



HAL
open science

Peut-il exister une pluralité de fondements à la primauté? Ajouter au fondement européen des fondements nationaux. D'une impossible résolution normative au relativisme des différentes réponses théoriques

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Peut-il exister une pluralité de fondements à la primauté? Ajouter au fondement européen des fondements nationaux. D'une impossible résolution normative au relativisme des différentes réponses théoriques. Réseau de normes, réseau de juridictions. Le nouveau paradigme des droits fondamentaux en Europe, entre primauté et clause la plus protectrice, sous la direction d'H. GAUDIN, Mare & Martin, Horizons européens, 2021, pp. 261-275., 2021. hal-03777089

HAL Id: hal-03777089

<https://amu.hal.science/hal-03777089v1>

Submitted on 9 May 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.



Open licence - etalab

*Peut-il exister une pluralité de fondements à la primauté ?
Ajouter au fondement européen des fondements nationaux*

D'une impossible résolution normative au relativisme des différentes réponses théoriques

*Xavier Magnon
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France*

La question d'une pluralité de fondements à la primauté du droit de l'Union est une question, source d'inépuisables discussions doctrinales¹. L'on ne saurait s'en étonner car elle ne peut pas être résolue, et c'est la thèse qui sera défendue ici, à partir des normes de droit positif, mais seulement à partir de l'appréhension théorique des rapports entre les ordres juridiques international, européen et nationaux. Nul hasard, à cet égard, à ce que le sujet soit proposé, dans le cadre du colloque, sous la forme d'une table ronde.

La primauté dont il est question, sans encore expliciter ce qu'il faut entendre par ce terme, est celle du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux ; de tout le droit de l'Union européenne, sur l'ensemble du droit national, y compris constitutionnel. Le caractère potentiellement conflictuel de cette primauté semble se cristalliser aujourd'hui seulement sous l'angle du rapport entre le droit de l'Union et les Constitutions nationales. Soulever la question de la pluralité des fondements à la primauté renvoie aux rapports hiérarchiques entretenus entre le droit de l'Union européenne et la Constitution et, en dernière analyse, à la *nécessité* de compléter un fondement européen - ou international ? - de la primauté par un fondement constitutionnel de sorte que, si l'on soutient la primauté du droit de l'Union, seul un fondement européen – ou international – suffit et, à l'inverse, si l'on soutient la primauté de la Constitution, un fondement constitutionnel interne s'impose. Autrement dit, la primauté d'un système sur l'autre conduit à plaider soit pour le fondement unique, primauté du droit de l'Union, soit pour le fondement multiple, à condition de maintenir le fondement européen, primauté de la Constitution nationale.

Cette question renvoie à celle de la « compétence de la compétence » : quel ordre normatif dispose des autres, détient l'habilitation juridique sur le fondement de laquelle il pourra contraindre les autres ? Pour le formuler autrement, le principe de primauté est-il à la libre disposition des États ou sont-ils tenus de le respecter ? Suffit-il, juridiquement, que le droit de l'Union consacre le principe de primauté pour que les États fussent le respecter ? Au contraire,

¹ Voir, par exemple, pour un ouvrage reflétant cette situation : *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, sous la direction de B. Bonnet, LGDJ, 2016, 1824 p.

est-il juridiquement nécessaire pour les États de consacrer ce principe dans leur droit positif pour qu'ils soient obligatoires ? Une *réception nationale*, pour reprendre un vocabulaire internationaliste et dualiste, dont le sens méritera toutefois d'être éclairé, du principe de primauté est-elle nécessaire pour que les États soient astreints à le respecter ? Juridiquement, les États sont-ils libres ou sont-ils contraints par le principe de primauté du droit de l'Union ?

À première vue, la question du double fondement pourrait se dissoudre alors qu'il existe deux catégories d'ordres juridiques concernés, un ordre global, le droit de l'Union, et des ordres juridiques partiels, le droit des États membres². Chaque catégorie d'ordre se doit de consacrer, en son sein, le principe de primauté de l'ordre global pour que celui-ci puisse constituer une norme juridique obligatoire au sein de chacun des ordres concernés. Le principe de primauté devrait être, alors, à la fois consacré par le droit de l'Union, mais, également, par le droit interne de chacun des États membres. Cette approche pragmatique et relativiste ne semble pas devoir être développée plus avant. Nul doute qu'une consécration par le droit positif national, et *a fortiori*, constitutionnel, favorise, en pratique, du moins peut-on le supposer de manière logique, à défaut d'étude empirique sur la question, le respect dans l'ordre interne du principe de primauté. La question n'est toutefois pas pratique ; elle est juridique, et sa complexité fait qu'elle est toujours, en l'occurrence, question. L'obligation du double fondement n'est discutable qu'en tant qu'obligation juridique.

Sous cet angle, la question est d'autant plus difficile à résoudre qu'elle convoque un meta-discours théorique sur la manière dont il s'agit de concevoir les rapports entre les ordres juridiques. Penser le double fondement à la primauté oblige à penser les rapports entre les ordres juridiques. Selon le discours théorique auquel on adhère, la résolution de la question sera différente. Si l'on s'en tient à un bref résumé synthétique, qui sera détaillé plus loin, exposant des conceptions théoriques largement éprouvées³, il est des conceptions théoriques *étato-centrée*, dualisme et monisme interniste et des théories *pluri-centrées*, droit global, théorie des réseaux et pluralisme ordonné, qui défendent l'autonomie de chaque système normatif. Elles se rejoignent pour soutenir, en substance, la logique du double fondement et, plus précisément, la nécessité d'un fondement interne à la primauté, soit parce que l'État est au centre du monde juridique, pour la

² Nous qualifions ici le droit de l'Union d'« ordre global » en ce qu'il contient en ensemble de normes valables, en principe, sur l'ensemble des territoires des États membres et le droit des États d'« ordres partiels » en ce que les ensembles de normes qu'ils regroupent ne sont en principe valables que sur le territoire de l'État concerné.

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'État 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.

première catégorie de théories, soit parce que tous les ordres normatifs sont autonomes entre eux et qu'ils doivent, si l'on poursuit cette logique, s'appropriier les contraintes des autres systèmes, pour la seconde catégorie des théories. Aucune de ces théories ne tranche la question de la « compétence de la compétence » dans la mesure où chaque système a la libre disposition des autres systèmes. Elles sont toutes relativistes. La question de la primauté n'est pas appréhendée de manière globale, au sein de l'ensemble constitué par tous les ordres juridiques, mais partielle, au sein de chacun d'entre eux. Il existe encore une conception *unitaire*, moniste internationaliste, qui, en tant que telle, se doit d'exposer de manière cohérente les rapports existants entre les différents systèmes. Cette unité et cette cohérence ne sauraient se faire qu'en considérant l'ordre juridique international comme un ordre supérieur aux ordres juridiques internes, qui garantit leur existence juridique et les coordonne entre eux et qui constitue, par ailleurs et également, le fondement juridique du droit de l'Union.

Précisons encore qu'il n'est pas possible de soutenir que l'un ou l'autre de ces conceptions est vraie ou qu'elle est fautive dans la mesure où il ne s'agit que de propositions d'analyse des rapports entre les systèmes juridiques ; seules leur logique et leur cohérence internes comme leur capacité explicative sont à même de les départager.

La « primauté » ?

Il faut ajouter que l'usage du terme de « primauté » peut recouvrir plusieurs sens, dont la dimension politique est souvent prégnante, de sorte que le débat proprement juridique peut parfois être occulté ou, du moins, parasité. Le terme peut en effet être totalement discrédité en ce qu'il serait, sous un angle politique, synonyme d'hégémonie et, dans un monde global qui serait dominé par des rapports horizontaux et non plus hiérarchisés, la « primauté » n'aurait plus sa place. Le terme relève du passé, comme, avec lui, le terme de hiérarchie : il n'y plus de primauté au sein des ordres juridiques ou de normes hiérarchisées, mais des réseaux, structurés grâce au dialogue des juges, si l'on veut bien tenir pour acquis ces aphorismes comme permettant de résumer de manière relativement correcte les positions de l'ancien et du nouveau monde post-post moderne. Il ne semble toutefois pas que cette dimension politique d'hégémonie, que l'on retrouve d'ailleurs sous d'autres formes, aussi bien en faveur du droit de l'Union qu'en faveur des États, qu'il s'agisse de la thèse, *essentialiste*, de la spécificité du droit de l'Union, qui soutiendrait la primauté du droit de l'Union en raison de sa nature particulière, ou de celle, éprouvée, de la *souveraineté de l'État*, obstacle ultime à la primauté du droit de l'Union, ne soit utile à la résolution juridique de la question. Par appréhension juridique de la question, nous entendrons une réflexion s'appuyant sur la signification d'énoncés prescriptifs qui permettent, interdisent, habilite ou rendent obligatoire certains comportements, énoncés contenus dans des normes

juridiques, quels que soient d'ailleurs les critères de la juridicité qui peuvent être retenus, cette question du critère est, en effet, secondaire, du moins dans un premier temps⁴.

Une cause et un effet

Sous cet angle, le terme de primauté peut désigner deux situations différentes, ce qui contribue à obscurcir le débat, à savoir une *cause* et un *effet* lorsqu'il existe un conflit dans l'application de deux normes, c'est-à-dire lorsque ces normes sont contradictoires, qu'elles disposent du même domaine de validité temporel, matériel, personnel et spécial, et qu'elles ne sont donc pas simultanément applicables, quelles que soient, par ailleurs, les personnes qui appliquent ces normes, des simples destinataires aux organes habilités à le faire.

L'*effet*, pour commencer par ce qui est le plus simple, consiste à appliquer une norme, celle qui bénéficie de la primauté, plutôt qu'une autre. La primauté est alors une application préférentielle d'une norme par rapport à une autre en cas de conflit entre ces normes. La *cause* de la primauté renvoie à ce qui justifie l'*effet*, à savoir l'application préférentielle. L'application préférentielle peut résulter de plusieurs causes, de plusieurs critères, hiérarchique, chronologique, compétence ou spécialité ; mais, pour ce qui nous intéresse, la primauté en tant que *cause* renvoie au critère hiérarchique. La norme qui bénéficie d'une application préférentielle est hiérarchiquement supérieure à l'autre. C'est ici que la question de la *cause* de la primauté devient délicate, dans la mesure où elle convoque le principe de hiérarchie des normes qui, bien qu'extrêmement clair chez celui qui en est à l'origine ou, du moins, qui en a été le principal promoteur⁵, n'en fait pas moins l'objet d'interprétations bien éloignées.

Le rapport de production

De manière conventionnelle, nous en retiendrons la signification première, posée par Kelsen⁶, à savoir de *rapport de production*. La hiérarchie entre deux normes repose ainsi sur leur rapport de production : si une norme A est supérieure à la norme B, c'est parce que la norme A et, plus exactement, la catégorie normative⁷ à laquelle appartient A, détermine les conditions de production de la catégorie normative à laquelle appartient B. Si la Constitution française du 4

⁴ Il n'en reste pas moins que l'adhésion à une théorie du droit, une certaine ontologie du droit, détermine une certaine manière d'appréhender les rapports entre les systèmes juridiques.

⁵ Voir, en général, sur les malentendus dont fait l'objet l'œuvre de H. Kelsen, *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, T. Hochmann, R. Ponsard et X. Magnon (dir.), Mare & Martin, Le sens de la science, 2019, 434 p., plus particulièrement à propos de la hiérarchie des normes en matière de rapports de systèmes, « Le droit en dehors de l'État et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen », pp. 405-428.

⁶ Voir, en particulier, le titre V de la Théorie pure du droit, Dynamique du droit, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par C. Eisenmann, Dalloz, Collection Philosophie du droit, 1962, pp. 255 et s.

⁷ Relèvent d'une même catégorie normative toutes les normes produites selon la même procédure de production.

octobre 1958 est supérieure à la loi, c'est parce qu'elle détermine les conditions de production de celle-ci. Il reste, qu'en pratique ou, plus exactement, dans le droit positif, rares sont les cas où deux normes se retrouvent directement dans un rapport de production. Ainsi, le critère de rapport de production demeure parfois inutilisable pour résoudre un conflit. Il est certes possible de reconstruire tout un ensemble de rapports de production successifs pour résoudre un conflit. Un conflit entre la Constitution et un acte administratif individuel, à supposer qu'il puisse exister, ne sera pas résolu par un rapport de production immédiat Constitution/acte administratif individuel, mais par une chaîne de rapports de production allant de la Constitution à la loi, puis à l'acte réglementaire, pour parvenir à l'acte administratif individuel. Il est également possible que le rapport de production ne soit pas en mesure de régler la question, pour des normes de même niveau hiérarchique, évidemment, mais également pour des actes qui ne sont reliés par aucun rapport de production immédiat ou successif, un décret simple et un décret en Conseil d'État par exemple. Dans ces situations, ce sont donc d'autres critères qui seront mobilisables : chronologie, compétence ou spécialité.

Au-delà du rapport de production⁸, il est possible qu'une norme du système organise les rapports entre les normes de manière à poser de manière explicite les rapports devant exister entre deux autres normes. Pour le dire autrement, la hiérarchie entre deux normes peut résulter soit, plus ou moins directement, du rapport de production, soit d'une autre norme organisant le rapport entre ces deux normes. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, pour qu'une norme ait la capacité de déterminer le rapport entre deux autres normes, il faut qu'elle leur soit, dans le rapport de production, hiérarchiquement supérieure. Il n'est en effet possible de régler le rapport de production entre deux normes que si l'on dispose de ces deux normes, autrement dit que la norme de coordination puisse valablement les coordonner parce qu'elles lui sont subordonnées, selon le rapport de production⁹. La Constitution du 4 octobre 1958 ne peut régir les domaines de compétences respectifs de la loi et du règlement que parce qu'elle leur est hiérarchiquement supérieure selon le rapport de production.

La réorganisation de la hiérarchie des normes et la réception constitutionnelle de la primauté : l'impasse

⁸ Même si une réorganisation des normes du système peut rejoindre le rapport de production. Il est ainsi possible de considérer que l'article 55 de la Constitution, qui prévoit la primauté des traités sur les lois, ne fait que reprendre, selon une conception moniste internationaliste des rapports entre les ordres juridiques, un rapport de production successif faisant des traités des normes supérieures aux lois, selon le schéma suivant, le droit international prime le droit interne, un État étant une ordre juridique habilité par le droit international, le droit international prévoit une norme *pacta sunt servanda*, en vertu de laquelle les traités ont un caractère obligatoire quel que soit le droit interne éventuellement contraire.

⁹ Sous l'angle des rapports entre le droit de l'Union et les droits internes, cette lecture conduit à identifier non pas deux mais trois ordres normatifs dans la mesure où il existe un ordre de répartition, qui coordonne et régit les rapports entre un ordre dont les normes sont valides, en principe, sur l'ensemble des territoires des États membres, le droit de l'Union, et des ordres qui ne sont valides que sur un seul de ces territoires, le droit national. Voir sur cette présentation : O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, n° 2, 1996, pp. 171-185.

Avec la question qui nous occupe et, plus précisément, avec la réception constitutionnelle de la primauté, le schéma décrit de coordination mérite une précision et soulève une difficulté.

Une précision : la réorganisation interne de la hiérarchie des normes, re-hiérarchisation et renvoi-translatif

La norme réorganisatrice de la hiérarchie peut, plus précisément, soit directement régler le rapport entre deux autres normes, soit reprendre à son compte une autre norme. L'article 55 de la Constitution française régit ainsi les rapports entre les traités et la loi, quand l'article 88-1 du même texte pose le principe de l'adhésion de la France à l'Union européenne et constitue ainsi un fondement constitutionnel à cette organisation internationale régionale. Dans le premier cas, la norme constitutionnelle régit le rapport entre deux autres catégories de normes, pour conférer au traité international une primauté sur la loi. Dans le second, la norme constitutionnelle renvoie à une autre catégorie de norme, à savoir les normes de l'Union européenne. Le renvoi tend ainsi à conférer à la norme qui fait l'objet du renvoi, la même valeur formelle que la norme qui opère le renvoi. Sous ce dernier angle, avec l'article 55 de la Constitution, les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, avec l'article 88-1 de la Constitution, le droit de l'Union a la même valeur que la norme constitutionnelle¹⁰. Grâce à ces normes constitutionnelles, les traités jouissent, dans le premier cas, d'une *capacité de dérogation active et passive* vis-à-vis des lois, le droit de l'Union, dans le second, de cette même capacité vis-à-vis des normes constitutionnelles. La *capacité de dérogation* peut être définie, suivant en cela une lecture proposée par d'autres¹¹, comme permettant à la norme qui en bénéficie d'être appliquée de manière préférentielle par rapport à d'autres normes qui lui sont contraires, sans que l'existence juridique, la validité, de ces dernières normes ne soit affectée. La *capacité de dérogation* conférée à une norme sera dite *active*, s'il s'agit de déroger à une norme qui lui est antérieure ; *passive*, s'il s'agit de résister à une norme qui lui est postérieure. L'article 55 de la Constitution permet aux traités d'être appliqués de manière préférentielle face aux lois, sans d'ailleurs que ces dernières ne voient leur validité affectée par cette contrariété. Pour le dire autrement, la contrariété, et donc l'irrégularité, de la loi vis-à-vis du traité ne fait pas disparaître la loi de l'ordonnement juridique, elle n'est qu'écartée de l'application. L'article 88-1 de la Constitution permet au droit de l'Union de déroger aux normes constitutionnelles en vigueur, à de nombreux égards, en effet, ce droit déroge à l'ordre constitutionnel, il suffit ici de rappeler le droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens aux

¹⁰ Même si certains défendraient l'infra-constitutionnalité du droit de l'Union, car si la Constitution dispose de la place dans l'ordre juridique interne du droit de l'Union c'est qu'elle lui est hiérarchiquement supérieure. Cette question est affrontée dans les développements qui suivent.

¹¹ Selon C. Schmitt, une « dérogation à la Constitution » est une « atteinte à des dispositions des lois constitutionnelles [dans le sens de normes constitutionnelles] dans un ou plusieurs cas particuliers déterminés, mais à titre exceptionnel, c'est-à-dire à la condition que les dispositions auxquelles on déroge conservent par ailleurs toute leur validité ; elles ne sont donc ni supprimées durablement ni temporairement suspendues » (*Théorie de la Constitution*, Traduit de l'allemand par L. Deroche, PUF, 1993, p. 238).

élections municipales en France¹², tout comme de demeurer à l'abri des révisions constitutionnelles ultérieures qui seraient contraires à l'une de ses prescriptions. La capacité dérogatoire est ainsi confiée par la norme constitutionnelle soit par une *re-hiérarchisation*, comme avec l'article 55 de la Constitution, soit par un *renvoi-translatif*, la norme constitutionnelle couvrant la norme européenne, comme avec l'article 88-1 de la Constitution. Plus largement, la « constitutionnalisation » du droit de l'Union européenne lui confère une capacité dérogatoire générales vis-à-vis de l'ensemble des normes du système, constitutionnelles et, *a fortiori*, infra-constitutionnelles.

La difficulté : une portée déclarative ou constitutive de la norme de réception ?

Dans les deux cas, et l'on retrouve ici pleinement notre sujet, si l'on suit la présentation générale proposée, cette réorganisation suppose que la Constitution dispose des traités comme du droit de l'Union européenne, autrement dit, qu'elle leur soit supérieure selon le rapport de production. Aucune norme ne peut en effet valablement décider de la hiérarchisation de normes qui lui seraient supérieures dans le rapport de production. En résumé, la seule existence des articles 55 et 88-1 de la Constitution suffirait à montrer la primauté de la Constitution sur le droit de l'Union et donc à plaider en faveur de la *nécessaire* double reconnaissance à la primauté.

L'analyse pourrait, en effet, s'arrêter là si l'on occultait un autre ordre de contraintes juridiques¹³, celui issu du droit international et du droit de l'Union européenne.

Les normes constitutionnelles de réception, retenons ici cette dénomination pour ces normes de *re-hiérarchisation* et de *renvoi-translatif*, sont, d'abord, permises par le droit international et le droit de l'Union européenne, ces derniers étant parfaitement indifférents, en principe¹⁴, à la manière dont les États garantissent, dans leur ordre juridique, le caractère obligatoire des normes internationales et européennes. Dans cette perspective, les États peuvent adopter des normes

¹² Reconnaissance de ce droit qui a nécessité une révision constitutionnelle, celle du 25 juin 1992, à propos de laquelle, le pouvoir de révision constitutionnelle n'ayant pas modifié directement l'article de la Constitution qui était en contradiction directe avec ce droit, le Conseil constitutionnel soutiendra : « le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite » (CC, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 19). Il suggère ainsi que le droit de l'Union déroge au régime constitutionnel de droit commun en vertu de la révision constitutionnel du 25 juin 1992.

¹³ Nous supposons que le droit international est un ordre juridique. Une fois encore, s'il ne l'était pas, la question ne serait pas une question juridique et ne devrait donc pas être résolue sous cet angle.

¹⁴ La situation est sous cet angle contingente, une règle de droit international comme du droit de l'Union européenne pourrait très bien imposer des modalités concrètes à la charge des États pour garantir le respect des normes internationales ou européennes. La théorie jurisprudentielle de la Cour de justice limitant l'autonomie institutionnelle et procédurale des États dans la mise en œuvre des normes européennes participe précisément d'une limitation de la liberté des États.

constitutionnelles qui reconnaissent et garantissent le respect des normes internationales et européennes.

L'on pourrait ajouter, ensuite, que cette indifférence du droit international et européen sera d'autant moins problématique qu'il s'agit pour les États, avec les normes de réception, de servir les exigences de ces systèmes en adoptant des normes de respect et de garantie des normes qui le composent. Ces normes constitutionnelles de réception servent le respect du droit international et européen.

Ces normes de réception posent, enfin, les mêmes normes que celles qui sont consacrées par ces systèmes eux-mêmes : que ce soit l'article 55 ou l'article 88-1 de la Constitution, il s'agit d'une formalisation constitutionnelle de la norme internationale *pacta sunt servanda*. La réception nationale est conforme aux contraintes internationales et européennes ; elle n'est que reprise formelle d'une norme issue d'un autre système.

Là se (re)trouve précisément la question : cette réception est-elle à la discrétion des États ? Est-elle donc nécessaire pour garantir le respect des normes internationales et européennes dans l'ordre interne ou la primauté s'impose-t-elle en tout état de cause à l'État, avec ou sans réception ? Pour le formuler autrement, la réception est-elle *constitutive*, première situation, ou *déclarative*, seconde situation ?

Une résolution relative de la hiérarchie entre les systèmes normatifs

La résolution de cette question n'est pas et ne saurait être réglée par une norme, seule une approche conceptuelle permet de le faire.

L'impossible résolution normative

S'il fallait imaginer une norme internationale ou européenne qui règle la question, il faudrait une norme qui préciserait que *les États doivent reconnaître la primauté des normes internationales et européennes dans leur Constitution pour que cette primauté puisse être effective au sein de leur ordre juridique*, le fondement constitutionnel à la primauté serait nécessaire, en vertu du droit international et européen, et la réception étatique serait ainsi *constitutive*. Toutefois, une telle lecture, juridique, présuppose que les normes internationales s'imposent aux États, dans le rapport de production, les États ne faisant que respecter une norme internationale, en posant une norme de réception nationale¹⁵.

¹⁵ L'on doit reconnaître, ici, la situation actuelle à propos de la reconnaissance du respect par l'Union européenne de l'identité nationale des États par l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne. Cette limite autorise les États à opposer des *contrelimites* au droit de l'Union, dès lors que celles-ci relèvent de telles limites, mais, s'ils le font, ils le font, au-delà des fondements constitutionnels explicites, s'ils existent, en vertu de l'habilitation prévue par l'article 4 § 2 du Traité.

Au niveau des États, il n'est pas possible d'imaginer une norme constitutionnelle qui conférerait un caractère constitutif aux normes de réception, tout au plus serait-elle tautologique : *les normes en vigueur sous la Constitution ne sauraient être que les normes expressément prévues par cette Constitution* ou encore, de manière plus explicite, que *la Constitution prime sur le droit international et européen*¹⁶. Il est peu probable qu'une Constitution contienne, en pratique, de telles normes. À cet égard, il convient de rappeler que la thèse de la primauté constitutionnelle, souvent défendue, notamment, par les juridictions nationales, ne provient pas d'une norme explicite en ce sens, mais, plutôt, de l'existence d'une norme constitutionnelle de réception considérée comme étant *constitutive*, la réception constitutionnelle supposant la primauté de la norme de réception sur la norme reçue.

Il reste qu'une consécration explicite par la Constitution de sa propre primauté pose question à divers titres. Les États ne sauraient échapper au respect des normes internationales et européennes, en ce que ce respect est inhérent à la qualité même d'État. Qu'est-ce que, juridiquement, un État si ce n'est un organe habilité à produire des normes au niveau international et, le cas échéant, tenu de respecter ces normes, une fois produites ? Tel est, en l'occurrence, ce qui est attendu d'un sujet de la communauté internationale. La liberté de l'État sur le caractère obligatoire des normes internationales et européennes se heurte, en effet, à une impasse logico-pratico-politico-juridique : quel État pourrait se comporter en État au sein de la communauté internationale en affirmant que le caractère obligatoire des normes qu'il a consenti de respecter avec les autres États dépendra de sa bonne volonté ? Quel État conclura des engagements réciproque avec un État qui se considère comme étant libre de respecter ou de ne pas respecter ces engagements ? Si la réception est *constitutive*, librement consentie, rien n'empêche alors les États de ne pas procéder à la réception et de rester indifférent aux normes internationales, voire d'empêcher celles-ci de produire un quelconque effet dans son ordre juridique avec le risque, déjà évoqué, de conclure des engagements avec d'autres États, informés que ces engagements ne seront pas forcément respectés.

¹⁶ L'on pourrait d'ailleurs ajouter, en opportunité, qu'il n'existe pas à notre connaissance de norme constitutionnelle qui nierait le caractère obligatoire du droit international ou européen, en général, même s'il faut ici réserver le cas des normes à constitutionnalité renforcée qui s'imposent aux normes internationales européennes et aux lois de révision constitutionnelle qui peuvent constituer des limites ponctuelles à leur caractère obligatoire. Des normes négatrices de la primauté seraient, en elles-mêmes, irrégulières vis-à-vis du droit international ou du droit européen.

Il reste que la Constitution russe vient de faire l'objet d'une révision constitutionnelle, le 1^{er} juillet 2020, en ce sens, mais seulement pour éviter d'avoir à appliquer des décisions d'organes et de juridictions internationales qui seraient contraires, respectivement, à la Constitution ou aux principes fondamentaux de l'ordre public de la Fédération de Russie, ce qui constitue une bonne illustration de la situation décrite, d'autant plus pertinente qu'elle provient de la Russie. En vertu du nouveau b) de l'article 125 de la Constitution : « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie : (...) b) conformément à la loi constitutionnelle fédérale, se prononce sur l'exécution des décisions des organes interétatiques adoptées sur la base des dispositions des traités internationaux conclus par la Fédération de Russie, si leur interprétation contredit la Constitution de la Fédération de Russie, ainsi que sur l'exécution d'une décision d'un tribunal étranger ou international, d'un tribunal d'arbitrage étranger ou international imposant des obligations à la Fédération de Russie, si cette décision contredit les principes fondamentaux de l'ordre public de la Fédération de Russie ».

En résumé et de manière synthétique, les normes ne sauraient résoudre la question de l'ordre premier et supérieur, que ce soit du point de vue international ou de celui européen.

Les résolutions conceptuelles

Sans réponse normative à la primauté de l'un ou de l'autre des systèmes et donc à la nécessité ou la faculté d'un double fondement à la primauté, seules des conceptions des rapports de systèmes permettent d'entrevoir une solution. Tel est le cœur de la difficulté de la résolution de la question ; non seulement elle ne trouve pas de réponse normative, mais elle ne peut pas en trouver. Ce sont alors les représentations des rapports entre les systèmes juridiques qui apportent des propositions de résolution de la question. La question de la primauté n'est pas, du moins de manière directe, une question d'application de normes, mais une question d'ordre conceptuelle. En définitive, la résolution juridique de la question de la primauté du droit de l'Union dépend, non pas de normes juridiques, mais du concept de primauté que l'on retient ; or, sur le plan des concepts, et pour détailler une présentation que nous avons entamée plus haut, trois positions peuvent être soutenues.

La première est celle du *rejet du concept même de primauté*.

Dans une certaine mesure, cette thèse est dominante avec le succès des théories qui l'accompagnent, droit global, pluralisme ordonné ou théorie des réseaux, qui défendent la crise l'État en tant que modèle juridique dominant dans un monde globalisé¹⁷, et rejettent le concept même de primauté comme expression d'une hiérarchie entre les normes. Le modèle étatique, et sa concrétisation juridique avec la hiérarchie des normes, seraient en crise et la globalisation générerait un monde horizontal et non plus vertical. Dans le prolongement, les rapports entre les États et l'Union européenne seraient horizontaux, sans convoquer aucunement des logiques de hiérarchie. Telle est la première variante du rejet du concept de primauté, celle de *l'horizontalité*. Celle-ci rejette toute articulation stricte sous la forme normative, de permission, d'interdiction, d'obligation ou d'habilitation, les interventions respectives de chaque système dans la production normative résultant alors, si ce n'est du hasard, du moins des contingences des équilibres institutionnels en présence voire, de manière plus juridique, quoique pour le moins évanescent, du dialogue des juges.

Cette variante prend une autre forme, plus juridique, avec la thèse des *domaines de compétences*, qui, tout en s'inscrivant dans une logique horizontale, n'évacue pas la question des obligations

¹⁷ Même si, un tel constat, qui ne s'appuie sur aucune donnée empirique systématisée – et quelle donnée empirique pourrait d'ailleurs permettre de mesurer une telle situation ? –, peut donc parfaitement être renversée et de multiples faits pourraient être proposés à l'appui d'une autre thèse celle d'horizon indépassable de l'État comme structure juridique dominante ou celle du retour de l'État. Le brexit, la politique internationale et commerciale de Donald Trump, la montée de l'illibéralisme au sein des États en Europe et dans le monde, par exemple, sont autant de signes du maintien de l'État dans un monde juridique globalisé.

juridiques. Selon cette deuxième variante, il n'y a point de hiérarchie entre les deux systèmes, européen et nationaux, mais des *domaines de compétences* différents, chaque système intervenant dans le domaine qui est le sien, excluant alors, dans ce domaine, l'intervention de l'autre. L'on retrouve également cette thèse, à l'appui de la construction d'un modèle considéré comme original, la fédération, chez Olivier Beaud¹⁸, que l'on se saurait d'ailleurs suspecter d'une quelconque appartenance à l'un des courants contemporains dominant d'analyse des rapports de systèmes.

Une dernière variante du rejet de la primauté est celle de la *relativité*. Elle consiste à soutenir que chaque système est indépendant en général de chacun des autres systèmes, la lecture des rapports entre les systèmes juridiques doit donc se faire à partir du point de vue de chacun de ces systèmes, elle renvoie donc au pluralisme. Il y aurait ainsi une primauté européenne et des primautés nationales ou aucune primauté d'ailleurs, chaque système national, de son point de vue, étant libre de poser ou de ne pas poser de primauté. Cette lecture fait obstacle à une description unitaire et cohérente des systèmes normatifs.

En vertu de ces positions qui rejettent la primauté comme un concept pertinent de résolution des conflits entre les normes, la résolution du conflit entre les normes apparaît aléatoire, y compris s'il est question de compétences dans la mesure où, en pratique, la répartition des domaines de compétences entre l'Union et les États, telle qu'elle est fixée par les traités institutifs, est, pour le moins, indéterminée. Les circonstances sont alors décisives dans l'appréhension des rapports normatifs, c'est moins l'application d'une norme qui devient déterminante que le choix du juge, en particulier, de faire prévaloir telle ou telle norme sur telle autre. Aucune norme n'impose, par exemple, au juge administratif français d'affirmer que la primauté reconnue par l'article 55 de la Constitution au profit des traités ne concerne pas les normes constitutionnelles, alors qu'il lui est demandé, d'un point de vue contentieux, d'examiner la conventionnalité d'une disposition réglementaire au contenu matériellement constitutionnel ; d'autant plus que la norme *pacta sunt servanda* lui interdit d'opposer une règle, fût-elle constitutionnelle, à l'application d'une norme internationale d'origine conventionnelle.

Plus largement, pour rattacher cette thèse à la question posée, la négation de la primauté conduit à demeurer indifférent à son double rattachement normatif, voire à le justifier dans la version *relativité* ou dans celle des *domaines de compétences*. Chaque système est autonome et libre de disposer du contenu de ses normes, il peut donc parfaitement prévoir, comme ne pas prévoir la primauté d'un autre système sur le sien. Chaque primauté n'est cependant que relative, chaque système la prévoit ou ne la prévoit pas et, en définitive, la primauté affirmée par le droit de l'Union ne vaut pas plus qu'une telle primauté qui sera reconnue par un système national dans la mesure où elle est à la libre disposition de chacun des systèmes. Rien n'empêcherait d'ailleurs un système national de prévoir sa primauté sur le droit européen, tout comme le droit européen sa subordination aux droits nationaux, car chaque système est libre. Il faut rappeler ici, et c'est

¹⁸ O. Beaud, *Théorie de la fédération*, PUF, Leviathan, 2^{ème} édition, 2009, retrouver les pages.

d'ailleurs l'*implicite masqué* de la théorie de la répartition des compétences, que si les systèmes, européen et nationaux, sont contraints, d'un point de vue normatif, c'est qu'il existe un système supérieur qui les contraint ; en cas de répartition des compétences, un système répartiteur pose les domaines de compétences des deux autres systèmes. Pensons ici seulement à la répartition du domaine de compétences de la loi et du règlement en France qui est fixée par une 3^{ème} catégorie normative, supérieure aux deux précédentes, la Constitution en l'occurrence. Dans le prolongement, s'il existe une articulation des compétences entre le domaine européen et le domaine national, c'est qu'il existe un ordre répartiteur qui pose les règles de répartition. L'égalité est donc coordonnée par des règles supérieures, dans le rapport de production.

La seconde thèse est celle de la *primauté étatique*. Elle se décline en une tendance forte et en une tendance faible.

La *tendance forte*, que nous qualifierons de *politique*, s'appuie sur le concept politique de souveraineté pour considérer que l'État est au cœur de la société internationale et que sa volonté domine, de sorte que rien ne saurait s'imposer à lui sans qu'il y ait consenti, tant du côté de la procédure de production des normes, ce qui ne saurait être contestée et contestable, que du côté de leur application, l'État pouvant, en définitive, librement disposer des normes qui s'imposent à lui.

Il est encore une *version plus souple, juridique*, qui défend la nécessaire réception nationale, au sens de la doctrine dualiste classique, des exigences européennes ou internationales, au moins constitutionnelle, pour que celles-ci puissent produire des effets. Pour envisager la question sous un autre angle, les juridictions nationales ne sauraient se fonder que sur des normes nationales pour appliquer le droit européen et non pas sur les exigences du droit européen lui-même. L'origine formellement nationale de la norme est décisive et même nécessaire pour que les normes internationales puissent produire des effets dans l'ordre juridique interne. Ces visions sont *étato-centrées* et elles exigent, en conséquence, pour la question qui nous occupe, un fondement national à la primauté du droit européen.

La dernière thèse est celle de la *primauté européenne*, qui se décline également en deux sous-thèses.

La première, que nous qualifierons d'*hétérodoxe*, consiste à défendre la spécificité du droit de l'Union européenne, la nature spécifique de cette construction juridique, et à y voir le fondement de sa primauté. La thèse est dans une certaine mesure essentialiste, de la nature de l'Union découle sa primauté. Elle est défendue par la Cour de justice de l'Union européenne et semble acceptée en majorité, et même âprement défendue, par la doctrine européeniste. Elle est hétérodoxe car en dissociant le droit de l'Union du droit international, elle sert celui-là contre celui-ci et transpose, dans une certaine mesure, la logique défendue par les thèses étatistes. L'Union européenne est rangée, pour des raisons politico-institutionnelles, du côté des États, dans le sens où elle se rapproche de l'État de sa part sa nature spécifique, et non pas du côté du

droit international. L'Union dispose ainsi de la force de l'État et non pas de la faiblesse du droit international. La lecture de l'espace juridique n'est donc pas globale ; elle est *européano-centrée*.

La seconde, *orthodoxe*, consiste à appréhender l'espace juridique globalisé de manière unitaire et à considérer cet espace comme l'ordre juridique international. Celui-ci est producteur de normes et, en particulier, de normes coutumières et de normes conventionnelles. Il regroupe des ordres juridiques partiels de deux types, des ordres internationaux régionaux, réunissant plusieurs États, et des ordres juridiques partiels, étatiques. Les premiers reposent, en général, sur des normes conventionnelles ; les second sur une coutume qui veut qu'un gouvernement effectif ou souverain sur un territoire donné avec une population déterminée et reconnue comme un État par la communauté internationale est un État. Ainsi, selon le rapport de production les États comme les organisations internationales sont hiérarchiquement subordonnés à l'ordre juridique international. En outre, lorsque des États décident en commun, par l'adoption d'une convention internationale, de créer un ordre juridique international partiel, celui-ci s'impose aux États, non pas en vertu de ses règles propres, mais en vertu d'une règle du droit international public, la règle *pacta sunt servanda*. Autrement dit, c'est bien l'ordre international qui fonde la primauté de l'ordre partiel international régional sur les ordres partiels étatiques qui le composent. Selon cette perspective, transposée au droit de l'Union, celui-ci prime sur les droits nationaux, non pas en raison de sa spécificité, mais en vertu de la règle de droit international public, *pacta sunt servanda*. Le fondement de la primauté du droit de l'Union résulte ainsi de l'ordre juridique international et non pas du droit de l'Union.

Sur la question qui nous occupe, les deux thèses se rapprochent en ce que la primauté du droit de l'Union n'a pas besoin de recevoir un fondement normatif dans le droit de l'Union, soit parce qu'elle est inhérente à la nature même de l'Union, soit parce qu'elle résulte de l'ordre juridique international. Tout au plus, peut-on admettre, en raison d'un certain pragmatisme, parce qu'il convient toujours mieux de formaliser de manière explicite des obligations normatives plutôt que de rester silencieux, que les deux thèses tolèrent une explicitation de la primauté dans le droit de l'Union et, *a fortiori*, pour des raisons d'efficacité, dans les droits nationaux, la formalisation nationale de la primauté favorisant le respect par les organes d'application du droit interne du droit européen. Cette logique pragmatique rejoint parfaitement le propos défendu ici, en l'absence de norme explicite sur les rapports entre les normes européennes et nationales, ce sont les conceptions théoriques de ces rapports qui vont guider les organes d'application du droit ; pour éviter qu'il en soit ainsi, il vaut donc mieux formaliser de manière explicite dans des normes les rapports devant exister entre les normes des deux systèmes.

Double ou simple fondement à la primauté du droit de l'Union, cette brève contribution tend moins à trancher la question qu'à mettre en évidence les cadres catégoriels d'analyse à partir desquels il est possible d'y apporter des éléments de réponse. La résolution de cette question dépend en effet du choix des conceptions théoriques des rapports de systèmes, qui relèvent eux-

mêmes, selon les conceptions en question, de considérations d'ordre épistémologique et/ou politique. Elle ne saurait donc être ni simple, ni définitive.