



UCL
Université
catholique
de Louvain

DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

CAHIERS
DU **CeDIE** WORKING
PAPERS

N° 2012/07

ORDRE JURIDIQUE, AUTONOMIE ET DÉPENDANCE – UNE INTRODUCTION

Damien M.B. Gerard*

Mis en ligne/uploaded: 31 octobre 2012.

* Collaborateur scientifique, CeDIE et avocat. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : damien.gerard@uclouvain.be.

Le présent texte peut être uniquement utilisé à des fins de recherche individuelle. Toute reproduction ou diffusion, que ce soit en version papier ou électronique, est soumise au consentement de l'(des) auteur(s). L'auteur est libre d'en publier le contenu ailleurs mais assume alors l'entière responsabilité du respect de ses obligations vis-à-vis de tout éditeur tiers.

This text may be used for personal research purposes only. Any reproduction or diffusion for other purposes, whether in hard copy or electronic format, requires the consent of the author(s). The author is free to publish the text elsewhere but then assumes full responsibility for complying with the obligations imposed by any third party.

Les Cahiers du CeDIE doivent être cités comme suit : Auteur, Titre, Cahiers du CeDIE année/numéro, www.uclouvain.be/cedie, suivi de la date à laquelle il a été consulté.

The CeDIE Working Papers should be cited as follows: Author, Title, CeDIE Working Paper year/number, www.uclouvain.be/cedie, followed by the date it was consulted.

ISSN 2034-6301

© Damien Gerard

Published in Belgium by:
Université catholique de Louvain
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen
Collège Thomas More
Place Montesquieu, 2 (boîte L2.07.01)
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique / Belgium

www.uclouvain.be/cedie

Contact : cedie@uclouvain.be

RÉSUMÉ – ABSTRACT

(FR) Qu'est-ce qu'un ordre juridique ? Qu'est-ce qui différencie les ordres juridiques ? Comment les ordres juridiques entrent-ils en relation ? Telles sont les questions qui ont été abordées le 24 juin 2010 lors du séminaire introductif d'un projet de recherche mené par le CeDIE sur « Autonomie et dépendance des ordres juridiques dans l'Union européenne ». Le présent Cahier du CeDIE constitue donc le support écrit à une présentation orale. De façon générale, le projet de recherche en question vise tant à effectuer un retour aux sources du droit européen et à un examen actualisé de ses fondements et de sa nature, qu'à mener une réflexion générale sur l'articulation des rapports entre ordres juridiques dans un environnement changeant sous la pression de forces issues de la mondialisation.

(EN) What is a legal order? What differentiates legal orders? How do legal orders relate to each other? These questions were at the heart of the June 24, 2010 inaugural seminar of a research project undertaken by the CeDIE on "Autonomy and dependence(s) among legal orders in the European Union". The present CeDIE Working Paper consists therefore in the written notes supporting an oral presentation. Generally, the research project in question aims both to: (i) undertake an introspective journey into the sources of European law and an examination of its foundations and nature with today's eyes and analytical tools; and (ii) promote a general reflexion on the relationships among legal orders in an environment influenced by the pressures brought about by the process of globalization.

MOTS-CLÉ – KEYWORDS

Ordre juridique — Relations entre ordres juridiques — Autonomie — Dépendance — Monisme — Dualisme — Pluralisme — Méthodes du droit international privé — Primauté — Organe juridictionnel — Union européenne — Mondialisation.

Legal order — Relations between legal orders — Autonomy — Dependence — Monism — Dualism — Pluralism — Private international law methods — Primacy — Jurisdictional organ — European Union — Globalization.

TABLE DES MATIÈRES – TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	5
I. QUELQUES FONDAMENTAUX	5
1. QU'EST-CE QU'UN ORDRE JURIDIQUE ?	5
2. QU'EST-CE QUI DIFFÉRENCIE LES ORDRES JURIDIQUES ?	7
3. COMMENT LES ORDRES JURIDIQUES ENTRENT-ILS EN RELATION ?	9
II. DE QUELQUES POINTS DE DISCUSSION	10
1. LA PERTINENCE DES TECHNIQUES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ POUR LA GESTION DES RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES EN DEHORS DU DOMAINE DU DROIT PRIVÉ	10
2. LA QUALIFICATION ET LES LIMITES DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ.....	11
3. LE RÔLE DE L'ORGANE JURIDICTIONNEL COMME FONDEMENT ET GARANT DE L'AUTONOMIE DE L'ORDRE JURIDIQUE	13

*

INTRODUCTION

Qu'est-ce qu'un ordre juridique ? Qu'est-ce qui différencie les ordres juridiques ? Comment les ordres juridiques entrent-ils en relation ? Telles sont les questions qui guideront la première partie de mon intervention. Pour tenter d'y répondre, je ferai appel aux travaux d'un membre illustre du CeDIE, le Professeur François Rigaux, en espérant ne pas trahir sa pensée¹. La seconde partie traitera brièvement de trois questions choisies destinées à susciter remarques et commentaires: (i) la pertinence des techniques de droit international privé pour la gestion des rapports entre ordres juridiques en dehors du domaine du droit privé ; (ii) la qualification et les limites du principe de primauté en droit européen ; et enfin, (iii) l'importance d'un organe juridictionnel en tant que fondement et garant de l'autonomie de l'ordre juridique.

Deux remarques méthodologiques en guise d'introduction. Tout d'abord, lorsque l'on examine les relations entre systèmes, il convient de prendre en compte les différents points de vue en présence, c'est-à-dire de considérer les rapports selon la perspective propre à chaque ordre juridique. Cela peut sembler évident mais cette démarche est parfois ignorée – en particulier par les « européanistes » dont je suis – qui tendent à considérer comme iconoclastes des prises de position qui reflètent des contraintes propres aux ordres juridiques nationaux. Ensuite, force est de constater que sur ces questions de relations entre ordres juridiques, différents auteurs ont développé une vision propre, qui n'est ni vraie/fausse ; il s'agit de représentations épistémologiques dont l'une ou l'autre peut nous sembler plus en phase avec la réalité telle que nous la percevons, ici et maintenant, et qui peut avoir des répercussions pratiques importantes, ou pas. Quoi qu'il en soit, il s'agit fondamentalement de représentations destinées à rendre compte de phénomènes et à les objectiver.

I. QUELQUES FONDAMENTAUX

1. QU'EST-CE QU'UN ORDRE JURIDIQUE ?

Il existe différentes définitions de la notion d'ordre juridique. Rigaux et Dupuy, par exemple, ont proposé des définitions relativement consensuelles :

- Fr. Rigaux : « *Un ordre juridique est un ensemble de normes et d'institutions gouvernant les relations internes d'une société humaine* »².
- P.-M. Dupuy : « *l'organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée* »³.

¹ Cf. en particulier Fr. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers (coll. Académie de droit international), 1989, t. 213, 407 p.

² Fr. RIGAUX, *Droit international privé – Tome I: Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 1987.

³ P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers (coll. Académie de droit international), 2002, t. 297.

L'ordre juridique est donc présenté par ces auteurs comme un ensemble/système composé d'une part de « normes » et d'autre part d'« institutions ». D'autres définitions insistent davantage sur l'une ou l'autre composante ; c'est le cas de celles de Kelsen, d'une part, et de Santi Romano, d'autre part. Positiviste, Kelsen met l'accent sur les normes : un ordre juridique est un système de normes composé de toutes celles dont la validité dépend d'une et même « *Grundnorm* » ou norme fondamentale⁴. De là découle l'existence d'une hiérarchie des normes : l'unité de l'ordre juridique provient du fait que la validité d'une norme inférieure est déterminée par une norme supérieure et ainsi de suite jusqu'à ce que l'on atteigne la norme fondamentale qui est la raison suprême de la validité de l'ensemble de l'ordre juridique et en « constitue l'unité ». *A contrario*, Santi Romano développa à la même époque une approche de la notion d'ordre juridique qui met l'accent sur les institutions : un ordre juridique est davantage qu'un ensemble de normes – c'est une institution, c'est-à-dire « un ensemble de moyens, matériels et immatériels, personnels ou réels, patrimoniaux ou non, destinés en permanence à une fin déterminée, au bénéfice non de personnes membres des institutions elles-mêmes, mais de destinataires extérieurs »⁵.

Le Professeur Francescakis, dans sa préface de la traduction française de *L'ordinamento juridico*, fait référence à Santi Romano comme à l'anti-Kelsen⁶. Pourquoi ? Parce que l'enjeu sous-jacent à ces différentes définitions se situe fondamentalement dans le rapport entre l'ordre juridique et l'État. Pour Santi Romano, il y a potentiellement autant d'ordres juridiques qu'il y a d'institutions (même s'il insiste sur leur caractère d'« unités stables et permanentes »), ce qui permet de penser l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques coexistant en tant que sources valides de droit. En revanche, pour Kelsen, tout particulièrement en raison de l'importance qu'il accorde à la contrainte dans la définition de la norme, il n'y a pas de norme valide et donc pas d'ordre juridique en dehors de l'État, même si au final il admet la primauté du droit international en tant que droit interétatique (après avoir défendu le contraire). Donc, en vertu de l'approche positiviste de l'ordre juridique, les rapports entre systèmes ne s'entendent que des rapports entre droit étatique et droit interétatique, sur le mode monisme/dualisme. En revanche, l'approche « institutionnelle » permet d'envisager un système pluraliste qui inclut dans le champ conceptuel la totalité des ordres juridiques, sans en exclure les systèmes non étatiques/transnationaux (qui comportent l'exercice régulier de compétences autonomes limitées et dépassent les frontières nationales).

Qu'en est-il de l'affirmation de l'Union européenne comme ordre juridique ? Elle procède des deux courants. D'une part, la Cour de justice n'a eu de cesse d'affirmer et de répéter que les Traités constituent la seule et ultime source de validité du droit produit par les institutions européennes, dont ils forment la « charte constitutionnelle »⁷, et de se poser elle-même en tant qu'unique juge de cette validité⁸. D'autre part, elle a fondé la Communauté en tant qu'« ordre juridique propre » sur une série de caractéristiques de type institutionnelles : « en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs

⁴ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Univ. Press, 1945.

⁵ S. ROMANO, *L'ordre juridique (Ordinamento giuridico)*, Paris, Dalloz, 1975.

⁶ *Idem*.

⁷ Aff. C-294/83, *Les Verts*.

⁸ Aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* et aff. 314/85, *Foto-Frost*.

réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »⁹.

Cependant, l'Union vient tout de même remettre en question les rapports de systèmes. Pour la première fois, on se trouve face à un ordre juridique transnational disposant de « pouvoirs réels » (*Costa/ENEL*) et doté d'un « système complet de voies de recours et de procédures » arbitré par une instance juridictionnelle dont la compétence est obligatoire (*Les Verts*). Dans le passé, certains auteurs (dont Rigaux) ont osé suggérer l'existence d'ordres juridiques non étatiques comme l'Eglise, les fédérations sportives, etc. Avec l'Union européenne on se trouve confronté à une nouvelle dimension de ce phénomène transnational dont les rapports avec les autres systèmes ne rentrent pas dans les cases monistes¹⁰ ou dualistes¹¹ et qui donne une crédibilité particulière à l'hypothèse pluraliste dont le postulat de base consiste à envisager la possibilité d'une coexistence de normes valides simultanément applicables sur un même territoire et/ou aux mêmes situations/personnes et de l'absence d'arbitre ultime de la coexistence entre ordres juridiques (et donc de l'absence d'une autorité juridique suprême).

2. QU'EST-CE QUI DIFFÉRENCIE LES ORDRES JURIDIQUES ?

Comme l'a expliqué Rigaux, très simplement, chaque société humaine est différente ; elle s'organise en système et développe une cohérence et une logique qui lui sont propres, et se construit de façon autonome en « adoptant des règles et créant des institutions dont la validité et la juridicité ne sauraient être évaluées de l'extérieur et notamment par un autre ordre juridique »¹². En d'autres termes, « l'ordre juridique est, au sens propre du terme, autonome » et c'est ce qui le rend différent. En conséquence, dire d'un ordre juridique qu'il est autonome, comme on le lit souvent dans la doctrine européeniste, c'est fondamentalement une tautologie. Rigaux, toujours, distingue trois éléments témoignant de cette autonomie en tant que caractéristique ontologique de tout ordre juridique: (i) « il définit lui-même les critères d'appartenance à la société qu'il régit » ; (ii) « il se donne à soi-même les normes qui le gouvernent et est en principe seul juge de leur validité » ; et (iii) « il règle à sa manière et selon la perspective qui lui est propre les relations qu'il entretient avec les autres systèmes, pure modalité de son propre fonctionnement »¹³.

L'énumération de ces trois éléments appelle trois commentaires. Tout d'abord, en tant qu'elles permettent de réguler leurs nécessaires relations avec d'autres systèmes, les ordres juridiques mettent naturellement en place des règles internes de conflits/coopération. Celles-ci témoignent

⁹ Aff. 6/64, *Costa/ENEL*.

¹⁰ En effet, ce n'est pas le droit européen qui détermine la sphère de validité territoriale, personnelle, temporelle et matérielle du droit des États membres.

¹¹ En effet, la validité du droit de l'Union ne relève que des Traités ; la validité du droit européen n'est pas subordonnée/dépendante du droit national mais droits européen et nationaux sont contraints de coopérer (inter-légalité).

¹² Fr. RIGAUX, *Droit international privé – Tome I: Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 1987.

¹³ *Idem*.

de l'autonomie des ordres juridiques en ce qu'elles constituent des modalités de leur fonctionnement et en même temps attestent indirectement de leur existence¹⁴.

Deuxièmement, on observe parfois, en particulier dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, une distinction entre l'unité et l'autonomie de l'ordre juridique européen. Or, ce que l'on constate, c'est que cette distinction est purement sémantique en ce qu'elle vise d'une part l'autonomie interne et d'autre part l'autonomie externe de l'ordre juridique, c'est-à-dire d'une part vis-à-vis des ordres juridiques nationaux et d'autre part vis-à-vis du droit international. La réalité sous-jacente est néanmoins toujours la même : celle de préserver l'indépendance de l'ordre juridique en tant que source de droit dont il est seul juge de la validité, de l'étendue et des effets, et donc en tant qu'unité stable et permanente. Les trois éléments qui témoignent selon Rigaux de l'autonomie de l'ordre juridique renvoient d'ailleurs à cette même réalité. A partir de là, il est relativement aisé, en droit européen, de comprendre l'émergence des principes d'effet direct, de primauté, d'effectivité, d'interprétation conforme, etc. comme étant destinés à contribuer/préserver cette autonomie vue par d'aucun comme l'essence même de la « nature spéciale et originale » de l'Union au sens de *Costa/ENEL*, et de son caractère constitutionnel.

Troisièmement, il est utile de s'arrêter quelques instants sur la relation entre les notions d'autonomie et de dépendance, en particulier en ce qui concerne l'ordre juridique européen. Lorsque l'on parle de la dépendance de l'ordre juridique européen, on fait souvent référence à deux réalités différentes : d'une part le fait que l'Union constitue un ordre juridique « dérivé » et d'autre part le fait que l'application et la sanction du droit européen s'effectuent par le biais du système judiciaire et administratif des États membres, dont l'UE serait donc dépendant. Fondamentalement, ces objections renvoient à la tension possible entre les notions d'autonomie et de complétude. On peut donner à la notion de complétude deux acceptions liées : d'une part, celle de la capacité d'un ordre juridique à donner une réponse à toutes les situations juridiques envisageables (complétude de qualification), et d'autre part, celle de disposer des moyens pour ce faire, c'est-à-dire une capacité d'apporter une solution aux différentes situations juridiques qui se créent en son sein, par ses propres moyens (complétude de décision). Or, l'Union européenne dispose de compétences attribuées, d'un « domaine restreint » au sens de *Van Gend & Loos* : est-ce que cela l'empêche d'être autonome et de constituer un ordre juridique de plein exercice ? Est-ce que le fait de disposer d'un « domaine restreint » l'empêche de disposer d'un « domaine propre » ?

En fait, on peut parfaitement postuler le contraire : l'UE donne un réel contenu au concept d'ordre juridique transnational qui, par définition, ne dispose que d'une compétence « sectorielle ». C'est d'autant plus le cas du fait que l'UE dispose – et l'on en vient à la seconde acception de la complétude – d'un « système complet de voies de recours et de procédures » destiné à garantir ce caractère « propre » et autonome (*Les Verts*). Donc, si l'UE s'appuie en effet sur un système administratif et judiciaire décentralisé au niveau des États membres, celui-ci opère dans l'ombre de la Cour de Justice qui a démontré sa volonté d'assurer une protection

¹⁴ On peut se poser la question de savoir si l'existence de règles de conflits/coordination conditionne l'existence d'un ordre juridique ou si elles sont davantage des manifestations/conséquences de leur fonctionnement. Ce qui est certain, cependant, c'est qu'elles révèlent l'autonomie des – et donc la différence entre – ordres juridiques.

juridictionnelle effective aux destinataires du droit de l'Union et donc de fonder l'Union en tant que « communauté de droit ». Naturellement, l'Union, en tant qu'ordre juridique incomplet, fait face à des défis spécifiques à commencer par l'arbitrage de l'étendue de ses compétences et de la compétence d'arbitrer de ces compétences (Kompetenz-Kompetenz), de même qu'il place les autorités administratives et judiciaires nationales dans une situation inconfortable au sens où elles peuvent se retrouver tiraillées entre deux loyautés – l'une européenne et l'autre nationale – qu'elles tentent le plus souvent d'accommoder.

3. COMMENT LES ORDRES JURIDIQUES ENTRENT-ILS EN RELATION ?

Cette question élude celle, assez fondamentale, de savoir si et pourquoi les ordres juridiques doivent entrer en relation ? Rigaux suggère une réponse somme toute assez évidente: « aucune société humaine ne peut s'isoler de toutes les autres sociétés »¹⁵. Juridiquement, on peut examiner cette question au niveau micro des personnes ou des situations juridiques, d'une part, et au niveau macro des systèmes, d'autre part. Au niveau micro, des personnes ou des situations juridiques peuvent présenter des attaches avec plus d'un ordre juridique (ex. des nationaux résidant dans un État tiers). Au niveau macro, une pluralité de normes valides émanant d'ordres juridiques distincts peuvent avoir vocation à s'appliquer simultanément à la même réalité sociale (territoire, personne, situation). Dans les deux cas, un risque survient : celui pour les sujets de droit de se retrouver confrontés à des exigences irréconciliables – c'est-à-dire des conflits (à tout le moins latents), qu'il s'agit de prévenir ou de résoudre.

Précisément, la solution de ces conflits, réels ou potentiels, requiert de mettre les ordres juridiques en relation et pose donc la question de l'articulation des rapports juridiques entre systèmes. Pour Rigaux, cette question de l'interlégalité « est inséparable d'une forme globale de reconnaissance de la juridicité des ordonnancements en vigueur dans les autres États »¹⁶, c'est-à-dire de la reconnaissance/acceptation d'une norme de droit « étranger » comme valide et obligatoire du point de vue interne. C'est ce que Santi Romano appelle la question de la relevance d'un ordre juridique pour un autre.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'autonomie d'un ordre juridique implique qu'il définisse lui-même les relations qu'il entretient avec les autres sociétés, érigées en systèmes. C'est pourquoi le phénomène de relevance est avant tout unilatéral au sens où chaque ordre juridique détermine lui-même les conditions auxquelles des normes « externes » peuvent produire des effets juridiques « en interne ». Cependant, cela n'épuise pas la typologie des formes de relevance possibles, c'est-à-dire des formes de mise en relation des ordres juridiques. Deux formes de relevances articulées par Santi Romano semblent particulièrement fécondes pour l'analyse des relations entre ordres juridiques dans l'Union européenne, soit la relevance par la formation, d'une part, et la relevance par la médiation, d'autre part, d'un ordre juridique tiers. En effet, en contribuant à la formation ou par le biais de l'adhésion à l'Union européenne, les États membres se sont obligés contractuellement à reconnaître la pertinence des mécanismes de coopération propres à l'ordre juridique européen et par ces biais la relevance

¹⁵ Fr. RIGAUX, *Droit international privé – Tome I: Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 1987.

¹⁶ *Idem*.

« interne » du droit européen (tel qu'interprété par la Cour de Justice) – pensez au mécanisme de la question préjudicielle (ou au principe de primauté). De même, le droit européen peut également agir comme médiateur ou comme passerelle destiné(e) à rendre les droits nationaux relevant les uns pour les autres – pensez au principe de reconnaissance mutuelle et à ses variantes qui tendent à prendre une place de plus en plus importante dans le fonctionnement de l'Union.

Pour conclure sur ce point, il importe de souligner que si Santi Romano et Rigaux à sa suite envisagent les rapports entre ordres juridiques par le biais des notions de reconnaissance ou de relevance et au moyen de mécanismes de coopération, c'est parce qu'ils adhèrent à une vision pluraliste en vertu de laquelle divers ordres juridiques peuvent coexister et s'adresser simultanément à une même situation donnée. Naturellement il existe une alternative « naïve » à cette approche visant à gérer les conflits inhérents aux chevauchements des ordres juridiques par la coopération : la suppression des conflits par la voie hiérarchique soit en faisant prévaloir une source de droit sur l'autre (ou les autres), soit en procédant à l'« harmonisation » des solutions en présence (sachant que cette harmonisation peut prendre différentes formes). Dans la réalité, on constate d'ailleurs que les rapports entre ordres juridiques relèvent d'un savant mélange entre coopération et hiérarchisation, l'une ne pouvant en fait exister sans l'autre¹⁷, la prévalence de l'une ou de l'autre approche étant fonction de divers éléments diffus et donc pas toujours facilement identifiables¹⁸.

II. DE QUELQUES POINTS DE DISCUSSION

1. LA PERTINENCE DES TECHNIQUES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ POUR LA GESTION DES RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES EN DEHORS DU DOMAINE DU DROIT PRIVÉ

Peut-on penser l'application des techniques de droit international privé dans des domaines du droit qui lui sont traditionnellement étrangers, comme les domaines du droit public ? En effet, alors qu'il est communément admis que l'objet du droit international privé est bien celui de la gestion des « rapports de système », il est certain que de nombreuses situations tombant dans le champ du droit public (pénal, administratif, fiscal) présentent également des éléments d'extranéité¹⁹. Ces matières dites régaliennes, au sens où elles emportent l'exercice de la contrainte publique dans la poursuite de l'intérêt général, ont tendance à déterminer leur compétence internationale de façon unilatérale et à privilégier une approche territoriale en ce compris dans la détermination des effets de la contrainte. Cependant, à mesure que les

¹⁷ Une hiérarchisation permanente ou universelle est illusoire mais une coopération sans un fond de principes communs l'est tout autant (cf. la notion d'ordre public).

¹⁸ On pense ici aux notions de diversité, sensibilité, efficacité, légitimité, etc.

¹⁹ A ce titre, il est intéressant de constater que Kelsen, dès 1945, dans sa *Théorie Générale du droit et de l'Etat*, considérait que la question des conflits de lois se posait de la même façon dans le domaine du droit public que celui du droit privé (H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Massachusetts), 1945). Kelsen avait néanmoins une vision assez spécifique du fonctionnement des règles de conflit qui n'impliquaient pas, selon lui, l'application d'un droit étranger mais bien l'incorporation du droit étranger dans et par le droit du for.

frontières tombent et que la circulation des biens et des personnes s'accélère, la question de l'efficacité du cloisonnement du droit public/répressif se pose de plus en plus alors que les Etats sont amenés à coopérer toujours davantage dans la poursuite d'infractions transnationales (au-delà du cadre des seules relations bilatérales). Pourquoi dès lors un juge français n'appliquerait-il pas le droit pénal allemand dans certaines circonstances²⁰ ? En théorie, on pourrait en effet imaginer une règle d'attribution de compétence criminelle et une application distributive des droits pénaux qui auraient vocation à s'appliquer...

Néanmoins, on peut aussi se demander dans quelles mesures et à quelles conditions une telle approche est réellement envisageable et pourquoi on ne l'a pas encore mise en œuvre (ou seulement timidement) ? Une partie de la réponse se trouve sans doute dans le fait que le droit public et sa mise en œuvre constituent par excellence le reflet de valeurs, d'une identité propre à la société humaine qui l'a édicté, de sorte qu'il serait difficilement acceptable pour un juge d'appliquer un droit qui reflèterait d'autres valeurs ou pour un Etat de se voir priver du droit d'exercer son pouvoir de contrainte au nom de ses propres valeurs. En d'autres termes, on peut douter de la possibilité de recourir à des règles de conflit en matière pénale en l'absence de consensus sur la définition des infractions et la tarification des peines, et donc sur la conception de la justice réparatrice sous-jacente. Cela n'empêche cependant pas de mettre en place des mécanismes de coopération particulièrement élaborés visant à assurer la relevance « inter-systémique » d'actes de poursuites, moyennant certains garde-fous, et donc le dépassement des logiques territoriales pour voir émerger avec le temps des principes communs de droit matériel. C'est l'un des enjeux de la politique menée par l'Union européenne dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale.

De façon générale, des questions de valeurs et d'identité apparaissent en filigrane des règles de conflits et des mécanismes de coopération, qui ne peuvent pas être résolues par l'application automatique d'une règle mais qui appellent une médiation politique. A la marge, le droit ne peut pas résoudre tous les conflits entre systèmes même si ceux-ci s'efforcent la plupart du temps de rendre leurs solutions compatibles. La question de la primauté en droit européen fait écho à ce questionnement plus général.

2. LA QUALIFICATION ET LES LIMITES DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

Dans quelle mesure le principe de primauté constitue-t-il une condition *sine qua non* de l'autonomie de l'ordre juridique européen, au sens où l'autonomie ne pourrait se concevoir sans primauté ? La primauté est certainement une condition fondamentale de l'effectivité du droit européen. Elle illustre également les différents enjeux sous-tendant les rapports entre ordres juridiques dans l'Union européenne.

Au regard de l'autonomie des ordres juridiques nationaux, le principe de primauté apparaît comme une règle de conflit de l'ordre juridique européen régissant l'application du droit européen en situation de conflit avec les droits nationaux. Se pose alors la question de sa qualification – du fondement de sa relevance pour les ordres juridiques nationaux: est-ce une

²⁰ Cf. P. D'ARGENT, « Connecting different legal orders », *Cahiers du CeDIE Working Paper*, à paraître en 2012.

règle unilatérale proclamée par la Cour de Justice, ou une règle contractuelle résultant de la « nature propre et originale » des Traités de sorte que les Etats membres y auraient consenti par leur ratification ? Ou faut-il y voir une expression du principe de coopération loyale ? Ou encore une conséquence de l'effet *erga omnes* des arrêts rendus sur question préjudicielle (*Costa/ENEL*)? Il est intéressant de constater que les Etats membres ont une lecture différente de cette question. La Cour de cassation belge considère que la primauté relève de la « nature même du droit international conventionnel »²¹, suivant en cela le raisonnement de la Cour de Justice dans *Costa/ENEL*. La Chambre des Lords considère que la reconnaissance de ce principe a été consentie volontairement par le Royaume-Uni au moment de son adhésion à l'UE, comme faisant partie de la limitation de sa souveraineté²². La Cour de cassation et le Conseil d'Etat français, tout comme le Bundesverfassungsgericht, font dépendre la primauté des prescrits de leur constitution nationale²³. Dans son opinion sur la constitutionnalité de la loi d'assentiment au Traité de Lisbonne, le Bundesverfassungsgericht fait d'ailleurs expressément référence au principe de primauté comme une règle de conflit affectant non pas la validité du droit national mais son application dans les limites requises par le droit européen qui lui est contraire²⁴. Il considère ensuite qu'il importe peu au final que l'acceptation du principe relève directement des Traités ou de sa réception en droit national dans la mesure où ses effets sont limités par l'« ordre constitutionnel en vigueur ».

Par là, le Bundesverfassungsgericht met en évidence le fait que l'ordre juridique européen trouve son fondement dans la volonté souveraine des Etats membres dont il ne saurait remettre en cause l'autonomie, ce qui a deux implications : (i) le principe de primauté ne saurait affecter la validité du droit interne ; et (ii) il ne saurait être en mesure de régler des situations de conflit de nature constitutionnelle – c'est ce qu'a illustré l'affaire *Solange*. Est-ce que cette dernière limite met à mal l'autonomie de l'ordre juridique européen, dans la mesure où l'on ne pourrait exclure que le Bundesverfassungsgericht décide qu'une disposition de droit européen soit inapplicable sur le territoire allemand en raison de sa contrariété à une disposition de la constitution allemande dont on ne trouverait pas d'équivalent dans l'ordre juridique européen ? Ou bien s'agit-il plutôt d'une situation inhérente à la pluralité des ordres juridiques, de leur autonomie respective et de la nécessité de gérer les conflits résultant de leur application simultanée? Le Bundesverfassungsgericht ne prétend d'ailleurs pas juger de la validité du droit européen mais formule toujours ses réserves en termes d'application/effets sur le territoire allemand.

Naturellement, ces questions sont assez théoriques puisque l'on n'a en fait jamais assisté à un conflit de nature constitutionnelle dans l'Union européenne. Les juridictions suprêmes nationales et la Cour de Justice sont toujours parvenues à accommoder leurs contraintes respectives et à aligner leurs traditions constitutionnelles. Cela est notamment dû au rôle que joue la Convention européenne des droits de l'homme comme point de repère commun aux États

²¹ Cass., 27 May 1971, *État belge v. S.A. "Fromagerie Franco-Suisse Le Ski"*, J.T., 1971, p. 460.

²² UK House of Lords, *R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990), *C.M.L.Rep.*, 1990, p. 375.

²³ Cass. (fr.), 24 May 1975, *Cafés Jacques Vabre, C.D.E.*, 1975, p. 631; Conseil d'Etat, Decision n°108.243 of 20 October 1989 – *Nicolo, R.T.D.E.*, 1989, p. 772.

²⁴ BVerfG, Case 2 BvE 2/08 et al. of 30 June 2009 – Lisbon Opinion.

membres ou « shadow constitution » de l'Europe²⁵, ainsi qu'au mécanisme de la question préjudicielle qui permet un dialogue permanent entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. Face à un problème de constitutionnalité, la juridiction nationale est invitée à – ou tenue de – poser une question préjudicielle à la Cour de Justice qui s'efforce d'y donner une réponse compatible avec les contraintes de l'ordre juridique national. Par ce biais la Cour de Justice joue un rôle primordial de garante de l'autonomie de l'ordre juridique européen.

3. LE RÔLE DE L'ORGANE JURIDICTIONNEL COMME FONDEMENT ET GARANT DE L'AUTONOMIE DE L'ORDRE JURIDIQUE

La Cour de justice s'affiche en tant que garante de l'autonomie de l'ordre juridique européen au sens où elle détermine les conditions de la relevance des règles émanant d'autres systèmes. Elle est la voix par laquelle s'exprime cette autonomie ; son action est donc au fondement de l'ordre juridique européen. Sa juridiction obligatoire la rend incontournable dans la résolution des conflits qui impliquent le droit européen et le mécanisme de la question préjudicielle constitue sans nul doute le plus formidable instrument de coopération à cet effet.

Fondamentalement, l'existence de la Cour de Justice distingue l'ordre juridique européen de la plupart des autres ordres juridiques « de droit international » et lui permet de ne pas souffrir de la même « débilite institutionnelle », comme l'écrivait Rigaux²⁶. On peut illustrer cette fonction décisive de la Cour par la question de la détermination de l'effet direct. Traditionnellement, la question de l'effet direct d'un traité est considérée comme une question relevant du droit international et non pas du droit domestique. Ce principe est naturellement plus facile à mettre en œuvre lorsque la détermination du caractère *self-executing* d'une disposition d'un traité est confiée (à tout le moins en dernier ressort) à une juridiction créée par le même traité et chargée de son interprétation...

Tout cela est relativement évident mais illustre simplement l'intérêt d'appréhender la notion d'autonomie par le biais de ses manifestations. En ce sens, il apparaît particulièrement fécond d'appréhender la notion d'ordre juridique par le biais des règles de conflits et des mécanismes de coopération dont l'ordre juridique se dote et qu'il met en œuvre pour entrer en relation avec les autres systèmes. Ordre juridique, autonomie et dépendance apparaissent donc comme trois notions profondément interdépendantes, trois facettes d'une réalité diffuse mais centrale dans l'ordonnement juridique des rapports sociaux et de la « grande complexité juridique du monde »²⁷.

²⁵ Cf. H. KELLER and A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008.

²⁶ Fr. RIGAUX, *Droit international privé – Tome I: Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2^e ed., 1987.

²⁷ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du Monde », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 93.

Comité scientifique/Scientific Board

Prof. Jean-Yves Carlier
Prof. Pierre d'Argent, President CeDIE
Prof. Marc Fallon
Prof. Stéphanie Francq
Prof. Paul Nihoul
Prof. Sylvie Saroléa

Comité de rédaction/Editorial Board

Prof. Pierre d'Argent, President CeDIE
Damien Gerard, Coordinateur/Editor
Annie Fourny
Bernadette Martin-Bosly

Les Cahiers du CeDIE sont stockés sur [DIAL](#), la plateforme de dépôt institutionnel de l'Académie Louvain.
The CeDIE Working Papers are uploaded on [DIAL](#), the Louvain Academy repository and publications database.

CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen. Créé en 1963, le CeDIE honore depuis 1973 la mémoire du Professeur Charles De Visscher (1884-1973), une personnalité qui a marqué le droit international public dans la période d'après-guerre. Il fut, en particulier, président de l'Institut de droit international, juge à la Cour internationale de Justice et ministre du gouvernement belge. Le CeDIE poursuit des activités de recherche dans les disciplines juridiques affectant les problématiques internationales au sens large, en particulier le droit international public, le droit international privé, le droit européen (UE) et les droits de l'homme. Depuis ses débuts, le CeDIE défend une conception large du droit international et une approche comparative, de type interdisciplinaire.

CeDIE – Charles De Visscher Centre for International and European Law. Established in 1963, the CeDIE honours since 1973 the memory of Professor Charles De Visscher (1884-1973), a prominent figure in the field of public international law in the post-WWII period. Among others, he held positions as President of the Institut de droit international, Judge of the International Court of Justice and Minister in the Belgian government. The CeDIE carries research activities in the field of international law including public international law, private international law, European (EU) law and human rights law. Since its inception, the CeDIE aims to promote a broad understanding of and an interdisciplinary approach to international law.
