, le normativiste verra dans cette procédure la mise en place au sein de la Convention européenne des droits de l'homme d'une procédure de centralisation des interprétations des énoncés de la Convention qui permettra à la Cour européenne des droits de l'homme de renforcer sa maîtrise des interprétations de ce texte et d'accroître son pouvoir normatif ; le globaliste un nouvel instrument du dialogue des juges contribuant à renforcer la circulations des solutions juridiques tout en permettant l'émergence d'un droit global dans un monde juridique et normatif globalisé. Chaque théorie propose ainsi une lecture de cette nouvelle procédure de droit positif conforme à son ontologie.

Pour ce qui nous intéresse ici, le protocole n° 16 ne remet en cause aucun cadre d'analyse théorique, chacun d'entre eux proposant, avec plus ou moins de succès, une lecture de ce phénomène en rapport avec ses cadres catégoriels.

Une première réponse se fait donc ici jour : le protocole n°16 ne saurait remettre en cause les analyses théoriques des rapports entre les ordres juridiques. Ce protocole ne saurait en effet changer que les pratiques du droit.

- *Quel(s) changement(s) des pratiques du droit ?*

Sous l'angle des rapports de systèmes, le protocole n° 16 est en mesure d'orienter les comportements des juridictions nationales et, plus précisément, des « plus hautes juridictions », dans leur usage de la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, d'obtenir une interprétation certaine de celle-ci avant toute application contentieuse. La procédure d'avis consultatif permet de résoudre au préalable des questions d'interprétation de la Convention, en limitant ainsi l'usage de tous les recours internes, s'il en existe après les « plus hautes juridictions », pour obtenir satisfaction et en évitant, *a fortiori*, une saisine contentieuse de la Cour européenne des droits de l'homme. Il reste qu'il semble difficile d'appréhender le renvoi en interprétation devant la Cour européenne des droits de l'homme sans évoquer l'autre cour européenne, la Cour de justice, et la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité. Les deux systèmes présentent en effet des liens réciproques forts.

La Convention européenne des droits de l'homme est une source d'inspiration reconnue par l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne pour la consécration de principes généraux du droit de l'Union et, même si la Cour de justice a jugé que l'accord d'adhésion à la Convention était contraire au droit de l'Union⁶, ce qui n'est pas, en principe, un obstacle absolu à la ratification d'un traité dans la mesure où celui-ci ou les traités sur l'Union européenne peuvent être modifiés art. 218 § 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 6 § 1

⁶ CJUE, avis 2/13, 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*.

prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention. L'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit encore « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention », sans que cette précision ne fasse obstacle à une meilleure protection en droit de l'Union. L'article 534 prévoit, enfin, pour ce qui nous intéresse, qu'« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

De plus, la Cour européenne peut être amenée à contrôler la conformité à la Convention de situations nationales imposées par le droit de l'Union et être ainsi conduits, de manière indirecte, selon des modalités posées dans l'arrêt *Bosphorus*, à contrôler de manière indirecte la conformité du droit de l'Union à la Convention.

Dans ce contexte, le protocole n° 16 à la Convention est source de complexification dans l'articulation des différents systèmes de protection des droits fondamentaux et, surtout, de concurrence accrue du moins si l'on s'en tient à un usage pathologique des différents renvois possibles par les juridictions nationales. Ainsi, par exemple, l'examen de la régularité du droit de l'Union, qui fait l'objet de comportements ou de normes nationales, pourrait voir sa régularité appréciée au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et fournir ainsi potentiellement l'occasion d'un double renvoi, devant la Cour européenne des droits de l'homme, sur l'interprétation de la Convention, et, devant la Cour de justice de l'Union, qu'il s'agisse d'interpréter le droit de l'Union ou d'en contester la régularité.

Dès lors, se pose la question de l'articulation des questions, ainsi que celle de la concurrence des systèmes de protection et de l'éventuelle prévalence de l'un des systèmes sur l'autre. Or, si l'on s'en tient aux énoncés normatifs des systèmes respectifs, il est possible, en ce qui concerne le sens et la portée des droits et libertés, d'identifier un ascendant de l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice au regard de l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De sorte que, de la seule lecture de cet énoncé, il est possible d'identifier une obligation, en cas d'existence de droits équivalents dans la Charte et dans la Convention, d'une interprétation conforme de ceux contenus dans la première à celle de ceux consacrés par la seconde. Dans le même temps, les deux questions et, plus exactement, les réponses aux deux questions n'ont cependant pas la même portée normative : si les avis consultatifs de la Cour européenne « ne sont pas contraignants », en vertu de l'article 5 du protocole n° 16 à la Convention, les arrêts rendus par la Cour de justice ont « force obligatoire à compter du jour de son prononcé », en vertu de l'article 65 du règlement de procédure de la

Cour⁷. Le caractère consultatif des avis de la Cour européenne, avec la souplesse de la portée des interprétations proposée, peut en faire un préalable à la saisine de la Cour de justice lorsque la double saisine est envisagée. L'ordre des questions serait ainsi guidé par les différences de portée des deux saisines : la voie souple (Cour européenne) précédant la voie plus dure (Cour de justice).

La souplesse du droit de la Convention face à la rigueur du droit de l'Union caractérise en l'occurrence deux manières d'appréhender le rapport de son propre système normatif avec les ordres normatifs qui doivent s'y soumettre. Le droit de la Convention s'inscrit, en ce sens, dans une logique de *soft law*, le système de protection est subsidiaire, seuls les arrêts de condamnation, du moins selon les textes, obligent un État, jamais la primauté de la Convention n'est explicitement formulée par la Cour européenne des droits de l'homme, la marge d'appréciation des États est consacrée... La contrainte emprunte des voies souples, qui ne sont pas forcément moins efficaces, afin de garantir le respect des droits fondamentaux. Sans doute, le domaine réduit de la Convention, à savoir le seul respect des droits fondamentaux reconnus et le caractère subsidiaire du système de protection autorisent une gestion souple de la contrainte. À l'inverse, le droit de l'Union s'est inscrit dans une logique de *hard law*, reconnaissance explicite de la primauté sur le droit national même constitutionnel, caractère contraignant des arrêts de la Cour de justice, effet direct des normes secondaires, habilitation directe dans le droit de l'Union des juges nationaux d'écarter le droit national contraire, extension jurisprudentielle des domaines de compétence de l'Union... Pour ne prendre que quelques exemples marquants, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas rendu d'arrêts *Costa*⁸, *Simmenthal*⁹, *Francovich*¹⁰ ou, plus récemment, *Melloni*¹¹. Pour reprendre une formule de la Cour constitutionnelle italienne, comparant le droit de la Convention européenne avec celui du droit de l'Union, le premier « ne crée pas un ordre juridique supranational et ne produit donc pas de normes directement applicables au sein des États parties »¹². Il en résulte que les confrontations avec le droit national sont plus frontales en droit de l'Union qu'en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Les récentes joutes entre les cours constitutionnelles allemandes et italiennes, d'un côté, et la Cour de justice de l'Union européenne, de l'autre, avec l'usage par les premières de questions préjudicielles posées à la seconde témoignent de ce caractère potentiellement conflictuel que ce soit sous l'angle d'un potentiel contrôle de constitutionnalité du droit de l'Union européenne avec, disons-le rapidement, les principes essentiels de l'ordre juridique national ou d'un contrôle de *ultra vires*¹³. Ces situations de conflits, susceptibles de se nourrir encore de la question du

⁷ Voir sur la question de l'autorité des arrêts de la cour de justice et de la Cour européenne : C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, LGDJ-PUTIC, Collection des thèses de l'IFR, 2016, respect. § 64 et s. et § 77 et s.

⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64.

⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77.

¹⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6-90 et C-9/90.

¹¹ CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11.

¹² CCI, n° 348 de 2007, *in diritto* § 3.3.

¹³ Voir à propos de l'Italie : L. D'Ambrosio, D. Voza, « Lietofine pour l'affaire *Taricco* ou le résultat du dialogue constructif entre la Cour constitutionnelle italienne et la Cour de justice de l'Union européenne », *RTDE*, 2018, n° 1, pp. 173-178 ; « Retour sur le dialogue des juges en matière de *ne bis in dem* : après le silence de la Cour constitutionnelle italienne, la parole revient à la Cour de justice de l'Union », *RTDE*, 2017, n° 1, pp. 93-100 ; L. D'Ambrosio, « Affaire *Taricco* : point final », *RTDE*, 2019, n° 1, pp. 211-214 ; H. Labayle, « Du dialogue des juges

respect de l'identité nationale des Etats, tel qu'il est consacré par l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne, sont absentes du système de sauvegarde de la Convention. Dans ce dernier, le conflit avec le droit national porte sur des questions d'ordre substantiel, de fond du droit, sans révéler par ailleurs, comme avec le droit de l'Union, des questions de structuration et d'articulation des systèmes. Pour le dire autrement, la Convention européenne des droits de l'homme n'affronte le droit national que d'un point de vue substantiel alors que le droit de l'Union dans ses confrontations substantielles avec le droit national se heurte également à celui-ci d'un point de vue structurel. Les jurisprudences des cours constitutionnelles nationales sur les *contrelimites* ne portent, en principe, que sur le droit de l'Union et non pas sur le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. S'il peut toutefois exister un contrôle de constitutionnalité du droit de la Convention, ce n'est qu'en opération préliminaire à un contrôle de conformité de la loi nationale au droit de la Convention, comme le fait la Cour constitutionnelle italienne, afin de vérifier que la norme de référence de son contrôle est bien conforme à la Constitution.

La dualité des questions laisse ouverte la voie à un *forum shopping* des juges nationaux dans l'interprétation des droits fondamentaux européens, afin de choisir la Cour qui, *a priori*, aura une interprétation plus favorable. Un cumul de saisine est également possible. Le caractère facultatif ou obligatoire de l'avis ou de l'arrêt rendu peut également avoir une incidence sur le choix du juge national que de préférer saisir l'une ou l'autre des deux cours. Il reste que le caractère obligatoire pour la Cour de justice de l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'étendue reste à déterminer en dehors de la procédure d'avis, peut cependant compenser le caractère facultatif de l'avis rendu par la Cour européenne. Alors que la Cour de justice est, en principe, tenue de suivre les interprétations de la Cour européenne, il est question « du sens et de la portée » de la Convention, sans plus de précision, selon l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour européenne est en mesure de juger de la régularité du droit de l'Union au regard de la Convention. L'on peut voir un ascendant de la Cour européenne sur la Cour de justice résultant des exigences normatives textuelles propres à chacun de ces systèmes qui se concrétise par une obligation pour la Cour de justice de respecter les interprétations de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme.

à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga *Tarrico* devant la Cour de justice », *RFDA*, 2018, n° 3, pp. 521-529 ; N. Perlo, « L'affaire *Tarico* : la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l'Union européenne », *RTDE*, 2017, n° 4, pp. 739-768 ; C. Sacchetto, « La supériorité des traités européens et les principes constitutionnels fondamentaux italiens dans la législation pénale fiscale : l'affaire de la Cour de justice *Tarico* », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2019, n° 3, pp. 390-392.

Voir à propos de l'Allemagne : D. Simon, « Nouvelle guerre des juges : « bras d'honneur » ou « bras de fer » ? », *Europe*, n° 6, 1^{er} juin 2020, pp. 1-2 ; O. Joop, « Le dialogue des juges et la politique monétaire de la Banque centrale européenne : nouvelle étape entre les juges de Karlsruhe et ceux de Luxembourg », *RTDE*, 2018, n° 1, pp. 173-178 ; C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, avril 2019 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union>) ; R. Weber, « L'arrêt BCE : tension dans la relation de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l'Union européenne », *blog.JusPoliticum*, (<http://blog.juspoliticum.com/2020/05/13/larret-bce-tension-dans-la-relation-de-cooperation-entre-la-cour-constitutionnelle-federale-et-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-par-ruth-weber/>)

Face à un tel contexte, il est possible d'identifier, si ce n'est deux stratégies, du moins deux situations génériques, face auxquelles le juge national est susceptible d'être confronté. La situation contentieuse susceptible d'être à l'origine d'une saisine d'une cour européenne peut prendre deux formes : soit le droit européen est invoqué comme *norme de référence* dans le contrôle du juge soit il est *objet du contrôle*, de manière directe ou indirecte par l'intermédiaire de mesures nationales d'application. Le rapport avec le droit national n'est pas le même dans chacune de ces deux situations. Le droit national est soit remis en cause par le droit européen, soit il met en cause celui-ci. Il faut cependant se placer du point de vue du droit européen car les questions préjudicielles, dans un sens large, intégrant les demandes d'avis à la Cour, portent précisément sur son interprétation et seulement sur son interprétation¹⁴. Sous cet angle, le droit européen est soit dans une situation que l'on qualifiera d'*offensive*, lorsqu'il est *norme de référence* du juge, soit dans une situation *défensive* lorsqu'il est *objet du contrôle*. Les deux situations peuvent être réunies dans un cas particulier, et, plus précisément, l'usage offensif peut exiger au préalable un usage défensif, lorsqu'il est imposé que le contrôle de conformité au droit européen exige au préalable un contrôle de constitutionnalité du droit européen pour s'assurer que la sanction du respect de ce dernier n'implique pas une méconnaissance de la Constitution.

Cette distinction posée, il faut rappeler que le choix du type de question préjudicielle, Strasbourg ou Luxembourg, dépend du grief soulevé devant le juge par les requérants. La lecture pathologique et conflictuelle des renvois préjudiciels européens n'a sans doute que peu de raisons d'être faute de situations contentieuses concrètes susceptibles d'y donner lieu. Si le droit de la Convention européenne est seul invoqué ou concerné, l'on ne voit pas très bien ce qui justifierait de saisir la Cour de justice, d'autant plus si l'on se trouve dans une situation contentieuse, hors champ d'application du droit de l'Union. La seule situation contentieuse dans laquelle un conflit des questions préjudicielles est envisageable concerne un litige intervenant dans le domaine du droit de l'Union et impliquant la Convention européenne des droits de l'homme. Pour illustrer la distinction ainsi posée et la décliner, l'on envisagera 3 situations génériques :

- un même droit ou une même liberté consacré dans les deux systèmes mais selon des interprétations différentes est invoqué contre le droit national (position offensive du droit européen) (1) ;
- le droit de l'Union européenne (position offensive du droit de l'Union européenne) est invoqué contre le droit national qui tire les conséquences nécessaires du droit de la Convention (position défensive du droit de la Convention) (2) ;
- un droit ou une liberté consacré par la Convention (position offensive du droit de la Convention) est invoqué contre le droit national qui tire les conséquences nécessaires du droit de l'Union européenne (position défensive du droit de l'Union européenne) (3).

¹⁴ Même s'il est vrai, qu'en pratique, en particulier dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, la demande d'interprétation du droit de l'Union aboutit à remettre en cause la régularité du droit ou d'un comportement national. La formulation de la question est alors décisive.

Première situation, un *conflit d'interprétation des droits fondamentaux* (1) soulevé par le justiciable, un même droit est invoqué avec un double fondement correspondant à des significations différentes ou un droit est invoqué au titre de l'un des deux systèmes et fait l'objet d'une interprétation différente dans l'autre droit. Autrement dit, le conflit porte sur l'interprétation divergente d'un même droit ou d'une même liberté entre les deux systèmes de référence. Les renvois préjudiciels peuvent être utilisés pour obtenir une interprétation certaine du droit ou de la liberté ou pour obtenir l'interprétation la plus « favorable », selon que l'on souhaite préserver ou mettre en cause le droit national auquel est opposé de droit européen. La dynamique du mieux disant en matière de droits fondamentaux peut impliquer un choix de saisine exclusif du juge le plus protecteur, voire un cumul de saisine pour mieux apprécier l'étendue de la protection respective des deux systèmes.

Les deux autres situations peuvent être regroupées sous un même cadre générique de *conflit de régularité entre droits européens*, soit qu'il s'agisse d'apprécier la régularité du droit de l'Union au regard de la Convention (3), soit qu'il s'agisse d'apprécier la régularité de celle-ci au regard de celui-là (2).

L'appréciation de la régularité du droit de l'Union au droit de la Convention (3) peut impliquer la Cour européenne des droits de l'homme. Si le juge national saisit cette dernière pour une demande d'avis, elle exercera potentiellement un contrôle selon les principes posés par l'arrêt *Bosphorus*¹⁵, et éventuellement après, la Cour de justice sera saisie pour apprécier la régularité du droit dérivé au regard de la Convention. Il est toutefois également possible de n'impliquer que la Cour de justice, en excluant la Cour européenne. Dans cette dernière situation, il ne s'agirait que de contester la régularité d'un acte de droit dérivé au regard de la Convention européenne dès lors qu'il existe un droit ou une liberté équivalent dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union. D'un point de vue formel, le conflit droit de l'Union/droit de la Convention devient un conflit mettant en jeu exclusivement le droit de l'Union. Dans cette situation (3), la saisine cumulée des deux cours est possible comme la saisine exclusive de la Cour de justice. Pour obtenir que le droit dérivé de l'Union soit censuré la saisine de la Cour de justice s'impose ; une saisine préalable de la Cour européenne pourrait tendre à éclairer au préalable la Cour de justice sur la position du système européen de protection des droits fondamentaux.

L'appréciation de la régularité du droit de la Convention au droit de l'Union (2) peut apparaître comme une situation plus originale. Il s'agirait d'une situation dans laquelle le droit interne, tirant les conséquences d'un arrêt de la Cour européenne, est contesté devant le juge national pour violation du droit de l'Union. Dans une telle situation, la Cour de justice pourrait développer sa

¹⁵ CEDH, Grande Chambre, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm*, req. n° 45036/98.

Voir sur la question de l'équivalence des protections et des rapports entre les cours européennes et constitutionnelles : « 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 Stefanini, G. Scoffoni, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

jurisprudence *Bosphorus*, un arrêt *Surobhsob*, dans le contrôle de la régularité du droit de la Convention au droit de l'Union. La saisine préalable de la Cour européenne permettra la certitude de l'interprétation à retenir du droit de la Convention comme du droit national qui en tire les conséquences, tout en offrant la possibilité à la Cour de procéder à une interprétation conforme du droit de la Convention au regard du droit de l'Union. Il n'en demeure pas moins que la situation contentieuse décrite suppose une interprétation divergente de la Cour européenne et de la Cour de justice sur un droit ou une liberté consacrée dans les deux systèmes. Que le droit de la Convention soit contesté au regard des droits fondamentaux de l'Union ou au regard du droit de l'Union matériel dans un sens large, le conflit porte sur l'interprétation d'un droit consacré par la convention, que cette interprétation soit différente de celle retenue par la Cour de justice ou que cette interprétation se heurte à l'application du droit de l'Union européenne.

Ces trois situations possibles de conflit concernent des situations des plus rares, en pratique, renvoyant à un contentieux de niche, de sorte que les conséquences du protocole n° 16 sur l'articulation des rapports de système demeurent mesurées. Sans doute, son influence sera plus significative sur le seul système conventionnel, ce qui, pour le coup, dépasse le cadre de notre sujet. Il est également possible, vu du côté du droit de l'Union européenne, que l'usage de cette procédure soit à l'origine de contraintes supplémentaires pour la Cour de justice, dans la mesure où elle doit respecter le sens des stipulations de la CEDH qui ont leur équivalent en droit de l'Union et que la saisine de la Cour européenne par des cours suprêmes sera le reflet de l'importance des questions posées.

Appréhendée sous l'angle du sujet qui était le nôtre, les rapports de systèmes, il est difficile d'imaginer une quelconque révolution globale avec l'entrée en vigueur du protocole n° 16. Les faiseurs de systèmes se délecteront, à juste titre, de quelques arrêts marquants, sans que le plaideur n'y trouve son compte.