



Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne

Guillaume Landais

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Florence, 11 octobre 2017

European University Institute
Département des Sciences juridiques

Le concept de système juridique
et l'argumentation de
la Cour de justice de l'Union européenne

Guillaume Landais

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Membres du jury

Professeur Giovanni Sartor, European University Institute (Directeur de thèse)
Professeur Loïc Azoulai, Sciences Po Paris
Professeur Pierre Brunet, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Professeur Giulio Itzcovich, Università degli Studi di Brescia

© Guillaume Landais, 2017

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

**Researcher declaration to accompany the submission of written work
Department of Law – Ph.D. Programme**

I Guillaume Landais certify that I am the author of the work *Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne* I have presented for examination for the Ph.D. at the European University Institute. I also certify that this is solely my own original work, other than where I have clearly indicated, in this declaration and in the thesis, that it is the work of others.

I warrant that I have obtained all the permissions required for using any material from other copyrighted publications.

I certify that this work complies with the Code of Ethics in Academic Research issued by the European University Institute (IUE 332/2/10 (CA 297).

The copyright of this work rests with its author. Quotation from it is permitted, provided that full acknowledgement is made. This work may not be reproduced without my prior written consent. This authorisation does not, to the best of my knowledge, infringe the rights of any third party.

I declare that this work consists of 156 047 words.

Statement of language correction:

This thesis has not been corrected for linguistic and stylistic errors.

Signature and date:

31.07.2017

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Guillaume Landais', written in a cursive style.

Résumé

Pour la Cour de justice de l'arrêt *Van Gend en Loos* comme pour celle de l'avis 2/13 relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH, le droit de l'UE forme encore et toujours « *un nouvel ordre juridique* ». Entre 1963 et 2014 pourtant, la somme des normes et institutions en vigueur a bien changé. En bonne logique, lorsque les parties changent il ne peut plus s'agir du même tout. Quel est alors ce principe d'unité qui maintient les parties ensemble et autorise la Cour à parler de ce qui change comme étant encore le même ?

Si l'ensemble n'est pas réductible à la somme des parties, c'est qu'il forme système, qu'il est doté d'un certain ordre permettant de l'identifier singulièrement, malgré le bouleversement de ses parties. La réponse est donc à trouver dans ces théories pour lesquelles les composants du droit ne sont valides qu'à l'intérieur d'un système.

La première partie de la thèse se consacre à la définition du concept de système juridique. Elle montre qu'un système est cet ensemble de normes et/ou d'institutions doté d'une *certaine* unité et d'une *certaine* autonomie. « Unité » et « autonomie » varieront selon les auteurs, si bien que l'on identifiera *des* conceptions *du* concept de système. Nous montrons que ces conceptions sont opérationnelles pour l'analyse des entités juridiques non étatiques telles que celle constituée par le droit de l'Union européenne.

La seconde partie identifie dans quelques grands « moments » de la jurisprudence de la Cour portant sur les relations entre droit de l'Union, droit interne et droit international, le rôle que joue dans le discours du juge « l'argument du système », soit l'argument tiré de ce que le droit de l'Union constitue un ordre ou système juridique. Sur la base de la méthode de l'analyse inférentielle et d'une théorie réaliste de l'interprétation, nous analysons ce que l'argument permet à la Cour de faire et à partir de cela identifions la conception du concept de système qu'elle exprime.

Cette recherche entend ainsi contribuer, à travers l'analyse de l'argumentation de la Cour, à une meilleure compréhension du système que le droit de l'Union européenne est, au sens des conceptions traditionnelles du concept de système juridique définies par Hans Kelsen, H.L.A. Hart et telles que renouvelées plus récemment par Joseph Raz ainsi que Neil MacCormick.

Remerciements

Commençons ici par les mots de la fin. Ils importent.

Et je voudrais d'abord y remercier mon directeur, le professeur Giovanni Sartor, qui a su croire en ce projet et me soutenir dans les moments moins aisés ;

Y remercier aussi le professeur Loïc Azoulay ainsi que mon collègue et ami Vincent Réveillère, pour avoir alimenté ma réflexion et su me conseiller utilement tout au long de ce travail ;

De l'Institut Universitaire Européen, je voudrais remercier les formidables travailleurs, en bibliothèque comme ailleurs, dans chacun de ses couloirs et jardins, que le soutien passionné de Linda aura même su transformer en lieux de culture, en lieux de « Festival », en lieu de poésie aussi, grâce au courage acharné de ma professeure d'italien et amie Annarita ;

Et à cette chère colline, à sa voisine florentine, à ses journées sur le pavé chaud et humide, à ces nuits en fiasco et de Sant' Ambrogio, alla sua musiha, à ces chères années et à toutes celles et tous ceux qui m'ont rendu le voyage heureux, à ma famille, dédier ce qui suit :

È tornarne che fu duro.
Questa nuova pelle non fu che vestito
effimero, sbattuto dal vecchio vento.
Non resistette al tempo.

Ne conservo l'alto segno.
Quaggiù nel mio corpo, dentro, in sogno,
il suo grido ancora sta cantando.
Ma lo specchio è già cieco.

Ne farò segreto mio.
Getterò al mondo l'abituale viso
ed all'ombra dei giorni, il suo lampo.
Un bel fulmine mi trovò.

Un istante, fui un altro.
Un istante, visitai quest'alto luogo
dove il bicchiere non aveva fondo.
È tornarne che fu duro.

Guillaume Landais

Table des matières

INTRODUCTION	5
PARTIE I. DÉFINIR UN CONCEPT DE SYSTÈME JURIDIQUE OPÉRATIONNEL POUR L'UNION EUROPÉENNE	23
Introduction	23
Titre 1. Le concept de système juridique : une unité autonome	26
Introduction	26
Chapitre 1. Les conceptions normativistes	30
Section 1. La conception de Hans Kelsen	32
I. Le droit en tant qu'ordre normatif dynamique : une unité autonome	33
II. L'efficacité, condition d'existence d'un ordre juridique non nécessairement étatique	38
III. L'importance de la distinction entre le droit et la science du droit	41
IV. Les relations monistes entre droit national et droit international	43
Conclusion de la section	46
Section 2. La conception de H.L.A. Hart	48
I. L'imparfaite superposition du système juridique et du droit	49
II. Le système juridique, une somme unique de différents types de règles	51
III. Obéissance et acceptation des règles, conditions de l'existence du système	55
IV. Une pluralité de systèmes juridiques en principe non hiérarchisés	59
Conclusion de la section	62
Conclusion du chapitre	64
Chapitre 2. Les conceptions institutionnalistes	68
Introduction	68
Section 1. La conception de Joseph Raz	70
I. Présupposés épistémologiques et métathéoriques	70
A. Un positivisme juridique « exclusif »	71
B. Métathéorie des systèmes juridiques : un système interne et externe	72
1) Un système juridique interne	73
2) Un système juridique aussi externe	74
II. Le droit : un système de lois institutionnalisés	76
A. Un système de lois	77
B. Un système institutionnalisé	79
III. Le système juridique : la singulière autorité d'un système institutionnalisé distinct	83
A. L'autorité du système juridique à l'intérieur du territoire	83
B. L'autorité du système juridique à l'extérieur du territoire	85
Conclusion de la section	87
Section 2. La conception de Neil MacCormick	90
I. Le droit en tant qu'ordre normatif institutionnel	91
A. Une définition fonctionnaliste du normatif	91
B. L'institutionnalisation de l'ordre normatif : le droit	94
II. Le droit de l'État de droit et ses relations avec l'extérieur	97
A. Règles et institutions du droit positif de l'État	98
B. Un pluralisme juridique non hiérarchisant	100
Conclusion de la section	102
Conclusion du chapitre	106
Conclusion du titre	109

Titre 2. Les obstacles à la pertinence du concept de système dans le contexte de l'Union	111
Chapitre 3. Concevoir un pluralisme à hiérarchies multiples	113
Section 1. La pertinence contestée du concept de système dans le contexte de l'Union	113
I. Les nouvelles normativités, « entre ordre et désordre »	113
A. La réforme du concept de système juridique	115
B. L'abandon du concept de système juridique	119
II. Les arguments « supranationaux » de Culver et Giudice	120
Section 2. Un récit de l'Union en tant que pluralité de systèmes à hiérarchies multiples	124
I. Le dialogue par temps de conflit	125
II. Pour un pluralisme à hiérarchies multiples	128
A. Méthode et objet de la critique supranationale	128
1) La distinction des niveaux de discours	129
2) L'objet de la critique : le paradigme étatique du concept de système juridique	131
a) Le concept de système juridique critiqué	131
b) La relation entre la suprématie et l'origine de la suprématie	133
B) Pluralisme et suprématie dans le contexte de l'Union	135
1) Des systèmes juridiques à hiérarchies multiples	136
2) L'objection du monisme écartée	142
Conclusion du chapitre	146
Chapitre 4. Expliquer les points de vue contradictoires des acteurs juridiques	151
Section 1. L'amplitude du matériau juridique analysé : le choix des points de vue	152
I. L'abandon du point de vue des acteurs juridiques	152
II. La querelle épistémologique : analyse conceptuelle et explication constructive	155
Section 2. La prise en compte du point de vue des acteurs juridiques	158
I. La description des contradictions de l'objet : vers l'étude des usages conceptuels	158
A. Les concepts de la théorie du droit, entre sujet et objet de la connaissance	159
B. Les concepts de la théorie du droit, entre discours <i>sur</i> le droit et discours <i>du</i> droit	164
1) Instanciations des concepts du métalangage dans le langage-objet	165
a) Dire « A » et mobiliser le concept de A	166
b) Approche linguistique des concepts	168
2) Difficultés vis-à-vis de la distinction des niveaux de discours	171
II. La pertinence du concept de système dans le contexte de l'Union : les titres particuliers d'un concept régulateur	174
A. La centralité du concept dans le discours juridique	175
B. La centralité du concept dans la connaissance du droit	179
Conclusion du chapitre	180
Conclusion du titre	181
CONCLUSION DE LA PARTIE	183
PARTIE II. IDENTIFIER LE CONCEPT DE SYSTÈME JURIDIQUE DANS L'ARGUMENTATION DE LA CJUE	187
Introduction	187
Titre 1. L'argument du système dans la jurisprudence de constitutionnalisation des traités	194
Introduction	194
Chapitre 5. Le moment « Van Gend en Loos »	196
Section 1. Contexte d'émergence et analyse de l'argument du système	198
I. Une situation argumentative propice	199
II. Un choix argumentatif dans des ressources limitées	201
A. Les stratégies argumentatives des parties	202
B. La stratégie argumentative de la Cour	205
Section 2. Conception du concept de système dans le moment « Van Gend en Loos »	210
I. Ce qu'est le système juridique de l'Union européenne (SJUE)	211

II. Ce que doivent être ses rapports avec les système juridiques des États membres (SJEMs)	214
Conclusion du chapitre	216
Annexe n°1	219
Chapitre 6. Le moment « Costa »	223
Section 1. Contexte d'émergence et analyse de l'argument du système	223
I. Le contexte d'une possible antinomie	223
II. Les contraintes nées de la distinction « interprétation – application »	226
III. L'appel au système ou le recours à l'argument du système	228
IV. Les inférences du concept de système juridique	231
A. Une inférence conclusive	231
1) Conditions	232
2) Conclusion	232
B. Une inférence décisive	233
C. Les fonctions de l'argument du système	234
Section 2. Conception du concept de système dans le moment « Costa »	236
I. Nature du SJUE	237
A. Une conception institutionnaliste du concept de système juridique	237
B. La particularité de la procédure de question préjudicielle	240
II. Relations du SJUE avec les SJEMs	242
A. La primauté : une supériorité en cas de conflit	242
B. Modèles d'interaction du SJUE avec les SJEMs	245
Conclusion du chapitre	247
Annexe n°2	249
Conclusion du titre	251
Titre 2. L'argument du système dans la jurisprudence récente	254
Introduction	254
Chapitre 7. Le moment « Kadi »	256
Section 1. Contexte d'émergence de l'argument du système	260
I. L'ambiguïté des relations entre droit international et droit communautaire	261
A. L'enjeu des rapports de systèmes	261
B. Les incertitudes de la solution « Kadi »	263
II. L'argument du système dans le moment « Kadi » : répondre sans répondre	265
A. Un argument contribuant à justifier un contrôle propre de légalité	265
B. Un argument contribuant à contourner les contingences politiques du moment	270
Section 2. Analyse de l'argument du système dans le moment « CEDH »	272
I. Un système juridique autonome	272
A. L'autonomie du système ou l'autonomie de la Cour	272
B. Une Cour configurant un système à relations extérieures multiples	274
II. Une conception plutôt normativiste du concept de système juridique	276
A. Ce qu'est le système juridique communautaire	276
B. Ce que doivent être ses relations avec l'extérieur	278
Conclusion du chapitre	282
Annexe n°3	285
Chapitre 8. Le moment « CEDH »	293
Section 1. Contexte d'émergence de l'argument du système	295
I. Le contexte : les arguments de la Cour	296
A. Une menace directe à la compétence exclusive de la Cour	296
B. Une menace indirecte à la compétence exclusive de la Cour	298
II. Le recours à l'argument du système : un coup argumentatif	301
A. La difficile explication par la continuité de l'ordre juridique	301
B. L'explication possible : un coup argumentatif.	303
Section 2. Analyse de l'argument du système dans le moment « CEDH »	304
I. Le coup du système : un coup classique	305
A. De la nature aux relations externes : le coup du système	305
B. Un coup classique dans le jeu argumentatif de la Cour	307

II. Une conception paradoxale du droit de l'Union	308
A. Un système juridique aux accents étatiques	308
B. Une conception plutôt institutionnaliste du concept de système juridique	310
1) Les caractéristiques spécifiques : la nature systémique du droit de l'Union	311
2) Les conceptions du concept de système juridique dans le moment CEDH	313
a) Ce qu'est le SJUE	314
b) Ce que doivent être ses relations avec l'extérieur	316
Conclusion du chapitre	318
Annexe n°4	323
Conclusion du Titre	327
CONCLUSION DE LA PARTIE	329
CONCLUSION GÉNÉRALE	331
BIBLIOGRAPHIE	335

INTRODUCTION

« Auguste disait de la ville de Rome qu'il l'avait trouvée de brique, et qu'il la laissait de marbre. On dit de même d'une ville, d'une maison, d'une église, qu'elle a été ruinée en un tel temps, et rétablie en un autre temps. Quelle est donc cette Rome qui est tantôt de brique et tantôt de marbre ? Quelles sont ces villes, ces maisons, ces églises qui sont ruinées en un temps et rétablies en un autre ? Cette Rome, qui était de brique, était-elle la même que la Rome de marbre ? Non, mais l'esprit ne laisse pas de se former une certaine idée confuse de Rome à qui il attribue ces deux qualités, d'être de brique en un temps et de marbre en un autre »¹

Logique de Port-Royal (1662)

Il est une constante remarquable dans le discours de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) : l'affirmation selon laquelle le droit de l'Union européenne (UE) constitue un ordre ou système juridique. C'est pour elle un argument lui permettant de justifier nombre de ses décisions, et parmi celles-ci certaines des plus importantes. Cet argument sera l'objet de la présente étude. Nous l'appellerons « l'argument du système ».

La récurrence de l'argument est frappante : la CJUE y recourt aussi bien dans les décisions fondatrices de sa jurisprudence que dans celles plus récentes, aussi bien dans ses arrêts que dans ses avis. Ainsi, pour la Cour de 1963 comme pour celle de 2014, le droit de l'Union forme encore et toujours un « *nouvel ordre juridique* »².

De prime abord pourtant, l'affirmation pourrait passer pour un détail négligeable, l'expression « ordre juridique » pouvant être employée comme un simple synonyme de « droit ». C'est notamment ce que, se référant à la remarque de son compatriote et collègue Norberto Bobbio³, le théoricien du droit italien Giovanni Tarello expliquait dans son étude classique consacrée aux usages linguistiques des juristes : l'expression « ordre juridique » appartient au vocabulaire d'usage ordinaire des juristes et ne dénote pas toujours de qualité

¹ ARNAULD A. et P. NICOLE, *La logique de Port-Royal*, Paris, Librairie classique d'Eugène Belin, 1878, p. 147-148.

² V. respectivement CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 23 et CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13 quant au projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, point 157.

³ BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 3.

technique particulière de l'objet « droit » auquel elle s'applique⁴. Ainsi « droit », « ordre juridique » et « système juridique » peuvent être utilisées comme des expressions interchangeables. Par exemple, c'est l'usage qu'en fait aujourd'hui encore en France le service public de la diffusion du droit à l'heure de fournir au public quelques généralités « à propos de l'ordre juridique français »⁵.

Toutefois, en plus d'un demi-siècle de production de discours juridique, les différents juges ayant siégé à la CJUE n'ont pas fait qu'un usage neutre de l'argument du système. Aussi, raisonnant par l'absurde, supposons un instant que « ordre juridique » soit synonyme de « droit » dans le discours de la Cour : si le « nouvel ordre juridique » de 1963 est encore le même que celui de 2014, alors le droit de l'Union européenne pendant cette cinquantaine d'années est encore et toujours le même. C'est pourtant impossible. En effet, si l'on s'accorde sur une définition minimale du droit compris comme une somme de normes ou règles et d'institutions, alors à chaque instant le droit change. Et de toute évidence les normes de l'Union ainsi que ses institutions ont profondément changé entre 1963 et 2014. Or, en bonne logique, si les parties composant une chose changent, alors cette chose ne peut plus être la même. Si le droit de l'Union de 1963 n'est plus le même que celui de 2014, alors il s'en suit que l'ordre juridique de l'Union ne peut plus être le même non plus.

Ainsi, il est clair que pour la Cour, qui l'affirme encore récemment, c'est toujours une même chose à laquelle elle se réfère lorsque, par exemple, elle mentionne dans son discours « l'unité même de l'ordre juridique de l'Union »⁶. Par conséquent, l'expression « ordre juridique » n'est pas employée par la Cour comme un simple synonyme de « droit ». Le contenu du droit peut bien changer, sa qualité d'ordre ou de système juridique semble elle se maintenir.

C'est d'ailleurs un constat qui tombe sous le sens : si en dépit de ce que les parties changent on dit de l'ensemble qu'il est encore le même, c'est que *quelque chose* se maintient. Malgré le bouleversement de ses parties, l'ensemble parvient à se stabiliser autour de certaines de ses caractéristiques dites « essentielles » en tant que celles-ci permettent

⁴ TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, coll.« Collezione di testi e di studi », 1988, p. 173-204.

⁵ Les premières lignes de la page électronique de *Légifrance* intitulée « à propos de l'ordre juridique français » montrent bien que les expressions « ordre juridique », « droit » et « système juridique » sont couramment employées comme des synonymes : « cette présentation succincte du droit français n'a en rien l'ambition de l'exhaustivité et de la rigueur universitaires. Son objet est de donner à des internautes peu familiers du système juridique français quelques clés leur permettant... », v. www.legifrance.gouv.fr/Aide/A-propos-de-l-ordre-juridique-francais (dernière mise à jour : 4 janvier 2016).

⁶ « Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité d'un acte de l'Union seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique de l'Union et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique », v. CJUE, 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, point 80.

d'identifier les parties qui changent comme appartenant encore à un même ensemble. C'est notamment l'approche suivie par le théoricien du droit argentin Ernesto Garzón Valdés dans son ouvrage *Le concept de stabilité des systèmes politiques*⁷, lequel explique qu'un même système politique perdure dans le temps tant que ses changements n'affectent pas une sorte de noyau dur constituant la singularité du système. Dès lors que ce noyau fait de diverses règles et/ou institutions change, alors le système n'est plus même.

Appliquée au problème qui nous intéresse, cette approche invite à conclure que le droit de l'Union européenne est encore le même s'il est établi que certaines de ses caractéristiques essentielles, présentes à sa création, sont encore présentes aujourd'hui. Il s'agit alors d'identifier un groupe de règles et/ou d'institutions stables. En ce qui concerne le discours de la CJUE, il est clair que son recours récurrent à l'argument du système ne s'accompagne pas d'une démonstration établissant que certaines parties du droit de l'Union se maintiennent. Par conséquent, lorsque la Cour énonce en 2014 que le droit de l'Union est un « nouvel ordre juridique » et se réfère à un arrêt de sa jurisprudence de 1963, il semble bien vain de chercher à identifier dans son discours ce qui dans le droit de l'Union se serait maintenu si longtemps.

La récurrence de l'argument du système dans le discours de la Cour ne reflète pas une continuité du droit de l'Union qui tiendrait aux composants de ce droit. Notre recherche ne consiste donc pas à identifier des caractéristiques essentielles dans le droit de l'Union. Plutôt, elle repose sur l'hypothèse suivante : ce qui se maintient dans le droit de l'Union et que reflète le discours de la Cour ne tient pas dans la continuité d'un certain nombre de ses règles ou institutions, mais dans la continuité d'une certaine idée : l'idée selon laquelle le droit de l'Union forme depuis ses débuts un tout, un ensemble irréductible à la somme de ses parties, qu'il est doté d'un certain ordre permettant de l'identifier singulièrement malgré le bouleversement de ses parties, qu'en un mot il forme un ordre ou système juridique.

Cette idée consiste en une certaine compréhension de ce qu'est le droit de l'Union. C'est cela que mobilise la CJUE lorsqu'elle recourt à l'argument du système : une compréhension du droit de l'Union en tant que ordre ou système juridique. Pour désigner cette compréhension, nous emploierons l'expression « concept de système juridique ». Le concept se comprend ici comme une *façon de concevoir* l'objet sur lequel il porte⁸, en

⁷ GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, 3^e éd., Distribuciones Fontamara, coll.« Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política », 1999.

⁸ Le concept est ainsi compris sous l'angle du conceptualisme, sur lequel nous reviendrons plus en détails dans le chapitre 4, v. p. 159s. Il se distingue de ce qui a pu être appelé ailleurs « notion » et « catégorie », lesquelles sont généralement comprises comme strictement induites du matériau juridique, v. TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 31, 2009, p. 5-20-53. Le concept ici n'est pas donné mais se construit à partir du matériau.

l'occurrence le droit de l'Union européenne.

Dans sa plus grande généralité, adopter le concept de système juridique consiste à comprendre le droit (français, espagnol, européen, etc.) comme un ensemble distinct de tous les autres et déterminant par ses propres composants le principe de ses relations avec ces autres. Il a donc deux caractéristiques minimales : unité (ensemble distinct) et autonomie (détermination propre des relations avec l'extérieur). L'adoption du concept de système juridique consiste à penser le droit comme une unité autonome.

Dans le contexte de l'Union européenne, la CJUE a largement adopté cette compréhension. Son discours a même contribué à la construction et à la diffusion de cette idée dans ce contexte. Elle s'articule, dans sa jurisprudence, par l'affirmation d'un droit de l'Union qui forme un tout distinct (unité) du droit des États membres et du droit international et qui articule lui-même ses relations avec ces derniers (autonomie), un tout qui prend une forme propre souvent qualifiée d'entité juridique *sui generis*.

L'histoire bien connue des grands arrêts de la jurisprudence de la Cour fait le récit de cette formation. L'instant fondateur est marqué par l'arrêt *Van Gend en Loos* de 1963⁹, par lequel la Cour affirme que certaines dispositions de l'alors droit communautaire peuvent produire des effets directs en droit interne. L'année suivante, dans l'arrêt *Costa*¹⁰, la Cour pose le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit interne, principe que les États membres sont tenus eux-mêmes d'appliquer par l'intermédiaire de leurs juges. Puis en 1970, l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*¹¹ établit que l'effectivité du droit de l'Union ne s'arrête pas à la frontière des droits constitutionnellement protégés par les États membres. Enfin en 1978, l'arrêt *Simmenthal*¹² fait de la primauté du droit communautaire un principe obligeant le juge national à écarter toute disposition du droit interne contraire, quand bien même serait-elle entrée en vigueur après le traité de Rome instituant en 1957 les communautés européennes. Et nous pourrions continuer plus longuement cette histoire¹³, mais ce n'est pas ici ce qui importe.

L'important est plutôt de remarquer que ces arrêts sont articulés en un récit, en une

⁹ V. *supra* note n°2.

¹⁰ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64.

¹¹ CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70.

¹² CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77.

¹³ Notamment, pour ce qui est des relations entre droit de l'Union et droit international, avec l'arrêt *Kadi* (CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P) et le second avis de la CJUE quant à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13), sur lesquels nous reviendrons longuement dans la seconde partie du présent travail.

« *tétralogie luxembourgeoise* »¹⁴ par laquelle la jurisprudence de la Cour est comprise sous l'angle d'un *continuum* au sein duquel le droit de l'Union, porteur d'un projet politique¹⁵, se forme progressivement, étape par étape, comme un ensemble différencié et nécessairement distinct du droit des États membres. En doctrine notamment, les propositions se sont rapidement faites nombreuses pour raconter cette histoire de la construction de l'Union basée sur le rôle actif de la jurisprudence de la Cour¹⁶. Or, dans chacun de ces arrêts et dans tant d'autres encore, l'argument du système tient une place prépondérante dans le discours de la Cour. C'est donc que le discours de la Cour *affirme* en même temps qu'il *construit* – ou du moins contribue à construire – une compréhension du droit de l'Union en tant qu'ordre ou système juridique.

L'adoption du concept n'est pas propre à la Cour. Il faut même dire que cette compréhension du droit en tant qu'ordre ou système juridique est largement diffuse dans l'espace européen. Les auteurs majeurs qui ont contribué à la définir – et sur lesquels nous reviendrons en détails¹⁷ – sont connus de tout juriste citoyen de l'Union, si bien qu'à ce titre il peut être dit du concept qu'il appartient à une culture juridique européenne commune. Kaarlo Tuori a su montrer ce « *rôle général de la culture juridique dans la pratique du droit et de la fonction des concepts, principes et théories juridiques en tant que filtres à travers lesquels le contenu normatif de surface est appréhendé et interprété* »¹⁸, rôle qui nous invite à envisager les concepts, et en particulier celui de système juridique, comme circulant aussi bien entre les universitaires qu'entre les professionnels du droit. D'ailleurs, la CJUE n'est pas une

¹⁴ L'expression est de Pierre Brunet, v. BRUNET P., « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires. Études », 2010, p. 200.

¹⁵ « Porteur », le droit apparaît ainsi comme véhicule majeur de la réalisation du projet politique de l'Union, et cela par l'intermédiaire d'un processus d'intégration *par* le droit porté par des juristes tels que Pierre Pescatore ou Joseph Weiler, processus que d'aucuns considèrent aujourd'hui en crise, v. AZOULAI L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique », *Politique européenne*, 2016, n° 50, p. 18.

¹⁶ Par exemple, ce récit d'une individuation progressive de l'Union mettant en exergue le rôle de la Cour a pu être fait, dès les années 80, dans les termes d'un constitutionnalisme renouvelé, v. notamment STEIN E., « Lawyers, judges, and the making of a transnational Constitution », *The American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, n° 1, p. 1-27. Plus généralement, il s'agissait de souligner le caractère novateur des communautés européennes, volontairement située entre droit national et droit international, dans un entre-deux qualifié de « transnational » ou « supranational », v. WEILER J.H.H., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, n° 1, p. 267-306 ; CRAIG P., « Once upon a time in the West: direct effect and the federalization of EEC law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, n° 4, p. 453s. L'ouvrage classique en la matière, publié en 1972, est de l'ancien juge luxembourgeois à la CJUE Pierre Pescatore, v. PESCATORE P., *Le droit de l'intégration: émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Collection Droit de l'Union européenne », n° 1, 2005.

¹⁷ V. le titre I de la partie 1, p. 26s.

¹⁸ TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique*, 2013, vol. 1, n° 27, p. 31.

institution isolée du reste du monde juridique. Ses membres circulent régulièrement entre académies, institutions européennes et étatiques, voire monde politique. De ce point de vue, il nous semble que les avocats généraux sont un exemple très significatif de cette circulation¹⁹.

Dans les termes d'une sociologie inspirée des travaux de Bourdieu, Antoine Vauchez montre bien comment l'émergence d'un champ juridique européen, fait d'experts transnationaux circulant entre les mondes politiques, économiques et académiques entourant l'Union européenne, a contribué à la constitution d'une culture juridique commune, de ce que l'auteur nomme un capital juridique commun. En outre, explique-t-il, « *l'émergence d'un capital juridique européen, c'est-à-dire d'une forme spécifique d'autorité transnationale à dire de ce qu'il en est des traités et des normes adoptées par l'Union, ne se joue pas sans (voire contre) le politique, ni même sans (voire contre) le national ; elle se joue au contraire dans la capacité à circuler entre les espaces politiques, économiques, politiques et académiques du droit européen en jouant successivement tous les rôles du droit, dessinant par là un modèle d'excellence qui pose le juriste européen en acteur clé de l'Union* »²⁰.

En tant que juristes européens, les membres de la CJUE n'échappent pas à ce processus. S'il est une culture juridique européenne, celle-ci ne s'est pas formée contre le national mais s'en est au contraire nourrie, mobilisant entre autres des concepts familiers du droit étatique, tel que le concept de système juridique, et contribuant à leur diffusion et reformulation dans l'espace européen. Mais le discours de la Cour, et par voie de conséquence les concepts qu'elle y mobilise, s'articulent aussi au service du projet politique que porte l'Union européenne²¹. Sur ce point, de récentes recherches en archives ont su montrer comment la première occurrence significative de l'argument du système, dans l'arrêt *Van Gend en Loos*²², est précisément portée par les aspects économiques du projet politique de l'Union²³.

¹⁹ Le parcours de Miguel Poiares Maduro, avocat général à la CJUE en 2003-2009, professeur à l'Institut Universitaire Européen depuis 2009 et Ministre au Portugal en 2013-2015, nous semble particulièrement illustratif de notre propos.

²⁰ VAUCHEZ A. et D. GEORGAKAKIS, « Le concept de champ à l'épreuve de l'Europe », J. SIMÉANT (dir.), *Guide de l'enquête globale en sciences sociales*, Paris, CNRS Éd, coll.« Culture & société », 2015, p. 207. L'auteur a aussi consacré des travaux spécifiques sur la CJUE, par exemple v. VAUCHEZ A. « Le magistère de la Cour - une sociologie politique » in VAUCHEZ A. et P. MBONGO (dir.), *Dans la fabrique du droit européen: scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Collection Droit de l'Union européenne », n° 9, 2009, p. 217-246.

²¹ Tel que ce projet apparaît, par exemple, dans les objectifs que définit le Traité sur l'Union européenne (TUE) aux articles 2 et 3 (démocratie, paix, bien-être des peuples, liberté, marché intérieur, union économique et monétaire, etc.).

²² V. *supra* note n°2.

²³ RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment », *International Journal of Constitutional Law*, 1 janvier 2014, vol. 12, n° 1, p. 136-163. L'auteur explique notamment que, entre 1958 et 1962, le service juridique des exécutifs européens promeut l'idée d'un ordre

Aussi, l'argument du système n'exprime qu'une partie, la dimension juridique, de l'idée selon laquelle l'Union européenne est un tout au service d'un projet politique commun. C'est seulement cette dimension que l'on se propose d'étudier dans la présente étude, car si le caractère distinctif de l'Union s'exprime aussi à travers la compréhension de son droit en tant qu'ordre ou système juridique, alors l'analyse de cette compréhension que porte l'argument du système dans le discours de la CJUE importe par conséquent.

Non sans surprise, cette compréhension se retrouve dans le propre répertoire de jurisprudence de la Cour accessible en ligne sur son portail institutionnel. La première catégorie du dénommé « *plan de classement systématique* » des décisions de l'ensemble des organes d'application du droit de l'Union est intitulée « *ordre juridique* »²⁴. À l'intérieur, plusieurs rubriques affirment toute la singularité de ce droit (ses sources, valeurs, objectifs, principes, etc.) et de ses frontières (répartition des compétences avec les États membres et relations avec droit national et droit international)²⁵.

Tous les organes d'application du droit n'ont pas fait ce choix discursif dans l'ère géographique de l'Union européenne. Par exemple en France, le Conseil constitutionnel a déjà abordé la question des relations entre le droit de l'Union et le droit interne, mais dans les arrêts sur ce point qui importent, son discours ne contient aucune occurrence des expressions « ordre juridique » ou « système juridique »²⁶, là où elles abondent dans le discours de la CJUE. L'argument du système semble donc jouer un rôle particulier dans ce discours précis, et il produit en conséquence une compréhension particulière du droit.

Cette compréhension du droit de l'Union en tant qu'ordre ou système juridique semble être aussi produite par le fonctionnement même de la Cour, par sa propre méthode de travail, qui favorise la répétition des arguments et parmi ceux-ci de l'argument du système. On sait en effet qu'un jugement de la CJUE est rédigé sur la base du projet de jugement soumis par le

juridique européen visant à assurer l'effectivité de l'alors marché commun : « *the core challenge of the legal service was how to construct a European legal order that would efficiently underpin the common market?* », v. *Ibidem*, p. 146. V. aussi BAILLEUX J., « L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens et la promotion d'un droit communautaire autonome (1957-1964) », *Politique européenne*, mars 2013, n° 41, p. 88-117.

²⁴ Plus précisément « ordre juridique communautaire » ou « ordre juridique de l'Union européenne » selon que la jurisprudence est antérieure ou non à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, v. en ligne à l'adresse : https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/fr/

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ À l'exception notable de la décision Cons. cons., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, considérants n°10 et 11. Mais, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, l'articulation des rapports de système entre Union et États membres passe surtout par la construction discursive d'une dite « identité constitutionnelle », à laquelle se réfère par ailleurs la CJUE et les traités européens, v. ROUSSEAU D., « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? » in BURGOGNE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, coll.« Cahiers européens », n° 1, 2011, p. 89s ; MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle de l'État membre*, thèse, European University Institute, Florence, 2012.

juge rapporteur, projet qui est lui rédigé par l'intermédiaire de rapports préliminaires des référendaires membres du cabinet du juge en question. Or, en raison du volume du contentieux, de la diversité linguistique des membres de la Cour et des documents qui lui sont soumis, l'institution du français comme langue de travail conduit les référendaires à utiliser des banques de données de mots et expressions standardisés afin de favoriser une certaine continuité du discours de la Cour, contrôlée par des lecteurs d'arrêts francophones et faisant naître une sorte de règle du précédent linguistique²⁷.

Ainsi, par l'affirmation itérative du caractère d'ordre ou de système juridique du droit de l'Union, le discours de la Cour stabilise la construction d'une certaine compréhension du droit de l'Union : celle d'un tout différencié dont le bouleversement des parties n'affecte pas l'unité puisque précisément réaffirmée régulièrement par l'argument du système. Cela corrobore notre hypothèse de départ : il y a bien dans le discours de la Cour une compréhension du droit de l'Union à l'aune du concept de système juridique. Elle est portée par ce discours, qui la construit à chaque fois que la Cour l'affirme au moyen de l'argument du système.

Aussi, la présente étude prend pour point de départ ce fait que l'argument du système contribue à construire une compréhension du droit de l'Union en tant que ordre ou système juridique. Sur cette base, elle se fixe pour objectif d'établir une procédure par laquelle il sera possible de déterminer plus précisément quelle(s) compréhension(s) du droit de l'Union porte le *discours* de la CJUE à travers l'argument du système.

Notre objet est donc constitué par des discours juridiques, dont l'analyse suggère une certaine méthode sur laquelle il nous faut à présent dire quelques mots. Pareille analyse fait le choix de réduire l'objet « droit » à un ensemble de discours. C'est un choix dans la mesure où d'autres possibilités existent. Il peut s'agir d'analyser les comportements des organes juridiques à l'heure de créer ou d'appliquer du droit, de proposer une mise en cohérence du droit positif par sa systématisation, de juger du bien fondé de telle ou telle décision prise par le juge ou le législateur, de proposer des solutions alternatives, etc.

Dans tous les cas, on peut distinguer au moins deux approches : celles prescriptives

²⁷ Sur cet aspect, Karen McAuliffe a consacré une enquête détaillée basée sur la méthode de l'observation participative, v. MCAULIFFE K., « Precedent at the Court of Justice of the European Union: The Linguistic Aspect » in FREEMAN M.D.A. et F. SMITH (dir.), *Law and language*, 1^{re} éd., Oxford, United Kingdom ; New York, Oxford University Press, coll.« Current legal issues », n° 2011, vol. 15, 2013, p. 483-492. Aussi, le « style » des arrêt de la Cour est dépendant des règles de son fonctionnement interne, v. SCHÖNBERGER C., « “Mi attendu, mi dissertation” ». Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne », *Droit et société*, 2015, n° 91, p. 516-517.

qui consistent à formuler des propositions quant à ce que *devrait être* le droit ; celles descriptives qui consistent à formuler des propositions susceptibles d'être vraies ou fausses à propos de ce que le droit *est*. Nous travaillons et revendiquons la seconde approche. Il s'agit donc d'identifier dans notre objet d'étude des faits susceptibles d'être décrits.

Cette démarche se situe dans la tradition du positivisme méthodologique défini par Norberto Bobbio²⁸ : nous entendons seulement décrire le droit, sans jugement de valeur quant à son bien fondé. Nous revendiquons une neutralité axiologique. Pour autant, nous ne nous revendiquons pas d'une absolue neutralité, laquelle nous semble bien vaine. Nous faisons des choix, ne serait-ce que dans le choix de notre objet d'étude, le choix de la définition que nous en donnons, le choix de la méthode par laquelle nous l'approchons, etc. Ainsi, conformément à ce que la théoricienne du droit britannique Julie Dickson a pu définir, notre démarche relève d'une philosophie du droit indirectement évaluative²⁹. Elle est évaluative en tant qu'elle *choisit* ce qu'il est pertinent de décrire dans son objet, sans pour autant porter *directement* de jugement de valeur quant à son bien fondé.

Par conséquent, pour décrire le droit en tant que discours il nous faut définir des faits susceptibles d'être décrits. Ces faits consistent en l'ensemble des actes de langage produits par les locuteurs *attitrés* du champ juridique. Il ne s'agit donc pas d'étudier tout discours incluant une occurrence du mot « droit », mais plutôt de restreindre l'analyse aux locuteurs disposant d'un titre particulier : ou qu'ils soient habilités par une règle de droit – c'est le cas des organes de création et d'application du droit – ou qu'ils soient des participants au processus de création, d'application et d'interprétation des règles de droit. Entrent donc notamment dans le champ d'étude les discours des organes de création et d'application du droit, mais aussi plus largement les discours des « *opérateurs juridiques* »³⁰, c'est-à-dire de l'ensemble des interprètes et commentateurs « *qui créent du droit, qui manipulent le droit, qui proposent des constructions juridiques* »³¹, entendant simplement en décrire le contenu ou en justifier les inflexions.

On voit que l'analyse du droit en tant que discours a un champ d'étude extrêmement

²⁸ BOBBIO N., *Il positivismo giuridico: Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 151-154. V. aussi *infra* note n°64.

²⁹ DICKSON J., *Evaluation and legal theory*, Oxford ; Portland, Or, Hart, coll.« Legal theory today », 2001 ; DICKSON J., « Ours is a broad church : indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *Jurisprudence*, 2015, vol. 6, n° 2, p. 207-230.

³⁰ L'expression est de Riccardo Guastini, v. GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, p. 113-129.

³¹ MILLARD É., « Qui sont les "opérateurs juridiques" de Riccardo Guastini ? » in COMANDUCCI P., R. GUASTINI, et J. FERRER BELTRÁN (dir.), *Analisi e diritto*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 103. Pour Millard, ces opérateurs juridiques incluent des pouvoirs publics comme privés.

large. Il est donc habituel de procéder à quelques distinctions. On distingue classiquement les discours *du* droit, soit celui de ses organes de création et d'application, du discours *sur* le droit, soit celui descriptif ou prescriptif des autres locuteurs attitrés. Il ne faudrait pas pour autant croire que ces derniers ne participent pas du tout à la création ou à l'application du droit. Dans la longue tradition de l'école analytique italienne, pour laquelle « *le droit est un discours* »³², de nombreux auteurs tels que Giovanni Tarello, Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli ou encore Riccardo Guastini se sont précisément attachés à analyser le discours de la doctrine, lequel est compris comme participant au processus de création du droit : « *la doctrine juridique [...] intervient dans le processus de création du droit ; et, dans certains secteurs, elle intervient en tant que protagoniste* »³³. De même, nous avons vu plus haut, comment le champ du droit de l'Union européenne voit s'entrecroiser professionnels et professeurs de droit. Et, dans cette dite « École de Gênes », l'analyse des discours de la doctrine va jusqu'à être considérée comme une discipline à part entière, fondée par Tarello et dénommée par Guastini « *metagiuridica* » ou « *meta-giurisprudenza* »³⁴. Mais si le discours des juristes-savants, appartenant à l'académie, est étudié en tant que tel, la distinction stricte des niveaux de langage n'est pas pour autant abandonnée. Ainsi, Guastini distingue le discours du droit, objet de la « *giurisprudenza* », dont le discours est lui-même l'objet d'une « *filosofia del diritto* » ou « *meta-giurisprudenza* »³⁵. Cette dernière inclut, par exemple chez Tarello, l'analyse par les juristes de certains concepts utilisés dans leur argumentation et de l'influence qu'ils exercent sur leurs discours³⁶, pareille analyse pouvant conduire à l'identification de types d'interprétation et de classes d'arguments³⁷.

Une telle approche inspire clairement notre travail. Elle n'est pas inexistante en France. Notamment développée par Michel Troper, l'analyse des discours juridiques se concentre alors plus spécifiquement sur l'argumentation : « *les propriétés que tente de décrire la théorie du droit [...] ne peuvent être appréhendées que par une analyse du discours juridique, c'est-*

³² GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto. Serie teorica », n° 85, 2011, p. 25. Sauf mention contraire, toutes les traductions réalisées dans le présent travail sont de notre cru.

³³ TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, op. cit., p. 10. Guastini va même plus loin, en faisant le choix d'analyser « *la doctrine comme une partie du droit* », GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, op. cit., p. 449-450.

³⁴ GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, op. cit., p. 7.

³⁵ *Ibid.* En langue française, la typologie la plus complète nous semble avoir été proposée par Jerzy Wróblewski, v. WRÓBLEWSKI J., « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, 1988, n° 8, p. 15-30.

³⁶ TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, coll.« Saggi », n° 135, 1974, p. 367-386 sur « Linguaggio descrittivo e linguaggio precettivo nei discorsi dei giuristi ».

³⁷ TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, coll.« Tratto di diritto civile e commerciale », n° 1, 2, 1980, p. 341-396 sur « L'argomentazione dell'interpretazione e gli schemi di motivazione dell'attribuzione di significato a documenti normativi ».

à-dire des décisions et des arguments par lesquels on les justifie »³⁸. Ainsi, l'étude de l'argumentation des discours juridiques, et notamment des arguments récurrents mobilisés par les juges, est aussi une étude de la création et de l'application du droit. On voit donc qu'une analyse du droit en tant que discours est bien possible, qu'elle a en outre une longue tradition.

Sur cette base, notre analyse ne portera que sur un type particulier de discours : le discours de la CJUE, constitué de ses arrêts et avis (tant dans leur dispositif que dans leurs motifs), lorsque ce discours traite de la question de la nature du droit de l'Union ou de ses rapports avec le droit interne ou le droit international et que la Cour y mobilise l'argument du système.

Dans ce discours, l'argument du système se manifeste par différentes expressions. Parfois, la Cour emploiera « ordre juridique » pour désigner et le droit des États membres et le droit de l'Union. D'autres fois, c'est l'expression « système juridique » qui sera préférée. Parfois encore, les deux expressions seront employées pour désigner chacune un droit différent. Dans l'ensemble des arrêts que nous avons analysé pour cette étude³⁹, tous les cas de figure se sont présentés si bien que les deux expressions apparaissent comme strictement interchangeables. Aussi, tout au long de la présente étude, nous emploierons « système juridique » et « ordre juridique » comme des synonymes. Nous préférons la première à la seconde.

Quoi qu'il en soit, nous considérerons chacune de ces expressions comme une instantiation possible du concept de système juridique dans le discours de la Cour. Le choix de cette synonymie ne nous semble pas constituer de biais méthodologique important car nous retenons à dessein une définition extrêmement large du concept de système juridique, dont on rappelle qu'il est une compréhension du droit en tant qu'unité autonome.

Ce faisant, nous suivons le chemin emprunté par François Ost et Michel van de Kerchove, lesquels retiennent une définition très large du concept de système juridique, qu'ils considèrent par conséquent synonyme du concept d'ordre juridique⁴⁰. Pour ces deux auteurs, le concept est défini par trois éléments : l'idée d'un ensemble constitué par la réunion de composants (quels qu'ils soient), l'idée d'une certaine organisation de cet ensemble par l'interdépendance de ses composants et enfin l'idée d'une structure qui unifie les composants

³⁸ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 2011, p. 3.

³⁹ Pas seulement ceux analysés dans cette étude mais l'ensemble de ceux consultés pour sa réalisation, v. présentation des cas d'étude choisis en seconde partie, p. 191s.

⁴⁰ KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1^{re} éd., Paris, Presses universitaires de France, coll.« Les Voies du droit », 1988, p. 24.

en un ensemble différencié par rapport à l'extérieur⁴¹. Il y a dans cette définition tous les éléments de notre propre définition du système juridique : le caractère d'unité souligne l'interdépendance des composants structurés en un ensemble, le caractère d'autonomie souligne la délimitation d'un intérieur et d'un extérieur par ces composants.

La convention de langage que nous proposons nous semble préférable dans la mesure où elle s'adapte mieux à l'objet des discours que nous analysons, à savoir le droit de l'Union européenne considéré dans sa dimension de tout différencié (unité), soit sa nature juridique, et déterminant le principe de ses relations avec l'extérieur (autonomie), soit avec le droit interne ou le droit international.

Pour autant, il est vrai qu'en théorie du droit, de nombreuses distinctions très utiles ont été proposées entre les expressions « ordre juridique » et « système juridique ». De notre avis, elles peuvent être résumées en deux types généraux. Premièrement, il a pu s'agir de distinguer les deux expressions selon un critère temporel : si « système juridique » désigne un ensemble de normes juridiques à un instant t , alors dès que les composants de cet ensemble changent le système juridique ne peut plus être le même et l'expression « ordre juridique » est utilisée pour désigner la série des ordres juridiques successifs sur une période de temps déterminée. Dans cette fameuse distinction introduite par Eugenio Bulygin⁴², l'ordre juridique peut être dit synchronique et le système juridique diachronique⁴³.

Deuxièmement, les expressions ont pu être employées pour distinguer selon les critères du donné et du construit. « Ordre juridique » tend à être réservée pour désigner la somme des composants d'un droit quelconque en vigueur. De son côté, « système juridique » désigne la mise en cohérence des éléments donnés de l'ordre juridique, la construction de cet ordre en un ensemble obéissant à un certain principe d'organisation, qu'il s'agisse par exemple d'un socle de valeurs communes ou d'une origine commune des composants de l'ordre juridique. C'est la distinction qui nous semble être la plus répandue chez les juristes⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*, p. 24-25.

⁴² BULYGIN E., « Système juridique et ordre juridique » in BÉCHILLON D. de, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, et É. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 223 ; BULYGIN E., « On the concept of a legal order », C. BERNAL PULIDO, C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P.E. NAVARRO et S.L. PAULSON (dir.), *Essays in legal philosophy*, 1^{re} éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 127.

⁴³ La distinction bien connue entre les points de vue synchronique et diachronique a été élaborée par le linguiste suisse Ferdinand de Saussure à propos de la linguistique générale : « *est synchronique tout ce qui se rapporte à l'aspect statique de notre science, diachronique tout ce qui a trait aux évolutions* », v. SAUSSURE F. de, *Cours de linguistique générale*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 1995, p. 117. Par extension, l'analyse synchronique porte sur un état à l'instant t , celle diachronique sur une évolution durant une période de temps déterminée.

⁴⁴ C'est du moins ce qui nous semble être le constat que reflète le propos de Riccardo Guastini lorsqu'il explique notamment que « *le système n'est pas un "donné" qui préexiste à la science juridique (à l'interprétation): c'est plutôt son résultat* », v. GUASTINI R., « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *Analisi e*

Une variante de cette seconde distinction oppose le droit à sa « systématisation », c'est-à-dire à sa construction en un système logiquement ordonné et cohérent. À l'état de donné, le droit n'est alors qu'une somme de textes produits par des organes juridiques (un « *Master Book* ») que les juristes, qu'ils soient praticiens ou savants, interprètent et mettent en cohérence pour en faciliter la compréhension et l'application en un système idéal cohérent et sans contradiction logique (un « *Master System* »)⁴⁵. Comme l'explique Giovanni Battista Ratti⁴⁶, cette mise en cohérence du droit par sa reconstruction en un système juridique est produite pour faciliter la connaissance comme la pratique du droit. Le concept de système juridique apparaît ainsi, selon l'expression de Joxerramon Bengoetxea⁴⁷, comme un « *idéal régulateur* » des activités des juristes, qu'il s'agisse des activités de connaissance propre au juriste-savant ou des activités de justifications propres au juriste-praticien⁴⁸.

La définition que nous avons proposée du concept de système juridique peut être située au sein de ces deux distinctions. D'une manière générale, la compréhension du droit en tant qu'unité autonome peut porter sur un instant précis comme sur une période de temps déterminée. De même, elle peut porter sur la qualité de ce qui est donné par les organes créateur de droit comme sur le produit de sa systématisation par les juristes.

En ce qui concerne le discours de la CJUE, objet de notre étude, la récurrence dans le temps de l'argument du système montre que le caractère d'unité autonome est compris comme une qualité diachronique du droit de l'Union, c'est-à-dire étalée dans le temps. Du point de vue de la Cour ensuite, ce caractère est considéré comme le propre du droit de

diritto, 2000, p. 96. On observe toutefois de nombreuses variantes, par exemple chez Christophe Grzegorzczak pour qui le système juridique n'est qu'une modalité de mise en ordre d'un droit donné, soit la version logique (cohérence et absence de contradiction) qu'englobe l'ensemble des possibles relations d'ordonnement du droit en un ordre juridique, v. GRZEGORCZYK C., « Ordre juridique comme réalité », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2002, 35/36, p. 186. De même chez Jacques Chevallier, « ordre » et système » semblent être employées comme des expressions désignant toutes deux un idéal de construction rationnelle du droit, où la systematicité du droit n'est qu'une partie de sa construction en ordre juridique, v. CHEVALLIER J., « L'ordre juridique », CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 48-49.

⁴⁵ Les expressions « *Master Book* » et « *Master System* » sont de Carlos Alchourrón, v. ALCHOURRÓN C., « On law and logic » in ATRIA F. et N. MACCORMICK (dir.), *Law and legal interpretation*, 2^e éd., Ashgate/Dartmouth, coll.« The international library of essays in law and legal theory », 2003, p. 283-300. V. aussi ALCHOURRÓN C.E. et E. BULYGIN, *Normative systems*, Wien, Springer, coll.« Library of exact philosophy », n° 5, 1971. Le système juridique devient donc le résultat attendu de l'activité d'interprétation des juristes, activité à laquelle Alchourrón et Bulygin n'entendent toutefois pas astreindre les juristes.

⁴⁶ RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto. Serie teorica », n° 77, 2008, p. 36.

⁴⁷ BENGOETXEA J., « Legal System as a Regulative Ideal » in KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason: Proceedings of the 15th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) in Göttingen, August 1991*, Stuttgart, F. Steiner, coll.« ARSP Beiheft », n° 53, 1994, vol.4.

⁴⁸ Par exemple, le premier satisfaisant à un idéal de reconstruction rationnelle de l'objet scientifique et le second à un idéal de prédictibilité et de sécurité juridique de ses décisions.

l'Union tel qu'il est donné dans les traités. En revanche, de notre point de vue, il est clair que le caractère d'ordre ou de système juridique de l'Union est produit par le travail de mise en cohérence des juristes, auxquels les juges siégeant à la Cour appartiennent aussi.

En conséquence, si nous savons que l'analyse de l'argument du système est plus une analyse du droit tel qu'il se construit en système qu'une analyse d'un état donné du droit, nous faisons à dessein le choix de retenir une définition du concept de système juridique particulièrement extensive, de sorte que celle-ci ne présage d'aucun résultat quant à notre objet, qui se limite exclusivement à la compréhension qu'a la Cour du droit de l'Union en tant que système juridique. En ce sens, nous faisons le choix d'un dit « *point de vue externe modéré* », lequel entend rendre compte du point de vue interne de la Cour sans pour autant l'adopter⁴⁹.

Du reste, il est clair que, dans le champ de la théorie du droit, ce qui fait le caractère d'unité et d'autonomie de l'ordre ou système juridique est un aspect très débattu. En ce sens, le concept de système juridique peut être qualifié de « *concept essentiellement contesté* »⁵⁰ dont il existe plusieurs usages pouvant être compris comme autant de versions possibles du même concept, soit différentes conceptions d'un même concept⁵¹. C'est là une raison supplémentaire de retenir une définition très générale du concept de système juridique, de sorte que celle-ci puisse inclure le plus grand nombre des conceptions existantes du concept.

Dans le contexte particulier de l'Union européenne, cette compréhension du droit à l'aune du concept de système juridique se manifeste dans l'idée que le droit de l'Union forme un tout indépendant du droit international ou du droit interne (unité) et qu'il détermine lui-même, au moyen de ses propres composants, le principe de ces relations avec ces droits (autonomie). Si c'est bien là une compréhension centrale dans la construction de la jurisprudence de la Cour, nous avons aussi vu que cette importance dépasse largement le seul discours de la Cour. C'est dans le champ du droit de l'Union que le concept de système juridique occupe une place centrale.

Aussi, nous avons d'autant plus de raisons de penser que c'est ce concept qu'emploie la Cour que celui-ci fait partie du logiciel de base du juriste européen, de sa culture juridique,

⁴⁹ KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 29.

⁵⁰ GALLIE W.B., « Essentially contested concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 1956, vol. 56, p. 167-198.

⁵¹ Selon le théoricien du droit américain Lawrence Solum, la qualification des divers usages d'un même concept essentiellement contesté en autant de possibles « conceptions » d'un même concept est à trouver pour la première fois dans les travaux de John Rawls et de Ronald Dworkin, v. le blog : SOLUM L.B., « Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions », *Legal Theory Blog* : http://solum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html, 2004.

et qu'il est utile à toutes les étapes de la construction du droit comme de sa connaissance. Notre travail contribuera alors à montrer que le concept de système juridique, ainsi généralement défini, est un exemple particulier faisant fonction d'idéal régulateur de l'activité de justification des cours en général, et de la CJUE en particulier.

Plus généralement, pareille recherche entend aussi contribuer à l'analyse de la nature du droit de l'Union et de ses relations avec le droit des États membres. Cette analyse est l'objet d'une littérature anglophone importante dédiée à la discipline du droit constitutionnel de l'Union⁵². L'expression est peut-être moins familière en France, où nous semble-t-il on subsumera plus volontiers ces aspects sous l'étiquette de « droit institutionnel ou général de l'Union »⁵³. Bien que dans cette littérature attestant d'un constitutionnalisme européen majoritairement anglophone l'accent est mis sur le caractère novateur de l'Union, il nous semble que le vocable constitutionnaliste a l'avantage de ne pas supposer immédiatement que le droit de l'Union est une entité à ce point distincte du droit national qu'il faut pour décrire ce premier utiliser des concepts distincts de ceux mobilisés pour décrire le second.

Quoi qu'il en soit, la Cour joue un rôle central qui stimule l'émergence de cette discipline. Dans les années 1960 et 1970, c'est surtout sa jurisprudence dite de « constitutionnalisation »⁵⁴ des traités qui conduit à mettre l'accent sur le rôle actif de la CJUE comme agent principal de la construction discursive d'un droit constitutionnel de l'Union. Bon nombre de travaux ont porté sur la nature constitutionnelle de cette construction dans la jurisprudence de la Cour⁵⁵, construction qui concerne dans une large mesure le concept de système juridique puisqu'elle porte sur la nature juridique de l'Union et de ses relations avec le droit interne et le droit international.

Aussi, il n'est pas surprenant que des travaux se situent à cheval entre les champs du droit constitutionnel européen et de la théorie du droit. Par exemple, Julie Dickson entend

⁵² Par exemple, on peut citer quelques manuels anglophones, v. ROSAS A. et L. ARMATI, *EU constitutional law : an introduction*, 2^e éd., Hart, 2012 ; SCHÜTZE R., *European constitutional law*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2012. Il faut aussi mentionner un champ doctrinal important consacré au dit « pluralisme constitutionnel » et sur lequel nous reviendrons dans le chapitre 3, v. p. 115s.

⁵³ C'est du moins ce qui nous semble être la tendance générale selon les intitulés des manuels français en la matière, par exemple v. BLUMANN C. et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, Litec, coll.« Manuel », 2013 ; JACQUÉ J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, France, Dalloz, 2015 ; ISAAC G. et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012.

⁵⁴ C'est l'expression communément employée pour désigner la période de la jurisprudence de la Cour ayant fixé les grands principes d'une relation verticale entre droit de l'Alors Communauté et droit interne. La référence au vocable constitutionnel s'explique, notamment chez Joseph Weiler, par la compréhension de cette structure selon le modèle des États fédéraux constitutionnels, v. WEILER J.H.H., « The transformation of Europe », *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, p. 2413. Mettant en exergue le rôle de la Cour, il est aussi fait mention à la même époque de la « constitutionnalisation » de l'ordre juridique communautaire, v. DEHOUSSE R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 1994.

⁵⁵ V. par exemple *supra* notes n°16 et 54.

montrer dans ses recherches que l'adoption du concept de système juridique dans le contexte de l'Union européenne permet de mettre en lumière certains aspects essentiels de la nature juridique de l'Union et de celle de ses relations avec le droit interne⁵⁶. Ce faisant toutefois, l'auteure prend une posture plus normative en analysant mais aussi en défendant le pouvoir descriptif du concept dans un contexte particulier. Pour notre part, nous entendons plutôt montrer comment ce concept est déjà acquis et mobilisé par un agent central de ce contexte, à savoir la CJUE, sans pour autant doubler notre propos de la dimension normative que lui donne Dickson.

Ce focus exclusif sur le discours de la Cour ne nous conduira pas pour autant à faire une analyse de la genèse du concept dans son discours ni à retracer les débats qu'il a pu susciter au sein de la doctrine d'un lieu et d'une période déterminés⁵⁷. Plutôt, nous nous concentrerons sur une analyse statique du discours de la CJUE, par un focus sur son argumentation dans des moments précis de sa jurisprudence. Toutefois, il ne s'agira pas de dresser une typologie des arguments et d'en saisir la récurrence, comme a pu le faire Joxerramon Bengoetxea à propos de la CJUE⁵⁸.

Plutôt, il s'agira ici d'identifier quelle(s) compréhension(s) du droit de l'Union la Cour mobilise dans son discours au moyen de certains arguments. On se propose de réaliser cette étude à propos d'un argument précis, l'argument du système, et de déterminer quelle(s) conception(s) du concept de système juridique cet argument traduit, et cela en procédant par recoupement de ces conceptions avec celles identifiées dans le champ de la théorie du droit. Il y a là, nous semble-t-il, un travail possible qui n'a pas encore été fait. Il soulève toutefois quelques difficultés d'ordre méthodologique.

En effet, si « *tous les juristes argumentent, les professeurs de droit comme les avocats ou les juges* »⁵⁹ et que les concepts circulent entre organes, praticiens et savants, l'analyse de cette circulation peut soulever quelques difficultés quant au mélange de différents niveaux de discours. Une distinction classique pose en particulier problème ici : celle entre le langage-objet, fait de la somme des discours *du* le droit, et le métalangage, fait de la somme des

⁵⁶ DICKSON J., « Towards a Theory of European Union Legal Systems » in DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 25.

⁵⁷ Par exemple, à la façon de ce qu'a pu faire Giulio Itzcovitch quant aux débats doctrinaux italiens durant la période de constitutionnalisation des traités de l'alors communauté, v. ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto », n° 72, 2006.

⁵⁸ BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford : New York, Clarendon Press; Oxford University Press, coll.« Oxford European Community law series », 1993.

⁵⁹ TROPER M., « Argumentation et explication », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2011, n° 54, p. 3.

discours *sur* le droit. Lorsque ces derniers sont strictement descriptifs, il est habituellement opposé que le métalangage doit être strictement séparé du langage-objet, lequel prescriptif n'entend que justifier des décisions qui ne sauraient être rapprochées du langage de la science. Entre *ce qui est* et *ce qui doit être*, la frontière ne peut être poreuse.

La démarche que suit notre travail suppose précisément l'inverse et entend montrer que cette frontière peut être quelque peu transgressée. Car en effet, pour identifier dans le discours de la CJUE des conceptions du concept de système juridique, il va nous falloir établir qu'il est possible d'identifier dans un langage-objet (à savoir le discours de la CJUE) des instanciations du métalangage (à savoir le discours de la théorie du droit). Pour ce faire, tout en menant notre analyse, il faudra être d'une part capable de faire apparaître que les deux niveaux de langage sont constitués de discours ayant des propriétés communes qui peuvent être identifiées et rapprochées⁶⁰. D'autre part, pour montrer que la CJUE *recourt* à certaines conceptions, il nous faudra montrer qu'une analyse de l'argumentation juridique permet d'identifier et d'expliquer les *choix* opérés par un locuteur du langage-objet⁶¹. Nous nous y emploierons.

Aussi, sur la base de l'ensemble des éléments qui viennent d'être présentés, nous proposons dans ce travail d'élucider le problème suivant : si l'usage itératif de l'argument du système suppose que la Cour mobilise le concept de système juridique, il n'est pas établi que sa conception du concept soit cohérente tout au long de sa jurisprudence. Aussi, il nous appartient de se demander si l'analyse de l'argumentation de la Cour conduit à identifier une conception cohérente ou des conceptions parfois contradictoires du concept de système juridique. En d'autres termes, quelles conceptions du concept mobilise la Cour dans son discours au moyen de l'argument du système ?

La réponse à cette question nous permettra d'identifier plus clairement l'idée, ou le complexe d'idées, d'un tout que l'argument du système porte dans le discours de la CJUE. Ainsi, l'on contribuera à éclaircir le processus discursif par lequel la Cour a, étape par étape, contribué à créer une compréhension du droit de l'Union au service d'un projet politique.

Mais, pour répondre à cette question, il nous faut procéder méthodiquement. Puisque l'on se propose d'identifier la ou les conceptions du concept que mobilise la Cour dans son discours, il nous faut dans un premier temps mettre en évidence quelques grandes conceptions du concept qui soient pertinentes pour être employées dans le contexte de l'Union européenne.

⁶⁰ C'est ce que fera apparaître plus loin la méthode de l'analyse inférentielle, v. p. 183s.

⁶¹ C'est cela qu'une théorie réaliste de l'interprétation nous permettra de faire, v. p. 189s.

Ayant ainsi défini dans le détail un concept de système juridique opérationnel pour l'Union européenne (**Partie 1**), on pourra ensuite identifier le concept de système juridique dans l'argumentation de la CJUE (**Partie 2**) et établir plus précisément si une conception cohérente est mobilisée. Pareille méthode nous permettra, par recoupements, de comparer les conceptions définies en théorie du droit à celles mobilisées par la Cour.

PARTIE I. DÉFINIR UN CONCEPT DE SYSTÈME JURIDIQUE OPÉRATIONNEL POUR L'UNION EUROPÉENNE

Introduction

Afin d'être en mesure de considérer le rôle de l'argument du système dans le discours de la Cour de justice de l'Union européenne et la conception du concept de système que cet argument véhicule dans son argumentation, il apparaît judicieux que la présente étude se concentre premièrement sur le concept de système juridique en tant que tel, pris isolément. En effet, comme le rappelle l'avertissement de Uberto Scarpelli, « *cela n'a pas de sens de discuter sur un concept sans l'avoir préalablement défini avec la plus grande précision* »⁶². C'est à condition d'une telle analyse que nous serons capable par la suite de fournir les outils pour comprendre, clarifier et identifier la ou les conceptions du concept de système qu'exprime la Cour dans son discours.

Pour ces raisons, la première partie de notre travail se concentre sur les fondations du concept de système juridique, sur sa construction dans le champ de la théorie du droit. On entend ainsi fournir à la présente étude son cadre d'analyse, la base nécessaire sur laquelle il deviendra possible de discuter du rôle que joue le concept dans le champ du droit de l'Union.

Aussi, nous commencerons d'abord par analyser et présenter le concept de système juridique. Cette première étape, principalement descriptive, est un préliminaire nécessaire pour une étude portant sur un concept qui a déjà reçu de nombreuses définitions et a été analysé dans le cadre de différentes approches, positivistes (telles que le normativisme ou l'institutionnalisme) comme non positivistes⁶³.

⁶² « *Non ha senso discutere su un concetto, senza averlo previamente definito con la massima precisione* », v. SCARPELLI U., « *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* », in SCARPELLI U. et P. DI LUCIA (dir.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994, p. 89. Cette traduction ainsi que celles qui suivront sont de notre cru, sauf mention contraire expresse.

⁶³ Ici l'on peut inclure le théoricien du droit américain Ronald Dworkin, dont nous excluons l'étude car fort incompatible, nous semble-t-il, avec la définition du système juridique en tant qu'unité autonome qui sera donnée plus loin, v. p. 28s. Par ailleurs, la question de savoir si des concepts de Dworkin sont applicables dans le contexte de l'Union a déjà été traitée, notamment par Catherine Richmond à propos de son concept de communauté politique, laquelle conclut au rejet de la pertinence de ce concept dans pareil contexte, v. RICHMOND C., *Perspectives on law: system, authority and legitimacy in the European Union*, thèse, European University Institute, Florence, 2000, p. 308s.

Parmi ces différentes approches, nous faisons le choix de nous concentrer sur celles s'inscrivant dans la tradition du positivisme juridique (méthodologique et théorique)⁶⁴, laquelle nous semble avoir le plus structuré la culture juridique européenne⁶⁵ sur un point crucial pour la pratique comme pour la connaissance du droit, à savoir : la compréhension du droit de l'Union européenne, par ses acteurs institutionnels tout comme la doctrine⁶⁶, en tant qu'ordre ou système juridique⁶⁷.

Aussi, les travaux des deux théoriciens positivistes les plus importants seront bien entendu étudiés : Hans Kelsen et H. L. A. Hart. De plus, en tant qu'il a fourni sa propre approche positiviste du concept de système juridique à partir des travaux de Hart, la théorie de Joseph Raz sera aussi examinée. Enfin, nous décidons d'inclure Neil MacCormick dans cette revue des approches positivistes du concept, même s'il est vrai que son appartenance au positivisme juridique est controversée. Le théoricien écossais s'est en effet lui-même défini comme un post-positiviste. Néanmoins, nous verrons que son approche ne contredit pas le présupposé positiviste d'une nette ligne de séparation conceptuelle entre les définitions du droit et de la morale. C'est pourquoi sa théorie néo-institutionnaliste du droit mérite d'être ici décrite, d'autant qu'elle est en apparence celle qui exerce une des influences les plus importantes sur la doctrine évoluant dans le champ du droit de l'Union.

Ces approches du concept de système seront examinées à l'aune des interrogations suivantes : qu'est-ce qu'un système juridique pour leurs auteurs ? Quelle définition donnent-

⁶⁴ Norberto Bobbio a fameusement caractérisé trois types de positivisme juridique, qui intéressent à divers niveaux la distinction entre le droit et la morale : le positivisme méthodologique consiste en une méthodologie par laquelle le droit est décrit avec neutralité axiologique, en accord avec le non-cognitivism éthique et une stricte séparation entre jugements de valeur et jugements de fait ; le positivisme théorique consiste en un ensemble de théories définissant, entre autres, le droit en tant que système séparé de la morale et caractérisé par la coercition ; enfin, le positivisme idéologique consiste en le présupposé d'une nécessaire correction morale du droit et de l'obligation d'obéir à ses prescriptions. Cf. BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 151-154 et 280 ; BOBBIO N., *Essais de théorie du droit: recueil de textes*, Paris : Bruxelles, LGDJ ; Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1998, p. 24. Pour des commentaires développés sur ces aspects, on peut notamment consulter BRUNET P., « Bobbio et le positivisme », *Analisi e diritto*, 2005, p. 159-170.

⁶⁵ Kaarlo Tuori donne des détails sur ce qui pourrait être constitutif d'une culture juridique, insistant sur son influence dans la pratique comme dans la compréhension du droit : « nous [qui observons le droit] devrions être conscients du rôle général de la culture juridique dans la pratique du droit et de la fonction des concepts, principes et théories juridiques en tant que filtres à travers lesquels le contenu normatif de surface est appréhendé et interprété », v. TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », op. cit., p. 31. V. aussi Introduction, p. 9.

⁶⁶ Les travaux de Giulio Itzcovich nous semblent confirmer cette possibilité d'une influence d'un concept sur une culture juridique pouvant être qualifié de « européenne », et cela dans une acception tout à fait proche de ce que nous appellerons par la suite « système juridique » : « grazie al concetto di ordinamento giuridico – e al concetto, strettamente collegato, di relatività delle valutazioni giuridiche espresse da ordinamenti distinti – la cultura giuridica europea, non importa se normativista o istituzionalista, esclude la rilevanza di una serie di ragioni nella decisione di certe questioni; concepisce il fatto che il medesimo soggetto debba decidere questioni distinte applicando ordinamenti distinti », v. ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, op. cit., p. 29.

⁶⁷ C'est-à-dire en tant qu'unité autonome, comme cela a été expliqué en introduction, v. p. 7-8.

ils du concept de système juridique ? Quelles différences et ressemblances ont entre elles ces définitions ? Quels autres concepts, parmi lesquels ceux d'État, d'efficacité, de souveraineté ou de validité, utilisent-ils pour définir ce qu'est un système juridique ? Nous serons amené à développer notre thèse selon laquelle le concept de système juridique consiste en une compréhension du droit en tant qu'unité autonome pouvant déboucher sur plusieurs conceptions de ce même concept (**Titre 1**).

Puisque la présente étude entend identifier un concept de la théorie du droit dans un discours juridictionnel du droit de l'Union, il va nous falloir montrer qu'il n'y a pas d'obstacles théoriques à ce que soit mobilisé pareil concept de la théorie du droit dans le champ du droit de l'Union. En outre, il nous faudra répondre aux nombreuses critiques existantes contre la pertinence d'un emploi du concept de système dans le contexte de l'Union européenne. On se posera par la même occasion la question de la pertinence des conceptions positivistes du concept pour une description du droit de l'Union européenne et de ses relations avec le droit des États membres. Par exemple, on sait que le monisme de Kelsen pose problème à l'heure d'analyser des discours juridiques dans le contexte de l'Union car la compréhension qu'a du droit de l'UE et du droit de ses États membres la CJUE suppose que chacune de ces entités constituent des systèmes juridiques distincts⁶⁸.

Une fois le concept défini, il nous faudra donc identifier les conditions dans lesquelles il peut être mobilisé dans un contexte non étatique tel que celui de l'Union européenne. Nous verrons que cette démarche ne va pas de soi, qu'elle est en somme sujette à de nombreuses objections nées de ce que l'Union, précisément, n'est pas un État. Est-ce à dire alors que le concept de système juridique ne peut en décrire la juridicité ? Nous montrerons qu'un système juridique non étatique est parfaitement concevable (**Titre 2**), qu'il est en outre utile au fonctionnement du droit et pertinent pour la description qu'en opère la science du droit.

C'est à ces conditions que nous parviendrons à définir un concept de système juridique opérationnel pour la description du droit de l'Union et de ses relations juridiques avec le droit des États membres.

⁶⁸ Cette compréhension pluraliste sur laquelle nous reviendrons est appelée par Julie Dickson le modèle « 27+1 » (pour signifier l'existence d'autant de systèmes juridiques que d'États membres, plus celui de l'Union), v. DICKSON J., « Towards a Theory of European Union Legal Systems », in DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 47.

Titre 1. Le concept de système juridique : une unité autonome

Introduction

En théorie du droit, le concept de système juridique fournit un cadre d'analyse permettant de décrire et de comprendre ce qu'est le droit. Le concept opère en cela un procédé scientifique bien connu : il permet de réduire la complexité⁶⁹ du phénomène « droit » en l'organisant en un ensemble de parties (règles, normes et/ou institutions) doté de *certaines* caractéristiques. Ces caractéristiques seront listées plus loin. Pour l'heure, il suffit de signaler que le concept de système juridique est ainsi compris comme un outil de la science au service de la compréhension du phénomène « droit ». Sur ce point, Norberto Bobbio a su en relever un des apports principaux, à savoir : la conviction que la singularité du droit tient aux caractéristiques de l'ensemble qu'il forme et non aux spécificités des parties qui le composent, sans quoi l'on court le risque de « *prendre en considération l'arbre, et non la forêt* »⁷⁰.

Mais alors, un important problème se pose : qui *produit* le système ? Autrement dit, peut-on dire que le discours sur les systèmes juridiques consiste à décrire et organiser le droit en une unité systématisé (soit à le systématiser), ou bien consiste-t-il en la seule description du droit en tant qu'ensemble doté d'une systématité ? La science du droit produit-elle ou décrit-elle des systèmes juridiques ? Le droit est-il un système *a priori* ou *a posteriori* ?

De toute évidence, ces questions ne sont absolument pas nouvelles : elles se réfèrent toutes à la distinction entre système interne et système externe établie par Mario Giuseppe Losano⁷¹. En dernière instance, cette distinction a trait aux relations entre une science et son objet⁷². Qui produit l'autre ? À ce stade, loin d'être capable d'apporter une réponse définitive à cette question, il nous semble pertinent d'expliquer dans les prochaines sections quelles sont les vues des théoriciens que nous nous sommes proposé d'analyser.

⁶⁹ En cela, le concept de système juridique nous semble partager les préoccupations de la systémique, laquelle entend réduire la complexité du réel par sa modélisation en système. Sur ce point, que l'on ne développera pas dans la présente étude, des tentatives fructueuses ont montré qu'une analyse des systèmes juridiques à l'aune d'une théorie générale des systèmes était possible, v. LE MOIGNE J.L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », *Revue de la Recherche Juridique*, 1985, vol. 1, p. 155-171.

⁷⁰ BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 6-7. La traduction est de François Ost et Michel van de Kerchove, lesquels précisent que « *Bobbio a ainsi relevé l'idée qu'une définition du droit satisfaisante ne pouvait être formulée que du point de vue de "l'ordre juridique" et non du point de vue des "normes juridiques" considérées isolément* », v. KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 20.

⁷¹ LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, vol.2 « Il Novecento », p. 1-4.

⁷² Nous y reviendrons longuement dans le chapitre 4, dédié à ces questions. Nous prendrons la partie d'une approche post-positiviste du droit, v. p. 159s.

Pour les études qui s'intéressent aux systèmes juridiques, la considération de ce que le système juridique est interne ou externe nous apparaît comme relevant d'une décision épistémologique, c'est-à-dire d'un choix de pure méthode motivé par sa pertinence vis-à-vis de l'objet étudié. Ainsi, s'intéresser aux systèmes juridiques en tant que systèmes externes conduit l'analyse à *organiser* le droit en un système (à le systématiser). Au contraire, s'intéresser au droit en tant que système juridique interne conduit l'analyse à *décrire* le caractère systémique du droit. Dans les deux cas, qu'il s'agisse d'organiser ou de décrire, la définition de l'expression « système juridique » reste stipulative⁷³, dans la mesure où il n'existe pas de consensus portant sur une définition commune.

De nombreuses définitions de ce qu'est un système juridique ont été proposées. Et le nombre des études portant sur ce point oblige à opérer un choix. Comme expliqué précédemment, nous faisons celui de nous concentrer sur les approches positivistes du concept de système juridique, lesquelles nous semblent être les plus pertinentes pour notre objet d'étude. C'est notre hypothèse de travail, que nous tâcherons de corroborer tout au long de ce travail.

Parmi les différentes approches positivistes du concept de système juridique, on peut au moins distinguer deux grandes familles : le normativisme et l'institutionnalisme. Le premier définit le droit comme un ensemble de règles ou de normes juridiques⁷⁴. Qu'elles relèvent ou non d'un type unique, ces règles ou normes sont les seules parties composant un système juridique. L'étude du droit se décline alors en l'analyse des relations qu'entretiennent ces règles ou normes au sein d'un ensemble qu'elles délimitent elles-mêmes. Plusieurs analyses sont possibles, si bien que l'on peut parler non pas d'un, mais de plusieurs normativismes, sur lesquels nous nous arrêterons longuement (**chapitre 1**).

L'institutionnalisme ne relève pas d'un pareil réductionnisme : les composants du droit ne sont pas d'une même nature. Si le droit est bien compris comme consistant en des règles ou normes juridiques, on rappelle qu'il est aussi un phénomène social générant des pratiques et des croyances humaines qui avec ces règles ou normes s'agencent en de dénommées « institutions ». Aussi, règles ou normes forment avec ces institutions un tout indissociable⁷⁵. Leur combinaison forme un système juridique, alors compris comme un ensemble de règles ou normes et d'institutions juridiques. Et l'étude du droit ne saurait se

⁷³ Cf. TROPER M., « Système juridique et État », in TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 1994, p. 161-162.

⁷⁴ V. « Normativisme » in ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 396.

⁷⁵ V. « Institution (Théorie juridique et sociologique) », au sens 3, in *Ibid.*, p. 305.

limiter à l'analyse des seules règles ou normes et de leurs relations. Sur cette base, plusieurs analyses institutionnalistes sont possibles et nous nous y arrêterons longuement (**chapitre 2**).

Qu'elles soient normativistes ou institutionnalistes, ces approches sont toutes des déclinaisons d'une même démarche cognitive consistant à comprendre le phénomène « droit » comme formant un système juridique. Chacune formule une *façon de concevoir* ce qu'est un système juridique. Par conséquent, elles ont une caractéristique commune permettant de les identifier comme des membres d'une même classe, comme différentes conceptions d'un même concept⁷⁶. Voyons laquelle.

Les approches positivistes du concept de système juridique que nous analyserons présentent toutes le trait commun de comprendre le droit comme une unité autonome. « Unité » car ce qui fait la singularité du phénomène « droit » ne tient pas à la juridicité de règles, normes ou institutions, mais à la singularité de leur conformation en un tout unique, en un ensemble qui les distingue de tous les autres. « Autonome » car les composants de cette unité organisent eux-mêmes le principe de leur appartenance à l'ensemble et de leurs relations externes, dessinant un intérieur et un extérieur⁷⁷. C'est cette compréhension du droit en tant que unité autonome que nous désignons par l'expression « concept de système juridique ». Et les différentes conceptions du concept se présentent alors comme autant de façons de définir le ressort de cette unité et le mode de son autonomie. Aussi, nous résumerons chaque conception étudiée sur la base des catégories suivantes :

- « composition » rendra compte de la nature des éléments composant l'unité autonome (règles, normes, institutions, etc.) ;
- « organisation » rendra compte des relations d'interdépendance entre les éléments composant l'unité autonome (hiérarchie, absence de hiérarchie, etc.) ;
- « unité » rendra compte du principe par lequel ces composants s'agencent en un ensemble (origine commune, valeurs communes, etc.) ;
- « autonomie » rendra compte du moyen par lequel les éléments composant l'ensemble définissent eux-mêmes un intérieur et un extérieur ;

⁷⁶ Sur la distinction concept-conception, v. p. 183-184.

⁷⁷ Concevoir le droit comme une unité dite « autonome » permet d'insister sur le fait que son fonctionnement relève d'une logique interne propre. Cela ne signifie pas que le droit est un phénomène détachable du reste de la réalité sociale. Plutôt, l'autonomie peut être comprise comme un processus de clôture du système, par exemple sur le mode décrit par Niklas Luhmann : « il [le droit] est, en tant que système clos, totalement autonome sur le plan de ses propres opérations. Seul le droit peut dire ce qui est juridiquement légal et illégal et, pour trancher cette question, il faut toujours prendre en considération les résultats des opérations propres du système et des conséquences qui en découlent pour des opérations suivantes », v. LUHMANN N., « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1994, 11/12, p. 56. Pour autant, le présent travail n'entend pas présenter le droit sur le modèle de l'autopoïèse, comme ce que le même Luhmann et ses successeurs ont pu proposer, par exemple v. TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

- « existence » rendra compte des conditions empiriques devant être réunies pour qu'une unité autonome existe ;
- « échelle » rendra compte de l'ère géographique à partir de laquelle la définition de l'unité autonome est conçue (nationale ou extra nationale) ;
- « relations » rendra compte de la nature des relations entre plusieurs unités autonomes (monisme, pluralisme impliquant ou non une nécessaire hiérarchie entre les systèmes, etc.).

Ainsi l'on aura procédé à une définition relativement complète de la conception du concept de système juridique introduite par chaque auteur. Bien entendu, ces différents théoriciens du droit abordant le concept n'emploient pas toujours l'expression « système juridique » dans leurs travaux. Ils en emploient souvent une autre pour configurer cette même compréhension : « ordre juridique ». Aussi, nous tiendrons dans les pages suivantes les deux expressions pour synonymes, de même que nous utiliserons indistinctement les mots « règle » et « norme »⁷⁸.

⁷⁸ On sait que les expressions « système juridique » et « règle » sont surtout utilisées par H. L. A. Hart et Joseph Raz, « ordre juridique » et « norme » par Hans Kelsen et Neil MacCormick.

Chapitre 1. Les conceptions normativistes

Dans ce premier chapitre, nous allons nous intéresser aux deux théoriciens positivistes classiques qui relèvent du normativisme, à savoir : Hans Kelsen (**Section 1**) et H. L. A. Hart (**Section 2**). Il est vrai que, habituellement, on ne place pas le second dans pareille catégorie de la théorie du droit. Mais, si nous qualifions ici Hart de « normativiste », c'est qu'il fournit lui-aussi une définition du système juridique comme consistant uniquement en un ensemble de règles juridiques, tout comme le fait Kelsen avec les normes juridiques.

Aussi, le rapprochement de ces deux normativismes nous semble tout à fait pertinent. Pour chacun, nous nous demanderons ce qui fait l'unité de cet ensemble, nous identifierons le principe de son organisation et nous tâcherons de comprendre ce qui en fait la juridicité, ce qui en fait un système juridique.

À travers les ouvrages respectifs qui les mettent en œuvre, une longue description de chacune des théories sera proposée et les vues de chacun quant au concept de système juridique seront comparées. C'est là une étape indispensable pour une étude de l'influence et de la fonction de ce concept dans les discours juridiques.

Par ailleurs, pour chaque section, nous conclurons brièvement en mettant en lumière la pertinence de chaque théorie pour l'étude du contexte de l'Union européenne. Nous verrons quelles compréhensions de l'Union et des États membres sont rendues possibles par ces différentes approches du concept de système. En revanche, nous n'allons pas encore spécifiquement nous intéresser à l'utilisation du concept dans les discours des acteurs institutionnels et en particulier de la CJUE, ni à la fonction que le concept joue dans leur argumentation. Plutôt, nous ferons une rapide présentation des opérations rendues possibles ou impossibles par l'application des conceptions kelsénienne et hartienne du concept de système juridique dans le contexte de l'Union.

Pareille analyse montrera bien quelques prémisses d'une influence du concept sur les discours dans la mesure où elle mentionnera des avantages et limites qu'a d'ores et déjà identifiée la doctrine en droit de l'Union, principalement anglophone. Par « avantages et limites », nous nous référons à la capacité du concept de système juridique à plus ou moins refléter certains aspects de la compréhension qu'ont du droit ses acteurs et ses sujets⁷⁹.

⁷⁹ Dans le chapitre 4, nous nous arrêterons longuement sur l'importance du concept système juridique pour rendre compte de la compréhension qu'ont du droit ses propres acteurs et sujets, v. p. 158s. Nous verrons notamment que Julie Dickson en fait un argument militant pour en emploi du concept dans la description du droit l'Union, v. DICKSON J., « Towards a Theory of European Union Legal Systems », in DICKSON J. et P.

Aussi, nous commencerons à établir un lien entre les conceptions kelsénienne et hartienne du concept et la compréhension qu'ont de l'Union ses acteurs juridictionnels, telle que cette compréhension est reflétée dans leurs discours. Nous tâcherons ainsi de corroborer notre hypothèse selon laquelle les approches positivistes du concept de système juridique ont bien un rôle dans la structuration de la culture juridique européenne, laquelle informe l'argumentation des discours des juristes (savants ou praticiens) en général, et de la CJUE en particulier.

Ainsi, mettant en lumière les avantages et limites d'un concept dans un contexte particulier, on construit les outils qui permettront par la suite d'identifier l'influence de ce concept sur les discours produits au sein de ce contexte.

Section 1. La conception de Hans Kelsen

Hans Kelsen est un des plus importants théoriciens du droit du XX^{ème} siècle. Ce juriste autrichien était principalement spécialiste de droit international public, enseignant notamment à la prestigieuse Académie de La Haye. Il a développé une approche positiviste⁸⁰ du concept de système juridique, par laquelle le droit est conçu comme un ordre juridique composé uniquement de normes juridiques⁸¹. C'est cette identification d'un atome unique composant le droit qui explique le qualificatif de « normativiste » accolé au nom du fameux théoricien⁸².

Dans la théorie kelsénienne du droit, le concept de système juridique peut être utilement compris comme un outil permettant de donner une réponse à la question fondamentale : « qu'est ce que le droit ? » Comme l'a identifié Norberto Bobbio⁸³, un mouvement important des théories positivistes du droit consiste à définir le droit non plus dans la spécificité des normes qui le composent mais dans la spécificité de l'ensemble qu'elles forment, précisément : à définir le droit comme un système juridique.

En effet, la définition du droit n'est alors plus approchée à l'aune des éléments qui le composent, soit les normes juridiques, mais plutôt depuis la perspective d'un ensemble de normes organisé en une unité. Par la suite, définir le droit n'est plus un problème dont la solution consiste à indiquer les caractères distinctifs de la norme juridique, comme dans la théorie du droit de John Austin⁸⁴. Désormais, définir le droit requiert de définir ce qu'ont de distinctif les relations entre normes juridiques.

Dans ce paradigme, le concept de système juridique est un outil dans la mesure où il permet de fournir une définition du droit par référence à l'organisation des éléments qui le composent. Selon cette définition, une norme est juridique car elle appartient à un système juridique. Le problème du caractère juridique d'une norme peut alors être reformulé comme celui de l'appartenance de cette norme à un système juridique.

⁸⁰ Plus précisément, Hans Kelsen appartient aux positivismes méthodologique et théorique, conformément à la distinction établie par Norberto Bobbio et qui a été expliquée plus haut. V. *supra* note n°64.

⁸¹ V. *supra* note n°74.

⁸² Précisons dès à présent que, chez Hans Kelsen, le normativisme se décline aussi en une thèse épistémologique normative consistant à prescrire aux juristes-savants de ne décrire que des normes juridiques. Nous y reviendrons plus loin, v. p. 42-43.

⁸³ BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 6. Pour Bobbio, « la pensée juridique traditionnelle avait commis l'erreur de "prendre en considération l'arbre, et non la forêt" », cité et traduit par KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ Dans son ouvrage majeur, John Austin a fameusement identifié le droit à des ordres de contrainte, des commandements punis de sanction, émanant d'un même souverain. Cf. AUSTIN J., *The province of jurisprudence determined*, Cambridge ; New York, NY, Cambridge University Press, coll. « Cambridge texts in the history of political thought », 1995. C'est précisément cela que lui reprochera H. L. A. Hart en identifiant un autre type de règles, comme nous le verrons par la suite, v. p. 51s.

Dans sa *Théorie pure du droit*, originalement publiée en allemand en 1934 puis revisitée en 1960 et traduite par deux fois en français⁸⁵, Kelsen fournit une pareille définition du droit en tant que système ou ordre juridique⁸⁶. Tout comme la morale, le droit est un ordre normatif, mais cet ordre est doté de *certaines* caractéristiques qui le distinguent de la morale. Cette dernière, dit Kelsen, est un ordre normatif organisé de façon statique : une norme morale est valide si son contenu peut être inféré des réquisits basiques de la morale (par exemple, ne blesse pas ton prochain). À l’opposé, dans une structure dynamique de normes, les normes sont valides si leur création a été autorisée par d’autres normes valides⁸⁷.

Dans la présente section, c’est naturellement à cette structure dynamique du droit à laquelle nous allons d’abord nous intéresser (I). Cela nous permettra de définir l’unité et l’autonomie de l’ordre juridique chez Kelsen. Puis, nous verrons comment l’efficacité de cet ordre est une condition de son existence (II). Nous montrerons que le droit existe *notamment* à l’échelle d’un État, et que si Kelsen a fameusement identifié le second au premier, un ordre juridique d’échelle extra-étatique est aussi envisageable à partir de sa théorie. Enfin, l’importance chez Kelsen de la distinction entre le droit et la science du droit (III) fournira les prémisses nécessaires pour comprendre son analyse des relations entre droit national et droit international (IV). Ainsi nous pourrons saisir les limites de son monisme revendiqué, et conclure notre propos en dégageant les perspectives permettant de les dépasser dans le contexte de l’Union européenne.

I. Le droit en tant qu’ordre normatif dynamique : une unité autonome

Comment rendre compte de la différence entre l’ordre du voleur et l’ordre du percepteur⁸⁸ ? Chacun commande de lui remettre une somme d’argent, chacun entend bien

⁸⁵ La première traduction française, de Henri Thévenat, se base sur la version originale de 1934, v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Henri THÉVENAZ, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, coll.« Etre et penser », n° 37, 1953. La seconde traduction, de Charles Eisenmann, tient compte de l’ensemble des modifications apportées par Kelsen dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, Paris ; Bruxelles, L.G.D.J. ; Bruylant, coll.« La Pensée juridique », 1999. C’est principalement sur cette dernière que nous baserons notre description, ainsi que, accessoirement, sur l’autre ouvrage majeur du théoricien autrichien publié en anglais en 1945, *Théorie générale du droit et de l’État*, v. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l’État*, traduit par B. LAROCHE et traduit par V. FAURE, Paris, Bruylant: L.G.D.J, coll.« La pensée juridique », 1997.

⁸⁶ Comme nous l’avons expliqué, nous employons ici les expressions « système juridique » et « ordre juridique » sans aucune différence de signification. Même s’il est vrai que Kelsen emploie surtout la seconde, les deux expressions sont synonymes dans sa théorie du droit, comme le montrent les propres mots du théoricien autrichien : « *Un "ordre" est un système de normes dont l’unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement* », v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 39.

⁸⁷ KELSEN H., « Deux sortes de principes d’unité pour les systèmes normatifs : le principe statique et le principe dynamique », in *Ibid.*, p. 195–197. On sait que Kelsen emprunte cette distinction à l’un de ses contemporains, le juriste autrichien Adolf Julius Merkl, v. LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, op. cit., p. 97.

⁸⁸ Comme le rappelle Charles Leben, ce fameux problème est bien plus ancien que la *Théorie pure du droit*

être obéi et, dans les deux cas, la désobéissance ne va pas sans sanction. Les deux ordres semblent identiques et, pourtant, le sens commun nous dit qu'un seul est proprement juridique.

La réponse de Kelsen est bien connue : seul l'ordre du percepteur est un ordre juridiquement valide. C'est-à-dire que seulement celui-ci appartient à l'ordre juridique, seulement celui-ci a la signification d'une norme valide. La validité est donc le concept clef, qui permet de dire d'un commandement qu'il appartient à un ordre juridique⁸⁹, qu'il est une norme juridique. « Une norme est tenue pour valide à la seule condition d'appartenir à un système de normes »⁹⁰. Quel est alors le critère de son appartenance, autrement dit le critère de sa validité⁹¹ ?

Revenons au percepteur et reformulons le problème. Pourquoi la norme individuelle n_1 émise par le percepteur est-elle valide ? Car le percepteur a été autorisé, par une norme générale n_2 (de droit fiscal, dans le cas présent), à créer la norme individuelle n_1 . N_2 lui confère la compétence de créer des normes individuelles du type de n_1 , en conséquence de quoi le percepteur peut être qualifié d'autorité normative valide, c'est-à-dire qu'il a l'autorité pour créer des normes juridiques.

La validité confère donc à l'ordre du percepteur un caractère spécial, plus exactement et pour le dire dans les mots de Kelsen : la « *signification objective* » d'une norme⁹². Est dite « objective » (en un sens particulier du terme⁹³) la signification que la norme générale n_2

puisque'il a été formulé par Saint Augustin, v. LEBEN C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2001, n° 33, p. 30. Le juriste autrichien le reprend à son compte pour en proposer une réponse propre, v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 16 ; KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 82. Comme le souligne Michel Troper, cet exemple articule une étape essentielle dans le raisonnement de Kelsen, v. TROPER M., *La philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 38s.

⁸⁹ Précisons que nous écartons les débats quant à savoir si la validité chez Kelsen confère seulement force obligatoire à un commandement ou si l'appartenance à l'ordre juridique s'y ajoute. On sait que pour Carlos Santiago Nino, validité et appartenance sont au mieux coextensifs, mais pas synonymes, car une norme peut avoir force obligatoire dans l'ordre juridique sans pour autant lui appartenir, v. PAULSON S.L. et B.L. PAULSON (dir.), *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1998, p. 258-259. Nous reviendrons sur ce point à l'heure de considérer les relations entre deux ordres juridiques (v. p. 135s). Pour l'heure, de notre avis, l'appartenance d'une norme à un ordre juridique naît de ce que ce dernier en a autorisé la production. De même, la force obligatoire d'un commandement repose sur son autorisation par un ordre juridique. Si bien que la validité, signe distinctif du droit chez le théoricien autrichien, repose en dernière instance sur cette autorisation. Confère-t-elle d'abord force obligatoire, puis appartenance ? Ou bien l'inverse ? La réponse nous semble indifférente. En revanche, il est certain que notre démonstration a fait le choix de s'appuyer d'abord sur l'appartenance.

⁹⁰ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 91.

⁹¹ Comme on le verra plus loin, Joseph Raz parle ici des critères d'identité permettant d'établir les raisons pour lesquelles deux normes appartiennent au même ordre juridique. Chez H. L. A. Hart, ces critères d'appartenance sont regroupés au sein de la règle de reconnaissance, v. respectivement p. 73 et 53.

⁹² KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 10-11.

⁹³ Dont on sait qu'il a fait tant et tant débattre, Hans Kelsen lui-même dans une réplique fameuse aux critiques réalistes d'Alf Ross et à laquelle nous nous contentons de renvoyer, v. *Ibid.*, p. 212-214. Sur la nature du caractère contraignant de la norme chez Kelsen, Michel Troper nous semble avoir fourni de précieux

attribue à l'acte de volonté émis par le percepteur (soit, le commandement de payer une somme d'argent). Ainsi, n_2 indique que n_1 est bien un commandement juridique, une norme de droit, en conséquence de quoi l'acte de volonté du percepteur doit être interprété comme juridiquement *contraignant*⁹⁴. Dans les mots de Kelsen : « *le fait qu'un ordre ait ou non force d'obligation dépend de ce que l'individu qui ordonne soit ou non « autorisé »* »⁹⁵.

Néanmoins, pourquoi la norme n_2 habilitant le percepteur est-elle valide ? En d'autres mots, pourquoi confère-t-elle à la norme individuelle n_1 émise par le percepteur sa signification objective de norme ? La réponse suit une même logique : parce que n_2 a été créée en vertu d'une autre norme n_3 qui confère une signification objective de norme à la norme générale n_2 . Et n_3 a elle aussi été créée en vertu d'une autre norme n_4 , et ainsi de suite. Cette identification progressive des relations hiérarchiques entre normes juridiques nous conduit à remonter jusqu'à la Constitution n_n .

Cette articulation des normes en une chaîne de validité par laquelle une norme supérieure fournit à une norme inférieure sa signification objective de norme constitue la fameuse hiérarchie des normes décrite par Kelsen. Selon ce modèle pyramidal, chaque norme est valide et, par voie de conséquence, appartient à l'ordre juridique pour avoir été créée en vertu d'une norme valide qui lui est hiérarchiquement supérieure. En ce sens, l'ordre juridique est autonome : ce sont ses propres normes qui autorisent la création et l'application de normes.

Ce faisant, l'ordre juridique relève d'une structure dynamique de normes où, à chaque niveau, des normes habilitent des organes à créer d'autres normes, tout comme dans l'exemple du percepteur décrit plus haut. Si ces organes jouent bien une fonction dans la création et l'application du droit, ils ne sont pas pour autant des composants de l'ordre juridique. Plutôt, ils ne sont que les véhicules par lesquels prescrivent les normes, des véhicules dont la « *substance doit être réduite à la fonction* »⁹⁶. Chez Kelsen, l'ordre juridique est une structure composée uniquement de normes.

Pour autant, une interrogation demeure : pourquoi cette structure est-elle valide ?

éclaircissements : « *il existe donc une obligation juridique d'obéir à telle norme particulière, mais aucune obligation d'obéir au droit pris globalement* », TROPER M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 43.

⁹⁴ C'est-à-dire que la force contraignante de n_1 repose sur n_2 . C'est donc selon le droit (n_2), et non plus seulement selon la volonté subjective du percepteur, que l'ordre de payer (n_1) doit être obéi. Autrement dit, « *la validité objective d'une norme selon laquelle un homme doit se conduire conformément à la signification subjective de l'acte de volonté d'un autre homme concernant sa conduite ne résulte donc pas du fait positif, réel, qu'est cet acte de volonté ; elle résulte, elle ne peut résulter que d'une autre norme* », v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 17.

⁹⁵ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 82.

⁹⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 154. Si bien que « organe » ne désigne aucune entité juridique. L'expression n'est qu'une convention de langage permettant de personnaliser, par commodité, les fonctions de création et d'application de normes.

Pourquoi pareil ordre juridique a la signification objective d'un ensemble de normes ? Ici, Kelsen recourt à un présupposé épistémologique, une dénommée « *hypothèse logique-transcendantale* »⁹⁷, à savoir : la norme fondamentale, ou *Grundnorm*. C'est cette dernière qui confère à l'ensemble de l'ordre juridique sa validité. Dans les mots de Kelsen : « *toute la fonction de cette norme fondamentale consiste à conférer un pouvoir de création du droit à l'acte du premier législateur [la première Constitution] et à tous ceux qui se fondent sur ce premier acte* »⁹⁸. Elle fonde l'ordre juridique dans son ensemble, non pas historiquement mais logiquement, car le présupposé de ce que la *Grundnorm* est valide permet de conférer validité à l'ensemble des normes appartenant à l'ordre juridique⁹⁹. Ainsi, chaque acte de volonté produit par une autorité juridiquement valide reçoit la signification objective d'une norme. Et une norme peut être définie comme la signification objective d'un acte de volonté.

Par ailleurs, la norme fondamentale confère à l'ordre juridique son unité car toutes les normes composant l'ordre juridique peuvent, en dernière instance, y être rattachées. C'est un des aspects les plus importants de l'approche kelsénienne du concept de système juridique : l'unité des composants du droit tient à leur origine commune¹⁰⁰. Sur cette base, Kelsen a longtemps défendu l'idée, déduite de l'unité de l'ordre juridique, qu'il ne pouvait pas y avoir de contradictions entre des normes appartenant à un même ordre juridique (du type : n_1 interdit de réaliser l'action A alors que n_2 autorise à faire A) ; en somme, une unité non pas seulement structurale mais aussi logique¹⁰¹. Soyons clair sur ce point : c'est seulement la première, l'unité structurale, qui nous intéresse dans la présente étude. Quant à la seconde, Kelsen a d'ailleurs fini par changer sa position, qui était intenable. Il y a en effet de nombreux cas où, au sein d'un même ordre juridique, une norme individuelle est *a posteriori* déclarée contraire à la norme en vertu de laquelle elle a été créée¹⁰².

⁹⁷ *Ibid.*, p. 201-206.

⁹⁸ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 170.

⁹⁹ Ce qui fait de la *Grundnorm* un élément central de la théorie du droit de Kelsen, qui en souligne bien l'importance à la phrase suivante : « *on interprétera les actes accomplis par les êtres humains comme des actes juridiques et le résultat de ces actes comme des normes obligatoires (ce qui revient à interpréter comme étant du droit tout matériel empirique qui se présente comme tel) à la seule condition de présupposer que la norme fondamentale est une norme valide* », v. *Ibid.*

¹⁰⁰ « *Un ordre [normatif] est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement [...]. Une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique, et elle fait partie d'un ordre juridique déterminé si sa validité repose sur la norme fondamentale de cet ordre* », v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 39. Comme le souligne le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, l'insistance sur l'origine commune en tant que fondement de l'unité d'un ordre ne distingue pas Kelsen de nombreux théoriciens, tels que Hart, Raz et dans une certaine mesure MacCormick, comme on le verra plus loin. V. ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 597.

¹⁰¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 206-209.

¹⁰² Kelsen a tenté de s'extirper du problème de l'impossible, mais selon lui nécessaire, unité logique de l'ordre juridique en expliquant que des conflits entre deux normes peuvent bien exister mais qu'elles ne produisent pas

Dans la mesure où les normes supérieures fournissent à celles inférieures leur validité, le recours à la *Grundnorm* permet de conférer à la Constitution, dernière norme positive dans la hiérarchie que nous avons décrite, une signification objective de norme. Sa fonction est purement instrumentale : elle permet de fonder l'ordre juridique et la force contraignante des normes qui lui appartiennent. Mis de côté cela, la *Grundnorm* ne reçoit aucun contenu explicite, en conséquence de quoi les normes qui en découlent peuvent avoir n'importe quel contenu. En ce sens, la conception kelsénienne du concept de système juridique peut être dite formelle¹⁰³.

Par ailleurs, puisqu'elle est une hypothèse logique-transcendantale, la *Grundnorm* a seulement besoin d'être présupposée. Elle consiste en un acte de pensée qui permet au juriste d'identifier un objet d'étude cohérent, consistant en la somme des normes appartenant à l'ordre juridique. Ce faisant, la *Grundnorm* assure aussi une fonction instrumentale pour la connaissance, en fondant un objet pour la science du droit.

Pour cette raison, une compréhension correcte du rôle de la norme fondamentale doit être liée au projet épistémologique de Kelsen, lequel entend fournir à la science du droit un objet unique et distinct. Comme pour les sciences naturelles, cet objet doit être caractérisé par son unité. C'est une condition nécessaire pour une science kelsénienne du droit, comme nous l'expliquerons plus loin. Pour l'heure, il suffit d'insister sur l'importance de la norme fondamentale, laquelle est précisément à l'origine de cette unité.

Cela étant dit, un problème demeure dans l'exemple du voleur et du percepteur. Considérons que chacun des deux énonce une norme qui peut être en dernière rattachée à une *Grundnorm*. Dans le cas du voleur, cela entraîne une conséquence importante : son commandement de payer est valide, il a lui aussi la signification objective d'une norme. Nous avons alors deux ordres normatifs valides. Comment différencier l'un de l'autre ? Comment rendre compte de ce qu'un seul est considéré comme proprement juridique ? Kelsen recourt

stricto sensu de contradiction logique car seulement des assertions de vérité peuvent se contredire. Ce sont donc les propositions de droit qui décrivent ces normes en conflit qui ne peuvent pas se contredire, ou plus exactement ne *devrait* pas : car le propos de Kelsen repose sur une prémisse épistémologique prescriptive et selon laquelle « la connaissance du droit cherche – comme toute connaissance – à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible, et à le décrire en propositions non-contradictoires », v. *Ibid.*, p. 206.

¹⁰³ Le formalisme, explique Guido Fassò, est une méthode d'analyse dont on trouve des racines aussi bien chez les jusnaturalistes que chez les premiers juristes se revendiquant du positivisme. Pourtant, c'est par ces derniers que l'étude d'ordres juridiques constitués de « normes "positives" dans le sens – traditionnel dans le langage juridique – de valides formellement, indépendamment du fait (qui serait la donnée véritablement positive) de leur observation effective par les membres de la société » connaitra un succès qui fera le signe distinctif du positivisme juridique. Si bien qu'à ses débuts, selon Guido Fassò, le positivisme juridique est un formalisme juridique. Aussi, il n'est pas surprenant d'en retrouver la trace chez Kelsen, pourtant aussi inspiré de philosophie kantienne. V. FASSÒ G., *Histoire de la philosophie du droit. XIX^e et XX^e siècles*, traduit par Catherine ROUFFET, L.G.D.J., coll.« Bibliothèque de philosophie du droit », n° 20, 1974, p. 138.

ici à un critère empirique, sur lequel nous allons à présent nous arrêter.

II. L'efficacité, condition d'existence d'un ordre juridique non nécessairement étatique

Même si chez Kelsen la validité d'une norme ne repose que sur celle d'autres normes, un fait social joue aussi un rôle central dans sa définition du droit, à savoir : l'efficacité de l'ordre juridique pris dans son ensemble¹⁰⁴.

En termes kelséniens, on peut même dire que la validité est conditionnée par l'efficacité¹⁰⁵. Le théoricien autrichien est un positiviste : sa définition du droit doit donc reposer sur des faits positifs, qui appartiennent au monde réel. C'est pourquoi l'ordre juridique décrit par la science du droit doit être un ensemble de normes efficaces, « *c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, en gros et de façon générale* »¹⁰⁶. Sans cela, il ne serait pas possible de faire la différence entre une construction normative purement intellectuelle (telle que, par exemple, un projet de Constitution¹⁰⁷) et les normes qu'utilisent une communauté pour organiser la vie de ses membres.

Pour Kelsen, le droit consiste d'abord en un ordre social coercitif qui régule des comportements humains réels. Par conséquent, l'ordre juridique ne peut être valide que dès lors que, et tant que, il régule effectivement des comportements réels. Cela explique l'importance de ce critère d'empiricité, soutien nécessaire de la *Grundnorm* : « *la norme fondamentale qui constitue le fondement de la validité d'un ordre juridique ne se rapporte qu'à une Constitution qui est la base d'un ordre de contrainte efficace* »¹⁰⁸.

Ces considérations peuvent sembler contredire la rigueur de la théorie du droit de Kelsen¹⁰⁹. Quelle quantité d'efficacité est nécessaire pour qu'un ordre juridique soit valide ? Il n'y a aucune façon de le savoir dans la *Théorie pure du droit*, où l'efficacité semble être un

¹⁰⁴ Puisqu'elle est l'expression d'une force contraignante, soit d'un *devoir être* dans le langage kelsénien, la validité ne peut pas être un fait. L'efficacité de l'ordre appartient en revanche au monde de l'*être*, soit au monde de des faits, car un ordre normatif est ou n'est pas efficace. « *Ce dualisme de l' "être" et du "devoir être"* » est fameusement caractérisé par Kelsen comme « *la différence entre Sein et Sollen* », v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 14.

¹⁰⁵ « *La validité d'un ordre juridique dépend donc de sa conformité avec la réalité, de son "efficacité"* », v. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 174.

¹⁰⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 215.

¹⁰⁷ Notons que ce projet pourrait alors justifier la normativité de l'ordre du voleur comme de n'importe quel commandement, aussi fantaisiste soit-il, empêchant ainsi Kelsen de caractériser la singulière réalité du phénomène dont il entend rendre compte.

¹⁰⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 54.

¹⁰⁹ Car alors un *Sollen* (la validité) reposerait sur un *Sein* (l'efficacité), en dépit de leur distinction (v. note *supra* n°104). Les relations entre validité et efficacité chez Kelsen ont fait naître de nombreux débats, certains fameux avec Alf Ross, comme on l'a déjà signalé (v. note *supra* n°93). Quant à savoir si Kelsen et Ross débattaient bien de la même chose et si la controverse n'était pas que de mots, pour désigner « validité » et efficacité », on peut notamment consulter : MILLARD É., « Deux lectures critiques d'Alf Ross », O. JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2000, p. 9-14.

outil permettant d'enserrer les incertitudes entourant la *Grundnorm*. L'ordre juridique est obéi et efficace dans une communauté car les actes de volonté qui engendrent les normes de cet ordre sont, en dernière instance, considérées comme ayant une signification objective de norme. Et le droit est du droit car ses sujets et acteurs présupposent en dernière instance qu'il est du droit. Comment rendre compte des changements de régime, du passage d'un ordre juridique efficace à un ordre inefficace ? À cette question, la théorie du droit de Kelsen n'apporte pas de réponse, c'en est une critique récurrente¹¹⁰.

Car il est un normativiste qui ne considère que des normes, Kelsen n'a pas besoin d'apporter plus de précision. Pour le moins, on peut dire que l'efficacité générale de l'ordre juridique est une condition de sa validité. Évidemment, l'efficacité ne vaut pas pour chacune de ses normes. L'expérience quotidienne de tout un chacun enseigne que toute norme n'est pas systématiquement obéie, en particulier au volant d'une voiture. Kelsen a donc insisté sur un point important : « *une norme n'est pas valide parce qu'elle est efficace ; elle est valide si l'ordre auquel elle appartient est globalement efficace* »¹¹¹.

Pourtant, ici encore, un problème se pose pour l'exemple du voleur et du percepteur. Que se passe-t-il si l'ordre du voleur et l'ordre du percepteur peuvent être tous les deux rattachés en dernière instance à un ordre normatif globalement efficace ? Imaginons que le voleur appartient à une mafia bien structurée, que le percepteur est un fonctionnaire de l'État. Cela semble fournir un argument puissant qui oblige à nuancer les considérations ci-dessus : l'effectivité est un critère empirique nécessaire mais non suffisant pour caractériser la singularité de l'ordre juridique.

Kelsen a mentionné ce problème¹¹². Le commencement d'une réponse peut être trouvé dans les considérations que le juriste autrichien consacre aux relations entre efficacité et validité : « *la validité du droit signifie que les normes juridiques ont force d'obligation, que les hommes doivent se conduire conformément à ce que prescrit le droit, qu'ils doivent obéir aux normes juridiques et les appliquer. L'efficacité du droit signifie que les hommes se conduisent effectivement comme ils le doivent, conformément aux normes juridiques, que les*

¹¹⁰ DELACROIX S., « Du silence au bruit: possibilités de discours sur les origines fondatrices du système juridique », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2001, vol. 47, p. 153-177. Pour le théoricien du droit argentin Ernesto Garzón Valdés, une réponse possible à cette question consiste à définir des critères de stabilité des systèmes politiques. Sur la base des travaux de H.L.A. Hart, dont il montre les insuffisances, Garzón Valdés construit une théorie permettant de rendre compte des changements de régimes. Cf. GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, op. cit. Ulises Schmill a procédé de même sur la base des travaux de Kelsen portant sur la norme fondamentale, v. SCHMILL ORDÓÑEZ U., « Fundamentación alternativa al concepto de estabilidad de los sistemas políticos », *Isonomía*, 1998, n° 9, p. 11-26.

¹¹¹ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 91-92.

¹¹² « Le droit en tant qu'ordre normatif. Communauté juridique et "bande de voleurs" », in KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 51-57.

normes sont effectivement observées et appliquées »¹¹³.

Un point important de notre démonstration doit être souligné : les « hommes » auxquels se réfère Kelsen sont les membres qui appartiennent à la communauté constituée par l'ordre juridique lui-même. En effet, pour le théoricien, toute communauté présuppose l'existence d'un ordre juridique : « *le terme "communauté" désigne le simple fait que la conduite mutuelle de certains individus est régie par un ordre normatif* »¹¹⁴.

Cette affirmation semble paradoxale. En résumé, un ordre normatif est un ordre juridique car il est, entre autres, généralement obéi par une communauté qui est constituée par ce même ordre normatif. La définition est autoréférentielle : l'ordre juridique est défini par référence à un élément (une communauté) défini par l'ordre juridique lui-même. Par conséquent, l'ordre normatif constitue lui-même son propre caractère juridique.

Mis de côté le cas d'un ordre imaginaire (tel que constitué par un projet de Constitution), dès lors qu'il y a ordre normatif il y a ordre juridique. Sur cette base, il semble correct de conclure qu'une mafia peut, tout comme l'est un État, être régie par un ordre juridique propre¹¹⁵. La communauté à laquelle se réfère Kelsen est un donné dont il ne pense pas l'existence en-dehors de l'ordre qui l'organise. Ainsi, partout où il y a communauté, il y a ordre juridique, et inversement.

Et, en effet, Kelsen fournit une définition de l'État du même acabit : « *l'État est une communauté créée par un ordre juridique étatique (par opposition à un ordre juridique international). En sa qualité de personne juridique, l'État est une personnification de la communauté ou de l'ordre juridique étatique qui constitue cette communauté. Du point de vue juridique, le problème de l'État se présente donc comme le problème de l'ordre juridique interne* »¹¹⁶. Là encore, l'existence d'une communauté est présupposée par celle de l'ordre juridique. Il n'y a donc pas de différence de nature entre l'ordre juridique d'un État et l'ordre normatif d'une mafia, pour peu que ce dernier soit dans l'ensemble appliqué.

Par conséquent, l'ordre juridique n'existe pas nécessairement à l'échelle de l'État. D'ailleurs, en le réduisant à l'ordre juridique, Kelsen a vidé de son contenu la définition de l'État. Elle évite soigneusement toute mention à la théorie politique et, comme l'explique Michel Troper¹¹⁷, elle contourne toute difficulté en faisant en sorte que chacun des éléments

¹¹³ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 89-90. À la différence du texte original, nous avons souligné les occurrences de « hommes ».

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 236.

¹¹⁵ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 55.

¹¹⁶ KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 235.

¹¹⁷ « Pour une théorie juridique de l'État », in TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 161-176.

de la définition dite « traditionnelle » de l'État (territoire, population et puissance publique¹¹⁸) soit défini et constitué par l'ordre juridique lui-même.

Ce choix d'écarter toute considération extra-juridique dans la définition de l'ordre juridique trouve ses raisons dans le projet épistémologique du juriste autrichien. Nous allons voir que l'objectif de la *Théorie pure* est précisément d'écarter du champ de la science du droit ce qui n'est pas considéré comme purement juridique.

III. L'importance de la distinction entre le droit et la science du droit

Comme nous l'avons expliqué plus haut¹¹⁹, la *Grundnorm* fournit à l'ensemble de l'ordre juridique son unité. Puisqu'elle est une « hypothèse logique-transcendantale », la *Grundnorm* est le produit d'une décision épistémologique. Elle est le présupposé nécessaire de la méthodologie mise en œuvre par Kelsen, à savoir : pour autant que la validité de sa norme fondamentale est présupposée, l'ordre juridique peut être compris comme un ensemble unifié de normes juridiques.

La *Grundnorm* constitue le cœur du projet épistémologique de Kelsen¹²⁰, consistant à créer une science dont l'objet unique est le droit. L'unité de l'ensemble de l'ordre juridique, et par conséquent du droit, confère à cette science sa propre unité. Science et objet de la science sont ici logiquement liés, l'unité du second conférant à la première son unité.

Pour autant, la séparation entre le droit et la science du droit est un aspect crucial de la théorie du droit du juriste autrichien. De cela, une explication peut être donnée à partir d'une interrogation de nature épistémologique – elle est celle de Kelsen : comment concevoir une science dont l'objet unique est constitué d'énoncés de nature normative ? Dans le champ de la philosophie des sciences, cette question se réfère à la séparation radicale entre les propositions descriptives et celles prescriptives, entre le monde de l'*être* et celui du *devoir être*, pour le dire dans les mots de Kelsen¹²¹.

Comme l'a fameusement remarqué David Hume, il ne peut y avoir de connexion logique entre un énoncé prescriptif et un énoncé descriptif. La dénommée « guillotine de Hume » enseigne qu'une prescription ne peut être logiquement inférée d'une description, autrement dit que ce qui *doit être* ne peut être déduit à partir de ce qui *est*, qu'en somme les

¹¹⁸ HAMON F. et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, p. 30s.

¹¹⁹ V. p. 36.

¹²⁰ Comme l'explique Mario Giuseppe Losano, ce projet s'inspire d'une méthodologie néokantienne. Celle-ci inspire à Kelsen sa théorie de la norme fondamentale, où la validité de normes est conçue relativement à un ordre dont la validité est posée *a priori*. Cf. LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, *op. cit.*, p. 28-31.

¹²¹ Ce que le juriste autrichien nomme respectivement *Sein* et *Sollen*, v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13s.

désirs ne peuvent être logiquement pris pour des réalités¹²².

C'est là un point essentiel pour Kelsen, dont l'objectif est précisément de créer une science, soit un ensemble de propositions descriptives, à partir d'un objet constitué de normes, soit d'un ensemble de propositions prescriptives. La solution que propose le théoricien autrichien est de recourir à des propositions descriptives de normes : des « *propositions de droit* »¹²³.

Pour le juriste autrichien, une norme est conçue comme établissant une connexion entre une condition C_1 et une conséquence C_2 , connexion que reflète la structure de la proposition de droit correspondante. Par exemple, s'il existe une norme N_1 prescrivant C_2 dans les conditions C_1 , alors la proposition de droit suivante vaut : dans les conditions C_1 , il *doit être* le cas que C_2 se produise. Autrement dit, un énoncé descriptif de N_1 est : si C_1 , alors C_2 *doit être*.

En termes kantien, une proposition de droit est un type de jugement hypothétique établissant une dite « *imputation* » entre C_1 et C_2 ¹²⁴, à l'opposé de la causalité qui est caractéristique des lois formulées par les sciences naturelles. Alors qu'avec le principe de causalité C_2 *est* si C_1 est réalisée, avec le principe d'imputation C_2 *doit être* si C_1 est réalisée.

Par exemple, si l'on considère une norme pénale interdisant le vol N_1 : « si X s'empare de la propriété d'un autre, alors X *doit être* puni d'une peine d'emprisonnement de Y années ». Évidemment, cela ne signifie pas que le voleur X sera effectivement puni. N_1 est une norme qui ne dit rien du monde tel qu'il *est*. C'est pourquoi dans sa théorie du droit, Kelsen propose une compréhension de la science du droit par laquelle sont formulés des énoncés descriptifs prenant pour objet des normes. Dans le cas d'une proposition de droit portant sur N_1 , on pourra énoncer : « il y a une norme N_1 selon laquelle C_2 *doit être* (sanction) si C_1 est réalisée (vol) ». Puisqu'il se contente de purement décrire une norme, cet énoncé peut être la structure de base pour la construction d'une science du droit, telle que conçue par Kelsen.

On voit ainsi que la théorie de Kelsen est « pure » à un double titre. Premièrement, l'ordre juridique décrit se constitue d'un seul et unique composant : des normes juridiques. La science du droit ne décrit donc que des normes. Secondement, sa théorie entend n'être que descriptive, épurée de tout jugement de valeur. Elle se décline alors en un double programme

¹²² Pour reprendre le bon mot de Pierre Brunet : « on appelle aussi cette "grande division" la "loi de Hume" car c'est lui qui a su mettre en évidence ce sophisme naturaliste au terme duquel, de ce qu'une chose est on croit pouvoir dériver qu'elle doit être – ce qui, pour le dire autrement, revient à prendre ses désirs pour la réalité », v. BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2004, n° 39, p. 200.

¹²³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 78.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 85s.

méthodologique pour les juristes : l'étude du droit est une étude des normes juridiques, qui doivent être décrites selon le principe de la neutralité axiologique¹²⁵.

Nous pouvons à présent situer la théorie du droit de Kelsen par rapport à la distinction entre systèmes interne et externe évoquée en introduction du chapitre¹²⁶. Conçue comme une pure description des normes juridiques et de leurs relations, la science que fonde la *Théorie pure* conçoit le droit comme un système interne. Elle est même, selon Mario Giuseppe Losano, un « *archétype du système juridique interne* »¹²⁷. La qualité de système du droit apparaît comme sa caractéristique première, que saisit la science du droit.

Dans ce paradigme, la singularité de la science du droit repose avant toute chose sur la singularité de son objet, c'est-à-dire sur la spécificité du *devoir être* que formule une norme juridique valide et différente, par exemple, de l'ordre du voleur. Cette différence repose, comme nous l'avons montré précédemment¹²⁸, sur la spécificité de relations hiérarchiques entre normes qui conduisent à remonter jusqu'à une *Grundnorm*. C'est pourquoi la norme fondamentale est intimement liée à la façon dont Kelsen conçoit la possibilité d'une science du droit : elle fournit un objet unique et singulier à la science du droit, qui peut être alors conçue comme un champ disciplinaire autonome.

Sur cet aspect, Kelsen se positionne en digne héritier de la tradition épistémologique kantienne, selon laquelle une science se fonde par la définition de son objet¹²⁹. C'est pourquoi l'unité de l'ordre juridique est un réquisit central de la *Théorie pure* : si le droit est un ensemble cohérent et bien délimité, alors la science du droit est une science singulière et distincte de toutes les autres.

Si le droit est l'objet unique de la science du droit de Kelsen, alors il ne peut exister qu'un seul et unique ordre juridique. Ce n'est pas sans conséquence sur la nature des relations entre droit national et droit international.

IV. Les relations monistes entre droit national et droit international

Il a été montré plus haut¹³⁰ que, dans la *Théorie pure* de Kelsen, l'existence d'un ordre juridique efficace suppose l'existence d'une communauté humaine constituée par cet ordre.

¹²⁵ Ce réquisit de neutralité n'est pas spécifique de Kelsen. Norberto Bobbio en fait même une caractéristique de tout positivisme méthodologique, v. *supra* note n°64.

¹²⁶ Cf. p. 26.

¹²⁷ LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, op. cit., p. 37.

¹²⁸ V. p. 33s.

¹²⁹ Cet héritage est explicite dans la *Théorie pure* : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et qu'elle "créé" donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible », v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80.

¹³⁰ Cf. p. 40.

Pour cette raison, les définitions de l'ordre juridique et de la communauté peuvent être dites autoréférentielles : pour être défini comme juridique, un ordre normatif doit être obéi par une communauté qui est elle-même définie par cet ordre. L'échelle (nationale ou internationale) de l'ordre juridique variera donc selon l'échelle de la communauté des hommes qui se gouverne efficacement de normes.

Ainsi, lorsque Kelsen affirme que l'État est la personnification de l'ordre juridique, on peut comprendre cette proposition comme l'affirmation du présupposé que l'échelle pertinente d'analyse du droit est celle de la communauté nationale. Et, en 1934, date de la première publication de la *Théorie pure du droit*, le niveau national semble effectivement être le point de départ pertinent pour une définition du droit en tant qu'ordre juridique.

Toutefois, Kelsen est aussi un fameux défenseur du monisme. Dans ce paradigme, on considère qu'il n'existe qu'un seul et unique ordre juridique. Toutes les normes peuvent donc être reliées à une seule et unique *Grundnorm*. Pour autant, comment ce prérequis de la *Théorie pure* peut s'accorder avec une réalité faite de multiples communautés nationales constituant chacune un ordre juridique propre ? Il semble ne rester qu'une possibilité : considérer le droit international comme hiérarchiquement supérieur aux ordres juridiques nationaux, la *Grundnorm* du premier étant à l'origine de la validité d'un seul ordre juridique mondial, et par conséquent à l'origine de la validité des seconds. Sur cette base, chaque ordre juridique national constitue un sous-système de l'ordre juridique mondial¹³¹. Et les rapports entre le droit international et le droit national ne peuvent être que hiérarchisés, au bénéfice du premier.

Pour être complet, il faut mentionner une autre possibilité que Kelsen mentionne pour la rejeter immédiatement. La *Théorie pure du droit* admet en effet un monisme alternatif, centré sur l'échelle nationale. Pour ce second monisme, l'ordre juridique national qui reconnaît le droit international reconnaît aussi ses sujets, *i.e.* les autres États, personnifications des autres ordres juridiques nationaux¹³². Ce faisant, chaque ordre juridique contient tous les autres. Depuis sa propre perspective, chaque ordre juridique national est le centre d'un ordre juridique mondial. Par conséquent, il y a nécessairement autant d'ordres juridiques mondiaux que d'ordres juridiques nationaux¹³³, même si chacun serait selon sa propre perspective le seul ordre juridique à l'origine de la validité des autres.

¹³¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 318s.

¹³² KELSEN H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye., 1926, vol.14, p. 291s.

¹³³ « Les différences entre les deux constructions monistes », KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 328-331.

Kelsen rejette ce second monisme sur la base de deux arguments principaux : premièrement, sur la base de son incohérence manifeste et secondement, sur des bases plus normatives. Plus précisément, Kelsen est un partisan de la limitation du pouvoir de l'État par le droit international, en vue d'une coexistence pacifique. En effet, il précise que « *si l'on admet que le droit international est un ordre juridique supra-étatique, les ordres étatiques n'ont plus la souveraineté en matière de compétence* »¹³⁴. Une telle précision illustre la faible importance du concept de souveraineté dans la théorie du droit du juriste autrichien, concept sur lequel il ne s'arrête pas, même après avoir affirmé sa position selon laquelle « *seul l'ordre juridique international est souverain ; aucun ordre étatique ne l'est* »¹³⁵.

Concernant le monisme kelsénien, deux points importants doivent être soulignés. Premièrement, il y a pour Kelsen une nécessité épistémologique à ne considérer qu'un seul et unique ordre juridique comme objet de la science du droit. En effet, si le droit est défini comme un ordre juridique et si l'objet de la science du droit doit être caractérisé par son unité, alors il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique¹³⁶. Pour le juriste autrichien, le monisme est donc une conséquence logique. Quand bien même le droit international est apparu historiquement après celui des États, la validité du second doit reposer sur celle du premier, et tous deux forment une unité¹³⁷.

Deuxièmement, rappelons que Kelsen un juriste de droit international. Cet aspect explique la part normative de son monisme. Sa thèse est que le droit international *doit* être considéré comme appartenant à l'ordre juridique, c'est-à-dire comme du droit positif, juridiquement contraignant. Cette contrainte porte bien entendu sur les États, sujets du droit international, mais aussi sur les individus par l'intermédiaire du droit étatique. Kelsen s'y réfère explicitement¹³⁸.

Par ailleurs, si la définition de l'ordre juridique étatique présuppose (comme on l'a montré¹³⁹) qu'existe une communauté nationale, il peut être déduit sans difficulté que la définition moniste d'un ordre juridique mondial suppose l'existence d'une communauté mondiale d'êtres humains à l'échelle du monde. Alors, l'ordre juridique qui constituerait cette

¹³⁴ *Ibid.*, p. 327.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ De récents travaux d'archive conduits par Mario Giuseppe Losano confirme que le monisme kelsénien s'explique en partie par un présupposé épistémologique, v. LOSANO M.G., « Kelsen's theory of international law during his exile in Geneva », *Ratio Juris*, 2015, vol. 28, n° 4, p. 470-485.

¹³⁷ « L'unité du droit international et du droit étatique » in KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 318-319.

¹³⁸ « *Que, même si l'on est fondé à dire qu'il [le droit international] régleme la conduite des États, et en tant qu'il la régleme, il régleme également la conduite d'êtres humains* », cf. *Ibid.*, p. 311.

¹³⁹ V. p. 40.

communauté mondiale serait personnifié par un « *État mondial* »¹⁴⁰. Bien sûr, Kelsen ne mentionne cette possibilité qu'en hypothèse, étant donné l'état des choses à son époque. Dans un contexte où l'habitude ne conduisait pas les États à respecter leurs engagements internationaux et sans que les individus ne puissent apparaître comme d'incontestables sujets du droit international (ce que l'existence de conventions internationales protégeant les droits humains permet aujourd'hui), poser le principe d'une primauté du droit international sur le droit national ne peut pas être beaucoup plus qu'une proposition théorique. La thèse moniste de Kelsen n'est donc pas que le résultat d'une nécessité logique, elle est bien aussi normative.

Conclusion de la section

En accord avec ce qui a été expliqué en introduction du présent titre¹⁴¹, nous comprenons la définition de l'ordre juridique que propose Kelsen comme énonçant une conception du concept de système juridique. À la lumière des éléments présentés dans cette section, cette conception peut être résumée par le tableau suivant :

Système juridique	Conception kelsénienne
Composition	Normes
Organisation	Hiérarchie dynamique
Unité	Origine commune des normes : une même norme fondamentale
Autonomie	Création et application du droit au moyen des normes du système
Existence	Si efficacité générale
Échelle	Système non nécessairement national
Relations	Système juridique unique : monisme, avec primauté du droit international

De prime abord, la conception kelsénienne semble peu pertinente pour rendre compte du droit de l'Union européenne tel que le comprennent ses acteurs institutionnels. Le monisme défendu par Kelsen suggère que droits de l'Union et des États membres ne forment qu'un seul et unique système, ce qui est une idée bien éloignée de la compréhension habituelle de l'Union, à commencer par celle qui apparaît dans le discours de la CJUE.

Il convient donc de réformer certains aspects de la *Théorie pure*, ce qui a été entrepris récemment. Nous avons vu que le monisme de Kelsen repose sur un présupposé

¹⁴⁰ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 318.

¹⁴¹ V. p. 26s.

épistémologique : s'il faut un objet unique à la science du droit, alors ne peut exister qu'un seul système. Karine Caunes a montré les faiblesses de cette construction en défendant, sur de mêmes prémisses kantienne, l'idée qu'une science se fonde par l'unicité de sa méthode, et non de son objet, qu'ainsi une multitude de systèmes peuvent être les objets d'une science du droit unique d'inspiration kelsénienne¹⁴².

L'unité et l'autonomie du système juridique défini par Kelsen peuvent donc être pensées à l'intérieur d'un cadre pluraliste. Catherine Richmond a fourni une revue des possibilités que suggère pareil réinterprétation, identifiant ainsi divers modèles d'interaction entre les niveaux international, européen et national¹⁴³. Les modèles ne manquent pas. La plupart s'accordent sur l'idée que l'Union et ses États membres forment autant de systèmes juridiques distincts¹⁴⁴.

De telles réformes permettent de conserver l'essentiel de la conception kelsénienne, à savoir la structure de hiérarchie dynamique de l'ordre juridique. Nous verrons que, nonobstant certains obstacles que nous détaillerons, le concept de système juridique est alors tout à fait pertinent pour rendre compte de la compréhension de la CJUE.

¹⁴² CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne: contribution à l'étude de la nature juridique de l'Union européenne et des rapports de système européens*, thèse, European University Institute, Florence, 2009, p. 310.

¹⁴³ RICHMOND C., « Preserving the identity crisis : autonomy, system and sovereignty in European law », in MACCORMICK N. (dir.), *Constructing legal systems: « European Union » in legal theory*, Dordrecht ; Boston, Mass, Kluwer Academic, 1997, p. 411-414. Cette publication reproduit un chapitre de la thèse de doctorat de l'auteur, cf. RICHMOND C., *Perspectives on law*, *op. cit.*

¹⁴⁴ Pour caractériser cette idée, en 2008, Julie Dickson a proposé de parler de « modèle 27+1 », v. DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, 40/2008, p. 1. Cette idée nous semble être aujourd'hui la plus répandue. Plus confidentielle, celle de Karine Caunes consiste en un modèle complexe de méga-système juridique européen, constitué des divers systèmes juridiques de l'Union et des États membres. Cette configuration est paradoxalement proche du modèle moniste d'un système composé de sous-systèmes. V. CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 354.

Section 2. La conception de H.L.A. Hart

Dans la théorie du droit de H.L.A. Hart, l'utilisation du concept de système juridique est plus évidente que chez Kelsen. Le théoricien d'Oxford utilise la plupart du temps l'expression « système juridique », quand Kelsen se réfère le plus souvent à l'« ordre juridique ». Comme noté en introduction du chapitre¹⁴⁵, les deux expressions sont ici considérées comme des synonymes.

Pour Hart comme pour Kelsen, la référence au concept de système juridique est faite pour donner une réponse à la question « *qu'est-ce que le droit ?* »¹⁴⁶, autrement dit pour déterminer le caractère juridique d'une règle ou norme¹⁴⁷. C'est notamment une des thèses centrales du *Concept de droit*, publié en 1961¹⁴⁸, à savoir : une règle est juridique pour appartenir à un ensemble juridique de normes. La singularité du droit tient ici à sa systématisme. Dans cette section, nous reviendrons largement sur ce recours au concept de système juridique permettant à Hart de fournir une définition claire et précise du droit.

Pour autant, le juriste d'Oxford n'entend pas donner une définition exhaustive du phénomène « droit ». Cela conduit sa théorie à réaliser une imparfaite superposition du système juridique et du droit, l'ensemble du phénomène juridique n'étant pas réductible à un système juridique (I). Néanmoins, en tant que système juridique, le droit se compose d'une somme unique de différents types de règles (II). C'est là le ressort de son unité et de son autonomie. Puis, nous verrons que si les règles doivent être valides pour être juridiques, un système juridique n'a pas besoin d'être valide pour Hart. Un système existe ou n'existe pas du tout, selon que ses règles sont obéies et acceptées, ou non. (III). Il existe d'ailleurs un grand nombre de systèmes juridiques pour le théoricien d'Oxford, lequel appartient à un pluralisme juridique qui n'est pas nécessairement hiérarchisant (IV).

Après cette présentation des vues de Hart sur le concept de système juridique, nous concluons cette section en soulignant brièvement la pertinence d'une conception hartienne du concept de système juridique dans le contexte de l'Union européenne.

¹⁴⁵ V. p. 29.

¹⁴⁶ C'est d'ailleurs cette première question que pose Hart en ouverture du *Concept de droit*, HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 19.

¹⁴⁷ Rappelons que les expressions « règle » et « norme », respectivement employées par Hart et par Kelsen, sont aussi considérées ici comme des synonymes. V. *supra* note n°16.

¹⁴⁸ Nous étudions se base sur la version francophone de l'ouvrage, traduit par Michel van de Kerchove : HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*

I. L'imparfaite superposition du système juridique et du droit

Au début du *Concept de droit*, Hart énonce que « *le but de [l'ouvrage] n'est en effet pas de fournir une définition du droit* »¹⁴⁹. Pareil renoncement trouve son origine première dans les tentatives infructueuses de fournir une définition complète du droit, en particulier celle proposée par John Austin¹⁵⁰, que Hart critique tout au long de l'ouvrage. Aussi, les premiers chapitres du *Concept de droit* sont dédiés à une déconstruction de l'alors dominant paradigme austinien.

Sur ce point, la thèse centrale de Hart est que la complexité et la diversité des règles juridiques empêchent toute définition du droit qui tiendrait en une formule simple et efficace. Cette définition ne peut pas consister en une définition de la règle de droit. Aussi, face aux échecs des tentatives passées, Hart opte pour ce sophisme selon lequel *ce qui n'a jamais été ne sera jamais* et préfère ne pas s'engager là où tout le monde a déjà échoué.

Deuxièmement, pareil renoncement est lié à la méthode que met en œuvre Hart, plus précisément à ce qu'il considère être une bonne définition : « *une règle au regard de laquelle on pourrait examiner la correction de l'emploi d'un mot* »¹⁵¹. Si l'on prend l'exemple du mot « triangle », pris par Hart, une bonne définition est capable de donner des informations sur son référent (l'objet de la réalité désigné par ce mot) ainsi que sur la justesse des différents usages du mot « triangle »¹⁵². Nous remarquons ainsi que Hart entend identifier une définition du droit qui permette de rendre compte de différents usages du mot « droit »¹⁵³. Cette méthode est caractéristique d'une approche analytique du droit, qui précisément peut reposer sur l'analyse de différentes pratiques du langage¹⁵⁴.

Sur cette base, l'identification par Hart d'une grande diversité des usages du mot « droit » le conduit à supposer que ceux-ci ne sont pas nécessairement cohérents, qu'en outre une définition du droit en tant que système juridique ne peut pas tous les englober. Pour cette raison, le système juridique hartien ne rend pas compte du phénomène juridique dans son

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁵⁰ AUSTIN J., *The province of jurisprudence determined*, *op. cit.*

¹⁵¹ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵² *Ibid.*, p. 32.

¹⁵³ Nous revenons avec plus de détails sur cette méthode d'analyse des discours en conclusion de la présente section, v. p. 63.

¹⁵⁴ Toute approche analytique ne se concentre pas nécessairement sur l'analyse du langage. De l'avis du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, son trait le plus général tient à une volonté d'« expliquer ou élucider les termes, les concepts ou les structures du droit en analysant les éléments et en montrant comment le tout est compréhensible comme ordonnancement cohérent des parties », v. ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 24. Cette méthode, au demeurant proche du raisonnement induit par l'emploi du concept de système juridique, a pu se décliner en un courant tourné vers l'analyse du langage, suite aux avancées d'alors en linguistique et philosophie du langage. H.L.A. Hart est un des représentants de ce courant, dénommé « *Analytical Jurisprudence* », v. *Ibid.*, p. 25-26.

intégralité mais fournit plutôt les éléments centraux caractéristiques du droit étatique. Aussi, le juriste d'Oxford entend seulement contribuer à « *faire progresser la théorie du droit en fournissant une meilleure analyse de la structure spécifique d'un système juridique national et une meilleure compréhension des ressemblances et des différences qui existent entre le droit, la contrainte et la morale, considérés comme des types divers de phénomènes sociaux* »¹⁵⁵.

Ainsi, il nous semble que Hart recourt aux systèmes juridiques nationaux comme à des expédients : leur définition sera considérée comme la définition du droit, même si la superposition de l'un et des autres n'est qu'imparfaite. En ce sens, il peut être dit que Hart recourt au caractère systémique du droit comme à un outil, qui lui permet de décrire une partie du phénomène juridique (le droit en tant que système juridique) tout en lui fournissant une méthode (décrire un système juridique national revient à décrire les éléments centraux du droit).

Au demeurant, on comprend du projet de Hart que son approche du système juridique est interne, c'est-à-dire que le caractère systémique du droit est décrit, non pas construit, par la science du droit¹⁵⁶. Si nous acceptons la définition que Hart donne lui-même de son ouvrage, qui « *peut également être considéré comme un essai en sociologie descriptive* »¹⁵⁷, la nature systémique du droit national apparaît comme une hypothèse que sa théorie du droit entend empiriquement corroborer.

Comme chez Kelsen, le droit national constitue l'échelle de départ de l'analyse de Hart. C'est à l'époque à ce niveau qu'apparaît l'évidence d'un caractère systémique du droit : « *la plupart des gens cultivés se doutent que les règles de droit en Angleterre forment une sorte de système, et qu'en France, aux États-Unis ou en Russie soviétique, et pour ainsi dire dans chaque région du monde considérée comme un « pays » indépendant, existent des systèmes juridiques qui, malgré d'importantes différences, sont largement semblables quant à leur structure* »¹⁵⁸.

On devine ainsi que cette sociologie descriptive entend analyser les pratiques et discours de communauté dont il est présupposé, comme chez Kelsen, que l'échelle pertinente d'analyse est nationale. À la différence du juriste autrichien toutefois, Hart ne prescrit pas aux juristes de ne décrire que des normes. Plus riche, son approche conduit aussi bien à analyser les composants du droit que la compréhension qu'ont du droit ceux-là mêmes qui y

¹⁵⁵ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 35.

¹⁵⁶ Sur la différence entre systèmes juridiques interne et externe, v. p. 26-27.

¹⁵⁷ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 12.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 21.

participent.

En résumé, pour Hart, le droit se comprend comme un phénomène social, c'est-à-dire comme une création humaine et non pas naturelle ou divine. Dans littérature anglo-saxonne, c'est là un des traits caractéristiques du positivisme juridique¹⁵⁹. Par ailleurs, Hart peut être qualifié de normativiste, car il définit un système juridique comme consistant en une somme de normes ou règles, comme nous allons voir à présent. Précision toutefois que, à la différence de Kelsen, les composants du droit sont pour Hart des parties de la réalité sociale, non pas des entités du monde du *devoir être*.

II. Le système juridique, une somme unique de différents types de règles

Le point de départ de Hart est à situer dans sa critique formulée à l'encontre de la théorie impérativiste du droit de Austin¹⁶⁰, laquelle a grandement influencé la culture juridique d'alors. Succinctement, résume Hart, le droit est dans ce paradigme constitué « *d'ordres généraux appuyés de menaces émis par une personne généralement obéie* », personne qu'Austin désigne par l'expression « *souverain* »¹⁶¹.

Dans la perspective hartienne, un tel énoncé est bien trop simpliste car il n'est pas capable de rendre correctement compte de la diversité des règles de droit existantes. En effet, remarque Hart, il existe aussi des règles de droit qui confèrent des pouvoirs (par exemple, de conclure un contrat) et par conséquent « *n'exigent pas des personnes qu'elles se conduisent d'une façon déterminée, qu'elles le veuillent ou non* »¹⁶².

Sur cette base, Hart note que « *le trait distinctif du droit, réside précisément dans la fusion qu'il opère entre plusieurs types de règles* »¹⁶³. C'est de notre avis la thèse centrale du juriste d'Oxford : la légalité, entendue au sens large comme le trait distinctif du droit, ne repose pas sur le caractère spécifiquement juridique de règles, mais plutôt sur celui de l'ensemble formé par ces différents types de règles. En d'autres mots, la légalité ne repose pas sur l'irréductible singularité d'un atome juridique, mais bien plus sur la configuration de différentes unités en un ensemble singulier, désigné par l'expression « système juridique ».

Dans ce nouveau paradigme, une règle est juridique par référence au système auquel

¹⁵⁹ Dans la théorie du droit anglo-saxonne, tout positiviste revendiqué endosse la dénommée « social thesis », en vertu de laquelle « *what counts as law in any particular society is fundamentally a matter of social fact or convention* », v. COLEMAN J.L., LEITER B., « Legal positivism » in PATTERSON D.M. (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, U.K. ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, coll.« Blackwell companions to philosophy », n° 8, 2010, p. 228.

¹⁶⁰ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 37.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 43-44.

¹⁶² *Ibid.*, p. 47.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 68.

elle appartient. C'est son appartenance à un système juridique qui en fait une règle valide, une règle de droit. Comme chez Kelsen, le système hartien se compose donc de règles ou normes valides. Cette similarité doit être néanmoins nuancée. Alors que pour Kelsen toutes les normes peuvent être formulées comme des prescriptions dotées d'une même fonction coercitive (elles établissent des obligations punies de sanction)¹⁶⁴, le système juridique hartien est composé de règles qui ne sont pas toutes coercitives. Ces règles sont en outre de types différents : certaines sont des règles primaires, d'autres des règles secondaires.

Les règles primaires sont composées de « *règles d'obligation* »¹⁶⁵. Elles imposent aux individus des devoirs et obligations¹⁶⁶. Ce type de règles est tout à fait proche de la notion d'ordres contraignants, propre au paradigme austinien critiqué par Hart¹⁶⁷. Aussi, à elles seules, ces règles primaires ne sauraient rendre compte du droit étatique. Elles ne régulent que de dénommées « *communautés primitives* »¹⁶⁸.

Dans les communautés plus complexes et de plus grande taille, telles qu'il en existe dans les États modernes, la seule présence de règles primaires d'obligation condamnerait pareille organisation sociale à souffrir de sérieux vices¹⁶⁹. Quelles règles appartiennent ou non au système juridique ? Qui décide en cas de conflit entre deux règles ? Comment créer de nouvelles règles et supprimer celles obsolètes ? Le système juridique contient des remèdes à ces maux. Ils prennent la forme de règles *portant* sur les règles primaires, précisément : des règles secondaires.

Ces règles secondaires confèrent des pouvoirs ayant une incidence sur les règles primaires¹⁷⁰ : elles permettent l'adaptation des règles du système juridique aux circonstances (« *règles de changement* »), la résolution des conflits portant sur l'application des règles (« *règles de décision* ») et fournissent les critères permettant d'identifier les règles qui appartiennent au système juridique (« *règles de reconnaissance* »)¹⁷¹. En attribuant des

¹⁶⁴ C'est Joseph Raz qui note ce trait distinctif de la théorie de Kelsen par rapport à celle de Hart, dans son article dédié à la *Grundnorm* kelsénienne, v. « Kelsen's theory of the Basic norm » in RAZ J., *The authority of law: essays on law and morality*, 1^{re} éd., Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 2002, p. 123.

¹⁶⁵ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 111.

¹⁶⁶ Plus précisément, ces règles « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non* », v. *Ibid.*, p. 101.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 40s.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 110. Au passage, on remarque que Hart fait une distinction entre une communauté et les règles qui la régissent. À la différence de ce qu'en dit Kelsen (v. p. 40), une communauté n'est pas fondée par les règles qui s'y appliquent. Même si Hart ne semble pas envisager l'existence d'une communauté sans règle, il y a ainsi lieu de tenir « règles » et « communauté » pour deux entités distinctes.

¹⁶⁹ Hart en énumère trois : « *inefficacité de la pression sociale diffuse qui assure le maintien des règles* », « *incertitude* » (quant au contenu des règles et à leur champ d'application) et « *caractère statique des règles* » (empêchant leur adaptation aux circonstances changeantes), v. *Ibid.*, p. 111-113.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 101.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 114-116.

pouvoirs juridiques, ces règles secondaires habilite par la même occasion des autorités à créer, appliquer et identifier les règles du système juridique.

Les règles secondaires de Hart ont beaucoup à voir avec ce que Kelsen appelle la structure dynamique du droit. Chacune sont des variantes d'une même compréhension du droit comme entité autonome, c'est-à-dire qui fournit elle-même les moyens de sa reproduction en créant des autorités dotées du pouvoir d'influer sur son propre contenu. En particulier, chez Hart, l'autonomie du système vient de ce que certaines règles (secondaires) portent sur la création et l'application des autres règles appartenant au système.

Aussi, le caractère systémique du droit tient à cette fusion entre règles de différents types, conduisant Hart à « *caractériser le droit comme consistant en une union de règles primaires d'obligation avec de telles règles secondaires* »¹⁷². Rappelons toutefois que la définition hartienne du droit est sujette à des cas douteux, où l'utilisation du mot « droit » est incertaine et ne correspond pas nécessairement à la définition du système juridique. Par conséquent, si l'ensemble des règles primaires réglant la conduite d'une « communauté primitive » n'est pas de nature systémique, ce peut être encore du droit. La définition du système juridique n'a pas pour but d'épuiser l'ensemble du phénomène juridique mais de rendre compte d'un grand nombre de cas jugés pertinents par Hart, en particulier celui des États modernes¹⁷³.

Si Hart caractérise les systèmes juridiques des États modernes comme une union de différents types de règles, il ne réduit pas pour autant l'État au droit. À la différence de la théorie de Kelsen, l'État n'est pas ici la « personnification » du système juridique. L'État est seulement une de ces communautés, plus complexes que celles « primitives » décrites par Hart, où peut être identifié un système juridique. Sur ce point, Hart se rapproche du pluralisme tel qui peut être défendu par un institutionnaliste tel que Santi Romano¹⁷⁴.

Au sein de cette union de règles, c'est bien entendu la règle de reconnaissance qui suscite le plus d'attention pour la présente étude. Plus qu'une simple et unique règle, elle consiste en un ensemble de règles hiérarchisées fournissant des critères d'identification des autres règles qui appartiennent au système juridique. Ces critères aussi sont organisés en une hiérarchie, au sommet de laquelle se trouve ce que Hart qualifie de « *critère suprême de*

¹⁷² *Ibid.*, p. 113.

¹⁷³ Qui de l'avis de l'auteur sont des « *cas types clairs [...] dont personne de bon sens ne doute qu'ils soient des systèmes juridiques* », v. *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁴ Le pluralisme de Santi Romano nous semble consister en au moins deux thèses, sur lesquelles s'accorde Hart : premièrement, le droit se compose d'une pluralité de systèmes juridiques ; secondement, ces systèmes se déclinent en une pluralité de formes dont l'État n'est qu'un exemplaire. Cf. SANTI R., *L'ordre juridique*, traduit par Lucien FRANÇOIS et traduit par Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, coll.« Collection Philosophie du droit », n° 15, 1975, p. 81.

validité »¹⁷⁵. C'est donc bien la règle de reconnaissance qui contient les critères de validité des règles du système¹⁷⁶.

Du point de vue de la distinction entre faits et normes¹⁷⁷, la règle de reconnaissance pose problème. Elle est une règle du système juridique mais consiste en des faits. Dans les mots de Hart : « *la règle de reconnaissance n'existe que sous la forme d'une pratique complexe, mais habituellement concordante, qui consiste dans le fait que les tribunaux, les fonctionnaires et les simples particuliers identifient le droit en se référant à certains critères. Son existence est une question de fait* »¹⁷⁸.

Aussi, la règle de reconnaissance est à situer entre faits et normes. En fournissant les critères de validité des autres règles du système, elle fournit les sources du droit, soit : une référence à des faits, des organes ou des textes qui font autorité et *doivent être* considérés comme constituant du droit¹⁷⁹, tels que « *le fait qu'elles [les règles] ont été édictées par un organe spécifique, ou qu'elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière, ou qu'elles ont une certaines relations avec des décisions judiciaires* »¹⁸⁰. On comprend ainsi que la règle de reconnaissance n'est pas nécessairement une règle explicite.

Sur ce dernier aspect en particulier, règle de reconnaissance et *Grundnorm* ont le trait commun d'être toutes deux des règles implicites du système juridique. Pour autant, à la différence de la *Grundnorm*, la règle de reconnaissance ne peut pas être valide puisque précisément, pour Hart, la validité est cette qualité que confère la règle de reconnaissance, laquelle ne peut être au fondement de sa propre validité.

Surtout, la règle de reconnaissance partage avec la *Grundnorm* cet aspect qui est au cœur de la conception du droit en tant que système juridique : elle fournit à la somme des règles ou normes leur unité, elle fonde leur qualité d'ensemble et par conséquent, comme a su le remarquer Neil MacCormick, elle fonde « *l'aspect systémique du droit* »¹⁸¹. Aussi, de ce que deux règles appartiennent à un même système juridique, on peut déduire qu'elles partageant la qualité d'être basée sur une même règle de reconnaissance, et inversement.

¹⁷⁵ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 125. L'existence d'un critère suprême souligne le caractère « ultime » de la règle de reconnaissance, dont la validité ne peut pas être déterminée les autres règles du système, v. *Ibid.*, p. 125-126.

¹⁷⁶ Par commodité, nous parlerons de *la* règle de reconnaissance, au singulier. Au passage, on remarque qu'il n'y a pas chez Hart de dissociation entre validité et appartenance des règles au système, comme cela a pu être défendu à propos de la théorie de Kelsen, v. *supra* note n°89.

¹⁷⁷ Que Kelsen désigne respectivement par *Sein* et *Sollen*, v. *supra* note n°104.

¹⁷⁸ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁷⁹ En ce sens, la règle de reconnaissance peut être rapprochée de la signification objective chez Kelsen, laquelle confère signification de norme au fait que constitue un commandement. V. p. 34s.

¹⁸⁰ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸¹ MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, London, Arnold, coll.« Jurists--profiles in legal theory », 1981, p. 110.

Dans les mots de Hart : « *en fournissant un signe distinctif qui fait autorité, elle introduit, quoique sous une forme embryonnaire, l'idée d'un système juridique : désormais, en effet, les règles ne constituent plus seulement une série discontinue et sans relation les unes avec les autres, mais, d'une manière élémentaire, elles se trouvent unifiées. De plus, cette simple opération qui consiste à identifier une règle donnée par le fait qu'elle possède la qualité requise de figurer sur une liste de règles qui fait autorité, fournit le germe de l'idée de validité juridique* »¹⁸².

On voit ainsi que, chez Hart, la validité juridique est avant toute chose la qualité de la règle qui appartient au système juridique. Cette appartenance fonde le caractère contraignant des règles et l'autorité d'en déterminer la création ou le contenu. Du reste, la validité du système dans son ensemble n'est pas une qualité déterminée par les règles. La règle de reconnaissance ne peut pas être valide, son existence est une question de fait. Par conséquent, à la différence de Kelsen où la validité est le mode spécifique d'existence du droit, validité et existence du système juridique sont ici séparées¹⁸³.

Aussi, tant qu'existe une règle de reconnaissance, existe un système juridique. Les règles primaires peuvent donc avoir n'importe quel contenu, la qualité de système du droit n'en dépend pas. En ce sens, il peut être dit de la définition hartienne du système juridique qu'elle est formelle.

III. Obéissance et acceptation des règles, conditions de l'existence du système

Puisqu'elle contient les critères d'appartenance des règles au système, la règle de reconnaissance est un élément indispensable sans lequel un système juridique n'existe pas. S'il n'y a pas de règle de reconnaissance, il n'y a pas de système tout court.

Cela ne signifie pas pour autant que sans règle de reconnaissance il n'y a pas de droit. Rappelons que pour Hart le droit n'est pas systémique dans son intégralité. En revanche, il est certain que sans règle de reconnaissance le droit ne peut avoir de caractère systémique. En ce sens, l'existence d'une règle de reconnaissance est la condition *sine qua non* sans laquelle on ne peut affirmer qu'un système juridique existe.

L'existence d'une règle de reconnaissance est une question de fait. Existe-t-il un ensemble de critères permettant d'identifier les règles qui appartiennent ou non à l'ensemble des règles en vigueur sur un territoire donné ? Si oui, alors existe un système juridique. Ses conditions d'existence sont donc une question de fait. Plusieurs faits sont susceptibles de

¹⁸² HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 114-115.

¹⁸³ ASPREMONT J. d', « Hart et le positivisme postmoderne en droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, 2009, vol. 3, p. 12.

révéler la présence d'une règle de reconnaissance. Hart précise : « *la plupart du temps, la règle de reconnaissance ne se trouve pas énoncée, mais son existence se manifeste dans la manière dont les règles particulières sont identifiées, soit par les simples particuliers, soit par leurs conseils* »¹⁸⁴. La règle de reconnaissance est bien une condition empirique nécessaire à l'existence d'un système juridique.

Cette « manière » dont les règles sont identifiées par celles et ceux qui *participent* au système juridique reflète ce que Hart dénomme « *le point de vue interne* »¹⁸⁵. Il s'agit d'un trait caractérisant le point de vue particulier d'individus sur une règle sociale, que celle-ci soit juridique ou non, qu'elle appartienne ou non à un système juridique. Par exemple, explique Hart, il existe aussi un point de vue interne dans les régimes constitués uniquement de règles primaires¹⁸⁶. Le point de vue interne se comprend mieux par référence à son opposé, le point de vue externe : « *à tout moment, la vie de n'importe quelle société vivant sous l'empire de règles, qu'elles soient juridiques ou non, risque de connaître une tension entre ceux qui, d'une part, acceptent les règles, participent spontanément à leur maintien, et considèrent ainsi leur propre comportement et celui d'autrui en fonction des règles, et ceux qui, d'autre part, rejettent les règles et n'y prêtent attention que du point de vue externe, comme étant le signe d'une peine éventuelle* »¹⁸⁷.

La différence tient donc dans une disposition morale des individus vis-à-vis des règles. Hart définit le point de vue interne en s'appuyant sur la distinction entre les énoncés « être obligé » et « avoir l'obligation de »¹⁸⁸. On peut dire d'une personne qu'elle « est obligée » de réaliser une action lorsque cette personne est simplement forcée d'accomplir cette action (par exemple, par crainte de la sanction). Au contraire, lorsque nous disons qu'une personne « a l'obligation » de réaliser une action, nous supposons qu'il existe une règle sociale qui requiert la réalisation de cette action¹⁸⁹, une règle sociale que nous acceptons comme standard de comportement, indépendamment du fait que cette règle soit effectivement respectée ou qu'une

¹⁸⁴ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 120.

¹⁸⁵ « *L'utilisation que font les tribunaux et d'autres personnes de règles de reconnaissance non formulées, lorsqu'ils identifient les règles particulières du système, est caractéristique du point de vue interne* », cf. *Ibid.*, p. 121.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 111.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 110. Cette tension entre les partisans du point de vue interne et ceux du point de vue externe emporte une conséquence, oubliée de Hart et identifiée par le théoricien argentin Ernesto Garzón Valdés : pour qu'un système existe, il faut donc que les premiers disposent d'une capacité d'imposition de leur point de vue sur celui des seconds. Cf. GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, op. cit., p. 29 ; ÁLVAREZ ORTEGA M., « La regla hartiana de reconocimiento en el pensamiento garzoniano », *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, vol. 30, p. 46-47.

¹⁸⁸ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 102s.

¹⁸⁹ Aussi, « *l'affirmation selon laquelle quelqu'un a, ou se trouve soumis à, une obligation, implique en effet l'existence d'une règle* », v. *Ibid.*, p. 105.

sanction soit appliquée en cas de désobéissance.

Sur cette base, l'énoncé « moi Pierre, j'ai l'obligation d'accomplir A » est une application individuelle de la règle générale obligeant à accomplir A. Selon Hart, cet énoncé reflète le point de vue interne de Pierre sur l'obligation d'accomplir A, point de vue qui implique que Pierre « *accepte* » une telle obligation, qu'il perçoit comme un « *modèle de conduite* »¹⁹⁰. Au contraire, le point de vue externe sur une règle sociale est adopté par quelqu'un qui peut *rejeter* pareille règle mais l'accomplit pour avoir été « *obligé de le faire* », craignant par exemple « *les conséquences désagréables* » de la désobéissance¹⁹¹.

Les points de vue interne et externe sont donc deux perspectives opposées sur de mêmes règles sociales, permettant de rendre compte des différentes raisons pour lesquelles des individus obéissent¹⁹². Pour la théorie de Hart, le premier point de vue est essentiel : son existence est condition du caractère contraignant des règles au sein d'un groupe social donné. Partagé par un nombre significatif des individus composant ce groupe, le point de vue interne sur des règles sociales implique pour celles-ci d'être soutenues par une « *pression sociale* »¹⁹³, qui peut varier selon la nature des règles (désapprobation pour une règle morale ou emprisonnement pour une règle de droit).

Dans le cas des règles juridiques d'un État moderne, le point de vue interne s'exprime précisément, selon Hart, dans l'identification des règles appartenant au système juridique, c'est-à-dire dans leur pratique de la règle de reconnaissance. En particulier, « *l'utilisation que font les tribunaux et d'autres personnes de règles de reconnaissance non formulées, lorsqu'ils identifient les règles particulières du système, est caractéristique du point de vue interne* »¹⁹⁴.

On voit ainsi que le point de vue interne est bien aussi la condition sans laquelle des règles de droit ne peuvent exister et, par voie de conséquence, le système juridique qu'elles peuvent former¹⁹⁵. Somme toute, un système juridique n'existe au sein d'un groupe social que si et seulement si un nombre conséquent de ses membres adoptent un point de vue interne sur les règles composant ce système.

¹⁹⁰ Dans les mots de Hart : « *il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite* », v. *Ibid.*, p. 108.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 110.

¹⁹² Ces perspectives enrichissent notamment, précise Hart, la notion d'« *habitude de l'obéissance* ». Centrale chez Austin, elle ne permet pas à elle seule de rendre compte des raisons, parfois divergentes, pour lesquelles les individus obéissent au droit. Cf. *Ibid.*, p. 70s.

¹⁹³ « *On considère et on dit que les règles imposent des obligations, lorsqu'on exige généralement avec insistance qu'on les observe et que la pression sociale exercée sur ceux qui s'en écartent ou menacent de s'en écarter est grande* », v. *Ibid.*, p. 106.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 121.

¹⁹⁵ Cela vaut aussi pour les règles juridiques ne formant pas système, « *sous le simple régime des règles primaires, le point de vue interne se manifeste* », ici aussi. V. *Ibid.*, p. 117.

De cela une question immédiate découle : toutes les règles primaires et secondaires doivent-elles être acceptées par chaque membre du groupe social correspondant pour que le système juridique existe ? Bien entendu, il ne s'agit pas pour Hart de déterminer le nombre des règles devant être acceptées par un groupe social donné. Plutôt, il remarque que la pratique démontre largement que des règles n'ont pas besoin d'être toutes acceptées pour former ensemble un système juridique. L'acceptation de certaines règles importe donc plus que celle d'autres.

Aussi, soulignant la centralité de la fonction jouée par la règle de reconnaissance au sein d'un système juridique, Hart indique l'importance de son acceptation : « *chaque fois qu'une telle règle de reconnaissance est acceptée, aussi bien les personnes privées que les autorités publiques, se voient nanties de critères obligatoires permettant d'identifier les règles primaires d'obligation* ». C'est donc une acceptation, depuis le point de vue interne, des critères de validité des règles. Un système juridique n'existe donc qu'à condition que sa règle de reconnaissance soit acceptée par ceux-là mêmes qui en sont les acteurs et les sujets¹⁹⁶.

Bien entendu, tous les individus constituant le groupe n'acceptent pas les règles du système juridique depuis le point de vue interne. L'acceptation de certains importe plus que celle d'autres. Hart distingue entre « *les simples citoyens* » et les « *autorités appartenant au système* » ou « officiels »¹⁹⁷. L'acceptation de la règle de reconnaissance par les citoyens ordinaires supposerait pour ceux-ci d'avoir une bonne connaissance des critères de validité du système juridique. Pour Hart, ce scénario est peu réaliste. Ces citoyens obéissent simplement au droit, aux règles primaires qui leur sont adressées, sans pour autant en accepter la complexe règle de reconnaissance. Ce sont seulement les officiels, entre autres juges et membres de l'administration, qui acceptent depuis le point de vue interne les règles du système juridique, particulièrement celles qui leur sont adressées, à savoir les règles secondaires.

Dans la théorie du droit de Hart, un système juridique existe donc à deux conditions empiriques : obéissance générale aux règles primaires par les citoyens ordinaires et acceptation des règles secondaires par les officiels¹⁹⁸. La première condition est traditionnellement décrite. Son équivalent chez Kelsen correspond à l'efficacité. La seconde,

¹⁹⁶ « *C'est cette situation qui mérite, s'il en est, d'être qualifiée de fondements d'un système juridique* », v. *Ibid.*, p. 119.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 135-136. En anglais, Hart distingue entre « ordinary citizens » et « officials of the system ». Pour désigner les seconds, nous parlerons des « officiels ».

¹⁹⁸ Hart affirme ainsi fameusement : « *l'affirmation selon laquelle un système juridique existe constitue, par conséquent, un jugement qui, comme le visage de Janus, se tourne à la fois vers l'obéissance des simples citoyens et vers l'acceptation par les autorités de règles secondaires comme critères communs d'évaluation du comportement qu'elles adoptent en cette qualité* », v. *Ibid.*, p. 136.

en revanche, souligne l'originalité et l'importance du *Concept de droit*. Si Hart caractérise finement les diverses raisons de l'obéissance, il en a toutefois négligé certains aspects.

Mise de côté la distinction entre citoyens ordinaires et officiels, l'existence des deux points de vue interne et externe au sein d'un même groupe social génère en son sein des tensions entre les individus qui ont adopté des points de vue distincts. Le juriste argentin Ernesto Garzón Valdés caractérise cette tension comme un conflit, entre les individus du groupe social qui acceptent les règles et ceux qui simplement y acquiescent par prudence ou par habitude¹⁹⁹, générant un rapport de force qui doit, pour que le système juridique existe, basculer en faveur des premiers ; de sorte qu'ils sont en « *capacité d'imposer* » leurs croyances à l'autre partie du groupe²⁰⁰.

Ces faits utilisés pour définir un système juridique sont de nature sociopolitique. D'un point de vue épistémologique, la définition du droit oblige un théoricien se revendiquant de Hart à ne pas rester « pur », au sens que ce mot prend chez Kelsen. Il ne s'agit pas seulement de considérer des règles, mais aussi leurs liens avec celles et ceux qui en sont les acteurs et les sujets. Ce faisant, l'explication du droit conduit à décrire un plus grand nombre de phénomènes sociaux.

En résumé, chez Hart, la légalité ne peut pas être isolée du monde réel : elle est avant toute chose un fait social. Pour le dire dans les termes de Kelsen, et pour en souligner la différence, la théorie du juriste d'Oxford affirme en substance que le « Sollen » est ancré dans le « Sein ».

En revanche, comme chez Kelsen, le système juridique chez Hart ne peut pas être défini uniquement par référence aux règles de droit. Il faut, en dernière instance, recourir à la façon dont les règles ou normes sont considérées comme contraignantes, qu'il s'agisse de caractériser un point de vue interne, comme Hart, ou une signification objective de norme, comme Kelsen²⁰¹.

IV. Une pluralité de systèmes juridiques en principe non hiérarchisés

Hart appartient au pluralisme juridique, au sens où il défend la thèse suivante : il existe une pluralité de systèmes juridiques en vigueur. Autrement dit, il existe une pluralité de règles de reconnaissance définissant et appartenant à différents systèmes juridiques. Sur ce point, le

¹⁹⁹ La différence entre acceptation et acquiescement est empruntée par Garzón Valdés au politologue américain John Homer Schaar. Elle correspond respectivement aux points de vue interne et externe. Cf. GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, op. cit., p. 15 et 25.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 29.

²⁰¹ Rappelons toutefois que le point de vue interne porte sur tout type de règle sociale, alors que la signification objective de norme est une caractéristique des celles normes juridiques.

juriste d'Oxford se distingue nettement de Kelsen. Quand le second fait de l'existence d'un seul et unique système juridique un réquisit épistémologique de la science du droit, le premier prend plutôt pour point de départ l'assertion selon laquelle les États sont les entités à l'intérieur desquelles existent des systèmes juridiques, qu'il existe donc plusieurs systèmes juridiques nationaux.

Toutefois, pour Hart, le droit international ne forme pas encore un système juridique²⁰². Alors dénué de règles secondaires, « *il ressemble, quant à sa forme [...] à un régime élémentaire de règles primaires ou de droit coutumier* »²⁰³. Plus qu'un système, il est donc une somme de règles. Pour autant, le droit international est bien composé de règles de droit. On sait que chez Hart, la juridicité des règles est indépendante de leur caractère systémique : la règle de reconnaissance n'est « *pas une nécessité, mais un luxe* »²⁰⁴. Droit et système juridique se superposent imparfaitement.

Hart est peu disserte sur la nature des relations entre deux systèmes juridiques. Le simple fait qu'il existe une diversité de systèmes ne dit rien du principe de leurs relations. Nous pouvons néanmoins identifier quelques éléments à partir, d'une part, de la notion de souveraineté qu'il définit et, d'autre part, de ce qu'implique l'existence de diverses règles de reconnaissance.

Tout d'abord, la souveraineté est comprise par Hart comme la quantité du pouvoir appartenant au souverain²⁰⁵. Il distingue, sans toutefois le mentionner explicitement, entre la souveraineté à l'intérieur et à l'extérieur du territoire de l'État, soit respectivement la souveraineté *interne* et la souveraineté *externe*. Quant à la première, Hart en affirme le caractère quasi-fictionnel, de l'ordre du mythe : il n'existe aucun pouvoir *interne* illimité. Cela, il le démontre avec l'exemple des règles gouvernant dans un royaume imaginaire la succession entre un Rex I et un Rex II, dont le pouvoir en période de transition dépendra – et en ce sens sera limité – par l'obéissance et l'acceptation de certaines règles par ses sujets²⁰⁶.

Quant à la souveraineté externe, Hart s'y réfère comme la quantité de pouvoir que

²⁰² Rappelons que *Le concept de droit* est publié en 1961.

²⁰³ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 250.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 252.

²⁰⁵ Hart mentionne la souveraineté depuis la perspective de l'analyse qu'en a faite Austin, lequel est à situer dans la lignée de Bentham. Neil MacCormick, grand spécialiste de Hart, résume cet héritage en une thèse centrale : « *the thesis that every sovereign independent state has in some form a sovereign legislature (an individual or a group) who has power (in some sense) to make or change law whatsoever* », indépendance et pouvoir étant à comprendre comme les deux faces d'une même pièce. Cf. MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. 119. Michel Troper a su caractériser ces deux traits dans les termes de la théorie constitutionnelle : la souveraineté est à la fois « *le caractère, la puissance d'un organe, qui, étant situé au sommet d'une hiérarchie, n'est soumis à aucun contrôle* » et « *l'ensemble des pouvoirs que cet être [ou organe] peut exercer* », cf. HAMON F. et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 185.

²⁰⁶ HART H.L.A., *Le concept de droit*, op. cit., p. 71-74.

détient réellement l'État, ce « régime [qui] jouit d'un degré d'indépendance vaguement défini »²⁰⁷, dans ces relations juridiques avec des entités externes. Par conséquent, la souveraineté n'est pas ici un réquisit normatif pour l'État, qui *devrait être* souverain, mais bien plutôt un de ses traits descriptifs, tenant à la quantité de pouvoir qui reste effectivement à l'État. L'analyse de la souveraineté tient donc à l'identification des « facteur[s] de limitation » de son indépendance²⁰⁸. L'approche de Hart opère ainsi une inversion logique : la souveraineté est un résultat, non pas une qualité *a priori*.

Ce faisant, une approche plus descriptive de la souveraineté devient possible, basée sur la limite après laquelle une entité ne peut plus être qualifiée de souveraine. Bien sûr, il n'y a pas de frontière évidente entre « souveraineté » et « non-souveraineté ». Comme entre les mots « froid » et « chaud » ou les mots « dur » et « mou », il existe une zone grise, faite d'incertitudes et de cas-limites. La souveraineté peut alors être utilement comprise comme une « propriété dispositionnelle » caractérisant une certaine « capacité » ou « tendance » d'une entité politique à agir comme un souverain, sous des conditions qu'il reste à identifier²⁰⁹. En tout état de cause, on voit bien que l'approche qu'a Hart de la souveraineté est sans incidence sur sa définition du système juridique. Aussi, la nature des relations de dépendance ou d'indépendance entre deux États ne peut être déduite du fait que ceux-ci forment des systèmes juridiques.

En revanche, le fait que chaque système juridique possède une règle de reconnaissance fournit quelques grandes lignes quant à la nature, hiérarchique ou non, de leurs relations de système. Puisque chacun inclut une règle de reconnaissance déterminant les critères d'appartenance des règles, seulement une règle reconnue par un système appartient à ce système. Dans ce cadre, une règle d'un système juridique SJ₁ pourrait être reconnue par un SJ₂ et par conséquent appartenir et à SJ₁ et à SJ₂. Chaque système déterminant ses propres relations normatives avec les autres, pareille situation n'implique aucune hiérarchie entre SJ₁ et SJ₂, mais plutôt une indépendance. Aussi, la quantité maximale de règles externes qu'un système peut inclure n'est pas limitée.

Dans la situation où SJ₁ et SJ₂ partagent un grand nombre de règles communes, deux explications alternatives peuvent être données : ou bien SJ₁ et SJ₂ incluent deux règles de reconnaissance différentes contenant chacune des critères reconnaissant certaines des règles de l'autre, et il sont deux systèmes juridiques distincts (dualisme) ; ou bien SJ₁ et SJ₂ sont les

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 239.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 238-239.

²⁰⁹ Le concept de propriété dispositionnelle est forgé par Rudolf Carnap et Gilbert Ryle, cités par GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, op. cit., p. 19-20.

parties (ou sous-systèmes) d'un méta-système juridique qui les englobe (monisme). Ce dernier inclut alors une règle de reconnaissance qui détermine deux différents groupes de critères d'appartenance au système et le principe de leurs relations normatives.

En somme, deux alternatives sont possibles, sans qu'aucune n'implique de hiérarchie entre les deux systèmes juridiques. Le choix de l'une ou l'autre des explications, de celle dualiste ou de l'autre moniste, est fonction d'un jugement de valeur, comme pour les deux monismes de Kelsen. On dira alors que le pluralisme de Hart n'est pas hiérarchisant.

Il y a toutefois une hypothèse où existe une hiérarchie entre SJ_1 et SJ_2 . SJ_1 est dit hiérarchiquement supérieur à SJ_2 si la règle de reconnaissance de SJ_2 se réfère au critère suprême de validité qui fonde l'appartenance des règles à SJ_1 . La question est alors : SJ_2 possède-t-il toujours une règle de reconnaissance propre si ce critère suprême appartient à la règle de reconnaissance de SJ_1 ? Deux thèses alternatives sont défendables pour rendre compte de cette supériorité : ou bien que la règle de reconnaissance de SJ_2 est incomplète, ou bien que SJ_2 est un sous-système de SJ_1 .

En réalité, pareille situation de hiérarchie est impossible dans la théorie du droit de Hart. En effet, si la règle de reconnaissance de SJ_2 inclut un critère qui fonde l'appartenance d'une règle de SJ_1 , alors cette règle est aussi reconnue par SJ_2 et doit donc être considérée comme appartenant aussi à SJ_2 . Cela n'implique aucune hiérarchie entre SJ_1 et SJ_2 . Par exception, on pourra dire qu'il existe une hiérarchie entre ces deux systèmes si les officiels de SJ_2 ne dispose pas du pouvoir normatif (n'étant pas habilités par une règle secondaire) de déterminer le contenu de cette règle appartenant à SJ_1 et à SJ_2 . S'ils disposent de ce pouvoir, on pourra seulement affirmer que SJ_1 et SJ_2 partagent une même règle, sans que cela n'entraîne de conséquence quant à leur hiérarchisation.

Conclusion de la section

Tout comme la théorie de Kelsen, nous comprenons la définition du système juridique proposée par H.L.A. Hart comme une proposition énonçant une conception du concept de système juridique. Aussi, à partir des éléments introduits dans la présente section, cette conception est résumée au moyen du tableau suivant :

Système juridique	Conception hartienne
Composition	Règles
Organisation	Des règles secondaires portent sur des règles primaires
Unité	Origine commune des normes : une même règle de reconnaissance
Autonomie	Critères propres d'identification des règles appartenant au système
Existence	Si efficacité générale et point de vue interne
Échelle	Système non nécessairement national
Relations	Pluralisme, non hiérarchisant (sauf exception ²¹⁰)

À première vue, la conception hartienne ne semble pas poser de problèmes évidents pour rendre compte du droit de l'Union européenne comme le comprennent ses acteurs institutionnels. En outre, le pluralisme défendu par Hart suggère que si les États membres constituent des systèmes juridiques séparés, l'UE peut bien aussi constituer un système distinct. C'est une idée qui correspond à la compréhension habituelle de l'Union, à commencer par celle qui apparaît dans le discours de la CJUE.

Aussi, il n'est pas surprenant que la théorie de Hart ait déjà servi de base, en doctrine, à des analyses de l'Union en tant que système juridique²¹¹. Ces analyses sont avant tout diachroniques : elles formulent des modèles explicatifs reconstruisant une période étalée dans le temps. Plus généralement, la conception hartienne leur fournit une méthode pour approcher le matériau juridique et en caractériser l'aspect systémique. Par exemple, il peut s'agir d'identifier une règle de reconnaissance dans le discours des officiels.

Pareille démarche repose sur un présupposé important de la théorie du droit de Hart, consistant à prendre au sérieux le discours des acteurs du droit : « *nous [juristes] pouvons comprendre les pratiques des gens [...] si nous comprenons le langage que ces personnes utilisent depuis leur propre point de vue* »²¹². Aussi, ce discours sur le droit est supposé

²¹⁰ V. p.62.

²¹¹ V. par exemple JONES M.L., « The legal nature of the European Community: a jurisprudential analysis using H.L.A. Hart's model of law and a legal system », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, p. 1-59. Les applications de la théorie de Hart sont toutefois plus nombreuses dans le champ du droit transnational. C'est notamment le cas des travaux de Thomas Schultz, v. SCHULTZ T., *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford University Press, 2014 ; SCHULTZ T., « Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes », *The American Journal of Jurisprudence*, 1 janvier 2011, vol. 56, n° 1, p. 59-88.

²¹² Il s'agit du dénommé « *face-value principle* », selon lequel « *we can understand people's practices [...] if we understand the language that people use from their own point of view* » (la traduction est de notre cru), v.

réfléter les croyances et pratiques de celles et ceux que les règles visent, y compris les acteurs participant à la création du droit. Pour autant, il faut aussi savoir se méfier de discours qui, sur une période de temps étalée, peuvent finir par se contredire. Nous reviendrons longuement sur cet aspect dans nos développements ultérieurs²¹³.

En tout état de cause, l'insistance de Hart quant au rôle joué par les officiels dans l'identification des critères constituant la règle de reconnaissance nous invite à prêter une attention particulière au discours de la CJUE, en particulier à son utilisation du concept de système juridique²¹⁴.

Conclusion du chapitre

Nous avons défini le concept de système juridique comme une façon de concevoir le droit. En outre, ce concept fournit un modèle explicatif du phénomène juridique pouvant être résumé en une proposition générale : tout ou partie du droit consiste en une ou plusieurs unités autonomes.

Le droit en tant que système juridique est alors compris comme un ensemble dont les parties ont au moins une propriété commune (unité) et fournissent elles-mêmes les moyens de leur propre production (autonomie). Cette propriété et ces moyens varient en autant de compréhensions de l'unité et de l'autonomie du droit, soit en autant de conceptions du concept de système juridique.

Nous avons présenté les théories de Hans Kelsen et de H.L.A. Hart. Nous avons vu quelles sont leurs caractéristiques au regard de différentes catégories permettant de définir un système juridique. Le tableau suivant en propose un résumé, qui nous permettra par la suite de comparer les conceptions kelsénienne et hartienne :

ENDICOTT T. « Law and language » in COLEMAN J.L., S. SHAPIRO, et K.E. HIMMA (dir.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002, p. 946. Ce présupposé est lié à la méthode de l'analyse conceptuelle mise en œuvre par Hart, selon laquelle « *jurisprudence aims to give a satisfactory analysis of the uses to which the concept of "law" is put in various social practices* », v. COLEMAN J.L., LEITER B., « Legal positivism » in PATTERSON D.M. (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, *op. cit.*, p. 228. Nous y reviendrons largement à l'occasion du chapitre 4.

²¹³ V. chapitre 4, p. 151s.

²¹⁴ Cette utilisation, récurrente dans la jurisprudence de la Cour, constitue pour Julie Dickson une raison suffisante de décrire le droit de l'Union comme un système juridique. Cf. DICKSON J., « Towards a theory of European union legal systems » in DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 25-53.

	CONCEPTIONS NORMATIVISTES	
Système juridique	Conception de Kelsen	Conception de Hart
Composition	Normes	Règles
Organisation	Hiéarchie dynamique	Des règles secondaires portent sur des règles primaires
Unité	Origine commune des normes : une même norme fondamentale	Origine commune des normes : une même règle de reconnaissance
Autonomie	Création et application du droit au moyen des normes du système	Critères propres d'identification des règles appartenant au système
Existence	Si efficacité générale	Si efficacité générale et point de vue interne
Échelle	Système non nécessairement national	Système non nécessairement national
Relations	Système juridique unique : monisme, avec primauté du droit international	Pluralisme, non hiérarchisant (sauf exception ²¹⁵)

Hans Kelsen et H.L.A. Hart ont en commun de définir le système juridique comme un ensemble dont les parties sont des normes ou règles. Pour cette raison, leurs théories sont deux variantes d'une même conception normativiste du concept de système juridique.

D'autres aspects les rapprochent. Dans les deux cas, l'unité du système juridique tient à ce que ses parties ont toute une origine commune unique : une norme ou une règle appartenant au système juridique. Il peut s'agir d'une norme fondamentale ou d'une règle de reconnaissance.

Du reste, la caractérisation de l'unité du système a différentes implications pour chacune des théories. L'unité par une norme fondamentale implique que le système juridique est organisé en une hiérarchie dynamique de normes. À chaque niveau, une norme qui est autorisée par une norme supérieure autorise une norme inférieure. De cela découle une hiérarchie dont le principe dynamique tient à ce que la norme supérieure est à l'origine de la validité de la norme inférieure. Aussi, des normes priment celles qu'elles autorisent²¹⁶.

L'unité par la règle de reconnaissance implique que des règles appartiennent à un système juridique en vertu de critères fixés par les propres règles de ce système. Cela signifie que des règles qui n'ont pas été créées par ce système peuvent y produire des effets, pour autant qu'elles sont identifiées comme appartenant au système en vertu de critères fixés par ce

²¹⁵ V. p. 62.

²¹⁶ De même, dans les termes du monisme de Kelsen, on peut dire qu'un sous-système prime l'autre s'il est à l'origine de sa validité. Mais que dire si un sous-système habilite un autre sous-système à lui être supérieur ? Cette hypothèse est l'objet de longs développements dans le chapitre 3, v. p. 135s.

système. De cela ne découle aucun principe de hiérarchie entre plusieurs systèmes juridiques. Tout dépendra du contenu des règles, nécessairement contingent, et non pas de leur structure d'ensemble.

Quant à l'autonomie du système juridique chez Kelsen et Hart, nous voyons qu'elle découle directement des caractéristiques de son unité. En outre, l'autonomie tient au fait que le système juridique produit lui-même ses propres normes ou règles et détermine lui-même lesquelles ne lui appartiennent pas. L'autonomie par la norme fondamentale implique que toutes les normes du système sont habilitées à produire des effets à l'intérieur du système par les normes du système. L'autonomie par la règle de reconnaissance implique que toutes les règles appartenant au système peuvent être identifiées au moyen de critères posés par les règles du système.

Chez Kelsen comme chez Hart, l'autonomie du système juridique a une conséquence immédiate : il est aussi exclusif, c'est-à-dire que les commandements qui ne lui appartiennent pas ne l'affectent que dans la mesure où il les incorpore. C'est une idée proche ce que Giulio Itzcovich nomme l'exclusivité d'un ordre juridique, laquelle forme avec son autonomie « *l'alpha et l'oméga de l'ordre juridique* », de sorte que : « *un ordre juridique est autonome lorsqu'il entend décider par lui-même quelles normes lui appartiennent, et il exerce son autorité [ou exclusivité] en excluant le possible effet des normes qui ne lui appartiennent pas* »²¹⁷ sauf si, rajoute-t-on, le système détermine lui-même les critères de leur incorporation²¹⁸.

Aussi, l'autonomie du système juridique semble être proche de la notion de souveraineté. Pour autant, elle ne doit pas être confondue avec la souveraineté d'une entité politique, entendue comme l'ensemble des pouvoirs dont dispose un souverain illimité²¹⁹. Si le système juridique défini par Kelsen ou par Hart organise bien la mise en œuvre de certains pouvoirs, ceux-ci ne sont pas de même nature. Il s'agit de pouvoirs juridiques, c'est-à-dire portant la création et l'application des normes ou règles juridiques. Le système juridique

²¹⁷ « *A legal order is autonomous when it claims to decide by itself which norms belong to it, and exercises authority when it excludes the relevance of norms which do not belong to it* » (la traduction est de notre cru), v. ITZCOVICH G., « Legal order, legal pluralism, fundamental principles. Europe and its law in three concepts », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, n° 3, p. 364.

²¹⁸ La question de l'incorporation par un système juridique de règles ou normes dont il n'est pas à l'origine de la création est traitée dans le chapitre 3, v. p. 128s. Un seul des théoriciens ici étudiés a développé avec grande précision cette question. Il s'agit de Joseph Raz, v. RAZ J., « Incorporation by law », *Legal Theory*, 2004, vol. 10, n° 1, p. 1-17. Nous y reviendrons longuement dans le chapitre 2, v. p. 85s.

²¹⁹ Il pourrait s'agir du souverain d'Austin. On se réfère alors, selon les catégories de Michel Troper, à la souveraineté entendue comme « *puissance d'un organe, qui, étant situé au sommet d'une hiérarchie, n'est soumis à aucun contrôle et dont la volonté est productrice de droit* », HAMON F. et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 185.

organise une hiérarchie du pouvoir de créer et d'appliquer du droit. Il ne s'agit pas du pouvoir d'être à l'origine première des transformations de l'organisation sociale que pareil système juridique suggère. Aussi, le pouvoir de créer du droit ne doit pas être confondu avec le pouvoir réel de transformation sociale, soit ce que l'on peut appeler d'une manière générale le pouvoir politique.

Pour autant, le droit reste bien un phénomène intimement lié au monde social pour les conceptions normativistes. Dans tous les cas, la juridicité du système juridique est en dernière instance présumée par ses acteurs et ses sujets, que ceux-ci obéissent à une *Grundnorm* ou que leur pratique d'identification des règles converge en l'acceptation d'une même règle de reconnaissance. En outre, l'échelle nationale ou extranationale d'un système juridique tient alors à l'échelle géographique de la communauté qui en présume la juridicité. Un système juridique peut donc bien être extranational.

Par conséquent, chez Kelsen comme chez Hart, le système juridique n'a pas besoin d'être souverain pour exister. Il n'est pas par ailleurs nécessairement d'échelle nationale. Pourtant, c'est aux conceptions normativistes que sont aujourd'hui adressées la plupart des critiques contre le concept de système juridique²²⁰. Le chapitre 3 sera l'occasion de s'y arrêter longuement²²¹.

²²⁰ Pour la littérature évoluant dans le champ du transnational, explique Kaarlo Tuori, les théories de Kelsen et de Hart constituent le cœur d'une conception du droit liée à l'État qui doit être abandonnée, un « modèle [qui] repose sur la (co-)existence d'ordres juridiques étatiques fondés sur la territorialité, chacun d'entre eux revendiquant la compétence exclusive au sein de leurs espaces sociaux respectifs définis territorialement, et du droit international limité à régler les relations extérieures entre États souverains. Dans les rapports de droit interne, selon le principe d'exclusivité, les États souverains sont supposés se considérer les uns les autres comme étant des "boîtes noires" ». L'expression est de William Twining, cité par TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *op. cit.*, p. 10-11.

²²¹ Cf. p. 113s.

Chapitre 2. Les conceptions institutionnalistes

Introduction

Dans ce second chapitre, nous allons nous intéresser aux conceptions institutionnalistes du concept de système juridique de Joseph Raz (**Section 1**) et de Neil MacCormick (**Section 2**). Par opposition aux conceptions normativistes, étudiées dans le premier chapitre, le droit n'est plus alors conçu comme se composant exclusivement de normes ou règles. Il se compose aussi d'institutions, lesquelles jouent une importance décisive dans le fonctionnement de tout système juridique visé par ces théories.

Cette importance mise sur le rôle d'institutions dans le fonctionnement du droit est un point commun à tous les institutionnalismes. Tous ne se valent pas. Aussi, on peut distinguer entre un institutionnalisme classique et un néo-institutionnalisme. Selon le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*²²², l'institutionnalisme classique se place d'abord en réaction par rapport au normativisme, entendant mettre en évidence dans le fonctionnement du droit l'importance primordiale d'entités non réductibles à des normes juridiques, à savoir des institutions. Cette démarche a notamment été portée en France par Maurice Hauriou²²³ et en Italie par Santi Romano. Le premier entend faire du droit un simple moment de l'institution, un élément stabilisateur qui l'ancre dans la durée en garantissant, par exemple, que ne soit trahie la dite « idée d'œuvre » sous-jacente à l'institution²²⁴. Nous écartons de la présente étude cette démarche, qui par trop dilue le droit dans un concept d'institution complexe qui semble pouvoir être réductible au pouvoir politique même, et en tout cas nous éloigne de l'idée centrale d'autonomie défendue dans notre définition du concept de système juridique²²⁵. Le second, Santi Romano, a fameusement assimilé l'ordre juridique à l'institution²²⁶. Nous faisons le choix de ne pas l'intégrer à la présente étude, qui se concentre sur des auteurs nous apparaissant comme ayant marqué plus durablement une éventuelle culture juridique européenne. C'est un choix difficile, qui nous privera notamment du concept de relevance entre ordres juridiques²²⁷. Sous une forme ou une autre toutefois,

²²² « Institutionnelle (Théorie – du droit) » in ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 307.

²²³ HAURIU M., « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1933, p. 89-128.

²²⁴ MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, 30/31, p. 381-412.

²²⁵ V. p. 28s.

²²⁶ SANTI R., *L'ordre juridique*, op. cit., p. 29s.

²²⁷ « Pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit

nous le retrouverons chez les auteurs institutionnalistes ici étudiés²²⁸.

Le néo-institutionnalisme quant à lui ne se présente pas comme un institutionnalisme classique renouvelé²²⁹. Plutôt, il se base sur de nouveaux concepts, et notamment celui de faits institutionnels développé dans les travaux de John Searle. Neil MacCormick a beaucoup œuvré au développement de ce second institutionnalisme. Par ailleurs, ce théoricien du droit écossais, ancien élu du Parlement européen, a contribué au développement d'une doctrine aujourd'hui très influente dans le champ des études juridiques européennes. Aussi, il est une étape obligatoire pour la présente étude.

Le cas de Joseph Raz semble quant à lui, de prime abord, plus controversé. Sa théorie du droit n'est pas habituellement classée comme relevant de l'institutionnalisme. On a même pu le rapprocher des conceptions normativistes²³⁰. Pour autant, Raz insiste lui-même à de nombreuses reprises et jusque dans des publications récentes sur l'aspect essentiellement institutionnel de toute « chose » juridique²³¹. Aussi, et comme le montreront les développements suivants, cette appellation nous semble être entièrement justifiée.

Aussi, nous présenterons ces deux conceptions institutionnalistes sur le modèle de ce qui a été fait dans le premier chapitre. Chacune sera résumée et ses aspects subsumés sous les catégories de la définition du concept de système juridique mentionnée en introduction. Enfin, pour chaque section, nous conclurons le propos sur la correspondance de chacune des conceptions avec la compréhension qu'ont du droit les acteurs institutionnels dans le contexte de l'Union européenne.

conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier », v. *Ibid.*, p. 106.

²²⁸ Notamment chez Joseph Raz à travers le caractère d'ouverture des systèmes juridiques (v. p. 85s) et chez Neil MacCormick à travers son pluralisme juridique non hiérarchisant (v. p. 100s)

²²⁹ « Institutionnelle (Théorie – du droit) » in ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 308.

²³⁰ Nous pensons à l'analyse qu'ont fait de sa théorie Michael Giudice et Keith Culver, sur laquelle nous reviens longuement dans le chapitre 3, v. p. 120s.

²³¹ Par exemple en 2013 : « *what are law-related features? The law, we say, and I do not mean just state law, is a normative social institution. The traditional view, which is mine as well, sees the new element, additional to those present in all practice-based rules, in the institutional aspect that is essential to anything legal* », v. RAZ J., « Why the State », *King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2013, n° 2014-38, p. 6.

Section 1. La conception de Joseph Raz

Élève de H.L.A. Hart à Oxford, Joseph Raz est devenu l'un des plus importants contributeurs de la théorie du droit anglo-saxonne d'inspiration positiviste. L'analyse qu'il fournit du concept de système juridique se déploie sur deux ouvrages publiés à plusieurs années d'intervalle. Dans sa thèse de doctorat intitulée *The concept of a legal system*²³² et publiée en 1970, les éléments principaux d'une théorie des systèmes juridiques sont d'ores et déjà agencés. Ils seront complétés, parfois amendés ou remplacés, en 1979 dans *The authority of law*²³³. L'exercice d'une présentation synthétique et cohérente de la théorie des systèmes juridiques de Raz est donc compliqué par les changements et modifications qui s'opèrent au sein d'une pensée en nécessaire évolution. Il n'est toutefois pas vain de s'y atteler, d'en présenter les grands traits, pertinents pour la présente étude. C'est ce qu'entendent entreprendre les considérations de cette section.

Dans un premier temps, il s'agira de rendre compte de l'approche que Raz a de la théorie du droit (I). L'exposé de ses présupposés métathéoriques et épistémologiques permettra alors d'entrer dans le cœur de la conception « razienne » du concept de système juridique. Nous verrons que pour ce théoricien, le droit est un type singulier de système institutionnalisé de dites « lois »²³⁴ (II). En outre, il se distingue de tous les autres et forme un système juridique pour revêtir une autorité proprement unique, autorité que révèlent ses interactions avec les autres systèmes, juridiques ou non (III).

I. Présupposés épistémologiques et métathéoriques

Raz appartient à la longue tradition du positivisme juridique anglo-saxon. Aussi, sa théorie des systèmes juridiques partage de nombreux aspects avec certains de ses illustres prédécesseurs, en particulier avec Hart. Avec plus de précision que ces derniers toutefois, il a beaucoup œuvré à définir, avec précision et une complexité certaine, le contenu d'un positivisme juridique dit « exclusif » (A). Son approche, propre, n'est pas sans influence sur le contenu de sa théorie des systèmes juridiques, laquelle se double d'une métathéorie informée par son positivisme juridique (B).

²³² RAZ J., *The concept of a legal system*, 2^e éd., Oxford : New York, Clarendon Press; Oxford University Press, 1980.

²³³ RAZ J., *The authority of law*, *op. cit.*

²³⁴ Comme nous le verrons, chez Raz, « loi » est employée pour désigner des éléments composant le droit. S'il emploie parfois comme synonyme « règle » nous privilégierons par simplification « loi ». En revanche, « norme » ne peut plus être employé comme une expression synonyme dans la théorie razienne, v. p. 77s.

A. Un positivisme juridique « exclusif »

Le cadre théorique positiviste dans lequel Raz évolue s'accorde autour de deux thèses fondamentales et non sans conséquences pour le concept de système juridique.

La première thèse, dite « social thesis » en anglais, est centrale dans le champ du positivisme juridique contemporain. Elle consiste en un énoncé en apparence simple : la détermination de « *ce qui est du droit et de ce qui n'en est pas est une question de fait social* »²³⁵. Le droit étant une construction sociale, sa définition ainsi que celle du système juridique reposent sur l'étude et la compréhension de faits sociaux. Sur ce point, Raz s'aligne en particulier avec Hart, lequel se revendiquait d'une sociologie descriptive comme on l'a vu²³⁶.

Les faits sociaux au cœur de la thèse positiviste de Raz sont des éléments « *nécessaires* » et « *suffisants* » pour identifier « ce qui est du droit »²³⁷. Aussi, toute référence à la morale est exclue : « *la valeur morale du droit (aussi bien d'une loi particulière que de l'ensemble d'un système juridique) ou le mérite morale qu'il a est un problème contingent dépendant du contenu du droit et des circonstances de la société dans laquelle il s'applique* »²³⁸.

De ces considérations, découle la seconde thèse centrale du positivisme juridique contemporain, dite « separation thesis » en anglais, et à laquelle souscrit Raz : il n'y a aucune connexion nécessaire entre le droit et la morale. Plutôt, il y a une stricte séparation que le théoricien exprime en une théorie des sources : l'identification du droit ne repose pas sur des arguments d'ordre moral²³⁹. Aussi, « ce qui est du droit » est du droit pour des raisons indépendantes de la morale.

Raz identifie ainsi deux types de sources du droit : celles « *formelles* », constituées des actes des autorités habilités par le droit à identifier ce qui est du droit, et celles « *interprétatives* », constituées de l'ensemble du matériel mobilisé par ces autorités pour identifier ce qui est du droit²⁴⁰.

Ces sources créatrices de droit ne sont jamais valides en vertu de critères moraux. Par exemple, si un juge se réfère à un principe moral pour trancher un litige, on peut considérer que la règle individuelle qu'il édicte prend sa source dans la morale, au sens où elle s'en

²³⁵ RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 37. Cette traduction, comme toutes celles à suivre des ouvrages de Joseph Raz, est de notre cru.

²³⁶ V. p. 50.

²³⁷ RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 40.

²³⁸ *Ibid.*, p. 37.

²³⁹ *Ibid.*, p. 47.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 47-48.

inspire. En revanche, ce n'est pas la morale qui rend cette source valide, mais l'acte qui habilite le juge à s'y référer. Et c'est cet acte seulement qui fait de la décision du juge un acte juridique, non pas la morale. Aussi, Raz appartient au dit positivisme juridique « exclusif » : la morale n'est *jamais* un critère de la validité du droit²⁴¹.

Cela étant dit, il n'y a pas de contradiction à affirmer que le droit entend revêtir une certaine autorité légitime auprès de ses acteurs et sujets. En effet, selon Raz, le droit se caractérise notamment par l'effet qu'il opère sur les raisons motivant les comportements des individus du groupe social au sein duquel il est en vigueur. C'est là un aspect normatif du droit sur lequel nous reviendrons : le droit guide les comportements.

En les contraignant par l'obligation ou l'interdiction, le droit non seulement défend ou autorise de commettre une action A, mais aussi oblige à considérer ou à déconsidérer les raisons qui justifieraient pour un individu de commettre ou de ne pas commettre A, selon que A est interdit ou non. En ce sens, le droit fournit des raisons pour l'action.

Non seulement ces raisons entendent prévaloir sur toute autre qui se présenterait à l'esprit d'un individu, mais elles entendent aussi être « *des raisons valides ou justifiables* »²⁴² et qui *doivent* être regardées. C'est en ce sens que l'autorité dont se revendique le droit entend être légitime. Ce qui ne veut pas dire que le droit est légitime, ni que ces raisons sont effectivement observées par les individus. C'est pourquoi Raz affirme seulement que le droit « *se revendique d'une autorité légitime* »²⁴³.

Sa proposition est à comprendre comme un « *énoncé juridique distant* », dont « *l'expression ne lie pas le locuteur au jugement normatif exprimé* »²⁴⁴. Ce faisant, le positivisme juridique de Raz se compose d'un versant méthodologique : toute théorie du droit décrit le droit et sépare les discours descriptifs de ceux prescriptifs en respectant une neutralité axiologique²⁴⁵.

B. Métathéorie des systèmes juridiques : un système interne et externe

La théorie des systèmes juridiques de Raz se double d'une métathéorie normative

²⁴¹ C'est notamment sur ce point que le positivisme de Joseph Raz s'oppose à celui de H.L.A. Hart, dit quant à lui « inclusif » car les principes moraux sont considérés comme *pouvant* être des critères de validité du droit. Sur ce point, v. HIMMA K.E., « Inclusive legal positivism », in COLEMAN J.L., S. SHAPIRO, et K.E. HIMMA (dir.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, op. cit., p. 125. Pour un aperçu du débat entre Hart et Ronald Dworkin, sur la base duquel s'est construite la distinction entre positivismes inclusif et exclusif, v. COLEMAN J.L., « Negative and positive positivism », *The Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 11, n° 1, p. 139-164.

²⁴² RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 29.

²⁴³ *Ibid.*, p. 30.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 153.

²⁴⁵ Conformément au positivisme juridique de Norberto Bobbio défini plus haut, v. *supra* note n°64.

portant sur ce que doit contenir toute théorie générale des systèmes juridiques. Il est explicite sur ce point, affirmant en somme que « *une théorie complète du système juridique consiste à apporter des solutions aux quatre problèmes suivants* »²⁴⁶ : l'existence d'un système juridique, qui permet de déterminer si un système de droit est ou non en vigueur ; son identité, qui fournit les critères en vertu desquels il est possible de dire d'une loi qu'elle appartient ou non à un système juridique déterminé ; sa structure, qui révèle le type d'éléments appartenant à tout système ainsi que les caractéristiques de leurs interrelations ; enfin son contenu, identifiant la ou les lois qui existeraient dans tout système dès lors qu'il est juridique²⁴⁷.

Nous reviendrons longuement sur ces aspects dans les pages suivantes. Pour l'heure, il s'agit d'identifier ce que le contenu métathéorique du propos de Raz nous permet de comprendre de la nature des systèmes juridiques. Aussi, nous verrons que, au regard de la distinction de Losano entre systèmes juridiques interne et externe²⁴⁸, la théorie de Raz peut être interprétée de façon à obtenir un résultat particulièrement pertinent pour la présente étude. On verra que le système juridique qu'il définit est ainsi susceptible d'être interprété de façon à ce qu'il revête à la fois les traits d'un système interne (1) et ceux d'un système externe (2).

1) Un système juridique interne

La théorie des systèmes juridiques de Raz entend être générale. Pour l'auteur, toute théorie générale portant sur un objet donné X doit être en mesure de rendre compte d'un certain nombre d'aspects de X valant pour tout X, de sorte que cette théorie reflète la nature de X²⁴⁹. Une théorie générale est en ce sens universelle. Généralité et universalité vont de paire.

Cette démarche assigne une fonction spécifique au discours connaissant de la théorie du droit : sur un plan épistémologique, il y a entre le sujet connaissant (l'observateur) et l'objet de la connaissance un fossé que le discours connaissant (produit par l'observateur) entend combler. Si bien que le discours du sujet connaissant entend fournir une description exacte de l'objet de connaissance, de ce qu'il est *vraiment*. Sa nature est donc de l'ordre du connaissable. En ce sens, Raz est un empiriste²⁵⁰. C'est de notre avis pour cette raison que son discours

²⁴⁶ RAZ J., *The concept of a legal system*, op. cit., p. 1-2.

²⁴⁷ Sur la question du contenu des lois composant un système juridique, Raz ne formule pas de proposition. Et la définition qu'il propose du système juridique ne se base pas sur un contenu minimal qu'aurait tout système.

²⁴⁸ V. p. 26-27.

²⁴⁹ RAZ J., « Can there be a theory of law ? », M.P. GOLDING et W.A. EDMUNDSON (dir.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Malden, MA, Blackwell, coll. « Blackwell philosophy guides », n° 18, 2005, p. 324-342.

²⁵⁰ Selon une compréhension de l'empirisme qu'énonce ainsi le théoricien du droit italien Aldo Schiavello : « pour l'empirisme, l'esprit humain fonctionne comme un miroir capable de "refléter la réalité". En d'autres

abonde de référence à la nature, à l'essence ou encore aux caractéristiques essentielles²⁵¹.

Pour autant, Raz formule le choix de ne rendre compte dans sa définition que des systèmes juridiques étatiques ou nationaux ceux-ci occupant dans la réalité juridique, de son avis, une place « *suffisamment importante et suffisamment différente* » pour être étudiés en tant que tels²⁵². Encore dans des publications récentes, Raz justifie cet intérêt privilégié de la théorie du droit pour l'État, « *organisation sociale basée sur du droit la plus complète* »²⁵³, et par conséquent digne d'un plus grand intérêt. C'est donc dans un paradigme étatique que se déploie son approche du concept de système juridique.

Cette démarche méthodologique de découverte d'un objet de la réalité est compatible avec le fait qu'une théorie générale délimite au préalable les dimensions de son enquête. Les traits universels identifiés ne vaudront que pour l'objet défini. Raz est très explicite sur ce point : sa théorie générale des systèmes juridiques prend pour objet les systèmes juridiques nationaux. Sa validité universelle s'arrête donc aux frontières du droit international, des régimes transnationaux ou encore du droit de l'Union européenne. Sa théorie n'est universelle et valide que dans les limites stipulées de l'objet.

Sur cette base, on voit bien que la théorie générale des systèmes juridiques de Raz entend rendre compte de la nature des systèmes juridiques, de ce qu'ils sont en tant qu'objets de la réalité. Aussi, au regard de la distinction de Losano, le système juridique razien est interne. Il n'est pas construit mais découvert par le théoricien.

2) Un système juridique aussi externe

L'ouvrage principal de Raz sur la théorie des systèmes juridiques s'intitule *Le concept de système juridique*²⁵⁴. L'occurrence du mot « concept » n'est pas un hasard, et le théoricien développe bien une approche générale des concepts. Il en fournit une explication détaillée à propos du concept de droit²⁵⁵. Elle vaut aussi pour le concept de système juridique : dans la mesure où le système juridique est un outil de définition du droit, ce qui vaut pour un concept vaut également pour l'autre.

Pour bien saisir ce que Raz entend par « concept », il convient d'isoler la part

termes, pour l'empirisme la réalité (la réalité en soi) est le juge ultime de l'exactitude de nos connaissances... » (la traduction est de notre cru), v. SCHIAVELLO A., « Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa », *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2014, n° 37, p. 195-196. Nous reviendrons largement sur ces considérations épistémologiques dans le chapitre 4.

²⁵¹ On trouve de nombreuses occurrences de ces expressions dans l'ensemble des ouvrages précités de Raz. À titre d'exemple, v. en particulier *supra* note n° 249.

²⁵² RAZ J., *The authority of law*, *op. cit.*, p. 104-105.

²⁵³ RAZ J., « Why the State », *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁴ RAZ J., *The concept of a legal system*, *op. cit.*

²⁵⁵ RAZ J., « Can there be a theory of law ? », *op. cit.*

épistémologique de sa théorie du droit, c'est-à-dire sa compréhension de la méthode par laquelle une science du droit construit la scientificité de ses propositions. Elle le fait notamment au moyen des concepts, que les théoriciens utilisent pour identifier les caractéristiques nécessaires de certains objets du phénomène juridique. Par exemple, pour Raz, le concept de système juridique rend compte des caractéristiques nécessaires de tout système juridique.

Aussi, continue Raz : « *les concepts (...) sont placés entre le monde, aspects duquel ils sont les concepts, et les mots ou phrases qui les expriment (les concepts) et sont utilisés pour parler de ces aspects du monde* »²⁵⁶. Aux termes de notre distinction entre sujet connaissant et objet de la connaissance, ces considérations de Raz nous amènent à penser que les concepts constituent un entre-deux entre le discours connaissant produit par le sujet (les mots) et l'objet de la connaissance (le monde, soit les choses).

En outre, le concept se construit par induction à partir du matériel que fournit la réalité. C'est ainsi que Raz peut dire que « *une complète compréhension d'un concept consiste à connaître et comprendre tous les traits nécessaires de ses objets* »²⁵⁷. En l'espèce, la compréhension du concept de système juridique consiste dans la compréhension de la nature des systèmes juridiques nationaux. Mais la méthode n'est pas qu'inductive. On le comprend lorsque Raz ajoute, à propos du droit : « *en améliorant notre compréhension de la nature du droit nous [théoriciens] présumons une compréhension du concept de droit* », de sorte que « *le concept de droit signifie en réalité notre concept de droit* »²⁵⁸. Par conséquent, le concept de système juridique se construit aussi par déduction des présupposés et de la compréhension *a priori* que le sujet connaissant a de la nature des systèmes juridiques. En ce sens, le concept est situé, il n'est pas universel. Pour autant, l'entreprise de connaissance reste à prétention universelle : « *alors que le concept de droit est local, i.e. toutes les sociétés ne l'ont pas, notre investigation est universelle en ce qu'elle explore la nature du droit* »²⁵⁹.

Il nous faut donc nuancer l'empirisme que nous avons identifié chez Raz. Le discours connaissant sur X prend bien pour objet la nature de X et entend la découvrir, mais il se construit aussi par les présupposés et éléments culturels construits chez le sujet connaissant. De sorte que le concept est cet entre-deux entre les mots et les choses, entre le sujet et l'objet.

À partir de cette analyse des travaux de Raz, nous pouvons extraire une idée essentielle pour la suite de nos développements. Si le concept est entre le sujet et l'objet, alors

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 325.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 326.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 331.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 332. Nous avons fait le choix de traduire l'adjectif « parochial » par « local ».

une théorie générale des systèmes juridiques peut consister à la fois en une découverte de la nature des systèmes juridiques ainsi qu'en une construction intellectuelle culturellement et historiquement située par laquelle le droit est pensé comme un système juridique. Aussi, selon les termes de la distinction de Losano, le système juridique se trouve être alors à la fois interne et externe, soit respectivement découvert et construit par le théoricien. Il est à la fois objet et véhicule de la connaissance.

En tant qu'objet de la connaissance, le caractère systémique du droit est une caractéristique essentielle de la nature du droit. En tant que véhicule de la connaissance, le caractère systémique du droit est un moyen d'identifier la nature du droit. Dans ce dernier cas, le droit est construit en tant que système, c'est-à-dire *systématisé*. Et si le système juridique est à la fois objet et véhicule de la connaissance, alors en décrivant le système juridique s'opère une part de la systématisation du droit.

Ce point est décisif pour toute analyse qui se donne pour objet les discours portant sur la compréhension du droit en tant que système juridique. Un énoncé descriptif qualifiant le droit de système participe à la construction du droit en tant que système.

Toutefois, Joseph Raz n'arrive pas à pareilles conclusions, fruits de notre propre interprétation de sa théorie. L'idée que nous en extrayons nous amènera plus loin²⁶⁰ à une autre selon laquelle le caractère systémique du droit opère comme un idéal régulateur de l'activité des juristes, dont les discours sont marqués de ce présupposé. De sorte que le système apparaît comme « *un idéal régulateur qui guide et informe les propres activités de la dogmatique et de la théorie du droit, comme aussi, quoique dans une diverse mesure, les activités du législateur* »²⁶¹.

II. Le droit : un système de lois institutionnalisés

Dans le paradigme razien, le droit apparaît nécessairement sous la forme d'un système juridique. Ce recours au caractère systémique du droit est un outil permettant à Raz de définir le droit²⁶², de sorte qu'un observateur puisse dire : il y a du droit dès lors qu'il y a un système juridique et tout élément composant le droit appartient nécessairement à un système juridique.

Par conséquent, pour Raz, il y a entre le droit et le système juridique une relation de parfaite identité : s'il y a du droit, il y a un système juridique. Et les formes d'organisation sociale qui ne revêtent pas les caractéristiques essentielles et nécessaires d'un système

²⁶⁰ Cf. Chapitre 4, p. 174s.

²⁶¹ RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, op. cit., p. 36.

²⁶² RAZ J., *The concept of a legal system*, op. cit., p. 1 ; RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 78.

juridique ne constituent pas du droit²⁶³. Aussi, sa théorie des systèmes juridiques entend rendre compte de la nature de tout système juridique national, et par là de la nature du droit même.

Selon Raz, le droit est un système normatif institutionnalisé organisant l'exercice de la coercition. Pour autant, comme nous allons le voir, si ces caractéristiques sont communes à tout système juridique, elles ne sont pas suffisantes pour identifier un système juridique étatique.

Héritier du positivisme juridique, Raz identifie trois caractéristiques classiquement attribuées au droit, à savoir que celui-ci est « *normatif, institutionnalisé et coercitif* »²⁶⁴. Quant à la coercition, Raz remarque à juste titre et à la suite de Hart, que toute loi ne met pas nécessairement en œuvre d'obligation ; qu'en outre certaines ne peuvent être suivies de sanctions puisqu'elles ne prescrivent aucun comportement. D'ailleurs, toutes les sanctions ne sont pas de nature coercitive : Raz prend l'exemple du retrait de droit, qui opère une sanction sans pour autant mettre en œuvre l'exercice de la force²⁶⁵.

Ce sont avant toute chose les deux autres caractéristiques du droit qui permettent d'identifier des aspects communs à tout système juridique. D'une part, la normativité du droit, qui chez Raz n'est pas réductible au normativisme, implique pour le droit d'être un système de *lois* (**A**). D'autre part, le caractère institutionnalisé du droit, au cœur de la théorie razienne, implique que le droit se compose aussi d'institutions (**B**).

A. Un système de lois

Une des caractéristiques essentielles du droit tient à son caractère normatif. La normativité du droit n'implique pas pour autant que tous les éléments composant les systèmes juridiques soient des normes, ni que toute norme prescrive des comportements sur le mode de ce qu'affirment les approches impérativistes du droit, telles que celles d'Austin ou de Kelsen.

En outre, Raz se démarque en affirmant que « *les normes sont des guides pour le comportement* »²⁶⁶, guides qui ne prescrivent pas nécessairement la commission ou l'omission d'une certaine action. En ce sens, et à la suite de Hart, Raz introduit une distinction entre les normes qui imposent des devoirs (ou « D-laws », pour « duty-imposing laws » en anglais²⁶⁷) et les normes conférant des pouvoirs (ou « P-laws », pour « power-conferring laws » en

²⁶³ Évoquant des formes d'organisation sociale en général, Raz indique notamment que « *si elles ne revêtent pas les aspects essentiels du droit, elles ne sont pas systèmes juridiques* », v. RAZ J., « Can there be a theory of law ? », *op. cit.*, p. 328.

²⁶⁴ RAZ J., *The concept of a legal system*, *op. cit.*, p. 3.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 185.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 156.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 146.

anglais²⁶⁸). Toutes deux guident les comportements, mais n'obligent pas nécessairement à la réalisation d'un certain comportement qui serait prescrit par la norme. Les dites « P-laws » offrent ainsi des possibilités pour l'action qui ne sauraient être comprises comme des obligations. Elles guident mais n'obligent pas.

Aussi, la normativité du droit ne conduit par Raz à s'inscrire dans la lignée du normativisme kelsénien. Le droit n'est pas du droit pour former une somme unique de normes, comme chez Kelsen. Pour Raz, le droit n'est pas réductible à une seule et même unité, à un atome à partir duquel sa diversité se construirait. Tous les éléments composant un système juridique ne sont pas des normes.

En outre, Raz introduit une distinction entre les lois, qui sont les éléments génériques composant un système juridique, et les normes qui sont un type particulier de lois ayant pour fonction de guider les comportements²⁶⁹. Cet aspect est important au regard de la définition du système juridique : les éléments le constituant ne se rapportent à aucune nature unique. Le système est pluriel, il se compose d'éléments hétérogènes : entre autres de lois et de normes, mais aussi d'institutions comme nous allons le voir plus loin²⁷⁰.

La critique d'une approche traditionnelle de la normativité du droit conduit ainsi Raz à identifier divers types de composants du système juridique. En outre, le rôle des lois et normes est primordial dans la structure d'un système juridique. En effet, pour Raz, ces lois ont des « *relations internes aux normes juridiques, i.e. elles affectent l'existence et l'application des normes juridiques* »²⁷¹. Ainsi, la structure spécifique du système juridique, son organisation, tient à une interdépendance de ses éléments constitutifs relativement indéterminée. Elle n'est pas rattachable, comme chez Kelsen ou Hart, à une origine commune.

À propos de lois qui ne sont pas des normes, Raz ne se veut pas exhaustif et ne donne que quelques exemples, notamment celui des lois qui accordent des permissions²⁷². En outre, elles peuvent offrir, par exemple, à un organe d'application du droit la possibilité d'appliquer une sanction. En revanche, les lois qui obligent une autorité à appliquer une sanction constituent quant à elles un sous-type de « D-law », soit des normes coextensives à une autre « D-law ». Là encore, on voit que le système juridique se caractérise par les relations mutuelles qu'entretiennent les éléments qui le composent. C'est cette structure qui fait du

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 156.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 168. En anglais, Raz emploie « laws » et « norms », que nous choisissons de traduire respectivement par « lois » et « normes ».

²⁷⁰ *V.* p. 79s.

²⁷¹ RAZ J., *The concept of a legal system, op. cit.*, p. 169.

²⁷² En anglais « permission-granting laws » ou « M-laws ». Raz donne un second exemple : les lois instituant des droits (ou en anglais « laws instituting rights »), lesquelles spécifient les conditions d'acquisition, d'exercice et de perte d'un droit subjectif, v. *Ibid.*, p. 176.

droit un « *système de lois intimement liées* »²⁷³.

L'idée que tout système juridique est composé de différents types de lois est tout à fait proche de celle de H.L.A. Hart, pour qui le droit est un système composé de règles secondaires et de règles primaires. Aussi, l'originalité de la théorie de Joseph Raz est ailleurs. Elle tient à ce que le système juridique se compose aussi d'institutions.

B. Un système institutionnalisé

Une autre caractéristique essentielle du droit tient à son caractère institutionnel. C'est ici véritablement que se mesure l'apport de Raz quant à une théorie des systèmes juridiques. Sa proposition peut être résumée succinctement : le droit est institutionnalisé en ce que « *son application et sa modification est en grande partie réalisée et régulée par des institutions* »²⁷⁴.

En outre, au moyen de ses lois, le droit met en place ces institutions, c'est-à-dire des autorités habilitées à appliquer, modifier et créer du droit. Ce faisant, c'est le droit lui-même qui veille à son propre fonctionnement ; de sorte qu'il constitue un ensemble autonome, soit un système juridique composé de lois, et d'institutions²⁷⁵.

Le caractère institutionnalisé du droit est en lien direct avec les prescriptions métathéoriques que formule Raz à propos du contenu de toute description complète des systèmes juridiques, en l'occurrence avec leur identité. Une théorie du système juridique doit en effet fournir un critère d'identité qui « *détermine le système auquel une certaine loi appartient* »²⁷⁶.

Cette proposition est double, selon qu'elle s'analyse d'un point de vue synchronique (à l'instant t_1) ou d'un point de vue diachronique (à l'instant $t_{1...n}$). L'identité d'un système juridique s'étendant sur un certain laps de temps se réfère à la durée de ce que Raz appelle alors un « *système juridique non momentané* »²⁷⁷. Sur ce point, à la différence de Kelsen, il s'interdit toute pureté et admet que la durée d'un tel système juridique, *i.e.* la continuité de sa validité et de son efficacité, se rapporte aussi aux changements intervenus au sein du groupe social dont il est le système juridique²⁷⁸. Dès lors, l'identité diachronique d'un système juridique ne se rapporte pas uniquement à la substance ou à l'impact de la rupture qu'opèrerait dans son contenu un changement constitutionnel, mais également à l'identité même du groupe

²⁷³ *Ibid.*, p. 187.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 3.

²⁷⁵ RAZ J., *The authority of law*, *op. cit.*, p. 80.

²⁷⁶ RAZ J., *The concept of a legal system*, *op. cit.*, p. 1.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 187s.

²⁷⁸ Aussi, il n'est pas surprenant que l'analyse de Julie Dickson, inspirée de l'approche de Raz, en appelle à un critère socio-politique pour définir l'identité du système juridique de l'Union européenne, v. DICKSON J., « *Towards a theory of European union legal systems* » in DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 51.

social où il est en vigueur et de ses changements propres.

Néanmoins, ce n'est pas sur ce point que Raz arrête son attention. Son propos s'oriente principalement sur l'identité des systèmes juridiques entendue d'un point de vue synchronique. Il s'agit ici d'identifier toutes les lois qui à l'instant t appartiennent à un système juridique déterminé, soit un « *système juridique momentané* »²⁷⁹. Il n'est plus alors question de la durée d'un système mais de son étendue à t_1 , autrement dit de son « *unité formelle* », c'est-à-dire « *du critère ou de l'ensemble des critères qui détermine quelles lois font partie du système et lesquelles ne le font pas* »²⁸⁰. Il s'agit donc de critères d'appartenance au système juridique.

Sur ce point, Raz suit la voie introduite par John William Salmond²⁸¹, puis reprise par H.L.A. Hart, et adopte le principe d'une « *reconnaissance habilitée* »²⁸² : appartient au système juridique tout ce qui est reconnu comme y appartenant, directement ou non, par les autorités disposant du pouvoir d'appliquer le droit, soit les organes d'application du droit qu'institue le système juridique lui-même. Ce faisant, la théorie du droit déplace son attention des autorités de création du droit pour se concentrer sur le rôle joué par les autorités d'application, somme toute : le théoricien razien s'intéresse moins au législateur qu'au juge.

Aussi, la mise en évidence de la fonction jouée par cette reconnaissance permet à Raz de poser un critère d'existence des systèmes juridiques : « *la reconnaissance par les organes d'application du droit est une condition nécessaire à l'existence du droit* »²⁸³. C'est la réalisation effective d'une fonction remplie par des institutions créées par le système juridique lui-même qui permet de dire de celui-ci qu'il est en vigueur. C'est du respect des normes qui s'adressent aux organes d'application du droit que dépend l'existence d'un système juridique.

Mais tous les organes assurant cette fonction ne sont pas de même importance. Pareille reconnaissance revêt une autorité variable, fonction de la place qu'occupe tel ou tel organe dans la hiérarchie des organes d'application. Selon Raz, importe la reconnaissance des organes qui ont le dernier mot, à savoir : les « *institutions primaires* » ou « *organes primaires d'application du droit* »²⁸⁴, c'est-à-dire ceux dont les décisions ont une autorité finale et absolue²⁸⁵. Aussi, l'identité synchronique d'un système juridique peut être définie de la sorte : « *un système juridique momentané contient toutes, et seulement toutes, les lois reconnues par*

²⁷⁹ RAZ J., *The concept of a legal system*, op. cit., p. 189s.

²⁸⁰ RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 79.

²⁸¹ SALMOND J.W., *Jurisprudence or the theory of law*, London, Stevens & Haynes, 1902.

²⁸² RAZ J., *The concept of a legal system*, op. cit., p. 190.

²⁸³ RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 87.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 108.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 110.

*un organe primaire d'application du droit qu'il institue »*²⁸⁶.

Cette reconnaissance a donc pour fonction de mettre en place des critères d'identification des lois appartenant au système. On voit que, sous cette configuration, l'approche du système juridique de Raz est très proche de celle de Hart et de la fonction que joue la règle de reconnaissance chez ce dernier. Pour autant, il ne faut pas confondre ces deux reconnaissances : chez Hart, explique Raz, la règle de reconnaissance est un ensemble de pratiques regroupant l'ensemble des critères de validité, c'est-à-dire « *l'ensemble des conditions posées par le droit, est dont la satisfaction est suffisante pour être une loi du système* »²⁸⁷.

Or, ajoute Raz, il est faux de penser qu'un seul et même type de règle regrouperait l'ensemble des critères de validité. Il n'y a pas seulement des règles de reconnaissance qui ont pour fonction d'identifier les règles appartenant au système. Par exemple, les normes conférant des pouvoirs²⁸⁸ posent aussi des critères de validité lorsqu'elles confèrent à un organe le pouvoir d'appliquer du droit. Par ailleurs, un système juridique ne détermine pas l'ensemble de ses critères de validité si certains apparaissent dans des lois qui lui préexistent. Alors, ces critères prennent la forme de normes d'un autre type : elles sont des prescriptions ordinaires adressée aux organes d'application du droit et qui s'imposent à eux²⁸⁹.

Aussi, ce n'est que de façon partielle qu'il peut exister une pratique du précédent mise en place par les organes d'application du droit eux-mêmes. Dans ce cas seulement, pour Raz, il sera possible de parler de « *lois ou règles de reconnaissance* » qui, nées de la pratique, s'imposent également aux juges²⁹⁰.

Toutefois, remarque-t-il, le droit ne dit pas toujours *clairement* quelle loi s'impose au juge dans à une situation particulière. C'est ainsi que le théoricien est conduit à admettre que les organes d'application du droit réalisent aussi des choix à l'heure d'identifier les lois à appliquer dans des cas particulièrement indéterminés. Mais cette discrétion n'est que partielle, selon lui, et s'accompagne de dites « *lois ultimes de discrétion* »²⁹¹ qui, censées guider le choix de ces organes, s'imposent également à eux. De sorte qu'il soit possible de dire que « *ne fait partie du système juridique que ce qui est une règle de reconnaissance du système ou ce qui doit être reconnu et appliqué par les cours* »²⁹².

²⁸⁶ RAZ J., *The concept of a legal system*, op. cit., p. 192.

²⁸⁷ RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 95.

²⁸⁸ Ou « P-laws », v. p. 77-78..

²⁸⁹ Soit des « D-laws », v. p. 77.

²⁹⁰ Soit en anglais « laws of recognition », v. RAZ J., *The authority of law*, op. cit., p. 96.

²⁹¹ Ou « ultimate laws of discretion » en anglais, v. *Ibid.*, p. 95-96.

²⁹² *Ibid.*, p. 97.

Cette proposition de Raz présuppose une certaine idée quant à l'activité d'interprétation. Pour s'en convaincre, il suffit de citer le passage suivant : « *une règle que les cours ont une complète liberté d'écarter ou de changer ne les lie pas et ne fait pas partie du système juridique* »²⁹³. Dans ce cadre, une règle n'appartient au système juridique que si elle est reconnue selon des critères qui s'imposent au juge.

Ce présupposé de Raz tient à une raison simple, qui lui permet de maintenir la cohérence de sa théorie : si des organes ont le pouvoir d'appliquer des lois, c'est qu'une loi les y habilite²⁹⁴. Or, les lois qui confèrent des pouvoirs sont des normes²⁹⁵. Par conséquent, elles guident le comportement des juges : elles les contraignent et posent des limites à leur pouvoir d'interprétation, soit des limites à ce qui peut être reconnu comme appartenant au système juridique.

C'est dans ce cadre que Raz peut affirmer que tous les systèmes juridiques « *contiennent des normes établissant des institutions primaires ; qu'une loi leur appartient seulement si les institutions primaires sont en devoir de l'appliquer ; et qu'ils ont des limites* »²⁹⁶.

Pour autant, Raz doit bien admettre qu'il existe des cas où la loi à appliquer à une espèce est indéterminée. Alors, dans ce cas seulement, l'organe d'application prend bien une décision. Mais elle est prise au regard de certains critères qui finissent par former ce que Raz nomme des « règles de reconnaissance », selon un sens distinct de celui de H.L.A. Hart. Ces règles aussi contraignent le juge. Par conséquent, la part d'arbitraire n'est que minime. Ce n'est que dans des cas très exceptionnels que l'interprétation du juge est créatrice de droit²⁹⁷, que la reconnaissance des lois appartenant au système juridique est fonction de la volonté de l'interprète. Aussi, Raz est un « réaliste modéré »²⁹⁸ : il opère une distinction entre des cas clairs où le juge n'est que la « bouche de la loi » et des cas obscurs où il faut bien admettre que celui-ci crée du droit au moyen de l'interprétation²⁹⁹.

En résumé, le système juridique est conçu par Raz comme un ensemble autonome de

²⁹³ *Ibid.*, p. 114.

²⁹⁴ En l'occurrence, il s'agit pour Raz d'une norme conférant des pouvoirs ou P-law, v. p. 77-78.

²⁹⁵ Elles sont des « P-laws », *ibidem*.

²⁹⁶ RAZ J., *The authority of law, op. cit.*, p. 115.

²⁹⁷ C'est l'inverse que soutiennent les théories réalistes dites plus « radicales ». Pour une théorie réaliste de l'interprétation, la norme juridique est toujours le produit de l'interprétation, v. p. 189.

²⁹⁸ Nous avons trouvé l'expression « réalisme modéré » chez Pierre Brunet, traduite de l'anglais « *balanced realism* », v. BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, vol. 2, p. 319.

²⁹⁹ Tous les réalistes ne souscrivent pas à la pertinence de cette distinction. Nous pensons, notamment, à la dite théorie réaliste de l'interprétation telle qu'elle est notamment défendue en France par Michel Troper, v. « Une théorie réaliste de l'interprétation » in TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 2001, p. 70-84.

lois hétérogènes en interrelations, appliquées et créées par des institutions propres. Toutefois, ces éléments ne permettent pas encore d'analyser le caractère distinctif du système juridique, et de le distinguer de tout autre système coercitif, normatif et institutionnalisé. En outre, l'objection de la mafia soulevée par Kelsen est encore pertinente à ce stade³⁰⁰. Aussi, nous verrons que c'est seulement doté de caractéristiques spécifiques dans ses relations avec l'extérieur, aussi bien au sein comme au dehors de sa sphère de validité territoriale, qu'un système institutionnalisé revêt le caractère unique d'un système juridique.

III. Le système juridique : la singulière autorité d'un système institutionnalisé distinct

Pour l'heure, le système institutionnalisé que nous avons décrit dans la théorie de Joseph Raz n'est pas encore capable de rendre compte et d'identifier l'irréductible singularité du modèle du système juridique national, conformément aux choix métathéoriques de l'auteur. A côté d'un système juridique se trouve d'autres systèmes institutionnalisés (juridiques ou non), aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du champ territorial sur lequel il est en vigueur. C'est dans la nature spécifique de ses relations avec ces autres systèmes concurrents que Raz identifie et achève une théorie pluraliste des systèmes juridiques.

Ainsi, pour Raz, si tout système institutionnalisé « *revendique son autorité à réguler* »³⁰¹, conformément à sa thèse expliquée plus haut³⁰², c'est seulement le système juridique qui se distingue par la nature spécifique de cette autorité à l'intérieur (**A**) comme à l'extérieur (**B**) du territoire sur lequel il est en vigueur.

A. L'autorité du système juridique à l'intérieur du territoire

Une première caractéristique de tout système juridique national tient à ce que celui-ci « *revendique son autorité à réguler tout type de comportement* »³⁰³ au sein du territoire où il est en vigueur. Raz identifie ici un dénommé caractère « *complet* »³⁰⁴ que possède tout système juridique, caractère qui n'indique rien de l'éventuelle cohérence du système. Aussi, Raz ne souscrit pas à la thèse du premier Kelsen, selon laquelle les normes de tout système juridique n'auraient entre elles aucune contradiction logique.

Si tout système « *revendique* » cette autorité, cela ne signifie pas pour autant qu'il jouisse effectivement d'une telle autorité sur tout type de comportement, ni que celle-ci ne

³⁰⁰ V. p. 39.

³⁰¹ C'est ainsi que nous choisissons de traduire l'expression anglaise « *claims authority to regulate* », v. RAZ J., *The authority of law, op. cit.*, p. 116.

³⁰² V. p. 72.

³⁰³ RAZ J., *The authority of law, op. cit.*, p. 116.

³⁰⁴ Ou « *comprehensive* » en anglais, v. *Ibid.*, p. 116-118. Nous parlerons par la suite de la « *complétude* » de tout système juridique.

connaisse aucune limitation effective. Il s'agit seulement pour Raz de caractériser le fait que, à la différence d'autres systèmes institutionnalisés (tels qu'une association sportive ou une entreprise), un système juridique entend être prioritaire dans la régulation de l'ensemble des comportements du groupe social dont il est le système juridique.

Cette caractéristique des systèmes juridiques, si elle est nécessaire, n'est pas pour autant suffisante pour en formuler une définition complète. Qu'un système institutionnalisé entende réguler tout type de comportement appelle une deuxième caractéristique qui semble en être le corollaire : le système juridique revendique sa « *suprématie* »³⁰⁵ sur tout autre système institutionnalisé. En effet, pour Raz, tout système juridique « *revendique son autorité à réguler la mise en place et l'application par sa communauté-sujet d'autres systèmes institutionnalisés* »³⁰⁶. Cela implique, bien entendu, qu'existe une pluralité de systèmes institutionnalisés et que, dans ses relations avec les autres, le système juridique se distingue dans sa prétention à prévaloir sur tous les autres. Là encore, cette suprématie est revendiquée. Cela ne veut pas dire que celle-ci est effective en tout point ou que tout système juridique régule en effet tout comportement sur sa sphère de validité territoriale.

En revanche, selon Raz, il est certain qu'à l'intérieur de cette sphère le système juridique entend être à l'origine de l'autorité des autres systèmes institutionnalisés. La suprématie est aussi « *l'autorité revendiquée à permettre par une norme* » l'existence d'autres systèmes institutionnalisés³⁰⁷. Cette caractéristique des systèmes juridiques est à rapprocher du principe dynamique analysé par Kelsen : des normes habilite des organes à élaborer de nouvelles normes. Dans le langage de Raz, on dira que le système juridique contient des normes qui confèrent aux institutions d'autres systèmes institutionnalisés le pouvoir d'édicter des lois qui appartiendront au système juridique.

Raz prend pour exemples de ces autres systèmes des associations culturelles, sportives, des entreprises... Que reste-t-il alors du système juridique dans ces conditions ? À quelles institutions correspond-il ? C'est ici qu'il faut rappeler que, dans le paradigme razien, le modèle de système juridique s'articule autour de l'État. Le système juridique est étatique. Les institutions de l'État sont donc les seules à ne pas recevoir le pouvoir d'édicter des lois. Elles délèguent, habilite et transfèrent un pouvoir dont elles sont à l'origine, conservant ainsi leur suprématie sur toutes les autres. Selon Raz, le système juridique national est ainsi constitué de l'ensemble des institutions de l'État ainsi que de toutes celles qui en dérivent leur autorité à

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 118-119.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁷ *Ibid.*

produire du droit.

Le pluralisme de Raz est donc double. Tout d'abord à l'intérieur du système juridique se trouve une pluralité de systèmes institutionnalisés qu'il prime. Nous pouvons en ce sens parler de l'autorité interne de tout système juridique. Puis, à l'extérieur de la sphère territoriale sur laquelle il est en vigueur, une autorité externe du système juridique s'articule dans ses relations avec la pluralité des autres systèmes juridiques existants. La suprématie revendiquée de chacun donne alors une tournure problématique à ces relations : chaque système juridique revendiquerait son autorité à primer l'autre. C'est l'objet des considérations suivantes.

B. L'autorité du système juridique à l'extérieur du territoire

Si chaque système juridique entend primer tout autre, Raz se pose légitimement la question : « *les systèmes juridiques sont-ils nécessairement incompatibles ?* »³⁰⁸. Car si chacun prétend à la suprématie sur les autres, toutes relations semblent être le lieu d'un conflit potentiel. Et, entre une pluralité de systèmes autonomes et indépendants, il n'y aurait pas de relation du tout. Ce poserait même le problème de leur coexistence.

Bien sûr, Raz n'arrive pas à de semblables conclusions. Tout d'abord, la question de l'incompatibilité entre deux systèmes juridiques ne se pose que lorsque leurs lois portent en partie sur le même groupe social ou que les sphères de validité de chacun se chevauchent. Le conflit est donc potentiel et ne vaut pas pour tout système juridique. Aussi, c'est au nombre des conflits potentiels entre les lois, mais également entre les institutions de chacun³⁰⁹ que se mesure leur compatibilité ou leur incompatibilité.

Dans la théorie de Raz, le conflit nous semble être un élément latent qui découle de sa définition des systèmes juridiques. Bien sûr, si chaque système revendique sa suprématie sur le territoire d'un groupe social déterminé, aucun ne peut reconnaître la revendication qu'aurait un autre si elle portait sur le même groupe social³¹⁰. Pour autant, la suprématie revendiquée de chacun ne signifie pas que les systèmes juridiques n'entretiennent aucune relation juridique entre eux. Bien au contraire, les systèmes juridiques se caractérisent aussi par leur ouverture : pour Raz, une troisième caractéristique des systèmes juridiques est qu'ils sont des « *systèmes ouverts* »³¹¹. Ainsi, chacun « *contient des normes dont le but est de donner force obligatoire*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Raz n'envisage que l'hypothèse de conflits entre des lois, v. *Ibid.* Pourtant, il peut en surgir de nombreux entre des institutions concurrentes qui, chargées d'appliquer les mêmes textes dans des systèmes juridiques différents, en donnent des interprétations divergentes. De notre avis, cela est particulièrement vrai dans le contexte de l'Union, où des conflits peuvent surgir entre la CJUE et les juges nationaux. Nous reviendrons sur cette question liée à l'interprétation un peu plus loin dans nos développements, v. p. 125s.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 119.

³¹¹ *Ibid.*, p. 119-120.

au sein du système aux normes qui ne lui appartiennent pas »³¹².

Aussi, la suprématie de tout système juridique n'interdit pas que deux systèmes juridiques puissent entretenir des relations. Pour souligner cet aspect, Raz distingue la validité d'une loi dans un système juridique (c'est-à-dire sa force obligatoire³¹³) et l'appartenance d'une loi à un système³¹⁴. Par exemple, une loi peut être valide dans le système juridique SJ₁ dès lors que celle-ci y produit des effets, c'est-à-dire qu'elle est appliquée par les organes d'application du droit SJ₁. Pour autant, cette norme peut bien avoir été créée par un organe de création du droit appartenant à un SJ₂. Auquel cas, la loi appartient à SJ₂ mais est dite valide aussi bien dans SJ₂ que dans SJ₁. Une loi n'appartient qu'à un seul système mais peut être valide dans plusieurs. C'est ainsi que Raz distingue appartenance et validité³¹⁵ et envisage que deux systèmes juridiques puissent avoir des relations prenant la forme d'un partage de mêmes normes juridiques.

À cet exemple, on pourrait objecter que c'est pourtant la reconnaissance d'une loi par l'organe d'application d'un système juridique qui permet d'établir que cette loi appartient à ce système. La loi en question devrait donc aussi appartenir à SJ₁ du fait de son application par un organe de SJ₁. Si tel n'est pas le cas, c'est donc que cet organe applique cette loi sans pour autant la reconnaître. Mais alors, dans ces conditions, nous ne voyons plus très bien ce qu'il reste de la reconnaissance dans la théorie de Raz. Aussi, cette possibilité envisagée par le caractère ouvert des systèmes juridiques semble être une exception à la théorie razienne de l'identité des systèmes juridiques³¹⁶, selon laquelle « *un système juridique momentanément contient toutes, et seulement toutes, les lois reconnues par un organe primaire d'application du droit qu'il institue* »³¹⁷.

En outre, cette possibilité envisagée par Raz présuppose une certaine compréhension du travail d'interprète des organes d'application du droit. Car en effet, dans notre exemple, quelles sont les raisons de penser que les organes d'application de SJ₁ et de SJ₂ donneront une même interprétation de la loi ? Affirmer que c'est la *même* loi qui produira des effets dans SJ₁

³¹² *Ibid.*, p. 119.

³¹³ Raz distingue ainsi « *validité directe non systémique* » (le fait qu'une loi a un caractère obligatoire dans un système) et « *validité systémique* » (le fait qu'une loi appartienne à un système). C'est de la première dont il est question ici, v. *Ibid.*, p. 152.

³¹⁴ C'est la distinction que fait Carlos Santiago Nino dans son analyse du concept de validité chez Kelsen, v. *supra* note n°89.

³¹⁵ RAZ J., *The authority of law*, *op. cit.*, p. 149.

³¹⁶ Pour contourner cette exception, il eut fallut que Raz souscrivît à une approche réaliste de l'interprétation telle que la défend notamment Michel Troper, v. p. 189. Alors, l'interprétation conçue comme un processus créateur d'attribution de signification à un énoncé normatif, la loi est le résultat de l'application d'un texte interprété par les organes d'application du droit. Qu'elle soit ou non créée au sein d'un système distinct, une loi appartient au système au sein duquel elle a été appliquée.

³¹⁷ RAZ J., *The concept of a legal system*, *op. cit.*, p. 192.

et dans SJ₂ présuppose que le travail interprétatif des organes d'application se réduit à un pur syllogisme, sans conséquence sur le contenu de la loi appliquée.

Seulement, entre les organes de SJ₁ et de SJ₂, les interprétations peuvent bien être divergentes, *a fortiori* entre des organes qui, appartenant à des systèmes différents, ne sont pas aux prises de relations hiérarchiques. Comment prétendre alors qu'entre deux systèmes juridiques une même loi s'applique mais qu'elle n'appartient qu'à un seul ? La proposition de Raz a ses limites, tenant à son réalisme modéré³¹⁸. Pour sortir de cette difficulté, il faut poser clairement que ce sont les organes d'application du droit qui déterminent ce qui appartient à un système en déterminant ce qui est valide dans ce système. Mais il faut alors renoncer à distinguer validité et appartenance.

En tout état de cause, dans les rapports entre deux systèmes juridiques, nous voyons c'est sur le terrain de l'application des lois qu'est l'enjeu. Les rapports de suprématie entre systèmes ouverts peuvent alors s'analyser en une lutte pour faire prévaloir une certaine interprétation ou en un dialogue pour en établir une commune³¹⁹.

Conclusion de la section

La description faite de la théorie des systèmes juridiques de Raz nous permet d'identifier les grands traits de sa conception du concept de système juridique, que se propose de récapituler le tableau suivant :

Système juridique	Conception de Raz
Composition	Lois et institutions
Organisation	Interdépendance des parties composant le système juridique
Unité	Critères d'appartenance des lois au système sont employés par les institutions primaires du système
Autonomie	Les propres lois du système habilitent des institutions à produire du droit
Existence	Si mécanisme de reconnaissance habilitée
Échelle	Système juridique national
Relations	Pluralisme hiérarchisant : suprématie, ouverture et complétude de chaque système juridique

³¹⁸ V. p. 82.

³¹⁹ Ces rapports de suprématie entre systèmes juridiques peuvent notamment imposer aux organes de création et d'application du droit une entente mutuelle, soit un dialogue rendu nécessaire par la possibilité du conflit. Nous reviendrons longuement sur ce point dans le chapitre 3, v. p. 125s.

En apparence, la conception de Raz semble peu opérationnelle dans le contexte de l'Union européenne : que pourrait-elle nous apprendre de la compréhension qu'ont de l'Union ses acteurs institutionnels si cette conception prend pour modèle le système juridique national ? Si l'Union n'est pas un État, il semble difficile de la concevoir sous les traits que Raz prête au concept de système juridique. À plusieurs reprises, le théoricien a d'ailleurs lui-même insisté sur caractère étatique de sa théorie. L'État restant, de son avis, « *l'organisation sociale basée sur du droit la plus complète* »³²⁰, son propos entend exclusivement fournir des pistes pour éclairer la nature juridique de l'État, non celle d'une organisation non nationale telle que l'Union européenne.

Pourtant, des travaux récents se basent précisément, en tout ou partie, sur la théorie des systèmes juridiques de Raz pour formuler des propositions de compréhension de l'Union en tant que système juridique. C'est notamment le cas de Julie Dickson, qui dans de nombreuses contributions défend la pertinence du concept de système juridique pour éclairer la nature de phénomènes juridiques de caractère national ou non. À propos de l'Union en particulier, la théorie de Raz nous semble grandement inspirer son propos : « *les caractéristiques du droit de l'Union européenne fournissent des raisons militent en faveur de la thèse selon laquelle ce sont les activités des institutions de reconnaissance et d'application du droit telles que les cours et tribunaux qui unifient les systèmes juridiques* »³²¹.

En réalité, il existe donc des travaux qui entendent se baser sur ceux de Raz pour identifier une conception du concept de système juridique opérationnelle dans le champ du droit de l'Union. La plupart de ceux-ci prennent pour point de départ les caractères suprême, complet et ouvert des systèmes juridiques que théorise Raz. La même Julie Dickson opère ainsi une modification de la conception razienne en proposant de comprendre ladite suprématie de tout système juridique comme une prétention de chacun à réguler les effets produits par d'autres systèmes juridiques à l'intérieur de son domaine de validité³²². D'autres interprétations de la théorie de Raz montrent que le caractère complet des systèmes juridiques

³²⁰ RAZ J., « Why the State », *op. cit.*, p. 2.

³²¹ Nous restituons ici dans son intégralité et en langue originale le propos de Julie Dickson : « *the character of EU law provides support for the view that it is the activities of law-recognizing and law-applying institutions such as courts and tribunals which unify legal systems, and that the identity of legal systems is to be ascertained by reference to those norms those systems' law-applying institutions recognize and use in determining the normative situations of those subject to the law* », v. DICKSON J., « Towards a theory of European union legal systems » in DICKSON J. et P. ELEFThERiADiS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 42.

³²² Dickson parle alors de « claims to normative self-determination » : « *claims to normative self-determination can be claims that it lies within the grant of a given legal system to permit the operation of other legal systems within their normative domain, and can have as their content that the norms of those other systems prevail over the norms of the system granting the permission in cases of conflict* », v. *Ibid.*, p. 49.

n'implique pas nécessairement que chacun entend primer l'autre³²³, de sorte qu'au sein de l'Union peut se concevoir la coexistence d'une pluralité de systèmes juridiques, selon des modèles qu'a par ailleurs pu théoriser Dickson³²⁴.

Par conséquent, bien qu'elle n'ait pas été pensée à l'origine dans pareil contexte, de la théorie des systèmes juridiques de Raz peut être extraite une conception du concept de système juridique pertinente à l'heure d'identifier le point de vue qu'ont du droit de l'Union ses propres acteurs institutionnels, en particulier la CJUE.

³²³ Pour arriver à pareille conclusion, il peut s'agir d'identifier un sens faible de la complétude des systèmes juridiques : « *a legal system is comprehensive even if its claim to comprehensive authority does not extend to all the ways in which all other authorities within the jurisdiction regulate the specific spheres of activity they govern* », v. PRIMMER J.W., « Beyond the Law-State : the adequacy of Raz's account of legal systems in explaining intra-State and supra-State legality », *Ratio Juris*, mars 2015, vol. 28, n° 1, p. 154.

³²⁴ Quant au nombre de systèmes juridiques existant au sein de l'Union européenne, Dickson distingue trois modèles à partir de la jurisprudence de la CJUE : l'Union peut être comprise comme intégrée à chaque système juridique des États membres, comme constituant un système distinct de ceux des États membres ou bien comme formant avec ceux-ci un système unique. Cf. DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *op. cit.*, p. 1-2.

Section 2. La conception de Neil MacCormick

Neil MacCormick est un juriste et théoricien du droit écossais. Il propose une définition néo-institutionnaliste du droit qui prend pour point de départ les travaux de John Searle et d'Elizabeth Anscombe sur les faits institutionnels. Dans ce cadre, le droit est conçu comme un élément de la réalité sociale qui n'a d'existence que par référence à un cadre normatif que partagent les membres d'un groupe social donné. Le droit est un parmi d'autres faits institutionnels.

C'est l'importation de ces outils conceptuels dans le champ de la théorie du droit qui constitue l'originalité principale de MacCormick. Il fournit ainsi une nouvelle approche du positivisme juridique, formulée dès 1986 avec Ota Weinberger³²⁵ et qui trouvera sa forme achevée dans *Institutions of Law* en 2007³²⁶.

Cette approche renouvelée du droit n'exclut pas une parenté certaine avec celles d'auteurs positivistes tels que Hans Kelsen, H.L.A. Hart ou encore Joseph Raz. Sur la question de la définition du droit, MacCormick demeure de notre avis un positiviste en ce que celle-ci repose en dernière instance sur la compréhension de faits sociaux. En outre, il y a une indépendance conceptuelle entre les définitions du droit et de la morale, c'est-à-dire respectivement entre ce qui selon MacCormick relève d'un fait institutionnel nécessairement collectif et ce qui est fonction du jugement de l'agent moral autonome³²⁷. Le droit s'agence ainsi en un ordre normatif institutionnel (I), à la différence de la morale.

En revanche, MacCormick se distingue de ses prédécesseurs en affirmant que le droit a toujours un minimum de contenu moral et que « *les cas extrêmes d'injustice sont incompatibles avec le droit* »³²⁸, non pas parce que le droit doit obéir à la morale mais parce que tout ordre normatif institutionnel véhicule nécessairement une certaine idée du juste, une « *prétention implicite de justice* »³²⁹, quelle qu'elle soit. Aussi, cette proposition peut être comprise à la manière des énoncés juridiques distants de Raz³³⁰ : que le droit prétende revêtir une certaine qualité morale ne signifie pas que celui-ci soit une partie de la morale.

En tout état de cause, c'est parce qu'il défend cette idée d'une nécessaire prétention

³²⁵ MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*, D. Reidel Pub. Co; Kluwer Academic Publishers, coll.« Law and philosophy library », 1986.

³²⁶ MACCORMICK N., *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford ; New York, Oxford University Press, coll.« Law, state, and practical reason », 2007.

³²⁷ *Ibid.*, p. 4.

³²⁸ *Ibid.*, p. iii. Toutes les traductions des ouvrages de Neil MacCormick sont de notre cru.

³²⁹ *Ibid.*, p. 274s.

³³⁰ V. p. 72.

morale du droit que MacCormick s'est lui-même défini comme un post-positiviste³³¹. Pour la présente étude, puisqu'il s'accorde sur l'idée que le droit n'est pas une partie de la morale, il reste une figure du positivisme juridique.

Par ailleurs, il établit une autre différence conceptuelle, objet d'un ouvrage complet publié en 1999³³² : celle entre le droit et l'État. Le droit est un ordre normatif institutionnel qui peut notamment prendre la forme du droit de l'État. Du reste, le droit de l'État n'est qu'une variété, un parmi d'autres droits, tels que le droit de l'Union européenne ou le droit des organisations sportives internationales³³³. La théorie de Neil MacCormick est donc pluraliste.

Parmi les différentes formes d'État, nous verrons que c'est l'État de droit³³⁴ qui constitue l'objet principal de description du juriste écossais. Il conviendra donc de s'arrêter sur le contenu de cet ordre normatif institutionnel spécifique et de caractériser la nature spécifique de ses relations avec l'extérieur **(II)**.

I. Le droit en tant qu'ordre normatif institutionnel

MacCormick introduit sa théorie du droit par une proposition centrale bien connue : « *le droit est un ordre normatif institutionnel* »³³⁵. C'est un ordre normatif *parmi* d'autres. La définition de la normativité (ou « le normatif » dans le vocabulaire de MacCormick³³⁶) est donc distincte de celle de la définition du droit. Distincte certes, mais pas pour autant sans relation. Nous verrons dans un premier temps comment MacCormick situe le normatif au cœur d'une nécessité fonctionnaliste, constitutive des relations entre les individus de tout groupe social **(A)**. Quant au droit, il forme un ordre normatif distinct en ce qu'il est institutionnalisé, c'est-à-dire formalisé **(B)**.

A. Une définition fonctionnaliste du normatif

L'approche de MacCormick met l'accent sur la perspective des « *utilisateurs de normes* »³³⁷, c'est-à-dire de ceux à qui elles s'adressent. À la différence de Kelsen qui, pour différencier l'ordre du voleur de celui du percepteur, souligne l'autorité singulière de celui qui émet une norme juridique, le juriste écossais se rapproche au contraire du point de vue interne

³³¹ MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. v.

³³² MACCORMICK N., *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

³³³ Ce sont, entre autres, les exemples que donne Neil MacCormick, v. MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. 2.

³³⁴ MacCormick emploie cette expression pour désigner à la fois « *Rechtsstaat* » et l'État moderne constitutionnel, v. *Ibid.*, p. 35.

³³⁵ *Ibid.*, p. 1.

³³⁶ Pour se référer à la part normative de l'ordre normatif, Neil MacCormick emploie en anglais l'expression « *the normative* », v. *Ibid.*, p. 14s.

³³⁷ Ou en anglais « *norm-users* », par oppositions aux « *norm-givers* », v. *Ibid.*, p. 1.

introduit par H.L.A. Hart. Ce faisant, inspiré d'une sociologie descriptive qui a aussi à voir avec ce dernier, MacCormick observe un fait social anodin et bien répandue : la file d'attente.

En néo-institutionnaliste, le propos de MacCormick se base sur une théorie de l'action en tant que fait social. Il faut apporter ici quelques précisions que peut introduire le propos suivant : prenons la proposition « des personnes sont dans une file d'attente ». Descriptive, elle est susceptible d'être vraie ou fausse. Selon le principe de la vérité-correspondance, la proposition est vraie si elle correspond bien à un élément de la réalité³³⁸, en l'occurrence au fait de « faire la queue ». La proposition est vraie si *ce qui se dit* décrit bien *ce qui se passe*.

Seulement, la description de ce fait requiert des informations supplémentaires que ne peut percevoir la seule observation du point de vue externe. Nous savons ainsi que trois piétons attendant qu'une voiture passe pour traverser ne forment pas une file d'attente. Savoir s'il existe une file d'attente requiert de savoir ce qui *doit être* considéré comme une file d'attente³³⁹. Or, nous le savons nous-mêmes par notre expérience de participants. Dans un certain contexte, nous savons qu'il *faut* faire la queue, de telle façon et/ou non de telle autre. La description de ce fait social oblige donc à recourir, depuis la perspective des participants, à un référentiel normatif définissant un fait que MacCormick nomme à la suite de John Searle³⁴⁰ un fait institutionnel.

C'est dans ces faits anodins de la vie sociale quotidienne que MacCormick loge le normatif, dans ces « *faits qui dépendent de l'interprétation de choses, d'évènements et d'éléments de comportement par référence à un cadre normatif* »³⁴¹. Sans cette interprétation, construite par référence à ce cadre, il ne serait pas possible de rendre compte de ce fait social qu'est la file d'attente. C'est en ce sens que, à la suite de John Searle, il est possible de parler de construction de la réalité sociale³⁴².

En outre, depuis la perspective du participant, ce cadre normatif définit ce qui « *doit être fait dans un contexte donné* »³⁴³. Il définit ainsi des normes de comportement qui se passent de formulation explicite. Surtout, ce cadre est partagé, de sorte que chacun sait ce qui *doit être* fait et suppose que cette opinion est mutuelle. C'est en ce sens que MacCormick

³³⁸ DAVID M., « The Correspondence Theory of Truth », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall edition 2016.

³³⁹ Ce qui ne va pas sans créer quelques complications au regard de la dite *loi de Hume* et de la séparation logique qu'elle postule entre les niveaux descriptif et prescriptif, v. « Introduction » in MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *An institutional theory of law*, op. cit., p. 21s.

³⁴⁰ SEARLE J.R., *The construction of social reality*, London, Allen Lane, 1995.

³⁴¹ MACCORMICK N., *Institutions of law*, op. cit., p. 12.

³⁴² Ou encore, pour reprendre l'expression de Searle, de « *fabrication du monde social* », v. SEARLE J.R., *Making the social world: the structure of human civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

³⁴³ MACCORMICK N., *Institutions of law*, op. cit., p. 15.

précise que le fait social que constitue une file d'attente est « *une activité socialement située et essentiellement interpersonnelle qui est orientée vers une opinion normative commune* »³⁴⁴.

Sans besoin de formulation, les normes correspondent alors à des pratiques normatives partagées, qui se doublent d'opinions normatives communes. Toutefois, plutôt qu'isolées, ces normes forment un « *ensemble élaboré de modèles pour la conduite humaine* »³⁴⁵. On retrouve alors ce mouvement du positivisme juridique que nous avons observé jusqu'à présent, cet appel au système : la norme ne peut se définir isolément de l'ensemble auquel elle appartient.

En outre, pour MacCormick, l'exemple de la file d'attente forme un « *ordre normatif* » dont il est possible de rendre compte « *par référence au fait que les acteurs guident ce qu'ils doivent faire par référence à une opinion concernant ce qu'eux et les autres doivent faire* »³⁴⁶. Cela suggère que cet ordre, pour qu'il existe, doit être nécessairement efficace, c'est-à-dire globalement suivi et qu'il assure sur les individus une forme de pression et de contraintes nées de cette opinion normative commune.

Le mot « ordre » revêt ici la signification d'une « *aspiration d'ordonner (au sens d'ordonnancement, pas de commandement)* »³⁴⁷. L'ordre normatif est donc consubstantiel à la fonction pratique qu'il assure pour un groupe social. Il est en outre orienté vers certaines finalités pratiques liées à l'activité que régule cet ordre normatif. Dans le cas de la file d'attente, l'ordre des pratiques et des opinions normatives est orienté vers un objectif d'efficacité de l'attente. Former une file assure ainsi une fonction précise : la gestion d'un flux de personnes. C'est une façon d'organiser l'attente.

Aussi, cette organisation véhicule également une certaine idée du juste, de ce qui doit être considéré comme une organisation juste de l'attente. La file d'attente entend notamment garantir une certaine égalité des participants, attendant tous chacun leur tour. Le normatif fournit ainsi des « *des façons de différencier le bien du mal dans ce que nous faisons* »³⁴⁸.

Tout ordre normatif se trouve donc orienté vers la réalisation de certains objectifs pratiques³⁴⁹ tendant à rendre efficaces des pratiques véhiculant une certaine idée du juste. De

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 12.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 16.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 11.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 20. MacCormick parle ailleurs d'un « *ordre idéal* », au sens d'une « *vision du monde tel qu'il pourrait être ou pourrait devenir* » et que véhicule l'ordre normatif au travers de ses prescriptions, v. MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, *op. cit.*, p. 3. Cette idée d'ordre idéal ne doit pas être confondue avec celle, distincte, de système en tant qu'idéal régulateur dont nous parlerons plus loin (v. p. 103).

³⁴⁹ MacCormick reprend ainsi l'idée aristotélicienne d'une « *cause finale* » que poursuivrait tout ordre normatif et retrouvée en particulier dans l'action des agences institutionnalisées de l'ordre normatif dont nous parlerons plus loin (cf. p. 98), v. MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. 36. Ces causes finales ne sont pas à confondre

sorte que « *l'action est dirigée par une délibération téléologique (des participants), dans laquelle interviennent des règles normatives* »³⁵⁰. La normativité est donc approchée par MacCormick à l'aune d'un fonctionnalisme téléologique, lequel explique, au demeurant, l'approche post-positiviste le théoricien écossais retient de la relation entre le droit et la morale.

Cette fonction de réalisation des objectifs assignés à l'ordre normatif lui confère sa propre unité. Pour les réaliser, les normes qui le composent doivent être efficaces et donc ordonnées un minimum. Aussi, indique MacCormick, il y a « *une qualité systémique postulée à ces modèles de comportements ou normes qui sous-tend l'aspiration d'ordonner* »³⁵¹. De sorte que l'unité de l'ordre normatif tient précisément aux fonctions que l'ordre s'assigne.

Enfin, l'exemple de la file d'attente permet à MacCormick de loger le normatif dans l'inhérence des pratiques sociales les plus anodines, de sorte qu'il apparaît comme un élément consubstantiel à l'existence des groupes sociaux, à toute action qui « *requiert une pratique mutuellement coordonnée de deux ou plus [de personnes]* »³⁵². Le juriste écossais postule ainsi que « *les êtres humains sont des utilisateurs de normes* »³⁵³. Le normatif se fonde dans une certaine idée de l'homme, dans une certaine anthropologie de l'*homo juridicus*³⁵⁴.

Ces qualités de l'ordre normatif sont aussi celles du droit, qui est un ordre normatif. Elles en sont des propriétés nécessaires mais non suffisantes, le droit étant en outre un ordre normatif institutionnalisé, c'est-à-dire formalisé.

B. L'institutionnalisation de l'ordre normatif : le droit

Malgré son approche renouvelée du positivisme juridique, MacCormick formule une théorie relativement classique où le droit s'entend comme un ordre normatif et coercitif. En outre, lorsqu'il soutient que c'est son caractère institutionnel qui confère au droit son irréductible singularité, son propos est proche de celui de Joseph Raz.

Chez MacCormick toutefois, l'institutionnalisation de l'ordre normatif s'entend dans un sens spécifique. Elle est liée à la fonction sociale qu'assure cet ordre. C'est dans l'objectif de réguler plus efficacement les pratiques d'un groupe social, tout en les orientant vers l'idée du

avec les « idées directrices » qui, dans l'institutionnalisme de Maurice Hauriou, « *ne sont pas fonction de besoins sociaux* », v. MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *An institutional theory of law*, op. cit., p. 25.

³⁵⁰ « Institutionnelle (Théorie – du droit) » in ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 308.

³⁵¹ MACCORMICK N., *Institutions of law*, op. cit., p. 11.

³⁵² *Ibid.*, p. 14.

³⁵³ *Ibid.*, p. 20.

³⁵⁴ Nous nous référons bien entendu à l'expression bien connue d'Alain Supiot, v. SUPIOT A., *Homo juridicus: essai sur le fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, coll.« Couleur des idées », 2005.

juste qu'il véhicule³⁵⁵, que l'ordre normatif s'institutionnalise, c'est-à-dire se formalise par l'émergence de « règles », soit des « *normes explicitement formulées* »³⁵⁶ par des autorités habilitées.

Ces autorités administrent un ordre normatif en fonction des fins pratiques (d'efficacité et de justice) qui sont assignées à cet ordre. Dans le cas de la file d'attente, il pourrait s'agir d'un vigile comme du directeur d'un service de poste. Cela implique pour ces autorités non seulement de prendre des décisions dans les cas où surgissent des conflits, mais aussi d'édicter des règles portant sur les normes de l'ordre normatif, notamment lorsque celles-ci rentrent en conflit.

À côté de ces normes, se trouve donc de dites « *règles de premier niveau* » prenant pour objet ces normes, de même qu'il existe des « *règles de second niveau* » portant sur ces premières, c'est-à-dire sur « *les termes de l'autorisation ou de l'habilitation du preneur de décision* », et ainsi de suite³⁵⁷. On retrouve ainsi l'articulation de H.L.A. Hart entre règles primaires et secondaires, à ceci près que la régression est possiblement infinie chez MacCormick.

Ces règles obéissent à une structure fondamentale³⁵⁸. En effet, pour MacCormick, toute règle opère le même mouvement logique en assignant une « *conséquence normative* » à un « *fait opératoire* »³⁵⁹. En bref : lorsque X survient, Y doit être. Par exemple, lorsque quelqu'un double une personne dans la file d'attente, il doit la reprendre depuis le début.

Entre conséquence normative et fait opératoire, se meut un principe d'imputation susceptible de variations et définissant une « *force pratique des règles* » à plusieurs degrés. MacCormick définit ainsi des règles d'application dites « *absolue, stricte ou discrétionnaire* » selon que l'autorité en charge de les appliquer dispose de plus ou moins de marge de manœuvre pour déterminer une certaine conséquence normative à un certain fait opératoire³⁶⁰.

On perçoit ainsi chez le juriste écossais un réalisme modéré³⁶¹ qui, reconnaissant que l'application des règles peut laisser à l'interprète un pouvoir créateur, n'en admet pas moins

³⁵⁵ Ainsi que vers un certain idéal de sécurité juridique et d'égalité, semble signifier MacCormick lorsqu'il prête à la formalisation des pratiques sociales l'objectif « *d'éviter la confusion ou tout type d'injustice* », v. MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 22.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 24.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 27.

³⁵⁸ Qui a beaucoup à voir avec le principe d'imputation dans le normativisme kelsénien, v. p. 42, ou encore le modèle d'Alf Ross selon lequel une règle juridique relie une conséquence juridique à un fait-condition, v. ROSS A., « *Tûtû* », *Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et traduit par Elsa MATZNER, Bruxelles ; Paris, Bruylant ; L.G.D.J, coll. « La pensée juridique », 2004, p. 110.

³⁵⁹ MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 25. Nous choisissons ici de traduire l'expression « *operative fact* » par « *fait opératoire* ».

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 26-27.

³⁶¹ V. *supra* note n°298.

que la règle contient en substance le principe complet de son application ; qu'en outre le processus d'application des règles distingue des cas clairs et des cas difficiles.

Mais le fonctionnement des ordres normatifs institutionnalisés géré par des autorités habilitées implique aussi pour ces dernières de prendre au quotidien des décisions non formulées, ou seulement en partie explicites, et au contenu possiblement généralisable. Dans ce cas, MacCormick admet que peuvent aussi émerger dans ce processus des règles implicites.

Cela est d'autant plus vrai dans le cas où ces autorités disposent d'une forte discrétion dans l'application des règles. À cette occasion, dans leur action, les autorités doivent orienter leurs décisions en considération des fins pratiques assignées à tout ordre normatif. Il semble donc que, selon MacCormick, l'existence d'un ordre normatif institutionnalisé soit conditionnée par cet engagement des autorités habilitées à poursuivre ces mêmes fins pratiques, d'efficacité et de justice. En somme, celles-ci *doivent* être liées à la poursuite de ces objectifs³⁶².

Toutefois, MacCormick introduit une nuance : « *ce n'est pas l'efficacité mais la justice qu'un preneur de décision doit principalement considérer* »³⁶³. Ce faisant, et *a fortiori* lorsqu'elles disposent d'une marge de manœuvre importante, les autorités habilitées guident leurs décisions à la lumière de certaines « *valeurs* », ou de certains « *standards* » relatifs aux fins que tout ordre normatif poursuit et « *diffus* » dans tout son ensemble. Non formulés, ces standards constituent des normes si leur contenu est susceptible de « *généralisations normatives dont le respect aide à sécuriser les valeurs en question* ». C'est ainsi que dans le langage courant des juristes on se réfère aux « *principes* ». Mais des règles explicites peuvent aussi formuler des standards. Ce faisant, elles imputent des conséquences normatives à de dites « *valeurs opératoires* »³⁶⁴.

Sur cette base, la définition néo-institutionnaliste du droit de MacCormick peut être ainsi résumée : le droit est un ordre normatif *institutionnalisé*, c'est-à-dire *formalisé* par des règles explicites ou implicites « *introduites et établies, ou développées et reconnues, par des personnes occupant une position d'autorité* »³⁶⁵. Ces « *personnes* » sont habilitées par ce même ordre, si bien que celui-ci peut être dit autonome.

La question de la validité des règles, soit de leur appartenance à l'ensemble formé, se règle donc sur un double mode : d'abord kelsénien, par lequel l'appartenance est fonction de

³⁶² Nous reviendrons plus loin sur l'emploi de cette formule prescriptive lorsqu'il sera question du point de vue interne des officiels dans l'ordre normatif institutionnel de l'État de droit, v. p. 99.

³⁶³ MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 29. Toutes les citations de ce paragraphe sont extraites de la même page, sauf mention contraire.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 31.

³⁶⁵ *Ibid.*

l'autorité de celui qui émet la règle ; puis hartien et razien, par la reconnaissance que produit l'autorité qui applique la règle. Aussi, la validité ne peut être introduite qu'alors que l'ordre normatif s'institutionnalise, de sorte que « *la validité d'un système du droit est précisément son institutionnalisation* »³⁶⁶.

Seulement, qui confère leur autorité à ces « personnes occupant une position d'autorité » ? Afin d'éviter une régression à l'infini de type kelsénien, MacCormick est bien obligé lui aussi de présupposer une norme fondamentale : « *en dernière instance, des normes conférant autorité doivent être conventionnelles plutôt qu'institutionnelles* »³⁶⁷, c'est-à-dire non formalisées et soutenues par une pratique sociale effective ainsi qu'une pression née d'une opinion normative commune (qu'elle soit partagée par tous ou seulement par quelques uns). Tant et si bien que « *la qualité normative de l'ensemble dépend d'une norme conventionnelle selon laquelle toutes les personnes occupant une fonction publique doivent respecter et défendre la constitution et les lois validement émises sous son empire* »³⁶⁸.

En résumé, nous voyons que la théorie néo-institutionnaliste de MacCormick fournit une définition relativement large du droit. Il appartient au genre des ordres normatifs et, parmi ceux-ci, se distingue par son institutionnalisation, croissante à mesure que s'amplifient la formulation explicite de normes par des autorités habilitées ainsi que le poids de la contrainte sur les individus³⁶⁹. C'est en ce sens que l'on peut dire du droit qu'il est un ordre normatif institutionnel. Mais le phénomène juridique compte divers types de ces ordres. Nous allons voir que c'est celui de l'État de droit qui retient l'attention de MacCormick.

II. Le droit de l'État de droit et ses relations avec l'extérieur

Fidèle à son choix méthodologique de se concentrer principalement sur le contexte étatique³⁷⁰, MacCormick fournit une description précise des caractéristiques de l'ordre normatif institutionnalisé de l'État de droit constitutionnel. C'est à ce cas qu'il réserve l'expression « ordre juridique »³⁷¹. Il définit en outre les types d'institutions et de règles qui s'y trouvent (A).

³⁶⁶ « Institutionnelle (Théorie – du droit) » in ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 308.

³⁶⁷ MACCORMICK N., *Institutions of law*, op. cit., p. 31.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 60.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 32.

³⁷⁰ Plus exactement sur le contexte de l'État et sur ce que MacCormick nomme les « state-like contexts », tels que celui de l'Union européenne, v. *Ibid.*, p. 2.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 56-57. MacCormick emploie parfois « système juridique » comme synonyme de « ordre juridique ». Précisons toutefois que l'expression « système juridique » peut être aussi employée par MacCormick lorsqu'il décrit la fonction régulatrice qu'opère sur l'activité des juristes la conception du droit en tant que système juridique, qu'il distingue alors de l'ordre juridique, v. MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, op. cit., p. 113.

Toutefois, ce focus sur le paradigme étatique révèle en creux que tout le phénomène juridique ne se réduit pas au droit de l'État. Aussi, la théorie de MacCormick relève d'un évident pluralisme juridique, pluralisme dont nous verrons qu'il ne suppose aucune relation de supériorité hiérarchique entre deux ordres normatifs institutionnels (B).

A. Règles et institutions du droit positif de l'État

Comme tout ordre normatif institutionnel, le droit de l'État de droit se formalise par un développement accru de la formulation explicite, par des autorités habilitées, de règles visant à sécuriser la poursuite des fins pratiques d'efficience et de justice que véhicule tout ordre normatif selon MacCormick. Cet ensemble forme un cadre normatif commun qui oriente et contraint les pratiques ainsi que les opinions normatives des membres d'un groupe social donné, et donne au droit sa réalité institutionnelle.

Par conséquent, tel qu'il se présente dans l'État de droit (par la suite nous emploierons seulement « État »), le droit veille nécessairement à la poursuite des fins pratiques d'efficience et de justice qui sont assignées à l'État. MacCormick relève sur ce point qu'une des fonctions de l'État tient à la production, à l'exécution et à la mise en application de règles tout en veillant au maintien de son unité³⁷².

Ces fonctions sont réparties entre différentes autorités habilitées. Fruits de l'institutionnalisation, ces autorités sont agencées selon leur fonction en de dites « *agences institutionnalisées* »³⁷³. Dans le cadre du droit de l'État constitutionnel moderne, objet principal du juristes écossais, ces agences sont autant de cours, parlements, gouvernements ou encore forces de police qui se répartissent les fonctions de « *législation, jugement, exécution et administration et mise en application* ».

Le succès de leur action conditionne l'unité de l'État, de là l'importance de leur « *coordination effective et de leur interaction équilibrée* »³⁷⁴, desquelles découle l'importance du principe de la séparation des pouvoirs au sein de ces États, remarque MacCormick. L'ordre normatif institutionnel veille ainsi au fonctionnement de sa propre mécanique interne.

L'existence de ces agences de production et d'application de règles permet à MacCormick de conclure que l'ordre normatif est formalisé, qu'il n'est pas conventionnel mais

³⁷² Dans les États constitutionnels modernes, ces règles qui véhiculent une certaine idée du juste peuvent être, explique Neil MacCormick, les droits et libertés inscrits dans les constitutions, v. MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 35 et 39.

³⁷³ *Ibid.*, p. 35-36. MacCormick emploie ici l'expression « *institution-agencies* », que nous choisissons de traduire par « agences institutionnalisées ». De même, nous emploierons un peu plus loin « *dispositions institutionnalisées* » et « *choses institutionnalisées* » plutôt que, respectivement, « *institution-arrangements* » et « *institution-things* ».

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 35.

institutionnel. Dans l'État constitutionnel moderne, cette formalisation est opérée par la Constitution, dont MacCormick distingue deux aspects.

D'un point de vue formel, la Constitution n'est qu'un texte qui répartit des fonctions entre différentes agences spécialisées de l'État. En revanche, c'est un autre aspect, dit « fonctionnel », qui confère à cet ordre normatif sa réalité institutionnelle. En effet, selon le juriste écossais, il n'y a véritablement institutionnalisation de l'ordre que si les règles constitutionnelles guident et contraignent *effectivement* les comportements des acteurs de ces agences³⁷⁵.

Ainsi, les règles (explicites ou non) se caractérisent par leur capacité à orienter et organiser des pratiques sociales et à fournir un cadre commun d'opinion normative, qu'il soit question d'une file d'attente ou de l'architecture constitutionnelle d'un État de droit. Seulement, dans ce dernier cas et à la suite de H.L.A. Hart, MacCormick met l'accent sur la conduite effective des agences institutionnalisées que crée la Constitution, c'est-à-dire la conduite des officiels.

Aussi, la Constitution est dite fonctionnelle dès lors qu'elle opère, du point de vue interne hartien, une force contraignante qui, *via* les officiels, se répercute dans l'ensemble du groupe social du territoire sur lequel l'ordre juridique est en vigueur, de sorte que tout un chacun partage l'opinion normative suivante : « *il est obligatoire de respecter la Constitution, ce qui implique qu'il est obligatoire de se conduire en accord avec les normes qui sont à leur tour valides au regard de la Constitution* »³⁷⁶.

L'existence de l'ordre juridique dans l'État de droit implique donc une certaine acceptation des normes par les officiels des agences créées par la Constitution, de sorte que « *la qualité normative de l'ensemble dépend de la norme conventionnelle (i.e. non explicite) selon laquelle toutes les personnes occupant un poste public doivent respecter et défendre la Constitution et les lois validement créées en vertu de celle-ci* »³⁷⁷. En dernière instance, le droit de l'État repose donc sur une norme qui a tout à voir avec la *Grundnorm* de Hans Kelsen. Selon MacCormick, ce n'est qu'à cette seule et unique règle ultime que l'ordre normatif institutionnel que forme le droit de l'État peut être ramené, non pas à l'impossible convergence cohérente et unifiée des pratiques des Cours que propose la règle de reconnaissance hartienne³⁷⁸.

Toutefois, pour que l'institutionnalisation de l'ordre soit complète et que le droit soit

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 46.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 51.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 60.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 56-57.

une réalité institutionnelle pour tout membre du groupe social, il faut que « *toutes les personnes aient une raison de prendre au sérieux les exigences que le droit impose* ». De là découle l'importance particulière que jouent les « *agences d'application du droit* »³⁷⁹, telles que les tribunaux ou encore les forces de police. Elles assurent l'existence d'une opinion normative commune qui ne se limite pas aux officiels et qui, nécessaire à l'existence de tout ordre normatif, donne au droit de l'État sa réalité institutionnelle.

Par ailleurs, l'institutionnalisation de l'ordre normatif de l'État tient aussi à l'existence de règles explicitement formulées par les agences institutionnalisées, de même que par les personnes privées. Ces règles peuvent former des groupes d'actes juridiques dotés d'une certaine cohérence propre, quand bien même serait-elle postulée. Il en va ainsi, selon MacCormick, des ensembles de règles tels que les contrats, la propriété, le mariage ou autres dites « *dispositions institutionnalisées* »³⁸⁰. Enfin, le droit peut aussi donner corps à des objets invisibles qui sans lui n'existeraient pas, tels que les copyrights ou les brevets. MacCormick parle alors de « *choses institutionnalisées* »³⁸¹.

Autour de ces dispositions, choses et agences institutionnalisées, s'articule une structure de règles reliées entre elles qui participent de la systématisme du droit. MacCormick distingue en outre trois types de règle selon la fonction que celles-ci assurent pour ces dispositions, choses et agences : les règles qui les instituent et traitent de la procédure de leur création ; les règles qui déterminent les conséquences normatives attachées à leur existence ; et enfin les règles qui traitent de leur disparition ou de leur abrogation. C'est là, selon MacCormick, la structure de tout ordre normatif institutionnel étatique. Voyons à présent la nature des relations entre plusieurs d'entre eux.

B. Un pluralisme juridique non hiérarchisant

La théorie néo-institutionnaliste du droit de MacCormick s'inscrit dans un pluralisme juridique certain : pour le théoricien écossais, il existe une pluralité d'ordres normatifs d'institutionnels qui peuvent prendre la forme d'une pluralité d'ordres juridiques étatiques. Aussi, ces derniers ne sont qu'une variété, parmi d'autres, d'ordres normatifs institutionnels, tout comme le sont les organisations sportives internationales ou encore le droit de l'Union européenne³⁸².

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 53.

³⁸⁰ *V. supra* note n°306.

³⁸¹ *V. supra* note n°306.

³⁸² MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 53. Le droit de l'Union est en outre un ordre normatif institutionnel singulier, distinct du droit des États, et que MacCormick désigne par l'expression « *European commonwealth* », MACCORMICK N., *Questioning sovereignty, op. cit.*, p. 98 et 102.

Dès lors qu'existe autour d'un ensemble de pratiques sociales un cadre normatif commun et que la formulation explicite de règles portant sur ces pratiques par des autorités habilitées est développée au point que des règles confient le fonctionnement de l'ordre à des institutions chargées de les produire et de les appliquer, alors nous pouvons dire que nous sommes en présence d'un ordre normatif institutionnel au sens de Neil MacCormick. Sa définition du droit est donc large. Il n'est pas étonnant qu'elle permette d'englober un grand nombre de phénomènes juridiques, de caractère national ou non.

En ce qui concerne les ordres normatifs institutionnels des États, le juriste écossais réserve l'expression « ordres juridiques nationaux ». Leur spécificité tient à celle de l'État lui-même qui, en tant qu'entité politique, se résume à quatre caractéristiques principales : il est attaché à un territoire en ce que son contrôle et son autorité sont fonction de limites géographiques définissant un extérieur et un intérieur ; ses institutions se revendiquent d'une autorité légitime, au sens de Joseph Raz³⁸³ ; elles entendent être indépendantes, c'est-à-dire non sujettes à des influences extraterritoriales non consenties ; le gouvernement est effectif et objet d'une reconnaissance par les autres États³⁸⁴.

Le pluralisme juridique de MacCormick se limite toutefois à ce seul constat d'une multitude existante d'ordres normatifs institutionnels. Il ne dit rien de leurs éventuels rapports hiérarchiques. En effet, pour le juriste écossais, la nature de ces ordres ne dit du mode de leurs relations. Seule leur nature peut être conceptualisée, leurs relations étant déterminées par un ensemble de contingences que la théorie générale ne peut déterminer³⁸⁵.

Par conséquent, deux ordres normatifs institutionnels peuvent entretenir des relations juridiques car aucun rapport n'est exclu de principe. Par exemple, les normes de l'un s'appliquent dans la sphère de validité de l'autre. Le conflit peut même surgir si les ordres donnent des réponses juridiques incompatibles à de mêmes questions, mais alors « *il n'y aura pas nécessairement de méthode juridique spécifique pour éliminer le conflit – il est parfaitement possible que les conflits restent simplement irrésolus, ou que leur résolution soit un problème pour le processus politique plutôt que juridique* »³⁸⁶.

Aussi, continue MacCormick, « *différents systèmes peuvent coexister sans qu'aucun n'ait à nier ni l'indépendance ni le caractère normatif de l'autre* »³⁸⁷. Dans le cas d'ordres juridiques entremêlés, il n'y a donc aucune raison pour voir des « *relations hiérarchiques de*

³⁸³ V. p. 72.

³⁸⁴ MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, op. cit., p. 39-40.

³⁸⁵ « *La compréhension correcte de l'interaction ente différents systèmes normatifs est un problème contingent, pas un qui découle du cœur du concept d'ordre normatif* », v. *Ibid.*, p. 121.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 75.

³⁸⁷ *Ibid.*

super-ordination ou de subordination comme nécessaires à notre compréhension de l'ordre juridique »³⁸⁸. Ni moniste, ni dualiste, la théorie de MacCormick relève d'un pluralisme juridique non hiérarchisant.

Il faut ainsi pouvoir concevoir, du point de vue de l'utilisateur de normes, que « *notre existence normative et notre vie pratique sont ancrées dans, ou liées à, une variété de systèmes institutionnels (i.e. d'ordres normatifs institutionnels), que chacun est valide ou opère en relation avec un ensemble d'intérêts, qu'aucun n'est absolu sur tous les autres et que tous, dans la plupart des cas, peuvent opérer sans conflit mutuel sérieux dans des domaines de chevauchement* »³⁸⁹ ; qu'en somme, il ne saurait y avoir de théorie générale de relations qui sont par nature contingentes.

S'il ne dit rien de l'éventuelle suprématie d'un système sur tous les autres, MacCormick fournit en revanche une explication de ce qui conduit acteurs institutionnels du droit et doctrine à comprendre les relations entre systèmes comme revêtant nécessairement le caractère de rapports hiérarchiques. Il désigne même un coupable, qu'ont également identifié Kelsen et Hart : le concept de souveraineté, ou plus exactement le traditionnel « *lien du droit avec la souveraineté et l'État* ». C'est précisément afin « *d'échapper à l'idée que tout droit doit prendre pour origine une source unique de pouvoir, tel qu'un souverain* » que la théorie de MacCormick « *rend possible que différents systèmes puissent se chevaucher et interagir, sans nécessairement requérir que l'un soit subordonné ou hiérarchiquement inférieur à l'autre ou à quelque troisième système* »³⁹⁰.

Il s'agit donc pour le théoricien de changer de paradigme en insistant non seulement sur la séparation entre le droit et l'État, mais également entre le droit et la souveraineté, cela afin de pouvoir rendre compte des cas où le pouvoir politique est diffus et irréductible à une unique source et où il se développe dans le cadre d'une pluralité d'ordres juridiques sans hiérarchisation *a priori*, tel que le cas de l'Union européenne sur laquelle Neil MacCormick a beaucoup écrit.

Conclusion de la section

La conception que MacCormick a du concept de système juridique apparaît de façon diffuse dans ses travaux. Tout au long de nos développements, nous avons vu que le droit est

³⁸⁸ MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », *The modern law review*, 1993, vol. 56, n° 1, p. 10.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 17.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 8.

compris comme un ensemble dont l'explication passe par la description des interrelations des parties qui le composent. Aussi, il est un système juridique interne selon la distinction de Losano³⁹¹. Mais également, l'aspect systémique du droit est conçu comme le produit de sa construction par ceux que MacCormick nomme les « *écrivains institutionnels* » du droit³⁹², c'est-à-dire comme le fruit d'un processus de systématisation. Ces derniers sont à la fois en dehors et au dedans du droit, le prenant pour objet, l'organisant en un système, en influençant le contenu ainsi que l'interprétation par la singulière autorité de leurs plumes. Ils constituent aussi en ce sens des sources du droit. Ce processus de systématisation opéré par les écrivains institutionnels indique que le système juridique chez MacCormick s'entend aussi comme externe.

Aussi, ces aspects externe et interne du système juridique se nourrissent l'un l'autre : la construction du droit en tant que système participe de la conception du droit en tant qu'unité autonome. Alors, le caractère systémique du droit peut aussi s'entendre comme un « *idéal régulateur* »³⁹³ guidant l'activité des juristes, savants ou praticiens, qui tout à la fois découvrent et construisent le droit en tant que système, de sorte que le droit apparaisse comme « *une totalité rationnellement intelligible* »³⁹⁴. Cette idée, que MacCormick se borne à mentionner, sera très utile pour nos développements ultérieurs³⁹⁵.

Mises de côté les catégories de Losano, la définition du droit en tant qu'ordre normatif institutionnel que propose Neil MacCormick indique que le système juridique est le produit de l'institutionnalisation d'un ordre normatif. Cette idée peut être comprise comme une conception propre du concept de système juridique, résumée par le tableau suivant :

³⁹¹ V. p. 26-27.

³⁹² C'est ainsi que nous choisissons de traduire l'expression « institutional writers », v. MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. 13.

³⁹³ MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », *op. cit.*, p. 18. MacCormick emprunte cette idée à Joxerramon Bengoetxea, qu'il cite, v. BENGOTXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*

³⁹⁴ MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. 11.

³⁹⁵ V. p. 174s.

Système juridique	Conception de MacCormick
Composition	Règles et agences institutionnalisées
Organisation	Règles (explicites, implicites, de différents niveaux) produites par des autorités habilitées et régulant les normes d'ordres normatifs
Unité	Objectifs pratiques poursuivis
Autonomie	Règles du système produites par ses propres agences institutionnalisées
Existence	Norme conventionnelle (respect des règles par agences institutionnalisées), pratique sociale effective et opinion normative commune (diffusée par les agences d'application du droit)
Échelle	Système juridique non nécessairement national
Relations	Pluralisme non hiérarchisant

La conception de MacCormick est de toute évidence opérationnelle dans le contexte de l'Union européenne. Nombre de ses publications se proposent précisément de saisir la nature juridique de l'ensemble formé par l'Union et ses États membres. Le théoricien écossais est notamment l'initiateur de ce qui deviendra un courant théorique majeur dans la littérature juridique européenne : le pluralisme constitutionnel, lequel propose une généralisation des modes de relations entre systèmes juridiques dans le contexte de l'Union³⁹⁶.

Le point de départ de MacCormick est la reconnaissance, au sein de l'Union, d'une pluralité d'ordres normatifs institutionnels dotés de constitutions fonctionnelles, c'est-à-dire que des fonctions de législation, exécution et mise en application des règles sont confiées à des agences spécialisées au sein desquels des officiels les appliquent du point de vue interne. C'est le cas des droits des États membres, dotés au surplus d'une constitution formelle, mais également de l'Union européenne³⁹⁷. C'est en ce sens qu'existe un pluralisme constitutionnel.

Pour qualifier les relations entre les systèmes de l'Union et ceux des États membres, MacCormick observe la pratique en suivant une méthode générale selon laquelle chaque système peut être compris selon sa propre logique interne, c'est-à-dire à l'aune de « *leurs propres termes* »³⁹⁸. Aussi, les relations entre systèmes sont comprises à l'aune de la

³⁹⁶ Nous y reviendrons longuement dans le chapitre 3, v. p. 115s.

³⁹⁷ En ce sens, Neil MacCormick analyse le traité établissant une constitution pour l'Europe de 2004 comme une tentative de « *substituer une constitution formelle à la constitution fonctionnelle déjà existante contenue dans les Traités* », MACCORMICK N., *Institutions of law, op. cit.*, p. 49.

³⁹⁸ MACCORMICK N., *Questioning sovereignty, op. cit.*, p. 106.

compréhension qu'en ont leurs agences institutionnalisées.

Alors, MacCormick remarque que chaque système apporte une réponse différente, fonction de son point de vue, à la question de l'origine de sa propre validité par rapport à l'autre. Ce constat est bien connu³⁹⁹ : d'une part, il peut être inféré de la jurisprudence de la CJUE que la validité du droit de l'UE repose en dernière instance dans ses propres traités ; de l'autre, il peut être inféré de la jurisprudence de certaines cours nationales que l'origine de la validité du droit de l'UE repose sur les constitutions des États membres, lesquelles habilent leurs organes à ratifier des conventions internationales.

Pour autant, la CJUE est l'organe suprême d'interprétation des traités, et les cours suprêmes nationales celles de l'interprétation de leur Constitution respective. Chacun dispose donc d'une supériorité sur l'autre dans son domaine de compétence respectif. Et si le droit de l'UE prime le droit national, ce n'est que dans des domaines de validité matérielle définis par les traités. Des collisions sont donc « *possibles, mais pas inévitables* »⁴⁰⁰. Aussi, rien n'empêche le dialogue et l'entente mutuelle, indépendamment du point de vue porté par chaque organe sur la question de l'origine de la validité.

Sur cette base, MacCormick conclut : « *les systèmes juridiques des États membres et leur système juridique commun de droit communautaire sont des systèmes de droit distincts mais qui interagissent, et les relations hiérarchiques de validité entre des critères distincts de validité propres à chaque système ne se résument pas à une sorte de supériorité d'un système sur l'autre qui répondrait à tout besoin* »⁴⁰¹.

Quant au droit international, deux positions sont pareillement défendables et laissent le choix du cadre le plus pertinent. Il peut être considéré que l'origine de la validité des systèmes juridiques de l'Union et des États membres repose dans les conditions posées par le droit international, lesquelles « *imposent un cadre dans les relations interactives et non hiérarchiques entre les systèmes* »⁴⁰². C'est ce que MacCormick nomme « pluralism under international law ». Ou bien, il peut être considéré que le droit international est un système juridique distinct qui interagit avec les autres sans pour autant les primer, et qui donne « *une troisième perspective sur les relations en question* »⁴⁰³, c'est-à-dire celles entre l'UE et les

³⁹⁹ Nous en discuterons dans le chapitre 3, v. p. 125s.

⁴⁰⁰ MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.* MacCormick retient la première perspective qui selon lui est la seule offrant la possibilité de recourir, en cas de conflit interne insoluble entre la CJUE et les Cours suprêmes nationales, à une résolution externe du conflit par la justice ou l'arbitrage international. Cf. *Ibid.*, p. 121 ; MACCORMICK N., « Risking Constitutional Collision in Europe? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 517-532.

États membres. MacCormick nomme cette position « radical pluralism »⁴⁰⁴.

Somme toute, il s'agit d'un choix de perspective que réalisent au cas par cas les organes d'application du droit, tenus de choisir, et que reflète leurs discours.

Conclusion du chapitre

En introduction, le concept de système juridique a été défini comme une façon de concevoir le droit. Nous avons expliqué que ce concept fournit un modèle explicatif du phénomène juridique pouvant être résumé en une proposition générale : tout ou partie du droit consiste en une ou plusieurs unités autonomes.

Le droit en tant que système juridique est alors compris comme un ensemble dont les parties ont au moins une propriété commune (unité) et fournissent elles-mêmes les moyens de leur propre production (autonomie). Cette propriété et ces moyens varient en autant de compréhensions de l'unité et de l'autonomie du droit, soit en autant de conceptions du concept de système juridique.

Dans ce chapitre, nous avons présenté les théories institutionnalistes de Joseph Raz et de Neil MacCormick. Nous avons vu leurs caractéristiques au regard de différentes catégories permettant de définir un système juridique. Le tableau suivant en propose un résumé, qui nous permettra par la suite de comparer les conceptions de Raz et de MacCormick :

⁴⁰⁴ C'est celle que MacCormick défendra dans un premier temps, v. MACCORMICK N., « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *European Law Journal*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 259-266.

CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES		
Système juridique	Conception de Raz	Conception de MacCormick
Composition	Lois et institutions	Règles et agences institutionnalisées
Organisation	Interdépendance des parties composant le système juridique	Règles produites par des autorités habilitées régulant des ordres normatifs
Unité	Critères d'appartenance des lois sont employés par les institutions primaires	Objectifs pratiques poursuivis
Autonomie	Les propres lois du système habilitent des institutions à produire du droit	Règles du système produites par ses propres agences institutionnalisées
Existence	Si mécanisme de reconnaissance habilitée	Si norme conventionnelle, pratique sociale effective et opinion normative commune
Échelle	Système juridique national	Système juridique non nécessairement national
Relations	Pluralisme hiérarchisant	Pluralisme non hiérarchisant

Raz et MacCormick ont en commun de définir le système juridique comme un ensemble dont les parties sont d'une part des lois ou règles, et d'autre part des institutions. Pour cette raison, nous proposons de comprendre leurs théories comme deux variantes d'une même conception institutionnaliste du concept de système juridique.

D'autres aspects les rapprochent. Dans les deux cas, l'autonomie du système juridique tient à ce que ses propres institutions créent et appliquent ses propres lois ou règles. Du reste, elle a différentes implications pour chacune des théories. Pour Raz, le système juridique ne peut exister que s'il est autonome, parce que doit exister un mécanisme par lequel des organes sont habilités à contrôler les critères d'identité des lois du système. Pour MacCormick en revanche, le système juridique est d'abord un ordre normatif qui existe avant d'être autonome. L'autonomie prend sens dès lors que l'ordre normatif s'institutionnalise, c'est-à-dire que des règles se formalisent et que des agences spécialisées en gèrent la production. Le système juridique ne devient autonome que dès lors que ces agences sont tenues par une norme conventionnelle de respect de ces règles formalisées.

La question de l'unité du système juridique souligne davantage les différences entre chacune des théories. Chez Raz, l'unité du système tient à ce que ses critères d'identité sont réglés par de mêmes organes primaires d'application du droit. Elle tient à l'origine commune de la détermination de ses critères d'identité. Chez MacCormick, le système est unifié par la poursuite de mêmes finalités. L'institutionnalisation de l'ordre normatif entend rendre plus

efficace la réalisation des objectifs pratiques que se fixe cet ordre.

Du point de vue des relations entre deux systèmes, chaque conception relève du pluralisme juridique. Mais là où Raz ne conçoit que des relations entre systèmes juridiques nationaux, MacCormick inclut sans sa théorie des systèmes nationaux et extranationaux, comme celui de l'Union européenne, dont la coexistence ne conduit pas nécessairement à la hiérarchisation de l'un sur les autres. Chez Raz, le conflit de lois semble latent. Chez MacCormick, il peut être toujours résolu au cas par cas.

Dans les deux cas, l'institutionnalisme offre de grands avantages pour une approche pluraliste : il permet un récit des relations entre systèmes juridiques qui se rapproche de la compréhension qu'en ont leurs acteurs institutionnels. Prenons l'exemple de l'UE et du récit qui est habituellement fait des relations entre la CJUE et les cours nationales. Durant le dénommé processus de « constitutionnalisation » du droit de l'Union, qui peut être daté de 1963 à 1978⁴⁰⁵, la CJUE a posé les bases de la primauté du droit de l'Union sur le droit interne en organisant une hiérarchie au sein de laquelle les traités de l'alors « Communauté » doivent être supérieurs à toutes les normes juridiques des États membres, y compris celles constitutionnelles, avec effet direct et application par le juge national des normes de l'Union.

Ainsi, le droit de l'Union semble compris par la CJUE comme revêtant les traits d'un système juridique. Pour l'heure, il n'importe pas de déterminer si ce système est plus inspiré de Raz ou de MacCormick, mais plutôt de remarquer que le droit de l'Union est construit *comme si* d'évidence il constitue un système juridique. Or, il est bien connu que cette compréhension n'est pas universellement partagée, en particulier par les cours constitutionnelles des États membres. En France, en Italie ou en Allemagne, celles-ci ont pu affirmer au contraire que la primauté du droit de l'Union repose sur le droit interne, qu'en vertu de cette circonstance, s'il peut constituer un système juridique, le droit de l'Union ne saurait primer en tout point le droit interne, en particulier constitutionnel.

Aussi, dans ce récit de la construction du droit de l'Union, des systèmes juridiques se confrontent et dialoguent par l'intermédiaire de leurs juges, soit de leurs institutions. Or, seules des institutions peuvent se confronter ou dialoguer, non pas des lois ou des normes. À la différence de celles normativistes, les conceptions institutionnalistes permettent de rendre compte de pareilles situations. . Par conséquent, elles offrent l'avantage d'une proximité plus évidente avec la compréhension contemporaine des phénomènes juridiques, notamment dans le contexte de l'Union européenne.

⁴⁰⁵ Soit des arrêts *Van Gend en Loos* (CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62) à *Simmenthal* (CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77).

Conclusion du titre

Nous avons dans le présent titre présenté une série de quatre conceptions possibles du même concept de système juridique. Elles consistent en deux types (normativiste et institutionnaliste), qui se déclinent chacun en deux conceptions possibles. En accord avec ce qui vient d'être exposé, nous avons élaboré un tableau qui entend récapituler les grandes caractéristiques de ces conceptions (**Figure 1**).

Le concept de système juridique que nous avons défini semble donc assurer une fonction régulatrice de l'activité de connaissance des juristes en tant qu'il est une matrice commune autour de laquelle gravitent diverses conceptions du droit en tant qu'unité autonome. Ainsi défini, le concept permet de faire le trait d'union entre différentes théories portant sur ce que le droit est. L'influence de ces théories sur une culture juridique commune aux juristes-savants et juristes-praticiens n'étant pas contestée, nous avons des raisons de penser que ce concept joue aussi un rôle dans l'activité de justification des cours, et notamment de la CJUE. Toutefois, pour arriver à pareille conclusion, il nous faut d'abord montrer que le concept de système juridique, élaboré pour décrire des contextes étatiques, est également pertinent pour la description des contextes extra étatiques tels que celui de l'Union européenne. C'est ce à quoi s'emploieront les considérations suivantes.

Figure 1 :

		CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
Système juridique	Conception de Kelsen	Conception de Hart	Conception de Raz	Conception de MacCormick	
Composition	Normes	Règles	Lois et institutions	Règles et agences institutionnalisées	
Organisation	Hierarchie dynamique	Des règles secondaires portent sur des règles primaires	Interdépendance des parties composant le système juridique	Règles produites par des autorités habilitées régulant des ordres normatifs	
Unité	Origine commune des normes : une même norme fondamentale	Origine commune des normes : une même règle de reconnaissance	Critères d'appartenance des lois sont employés par les institutions primaires	Objectifs pratiques poursuivis	
Autonomie	Création et application du droit au moyen des normes du système	Critères propres d'identification des règles appartenant au système	Les propres lois du système habilitent des institutions à produire du droit	Règles du système produites par ses propres agences institutionnalisées	
Existence	Si efficacité générale	Si efficacité générale et point de vue interne	Si mécanisme de reconnaissance habilitée	Si norme conventionnelle, pratique sociale effective et opinion normative commune	
Échelle	Système non nécessairement national	Système non nécessairement national	Système juridique national	Système juridique non nécessairement national	
Relations	Système juridique unique : monisme, avec primauté du droit international	Pluralisme, non hiérarchisant	Pluralisme hiérarchisant	Pluralisme non hiérarchisant	

Titre 2. Les obstacles à la pertinence du concept de système dans le contexte de l'Union

Dans les chapitres 1 et 2, nous avons vu que le concept de système juridique est indispensable pour définir le droit dans la tradition positiviste. Pour celle-ci, une norme sociale est juridique pour être valide au sein d'un ensemble juridique de normes sociales. Le concept de système juridique est donc essentiel pour le fonctionnement comme pour la connaissance du droit, pour le travail du praticien portant sur les relations entre différents « droits » (français, espagnol, international, régional, etc.) comme pour celui du chercheur qui les prend pour objet. Il faut pour chacun penser ces droits comme des ensembles distincts au contenu différenciable, soit des unités autonomes qui entrent en relation les unes avec les autres au moyen d'organes de création et d'application du droit.

Mais que dire de normes sociales dont les organes de deux ensembles distincts se disputent le pouvoir d'en déterminer le contenu et les effets ? Peut-on concevoir l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques à la fois distincts et partageant des fonctions de création et d'application de mêmes normes juridiques ? Ces questions sont au cœur des débats théoriques autour de la nature de l'Union européenne et de ses relations avec les États membres.

Une question est plus fondamentale encore : le droit de l'Union européenne peut-il être conçu comme un système juridique ? La réponse est en-dehors du sentier des évidences incontestées. Certains auteurs plaident pour un abandon du concept de système juridique dans la description du droit de l'Union. Pour la présente étude, qui entend précisément identifier le concept de système juridique dans un discours juridictionnel du droit de l'Union, il importe de présenter les problèmes soulevés par ces auteurs et d'en proposer une solution.

Aussi, face à ces critiques, nous proposerons de comprendre le fonctionnement juridique de l'UE et de ses États membres sur le modèle d'un pluralisme à hiérarchies multiples qui ne renonce pas au concept de système juridique (**Chapitre 3**). Nous verrons ainsi dans quelles conditions il est possible de concevoir le droit de l'UE comme un système juridique.

À la question de savoir si le droit de l'Union constitue ou non un système juridique, il peut toutefois ne pas être nécessaire d'apporter une réponse tranchée, en insistant, à la suite de Neil MacCormick et de Joxerramon Bengoetxea, sur l'idée que la qualité de système du droit n'est pas tant un fait (une de ses propriétés) qu'un idéal régulateur des activités de création et

d'application des normes juridiques⁴⁰⁶. Alors, cette qualité de système n'est plus comprise comme une réalité détachée des acteurs du droit mais comme le résultat de leur action. Dès lors, une analyse du droit l'Union qui entend rendre compte de la compréhension qu'en ont ses propres acteurs doit bien inclure le concept de système juridique dans son analyse⁴⁰⁷. Le concept devient nécessaire pour rendre compte de leur compréhension. Toutefois, un obstacle se pose si cette compréhension varie selon chacun des acteurs, comme c'est le cas notamment entre les différents organes juridictionnels évoluant au sein de l'UE. Aussi, il faudra être en mesure de fournir une explication de ces points de vue contradictoires afin de démontrer la pertinence d'une analyse de l'Union au moyen du concept de système juridique (**Chapitre 4**).

⁴⁰⁶ Cette idée sera bien entendue développée dans la présente étude, au chapitre 4. Nous citons d'ores et déjà les deux travaux majeurs sur lesquels nous nous baserons : MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », *op. cit.* ; Bengoetxea J., « Legal system as a regulative ideal » in KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 65-80.

⁴⁰⁷ On distingue alors la question « le droit de l'Union est-il un système ? » d'une autre, à laquelle nous répondons par l'affirmative, « est-il utile de concevoir le droit de l'Union comme un système ? ». Indépendamment du contexte de l'Union, sur la distinction entre ces deux questions v. ITZCOVICH G., « Under what conditions can we speak of the law as a system of norms ? », *Analisi e diritto*, 2009, p. 225-237.

Chapitre 3. Concevoir un pluralisme à hiérarchies multiples

Concevoir l'Union européenne comme un système juridique et ses relations avec les États membres comme des relations de système ne va pas de soi. La pertinence d'un emploi du concept de système juridique pour caractériser des phénomènes normatifs en-dehors de l'État est sujette à de nombreux débats (**Section 1**). En creux, se dessine une critique radicale du concept de droit face à l'émergence de nouvelles normativités, dont le droit de l'Union européenne n'est qu'un exemple. Nous proposerons un récit de l'Union qui permette d'inclure les grandes questions juridiques qui se posent au sujet de ses relations avec le droit des États membres, tout en préservant l'emploi du concept de système juridique (**Section 2**).

Section 1. La pertinence contestée du concept de système dans le contexte de l'Union

Après une présentation générale des débats doctrinaux sur la pertinence d'un emploi du concept de système juridique pour caractériser l'Union européenne et ses relations avec les États membres (**I**), nous nous focaliserons sur les arguments développés en théorie du droit par Keith Culver et Michael Giudice, lesquels fournissent les critiques qui nous semblent le plus directement toucher la problématique spécifique de notre objet d'étude (**II**).

I. Les nouvelles normativités, « entre ordre et désordre »⁴⁰⁸

L'émergence de nouvelles normativités et de toute une littérature qui les prend pour objet de description pose problème pour la connaissance du droit : comment les intégrer dans le schéma traditionnel d'analyse du droit ? Faut-il créer de nouveaux concepts ou modifier les anciens ? Les nouvelles normativités compliquent la mise en ordre traditionnelle du matériau juridique.

Nous avons vu que dans la tradition positiviste, les concepts de droit et de système juridique sont coextensifs : dès lors qu'il y a du droit, il y a un système juridique, et inversement. Cela n'est vrai que sous une condition méthodologique importante : l'objet d'étude privilégié d'une théorie générale du droit est constitué par les normes sociales telles qu'elles sont produites et appliquées par les institutions de l'État.

En effet, chez Kelsen, Hart et Raz, le concept de système juridique est façonné pour

⁴⁰⁸ On se réfère bien entendu au titre de l'ouvrage de François Ost et Michel van de Kerchove, v. KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit.

rendre compte de la structure du droit national⁴⁰⁹. Forts de leur pouvoir explicatif, les modèles créés par ces auteurs sont devenus des références à partir desquelles s'analysent des phénomènes normatifs non initialement inclus dans la théorie originale qui avait engendré ces modèles. Cette démarche inspire de nombreuses études désireuses d'analyser le droit de l'Union européenne à travers le prisme des modèles de système juridique chez Kelsen, Hart et Raz⁴¹⁰. C'est cela qui fait dire à MacCormick et Bengoetxea que le concept de système juridique assure une fonction régulatrice de l'activité des juristes⁴¹¹.

Par conséquent, la circonstance que le concept de système juridique a été créé pour rendre compte d'un objet juridique lié à l'État n'exclut pas de principe son application à d'autres normes sociales créées et appliquées à une échelle autre que nationale.

Depuis plusieurs années en revanche, un mouvement inverse s'opère en théorie du droit comme en doctrine : un nombre croissant de publications apportent des arguments à l'encontre de la pertinence d'un emploi du concept de système juridique pour rendre compte de normes sociales produites et appliquées en-dehors des organes juridiques de l'État. Ces normes sont tantôt qualifiées d'OJNI⁴¹², de droit global, post-national, transnational⁴¹³, etc. Certains n'hésitent pas à abandonner le concept de système juridique tout court⁴¹⁴. D'autres concluent que des concepts plus opérationnels sont capables de produire une explication plus complète de ces nouvelles normativités comme de celles traditionnelles attachées aux institutions de l'État⁴¹⁵. À quelques rares exceptions près⁴¹⁶, cette littérature est le fruit de

⁴⁰⁹ On pourrait objecter que ces auteurs se sont aussi intéressés au droit international. Il n'en demeure pas moins que l'État reste la figure centrale et le point de départ de leurs théories, qu'il s'agisse du droit de l'État ou du droit entre États.

⁴¹⁰ À propos de Kelsen, nous nous arrêterons principalement sur les travaux de Catherine Richmond et de Karine Caunes : RICHMOND C., *Perspectives on law*, *op. cit.* ; Richmond C., « Preserving the identity crisis : autonomy, system and sovereignty in European law » in MACCORMICK N. (dir.), *Constructing legal systems*, *op. cit.*, p. 377-420. ; à propos de Hart et de Raz, principalement sur ceux de Julie Dickson : DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.* ; DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *op. cit.* ; DICKSON J., « Who's afraid of transnational legal theory? Dangers and desiderata », *Transnational Legal Theory*, 2015, p. 1-21 ; DICKSON J., « Directives in EU Legal Systems: Whose Norms Are They Anyway? », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 2, p. 190-212. On peut également citer le travail de Julie Primmer, v. PRIMMER J.W., « Beyond the Law-State : the adequacy of Raz's account of legal systems in explaining intra-State and supra-State legality », *op. cit.*

⁴¹¹ V. p. 111-112. On caractérisera plus précisément cette fonction régulatrice dans la seconde section du présent chapitre.

⁴¹² Pour « Objet Juridique Non Identifié ». On peut consulter sur ce point les travaux du Centre Perelman de philosophie du droit, dont les résultats sont résumés dans un article de Benoît Frydman, v. FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », *Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012, n° 1.

⁴¹³ Pour une présentation générale de cette littérature, on peut se référer à l'excellent article de Kaarlo Tuori « Toward a Theory of Transnational Law », traduit en français : TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *op. cit.*

⁴¹⁴ FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », *op. cit.*, p. 8.

⁴¹⁵ C'est le cas de Keith Culver et Michael Giudice, sur lesquels nous allons nous arrêter longuement. On peut d'ores et déjà citer leur ouvrage principal : CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders: an essay in general*

recherches menées à l'étranger, principalement en langue anglaise.

Bien sûr, toutes les critiques ne formulent pas des arguments de même valeur. Cela peut être ainsi sur le ton d'une évidence supposée que le juriste est invité (dans un monde décrit comme de plus en plus globalisé, sans frontière, etc.) à balayer sur le champ tout concept pouvant se rapprocher de près ou de loin à l'État (souveraineté, système juridique, constitution, etc.)⁴¹⁷.

Certaines de ces critiques se concentrent spécifiquement sur le cas de l'Union européenne, en tant qu'instance de normativité non nationale. Pour simplifier, on peut distinguer deux types de critiques du concept de système juridique, selon qu'il s'agit de le réformer (A) ou de l'abandonner dans l'activité de description du droit (B).

A. La réforme du concept de système juridique

La proposition de réforme du concept de système juridique pour rendre compte de l'Union européenne est principalement l'œuvre d'une littérature variée communément identifiée par son propre objet d'étude : le pluralisme constitutionnel. Nous ne nous arrêterons pas sur les nombreux débats portant sur ce que le pluralisme constitutionnel a, ou n'a pas, de constitutionnel ou de pluraliste⁴¹⁸. Beaucoup de choses ont été dites, si bien que la description du débat nous porterait bien au-delà du champ de notre objet d'étude⁴¹⁹. Le pluralisme constitutionnel ne nous intéresse ici que dans son pouvoir de transformation de ce que les juristes entendent habituellement par « système juridique »⁴²⁰. Pour résumer brièvement

jurisprudence, New York, N.Y., Oxford University Press, 2010.

⁴¹⁶ BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll.« Forum », 2013 ; BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ, Lextenso éditions, 2016.

⁴¹⁷ Certaines propositions défendent le mouvement diamétralement opposé, qui consiste à employer les concepts traditionnellement attachés à l'État dans des contextes qui lui sont étrangers. C'est le cas de la littérature du pluralisme constitutionnel, qui milite précisément pour un emploi du vocabulaire du constitutionnalisme traditionnel dans les contextes non étatiques comme celui de l'UE. Nous y reviendrons. Pour une présentation générale de cette littérature, on peut se référer au travail de Klemen Jaklic, v. JAKLIC K., *Constitutional pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, coll.« Oxford studies in European law », 2013. La proposition la plus emblématique de ce mouvement constitutionnaliste nous semble être celle de Mattias Kumm, v. KUMM M., « The cosmopolitan turn in constitutionalism » in DUNOFF J.L. et J.P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2009, p. 258-324, en particulier p. 261.

⁴¹⁸ En tout état de cause, le pluralisme constitutionnel n'est pas le seul discours à rendre compte d'une pluralité d'objets constitutionnels en Europe. Dans ce contexte, Kaarlo Tuori distingue trois pluralités constitutionnelles : pluralité des conceptions constitutionnelles, pluralité des concepts de constitution et pluralité des constitutions en vigueur, v. TUORI K., « The many constitutions of Europe » in TUORI K. et S. SANKARI (dir.), *The many constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, coll.« Edinburgh/Glasgow law and society series », 2010, p. 3.

⁴¹⁹ Pour une critique complète du pluralisme constitutionnel, on peut notamment consulter les ouvrages suivants : AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford ; Portland, Or, Hart Publishing, coll.« Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law », 2012 ; JAKLIC K., *Constitutional pluralism in the EU*, *op. cit.*

⁴²⁰ Neil Walker, contributeur du courant du pluralisme constitutionnel, explique que la question de la nature

l'enjeu, on peut dire que le pluralisme constitutionnel intervient comme une troisième voie opposée aux partisans de l'alternative « primauté du droit de l'Union – primauté des constitutions nationales »⁴²¹. Il s'agit alors de sortir d'une compréhension hiérarchique des relations de systèmes en rejetant l'idée que l'un ou l'autre doit être nécessairement à l'origine de la validité de l'autre⁴²².

Cela implique d'abord de déconstruire les concepts habituels, puis d'en proposer de nouveaux. Sur le premier point, les tenants du pluralisme constitutionnel pointent du doigt les travers d'une compréhension traditionnelle du constitutionnalisme qui ne renonce pas à la centralité de la souveraineté et prête à tout objet identifié comme un système juridique le caractère d'un ensemble hiérarchisé dont les relations avec l'extérieur ne peuvent conduire qu'à un ordonnancement vertical de la pluralité. Deuxièmement, il est proposé une lecture horizontale plutôt que verticale des relations de systèmes : on décrit une pluralité de systèmes juridiques coexistant sur un modèle non pas simplement hiérarchique dans lequel les relations entre les niveaux européen et national seraient systématiquement réglées par la position verticale de l'un par rapport à l'autre, mais plutôt sur un modèle horizontal où la position de chaque niveau par rapport à l'autre n'est pas définitivement réglée. Il n'y a plus de pyramide incontestée mais une dite « hétéarchie » au sein de laquelle des acteurs parviennent à coordonner leurs actions sans besoin d'être liés par des relations hiérarchiques inamovibles⁴²³. On dit aujourd'hui communément qu'ils « dialoguent ».

systemique du droit de l'Union est une partie essentielle de ce qu'il nomme la « philosophie du droit de l'UE », v. WALKER N., « The philosophy of European Union law » in ARNULL A. et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford handbook of European Union law*, 1^{re} éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015, p. 23s.

⁴²¹ Les partisans de la première se basent sur la jurisprudence de la CJUE. Pour reprendre l'expression de Pierre Brunet, c'est la « *tétralogie luxembourgeoise bien connue* » (Brunet P., « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, op. cit., p. 200.) : CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62 ; CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64 ; CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70 ; CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77. Les partisans de la seconde se basent sur la jurisprudence des cours constitutionnelles des États membres tendant à limiter la primauté des Traités sur les constitutions nationales. Dans le cas de la France et de l'Allemagne, on peut respectivement citer la jurisprudence du Conseil constitutionnel portant sur la dite « identité constitutionnelle » (Cons. const. n°2006-540 DC, 27 juillet 2006 ; Cons. const. n°2006-543 DC, 30 novembre 2006 ; Cons. const. n°2008-564 DC, 19 juin 2008 ; Cons. const. n°2010-605 DC, 12 mai 2010) ou la jurisprudence des arrêts dits « *Solange* » de la Cour de Karlsruhe (BVerfG, 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271 - *Solange I* ; BVerfG, 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 - *Solange II*).

⁴²² C'est bien sûr Neil MacCormick qui est le premier à proposer cette lecture de l'Union européenne. V. MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », op. cit. Pour une présentation de la contribution de MacCormick au pluralisme constitutionnel, v. JAKLIC K., *Constitutional pluralism in the EU*, op. cit., p. 13s.

⁴²³ Klemen Jaklic relève que la notion d'hétéarchie n'est jamais explicitement définie par les auteurs du courant du pluralisme constitutionnel et semble toujours s'entendre par opposition à celle de hiérarchie. Il propose d'en retenir un contenu minimal commun aux grands contributeurs de ce courant et qu'il résume en deux points : « *firstly, that two or more constitutional orders and their sources coexist over a shared piece of territory as ultimately self-standing and equal, so that now neither, or none, of them is any longer the single ultimately superior order/source of authority over a given territory. Secondly, in the most abstract general sense, this thinnest pluralist principle also implies the need for concessions by such overlapping constitutional orders and their sources* », v. JAKLIC K., *Constitutional pluralism in the EU*, op. cit., p. 170 et 5 et 21.

Le fameux « dialogue des juges »⁴²⁴ est une expression au champ de significations relativement ouvert : « dialoguent » ceux qui partagent des références (à de mêmes principes ou plus généralement à de mêmes arguments), ceux qui se citent l'un l'autre, etc.⁴²⁵ D'une manière générale, il s'agit de relever que des juges, appartenant à des ordres juridictionnels ou juridiques distincts, sont attentifs aux décisions de chacun, lesquelles apparaissent sous une forme ou une autre dans leur argumentation, de sorte qu'il y a un échange d'arguments⁴²⁶. A relèvera le propos de B ou suivra la même décision que C, etc. « Dialogue » est entendu en un sens très spécifique qui ne rend pas l'emploi de l'expression toujours heureux pour de nombreux auteurs⁴²⁷.

Le recours à l'expression « dialogue » dans l'analyse des relations entre la CJUE et les juridictions nationales n'est pas totalement neutre quant à l'idéal de ce que devraient être ces relations. Par dialogue, des auteurs présupposent souvent l'existence ou le besoin d'un langage ou de concepts communs entre les participants au dialogue, ceci afin de *mettre en ordre* des relations qui ne présentent pas d'évidence un caractère ordonné⁴²⁸.

Dans le cadre d'une réflexion sur les relations de système entre l'Union et ses États membres toutefois, la référence du courant du pluralisme constitutionnel au dialogue nous

⁴²⁴ L'expression est de Bruno Genevois, alors commissaire du gouvernement dans l'arrêt du Conseil d'État CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*.

⁴²⁵ On trouvera de nombreuses propositions de typologie des dialogues juridictionnels. À l'endroit de l'Union européenne, Joxerramon Bengoetxea en distingue un nombre conséquent qui montre bien comme l'expression peut être utilisée pour se référer à des formes bien différentes, allant de la simple citation d'un arrêt ou de l'existence d'instances de recours (appel, question préjudicielle, etc.) à l'organisation de conférences ou de tout type d'échanges, verbaux ou non, réalisés au sein d'instances plus ou moins formelles et qui sont autant d'occasions pour les juges d'échanger des arguments juridiques. Cf. Joxerramon BENGOTXEA, « Judicial and interdisciplinary dialogues in European Law » in HESS B. et S. MENÉTREY (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 24. Nous choisissons, à dessein, de ne pas entrer dans le débat sur la géométrie des types de dialogue (dialogue vertical, horizontal ou autre), qui nous éloignerait trop de notre objet. On pourra consulter notamment ROSAS A., « The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 2 ; SLAUGHTER A.-M., « A typology of transjudicial communication », *University of Richmond Law Review*, 1994, vol. 29, p. 99-137.

⁴²⁶ Il ne suffit pas qu'un argument soit adressé à une certaine audience, c'est probablement le cas de toute décision prise par un organe juridique. Le dialogue suppose un retour, une réponse au premier échange, de sorte qu'il peut être défini comme « l'échange successif d'arguments juridiques par des cours », v. CLAES M., M. DE VISSER, P. POPELIER, et C. van de HEYNING (dir.), *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, coll. « Ius commune europaeum », n° 107, 2012, p. 3.

⁴²⁷ Certains proposent de parler plutôt de « conversations », dans la mesure où plus de deux participants peuvent participer et que le terme « englobe – plus que ne le fait le terme "dialogue" – ces communications qui ont un caractère plus informel ou ne sont pas clairement orientées vers la réalisation d'un but particulier », v. *Ibid.*, p. 4. D'autres estiment que le dialogue en question n'existe pas, qu'il est plutôt entre « monologue et dialogue de sourds », v. Jean-Philippe DEROSIER, « Le dialogue des juges : de l'inexistence d'un concept pourtant éprouvé » in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, op. cit.*, p. 79.

⁴²⁸ Ainsi de l'avis de Pierre Brunet, « la prescription que ne dissimulent guère les tenants du pluralisme est que l'imbrication des ordres juridiques rend nécessaire l'intervention du juge pour "ordonner le pluralisme" », v. Pierre BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné » in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public, op. cit.*, p. 207. Cette volonté de mise en ordre nous semble grossir d'évidence à mesure que le pluralisme constaté est ample, v. notamment DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*, Paris, France, Éditions du Seuil, 2006.

semble être moins faite pour désigner une *qualité* du discours entre différents locuteurs que pour pointer une *situation* dans laquelle deux autorités évitent de tomber en désaccord sur des types de solution ou des types d'argumentation car aucune ne peut, en dernière instance, s'assurer de la primauté de ses décisions sur celles de l'autre⁴²⁹. Le dialogue désigne alors plus spécifiquement une certaine coordination des discours dans l'absence de hiérarchie.

Le constat de l'existence d'un « dialogue » ou d'une « étroite collaboration » devient un argument central pour le courant du pluralisme constitutionnel, lequel entend précisément démontrer que la coordination des acteurs juridiques peut aussi se faire sans une hiérarchie définitive qui identifierait une autorité finale de décision pour tout type d'antinomie entre le droit de l'Union et celui des États membres. Des antinomies sont possibles et il n'y a pas de certitude quant à l'autorité normative qui pourra la régler. C'est la raison pour laquelle le dialogue est intimement lié au conflit : les acteurs dialoguent, ou collaborent, pour éviter d'entrer en conflit dans certaines situations relativement bien identifiées aujourd'hui⁴³⁰. C'est dans ces situations que l'on parle de coordination sans hiérarchie, soit d'hétéarchie, pour désigner la situation où des acteurs coordonnent leurs actions sans qu'aucun ne dispose d'un moyen décisif et permanent d'imposer ses décisions aux autres.

Dans ce courant doctrinal, un objectif commun est de concilier le constat de cette absence de hiérarchie avec la compréhension de l'Union et des États membres comme des unités distinctes coordonnées en une pluralité de systèmes juridiques⁴³¹. Des systèmes dont

⁴²⁹ Il est ainsi remarquable de constater qu'il peut y avoir un échange même entre des juges que ne lie aucun dispositif de recours juridictionnel, notamment par l'intermédiaire de concepts communs. Jusqu'à l'introduction en France de la question prioritaire de constitutionnalité, c'était le cas du Conseil constitutionnel et de la CJUE avec le concept d'identité constitutionnelle, lequel a permis, explique François-Xavier Millet, au premier de poser ses lignes de résistance et au second d'accommoder ces dernières avec ses propres principes, v. François-Xavier MILLET, « The French Constitutional Council and the CJEU: between splendid isolation, communication and forced dialogue » in CLAES M., M. DE VISSER, P. POPELIER, et C. van de HEYNING (dir.), *Constitutional conversations in Europe*, op. cit., p. 251-266.

⁴³⁰ Paul Craig et Grainne de Búrca distinguent trois sources de litiges quant à la suprématie du droit de l'Union sur le droit national : la détermination de l'ordre juridique qui fonde cette suprématie, ses éventuelles limites constitutionnelles et la détermination de l'organe juridictionnel ayant le dernier mot pour délimiter les compétences de chaque ordre. V. CRAIG P. et G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 268. Pour certains, c'est précisément là où s'est posée la question litigieuse des limites constitutionnelles à la primauté du droit de l'Union que se sont développées des « conversations constitutionnelles », portant sur la protection des droits fondamentaux, les limites à la compétence de l'Union et l'identité constitutionnelle des États membres, v. Catherine Van de HEYNING, « The European perspective: from lingua franca to a common language » in CLAES M., M. DE VISSER, P. POPELIER, et C. van de HEYNING (dir.), *Constitutional conversations in Europe*, op. cit. en particulier pp. 183-184 et 203-204.

⁴³¹ C'est du moins le point commun que nous trouvons aux principaux contributeurs du courant du pluralisme constitutionnel, à savoir Neil Walker, Mattias Kumm et Miguel Maduro. On peut notamment consulter leurs contributions dans AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, op. cit., p. 17-37, 39-65-84 ; WALKER N., « The idea of constitutional pluralism », *The modern law review*, 2002, vol. 65, n° 3, p. 317-359 ; Maduro M. P., « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action » in WALKER N. (dir.), *Sovereignty in transition*, Oxford; Portland, Or., Hart, 2006, p. 501-537 ; KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe

les organes juridiques partagent des fonctions de création et d'application de normes peuvent-ils coexister sans que l'un ne soit supérieur à l'autre en dernière instance ? Dans le pluralisme constitutionnel, on répond par l'affirmative. Une des conséquences est la nécessité de réformer le concept de système juridique, c'est-à-dire de le modifier sans pour autant l'abandonner dans la description du droit de l'Union.

B. L'abandon du concept de système juridique

D'autres critiques du concept de système juridique entendent porter sur une plus vaste échelle que celle de l'Union européenne et formulent pour ce faire des arguments plus théoriquement élaborés, questionnant dans ses fondements l'emploi du concept de système juridique pour décrire le droit, que celui-ci soit étatique ou non. Une question d'importance émerge : est-il bien encore pertinent de concevoir le droit comme un système juridique ?

Dans la littérature francophone, cette question nous semble avoir été introduite par François Ost et Michel van de Kerchove⁴³². La réflexion s'oriente vers la pertinence de certaines compréhensions du droit pour le raisonnement pratique comme savant des juristes. On interroge alors les paradigmes et les façons de penser des juristes, dans le sentiment d'une nécessité de renouvellement général de la discipline, sentiment qui nous semble être aujourd'hui largement répandu⁴³³.

Dans cette ligne, publiant en anglais, Keith Culver et Michael Giudice apportent des arguments théoriques de nature à produire un changement important pour la théorie générale du droit. Ils invitent à l'abandon de ce qu'ils identifient comme le paradigme traditionnel du droit étatique. Dans plusieurs publications récentes⁴³⁴, ils développent en effet une approche dite « interinstitutionnelle » permettant d'embrasser un grand nombre de phénomènes juridiques non étatiques et, à titre d'exemple de leur démonstration, ils s'interrogent sur la pertinence d'une compréhension des relations juridiques entre les institutions de l'Union

before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 262-307.

⁴³² KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit.

⁴³³ Le propos de Baptiste Bonnet en fournit un exemple éloquent : « la hiérarchie des normes est aujourd'hui au cœur de notre mode de pensée, consciemment ou inconsciemment d'ailleurs [...]. Pourtant, [...] l'acception habituelle de la hiérarchie des normes nous paraît inadaptée aux rapports entre normes internes et normes internationales », BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 33. Parce qu'elles ne concernent pas directement le concept de système juridique, nous choisissons de ne pas discuter à part les critiques formulées par l'auteur.

⁴³⁴ Nous analyserons les arguments développés dans les publications suivantes : Culver K., Giudice M., « Not a system but an order » in DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 54-76 ; CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, op. cit. ; CULVER K. et M. GIUDICE, « Making old questions new: legality, legal system, and state », W. WALUCHOW et S. SCIARAFFA (dir.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, p. 279-300 ; GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *Transnational Legal Theory*, 2015, p. 1-22 ; GIUDICE M., *Understanding the nature of law: a case for constructive conceptual explanation*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, coll.« Elgar studies in legal theory », 2015.

européenne et celles des États membres en terme de relations de systèmes juridiques. Ni l'UE ni les États membres ne seraient des systèmes juridiques. À l'encontre du pluralisme constitutionnel, ils opposent l'abandon du concept de système juridique tout court. L'enjeu n'est plus de le réformer, mais de l'abandonner.

En outre, une compréhension du droit centrée sur le modèle du système juridique étatique favoriserait une lecture conflictuelle des relations entre la CJUE et les Cours des États membres. Or, remarquent les auteurs, la pratique quotidienne de l'application juridictionnelle du droit de l'Union montrerait bien au contraire un dialogue entre des juges échangeant des « *références mutuelles* »⁴³⁵. Par conséquent, le concept de système juridique devrait être abandonné pour l'analyse du droit de l'Union. Culver et Giudice plaident donc pour un « changement de lunettes ».

Il faut s'arrêter sur ces deux théoriciens, et fournir une explication détaillée de leurs thèses dans la mesure où celles-ci sont les prototypes exemplaires d'une importante littérature dans la théorie du droit contemporaine⁴³⁶. Nous verrons alors que l'argumentation de Culver et Giudice se déploie sur deux niveaux : d'une certaine description des rapports entre organes d'application du droit (niveau doctrinal), ils infèrent l'inadéquation du concept de système juridique qui butterait sur des obstacles ne permettant pas de rendre compte de cette description (niveau théorique). Ils en concluent au nécessaire abandon du concept.

II. Les arguments « supranationaux »⁴³⁷ de Culver et Giudice

L'emploi du concept de système juridique serait aveugle de la réalité des relations entre l'Union et les États membres. Il conviendrait de changer de lunettes et de troquer ledit concept pour une nouvelle théorie générale du droit, proposée par Culver et Giudice dans *Legality's Borders*⁴³⁸. Leur proposition englobe un champ plus large que le droit de l'Union. Il faut en dire quelques mots afin d'appréhender correctement le cœur des arguments avancés par les deux théoriciens quant à ce dernier.

Le constat de départ sur lequel se base la critique de Culver et Giudice est de type métathéorique : la théorie analytique du droit traditionnelle, telle que d'abord incarnée à Oxford par H.L.A. Hart et Joseph Raz puis plus récemment par Julie Dickson, prend pour

⁴³⁵ DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 68.

⁴³⁶ V. notes *supra* n°412 et 413.

⁴³⁷ Il est intéressant de remarquer que le discours militant en faveur du caractère supranational de l'Union s'accommodait bien mieux du concept de système juridique durant la phase de constitutionnalisation des traités, notamment sous la plume d'un Pierre Pescatore qui consacrait en 1975 un travail sur le dénommé « *Ordre juridique des Communautés européennes* », v. PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975.

⁴³⁸ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, op. cit.

objet privilégié de description du droit les légalités de type étatique, c'est-à-dire les normes juridiques telles qu'elles sont créées et appliquées par les organes de l'État. Or, remarquent-ils, ce paradigme étatique est incapable de rendre compte de nouveaux types de légalité non-étatiques qui sont pourtant aussi des objets d'attention, pour de nombreux juristes comme pour le citoyen ordinaire. Le paradigme du droit étatique perdrait ainsi toute sa pertinence d'analyse face aux formes d'une légalité qui n'est pas monolithique mais plurielle⁴³⁹ et dont les auteurs identifient quatre nouveaux types : intra-étatique, trans-étatique, super-étatique et supra-étatique. C'est de ce dernier cas que relève l'Union européenne.

Culver et Giudice définissent eux-mêmes le canon de ces approches prenant pour objet privilégié⁴⁴⁰ le droit de l'État : « *state law exists where there are primary rules of obligation and secondary rules of recognition, change, and adjudication which in combination and in the hand of central law-applying officials claim with a certain degree of success to govern comprehensively, supremely, and openly* »⁴⁴¹. De l'avis des auteurs, cette définition du droit ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des phénomènes de légalité. Rejetant à la fois Hart, Raz, Kelsen ainsi que MacCormick et le courant du pluralisme constitutionnel qui en a pris la suite, ils proposent un nouveau cadre de compréhension qui, s'écartant de la prémisse selon laquelle le droit national occupe la place centrale de toute théorie générale du droit⁴⁴², permet d'englober non seulement les dites nouvelles légalités mais également celle traditionnelle de type étatique, ceci en une approche dite « *interinstitutionnelle* » du droit⁴⁴³.

C'est en écartant la pertinence de la théorie analytique du droit traditionnelle que Culver et Giudice écartent du même coup celle du concept de système juridique : car si le phénomène « droit » ne s'épuise pas dans la « *légalité du droit de l'État [qui] est une légalité systémique* »⁴⁴⁴, alors toute légalité ne revêt pas nécessairement la forme d'un système juridique national⁴⁴⁵. Et le concept de système juridique ne serait pas un outil privilégié pour rendre compte du droit en-dehors de l'État, notamment dans le cas de l'Union européenne, au risque de rater l'essentiel de ce qu'est l'UE en tant que phénomène de légalité non-étatique.

⁴³⁹ Pour autant, Culver et Giudice semblent ne pas renoncer au projet d'identifier un unique concept permettant de rendre compte de tout type de légalité lorsqu'ils affirment, à l'encontre de Brian Tamanaha, que l'existence d'une pluralité de phénomènes de légalité ne permet pas de conclure au pluralisme des concepts de droit. V. CULVER K. et M. GIUDICE, « Making old questions new: legality, legal system, and state », *op. cit.*, p. 296.

⁴⁴⁰ « Privilégié » certes, mais pas nécessairement exhaustif du phénomène « droit », notamment pour Joseph Raz, v. RAZ J., « Why the State », *op. cit.*

⁴⁴¹ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. xxiv.

⁴⁴² CULVER K. et M. GIUDICE, « Making old questions new: legality, legal system, and state », *op. cit.*, p. 279 et 283.

⁴⁴³ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. 111-141.

⁴⁴⁴ CULVER K. et M. GIUDICE, « Making old questions new: legality, legal system, and state », *op. cit.*, p. 281.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 283.

Ce faisant, comme le remarque Julie Dickson, les deux théoriciens jettent le bébé avec l'eau du bain⁴⁴⁶. Leur argumentation, constate-t-elle, consiste en l'affirmation d'un double constat : nouveauté de phénomènes juridiques émergents en-dehors des organes juridiques de l'État ; obsolescence des outils conceptuels précédents, exclusivement centrés sur l'État⁴⁴⁷.

Au mieux, précisent Culver et Giudice, le concept de système juridique peut être compris comme un idéal régulateur de l'activité des juristes⁴⁴⁸, qui influence notamment l'argumentation de leurs discours. Néanmoins, les formes non-étatiques de légalité, et notamment supra-étatiques comme dans le cas de l'UE, seraient mieux décrites au sein d'une théorie générale qui ne recourt pas méthodiquement au modèle du système juridique, qui est celui privilégié du droit national. Il faudrait en somme, explique plus récemment Giudice, que la théorie analytique du droit « *suspende [son] attachement à l'idée de système juridique* »⁴⁴⁹, au profit de l'approche interinstitutionnelle du droit.

Ainsi, précise-t-il plus loin, « *the inter-institutional view maintains that law typically emerges and exists when institutions of various kinds and types, whether state or non-state, begin and continue to mutually refer to each other through the creation, application and enforcement of content-independent norms, recognising that such patterns and relations of mutual reference might exist in varying degrees of complexity and force and across a great variety of geographical scales. We [Culver and Giudice] argue that such an inter-institutional view is not only superior to state-based or legal system-centred views of law in explanation of non-state legal phenomena such as EU law, but also explains state law in a much better way as well* »⁴⁵⁰.

La thèse de Culver et Giudice est donc en partie normative : certains types de légalités seraient *mieux* décrits à ne pas être considérés comme des systèmes juridiques. Pour éclaircir leur propos, il faut au moins répondre à deux questions : de quels éléments doit rendre compte une théorie générale du droit qui ne prend pas pour objet privilégié le droit de l'État ? En quoi

⁴⁴⁶ DICKSON J., « Who's afraid of transnational legal theory? », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴⁷ Julie Dickson relève ce trait commun chez nombre de théoriciens du droit post-national, Culver et Giudice inclus : ils constatent d'abord la nouveauté d'un phénomène, puis rejettent la pertinence des outils conceptuels dits traditionnels pour en rendre compte. Leur thèse est donc double (« *dual claim* ») : « *this two-pronged charge (which I refer to hereafter as the 'dual claim') : that contemporary transnational legal phenomena is radically novel and very different from forms of legality encountered hitherto; and that 'traditional' legal theories are so state-bound in influence and outlook that they are incapable of adequately conceptualising the 'new phenomena'* », v. *Ibid.*, p. 4.

⁴⁴⁸ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. 95-96. Cette idée est empruntée à MacCormick, qui l'a lui-même empruntée à Bengoetxea. Aucun ne partage toutefois dans leur ensemble les vues de Culver et Giudice quant à l'abandon du concept de système juridique. V. MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », *op. cit.*, p. 10 ; Bengoetxea J., « Legal system as a regulative ideal » in KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 65-80.

⁴⁴⁹ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 19.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

le concept de système juridique est un obstacle pour décrire ces éléments, dans le cas notamment de l'Union européenne ?

À la première question, Culver et Giudice répondent en identifiant des éléments de légalité depuis une perspective non pas restreinte aux seuls officiels, mais depuis celle élargie « *de la personne ordinaire dans un monde développé, un monde d'interconnexion et d'interdépendance* »⁴⁵¹. Dans cette optique, la légalité est perçue comme un paysage horizontal d'institutions plurielles liées par des références mutuelles qui ne s'arrêtent pas aux frontières des États. L'élément de légalité est identifié par la fonction et les pouvoirs normatifs mis en œuvre par chacune de ces institutions ainsi que le type de leurs relations mutuelles.

L'approche définie par les auteurs reste volontairement vague. Quant à savoir « *how inclusive the concept of legality ought to be* »⁴⁵², ils font le choix d'une définition large englobant un nombre élargi de phénomènes qualifiés juridiques. On comprend alors l'ampleur du projet de Culver et Giudice. Et c'est ainsi que tombe, nous semble-t-il, une partie de la pertinence de leurs critiques à l'endroit d'une approche analytique dite « traditionnelle », à laquelle ils reprochent de ne pas avoir fait ce qu'elle n'a jamais entendu faire⁴⁵³.

À la seconde question, Culver et Giudice répondent que l'approche du droit qui prend pour modèle le système juridique national (compris comme un système hiérarchisé de normes et d'institutions juridiques entretenant avec tout autre des rapports verticaux tendant à la suprématie de l'un) empêche de penser l'horizontalité constatée non seulement depuis la perspective du citoyen ordinaire, mais également depuis celle des officiels, et notamment des juges au sein de l'Union européenne, lesquels sont moins rivaux que partenaires au sein d'un dialogue. Aussi, précisent-ils sur les relations entre les juges nationaux et la CJUE :

« A concept of legal system which supposes that legal systems are constituted by distinct hierarchies of law-applying institutions tends to force a detached observer to view institutional interaction as a chain of authority leading to some ultimate authority. [...] The interactions between law-applying legal institutions in the European Union seem to involve “dialogue” and “compromise” between similarly situated, potentially conflicting legal institutions, not reference to a chain of authority to determine which legal institutions holds

⁴⁵¹ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁵² CULVER K. et M. GIUDICE, « Making old questions new: legality, legal system, and state », *op. cit.*, p. 295.

⁴⁵³ C'est Joseph Raz qui a dernièrement été très clair sur ce point : sa conception du droit en tant que système juridique entend ne rendre compte que du droit national, car l'État est de son avis « *l'organisation sociale basée sur du droit la plus complète* », RAZ J., « Why the State », *op. cit.*, p. 2.

greater authority »⁴⁵⁴.

Le constat de l'existence d'un dialogue obligerait l'observateur à une lecture horizontale des relations entre des institutions prises au sein d'une hétérarchie dont ne peut pas rendre compte le modèle hiérarchique et vertical du système juridique. La distinction « horizontal – vertical » invite au choix d'une alternative radicale, qui ne peut s'accommoder de l'autre. Si l'on tient pour vrai quelque instant ce constat, on voit que l'argument présuppose que toute idée de conflit doit être écartée pour rendre compte du dialogue, comme si le second ne pouvait s'accommoder de l'autre. Or, c'est précisément l'inverse : la possibilité d'un conflit non solvable entre des organes d'application du droit oblige précisément ces acteurs à entrer en dialogue⁴⁵⁵.

On touche ainsi du doigt un point commun des critiques du pluralisme constitutionnel et de Culver et Giudice : elles portent sur les relations juridictionnelles de l'Union et de ses États membres. Bien que chacun conclue par une proposition différente vis-à-vis du concept de système juridique (réforme ou abandon), il est possible de regrouper les arguments développés à propos de son emploi dans le contexte de l'Union européenne. Ils sont au moins de deux ordres :

- doctrinal : un récit des relations juridictionnelles qui mobilise le concept de système juridique néglige les relations horizontales au profit de celles verticales ;
- théorique : l'emploi du concept de système juridique conduit à penser le droit de l'Union européenne comme devant nécessairement primer les droits nationaux, ou inversement.

Section 2. Un récit de l'Union en tant que pluralité de systèmes à hiérarchies multiples

Nous tâcherons de montrer que ces deux arguments peuvent être contredits et que le concept de système juridique reste un outil pertinent de description du droit de l'Union européenne pour au moins deux raisons.

Premièrement, il est possible de construire un récit au sein duquel l'Union est

⁴⁵⁴ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵⁵ Précisons que nous ne distinguons pas entre conflit de normes et conflit d'interprètes car nous ne nous intéressons qu'aux conflits non solvables, c'est-à-dire à ceux que le fonctionnement normal du système juridique ne peut résoudre. Lorsqu'un conflit de normes se présente, l'interprète authentique est tenu de le résoudre. S'il n'y en a pas, l'antinomie ne peut être résolue que si les interprètes s'accordent sur une solution. Si l'antinomie se maintient, le conflit de normes est en réalité un conflit entre des interprètes, soit ce que nous appelons un conflit entre organes d'application du droit.

comprise comme une pluralité de systèmes juridiques dont les organes d'application respectifs sont contraints de collaborer précisément parce qu'ils sont en situation de conflit potentiel. À l'encontre de l'argument doctrinal, nous défendrons la thèse qu'un récit du dialogue peut parfaitement s'accommoder du conflit, que relations horizontales et verticales ne sont pas mutuellement exclusives (I). Deuxièmement, contre l'argument théorique, nous expliquerons que le concept de système juridique ne conduit pas à penser les relations entre deux systèmes juridiques comme devant nécessairement débouchées sur l'établissement d'une hiérarchie définitive. Il faut pour cela concevoir un pluralisme à hiérarchies multiples (II).

I. Le dialogue par temps de conflit

Selon une doctrine abondante, il existe au sein des institutions de l'Union comme de celles États membres un accord commun, « *quasi-universel* »⁴⁵⁶, quant à la primauté du droit de l'UE sur le droit interne⁴⁵⁷. En revanche, il y aurait de nombreuses divergences à l'heure de répondre à deux questions problématiques : qui des deux autorise la primauté de l'un sur l'autre ? Qui, en dernière instance, a le dernier mot pour interpréter cette relation ? La première question se réfère à la « *validité ultime* » ou l'origine de la primauté, la seconde se réfère à « *l'autorité finale d'interprétation* »⁴⁵⁸.

Cette présentation du problème peut porter à confusion. Il ne faudrait pas distinguer deux types de conflits à partir de ces deux questions. L'une et l'autre se réfèrent à des divergences de points de vue entre des acteurs juridiques, non pas entre des normes mais entre leurs interprètes⁴⁵⁹. Ainsi, les acteurs institutionnels du droit eux-mêmes, en l'occurrence la CJUE et les Cours nationales, défendent deux points de vue identiques :

- chacun prétend appartenir à l'ordre juridique qui est au fondement de la supériorité du droit de l'Union sur le droit interne ;
- chacun prétend être l'arbitre final, c'est-à-dire ayant le dernier mot, de leurs relations juridiques.

Sur cette base, une conclusion s'impose pour les critiques du concept de système juridique : si chacun des acteurs prétend être supérieur à l'autre, il devient difficile de

⁴⁵⁶ DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 55.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 55-56 ; GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », op. cit., p. 2. Les auteurs utilisent deux expressions différentes, « priorité » (*priority*) et « primauté » (*primacy*), qu'ils emploient toutefois comme des synonymes. Paul Craig et Grainne de Búrca identifient trois points encore litigieux quant à la primauté du droit de l'Union, v. note *supra* n°430 et CRAIG P. et G. DE BÚRCA, *EU law*, op. cit., p. 268s.

⁴⁵⁸ DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 55.

⁴⁵⁹ V. note *supra* n° 455.

comprendre cette configuration comme pouvant aboutir à autre chose qu'à un conflit. Pour cette raison, une telle présentation du problème ne permettrait pas de rendre compte de l'essentiel des relations juridiques entre la CJUE et les juges nationaux, à savoir : le dialogue. Mises de côté les incertitudes quant à ce qui est signifié par « dialogue »⁴⁶⁰, on remarque que si tout porte à conclure au conflit, nous convenons qu'il devient difficile de donner sens et de faire place au dialogue dans un récit des relations juridictionnelles.

Pour Culver et Giudice, ce constat impose une conclusion : les prétentions à la suprématie des acteurs juridictionnels ne doivent pas être prises au pied de la lettre⁴⁶¹. Puisqu'elles occultent l'existence d'un dialogue, ces prétentions ne seraient que des détails cachant l'essentiel. C'est l'argument doctrinal que nous avons introduit plus haut. Il repose sur une logique simple : puisque les acteurs juridiques institutionnels collaborent dans la vie juridique de tous les jours, le conflit ne peut être que le produit d'un dispositif paradigmatique erroné, qui ferait autant illusion que les analyses qui s'y rattachent et donnerait de la réalité une image tronquée. De nouveau, il y aurait un problème de lunettes. Le conflit est un faux conflit, ou du moins purement hypothétique, car enfin il faut voir comment ces prétendus rivaux s'entendent si bien dans la vie de tous les jours. Dans ce couple d'opposés « conflit-dialogue », on retrouve la même opposition binaire que dans le couple « vertical-horizontal ».

Au cœur du dispositif argumentatif des auteurs se trouve une opposition entre, d'une part, le discours des acteurs et, d'autre part, ce qui en réalité se passe *vraiment*, derrière les mots. En l'occurrence, ce que disent les acteurs ne doit pas être pris pour argent comptant, car en réalité c'est autrement que se passe *vraiment* les choses. Il y a là une singularité épistémologique sur laquelle nous reviendrons dans la section suivante.

La difficulté à laquelle font face les auteurs empruntant la voie de cette distinction binaire est d'ordre doctrinal. Elle est de pure dogmatique juridique, en ce qu'elle est un obstacle à l'exercice qui consiste à systématiser le droit positif, à le mettre en ordre. La question qu'ils se posent est la suivante : comment articuler une explication plausible des relations juridictionnelles entre l'UE et les États membres autour de l'opposition « dialogue-conflit » ?

Faut-il choisir l'un ou l'autre ? Nous proposons une troisième voie en commençant par rappeler une chose essentielle : il convient de ne pas oublier que, et le conflit, et le dialogue, sont mis en évidence au sein de l'application du droit. En l'espèce, il est question du discours

⁴⁶⁰ V. p. 117s.

⁴⁶¹ DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 67.

du juge⁴⁶². Toute généralisation sur les rapports entre juges de l'Union et national se trouve donc obligée de concilier l'inconciliable, le dialogue et le conflit. De l'avis d'auteurs tels que Culver et Giudice, c'est impossible. Et pourtant, un récit des relations entre juges appartenant à des systèmes juridiques distincts peut parfaitement articuler la nécessité du dialogue sans exclure la possibilité du conflit.

À l'instar de la « *Théorie des contraintes juridiques* » (TCJ)⁴⁶³, l'accord entre des acteurs juridiques peut être pensé comme le produit d'une construction mettant en œuvre des dispositifs institutionnels ainsi que discursifs et dont la fonction principale est d'assurer la non survenance d'un désaccord qui peut théoriquement survenir à tout moment. En outre, la TCJ répond tout à fait différemment à un problème pourtant similaire à celui que pose l'argument doctrinal : comment expliquer que des juges parviennent à construire une jurisprudence dotée d'un minimum de cohérence alors que chacun est libre d'exercer une fonction créatrice de normes juridiques au moyen de l'interprétation ? Puisque chacun peut, selon une théorie réaliste de l'interprétation⁴⁶⁴, faire ce qu'il entend à chaque instant, comment se fait-il que les juges tombent d'accord, fassent jurisprudence et dans la vie juridique de tous les jours contribuent à l'élaboration d'un édifice commun ? Comment, alors que le conflit peut surgir à tout moment, se construit le dialogue ?

Mises de côté les critiques à l'égard de l'existence d'un dialogue réel ou supposé entre les juges⁴⁶⁵, l'absence de conflit est pensée par la TCJ comme le produit de dispositifs tendant à éloigner le conflit. Mais le conflit n'est pas ignoré, bien au contraire : il est le point de départ. Ainsi, il en va de même pour l'objet de la critique que formule l'argument doctrinal : c'est précisément *parce que* le conflit est potentiel, jamais trop loin, que les acteurs juridiques sont amenés à devoir s'entendre dans leurs relations. La possibilité du conflit explique le dialogue⁴⁶⁶. Elle ne l'exclut pas mais, au contraire, en favorise l'émergence. Ainsi, on

⁴⁶² Pour ne citer que les exemples de l'Allemagne et de la France, les arrêts ayant conduit la doctrine à identifier des conflits sont célèbres : v. note *supra* n°421.

⁴⁶³ Troper M., Champeil-Desplats V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » in TROPER M., V. CHAMPEIL-DESPLATS, et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles; Paris, Bruylant ; LGDJ, 2005, p. 11-23.

⁴⁶⁴ On se réfère à une théorie réaliste de l'interprétation telle que présentée par Michel Troper en France ou Riccardo Guastini en Italie : respectivement v. TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État, op. cit.*, p. 69-84 ; GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *op. cit.*

⁴⁶⁵ V. notes *supra* n°425, 426 et 427.

⁴⁶⁶ À propos de la CJUE et des Cours suprêmes des États membres, le propos de Christian Timmermans va dans ce sens : « *Le dialogue implicite, parfois explicite, entre les Cours à travers leur jurisprudence est réel et effectif, aussi en termes de prévention des conflits* », v. TIMMERMANS C., « The Magic World of Constitutional Pluralism. Book review: de Búrca Gráinne and Weiler J.H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge University Press 2012), Avbelj Matej and Komarek Jan (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart 2012) », *European Constitutional Law Review*, septembre 2014, vol. 10, n° 2, p. 353.

réconcilie l'inconciliable : le dialogue et le conflit.

Ces considérations concernent au premier chef le concept de système juridique et ses critiques. Constatant que le discours des juges n'est pas à prendre au pied de la lettre et que le point de départ d'une explication des relations juridictionnelles entre l'Union et ses États membres doit se faire sur la base du constat de leur effective entente, les critiques telles que celles formulées par Culver et Giudice interrogent les dispositifs paradigmatiques conduisant juristes et acteurs du droit à opter pour le récit du conflit. Ils désignent un coupable : le concept de système juridique développé dans la tradition positiviste.

Ainsi, de l'avis de Culver et Giudice, pour rendre correctement compte de ce qu'il se passe *vraiment* au sein desdites relations, les juristes devraient renoncer à comprendre les interactions entre l'Union et ses États membres comme des relations entre systèmes juridiques. En outre, ce paradigme favoriserait une lecture conflictuelle, et donc erronée, des relations inter-systèmes au sein de l'Union, laissant de côté le récit du dialogue.

L'argument se meut sur un plan distinct, celui de la théorie du droit. C'est donc dans une deuxième partie que l'on s'interrogera sur la capacité du concept de système juridique à rendre compte de relations inter-systèmes non conflictuelles, c'est-à-dire ne débouchant pas sur la suprématie définitive de l'un sur l'autre (argument théorique).

II. Pour un pluralisme à hiérarchies multiples

Des systèmes juridiques peuvent-ils dialoguer ? Penser les droits des États membres et le droit de l'Union comme des systèmes juridiques oblige-t-il à penser leurs relations comme nécessairement conflictuelles ? Telles sont les questions auxquelles il faut répondre afin de rejeter ou de défendre l'emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union.

Parmi les réponses concluant au rejet, la critique de Culver et Giudice nous semblent être la plus élaborée sur le plan théorique. Nous verrons dans un premier temps comment celle-ci procède méthodologiquement et nous identifierons l'objet précis sur lequel elle porte **(A)**. Puis, dans un second temps, nous défendrons la thèse principale de ce chapitre, à savoir : une pluralité de systèmes juridiques peuvent partager des fonctions de création et d'application du droit sans que cela n'aboutisse nécessairement à l'établissement d'une hiérarchie unique et définitive, c'est-à-dire à la suprématie de l'un sur tous les autres **(B)**.

A. Méthode et objet de la critique supranationale

La critique que Culver et Giudice formule à l'égard du concept de système juridique est exemplaire d'une certaine méthode des théories du droit contemporaines prenant pour

objet ce qu'elles considèrent comme des nouveaux types de normativité. À travers une distinction classique des niveaux de discours, nous verrons comment cette méthode procède (1). Cela nous permettra d'identifier plus clairement l'objet auquel s'applique la critique, à savoir : le paradigme étatique du concept de système juridique (2).

1) La distinction des niveaux de discours

Les difficultés d'application du concept de système juridique à la réalité du droit de l'Union européenne n'ont pas de différence de nature avec celles rencontrées à l'occasion de l'application de n'importe quel concept de la théorie du droit à la réalité du matériau juridique. Elles sont mieux comprises au moyen d'une distinction classique entre différents niveaux de discours⁴⁶⁷. Les thèses de chacun des auteurs prenant partie en ressortent éclaircies.

Un premier niveau est constitué par le discours du droit. C'est le langage-objet, à savoir : le discours du matériau juridique constitué par les énonciations des organes de création et d'application du droit (loi, constitution, décision de justice, etc.). Des juristes tels que des juges produisent des énoncés appartenant à ce premier niveau. Un second niveau est constitué par le discours de la théorie du droit, lequel prend pour objet les énoncés du premier niveau. C'est le métalangage. Sa fonction est de décrire le discours du droit. Des juristes tels que les universitaires produisent des énoncés appartenant à ce second niveau.

Précisons que nous mettons délibérément de côté les nombreux débats sur la possibilité d'un apport explicatif significatif d'énoncés normatifs par des énoncés purement descriptifs⁴⁶⁸. Notons simplement que la description du matériau juridique n'interdit pas une certaine partialité du regard vis-à-vis d'un matériau qu'il peut s'agir d'interpréter en vue de le

⁴⁶⁷ En France, on trouve une première ébauche de cette distinction dans les travaux de Charles Eisenmann, lequel sépare nettement le travail du juriste praticien de celui de la science du droit. Les concepts mobilisés par chacun sont compris comme relevant d'une irréductible différence de nature. V. EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, 11 La logique du droit, p. 25-43. C'est toutefois chez Michel Troper que la distinction analytique entre discours du droit et discours de la science du droit nous semble être la plus explicitement posée. Entre autres, v. TROPER M., *La philosophie du droit, op. cit.*, p. 32. Une distinction plus aboutie a été proposée par Jerzy Wróblewski, lequel distingue de façon similaire le langage légal du langage juridique et pose notamment le problème de leurs relations avec la langue naturelle. WRÓBLEWSKI J., « Les langages juridiques : une typologie », *op. cit.*

⁴⁶⁸ On fait bien sûr ici écho aux débats portant sur les propositions de droit dans la science du droit défendue par Hans Kelsen, lequel assigne à cette dernière la tâche de produire des énoncés strictement descriptifs des normes juridiques. V. KELSEN H., *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 78-82. En France, la critique la plus connue répond à Kelsen que, dans les conditions qu'il pose, ces propositions ne peuvent être qu'une reformulation descriptive de l'énoncé juridique, sans aucun apport explicatif. Cf. Troper M., « Contribution à une critique de la conception kelsenienne de la science du droit » in TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat, op. cit.*, p. 49-50. V. aussi BRUNET P., « Le réalisme n'est-il qu'une théorie de l'interprétation ? », J.-J. SUEUR, P. RICHARD et CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES CONTENTIEUX (TOULON) (dir.), *La transgression: actes du colloque international des 24 et 25 novembre 2011, Faculté de droit de Toulon*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 399 ; Brunet P., « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit » in COMANDUCCI P., R. GUASTINI, et J. FERRER BELTRÁN (dir.), *Analisi e diritto, op. cit.*, p. 276-277.

systematiser, c'est-à-dire de mettre en cohérence les éléments qui le composent. C'est notamment la fonction assurée par les concepts de la théorie du droit et sur laquelle nous reviendrons plus loin⁴⁶⁹.

Entre ces deux niveaux, se déploient inférences déductives et inductives. Par exemple, du discours de la CJUE dans un certain nombre d'arrêts (langage-objet) peuvent être inférées des constances gouvernées par un modèle qu'il s'agira alors de formuler en une proposition de théorie du droit (métalangage). Inversement, ce même modèle pourra servir à déduire la présence des mêmes constances dans des arrêts ultérieurs pour lesquels, bien entendu, ce modèle n'avait pas été pensé. Ce faisant, la théorie du droit relève d'une méthodologie en partie *a priori*⁴⁷⁰.

La critique de Culver et Giudice à l'encontre de l'application du concept de système juridique dans le contexte de l'Union européenne est exemplaire de cette structure de raisonnement, habituellement moins indentifiable. Les deux théoriciens entendent montrer comment le concept offre une vision tronquée du matériau juridique, lequel serait mieux compris par une nouvelle théorie qui prendrait pour point de départ le trait qu'ils estiment être le plus saillant au sein de ce matériau. Somme toute, ils critiquent une déduction habituelle au profit d'une nouvelle induction. Il y a donc deux étapes.

Dans une première étape, il s'agit de montrer que le métalangage contient des présupposés qui ne sont pas liés à la nature de son objet. En l'occurrence, le présupposé identifié est le suivant : le concept de système juridique associe nécessairement aux relations juridiques de l'UE et des États membres le caractère de rapports hiérarchiques tendant à la suprématie de l'un ou de l'autre. Cela permet ensuite de conclure que c'est *parce que* ces relations juridiques sont lues à l'aune de ce présupposé du métalangage que l'observateur fournit une description conflictuelle de ces relations. En conséquence, le métalangage ne permet pas de rendre compte d'une partie essentielle du langage-objet, constituée par la dialogue. L'étape finale de la critique consiste à inférer du matériau juridique un nouveau métadiscours qui permette d'en rendre compte de façon plus complète. Chez Culver et Giudice, cette nouveauté est constituée par l'approche interinstitutionnelle du droit.

Toutefois, comme nous allons voir à présent, la critique se trompe dès sa première étape, car il nous semble faux de conclure que le concept de système juridique conduit à analyser les rapports entre l'Union et les États membres comme des rapports nécessairement

⁴⁶⁹ V. p. 159s.

⁴⁷⁰ C'est notamment un des traits caractéristiques d'une certaine théorie du droit anglo-saxonne (« conceptual analysis »), v. HIMMA K.E., « Conceptual Jurisprudence. An introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory », *Revus*, 2015, n° 26, p. 5.

hiérarchiques entre deux systèmes juridiques dont l'un doit nécessairement primer l'autre. Si la première étape est invalidée, c'est tout le raisonnement qui s'effondre. Et il n'est plus possible d'écarter le concept de système juridique pour la description du droit de l'Union européenne.

2) L'objet de la critique : le paradigme étatique du concept de système juridique

Nous identifierons la définition du système juridique rejetée par Culver et Giudice (a). Cela nous permettra de reformuler, afin de l'éclaircir, l'objet de leur critique (b).

a) Le concept de système juridique critiqué

Pour écarter la pertinence du concept de système juridique comme outil fournissant une description correcte des relations juridiques entre l'Union et ses États membres, Culver et Giudice retiennent la définition du système juridique proposée par Joseph Raz. On sait que ce dernier l'introduit à l'occasion d'une étude plus générale sur la nature du droit, laquelle peut être résumée aux deux points suivants : toute enquête scientifique sur la nature du droit a pour objet principal le droit des États, instanciations de la « *forme d'organisation sociale basée sur du droit la plus complète* »⁴⁷¹ ; le droit des États s'organise en un système juridique « *comprehensive, supreme, and open* »⁴⁷².

La définition du système juridique est centrée sur le droit de l'État. Comme Kelsen et Hart, Joseph Raz tient pour objet d'étude principal le système juridique national, sans pour autant nier, au moins en hypothèse, qu'il puisse y avoir du droit en-dehors de l'État⁴⁷³. De même chez MacCormick, le droit créé et appliqué au sein des États ou de contextes avoisinants (de type organisation régionale ou internationale) reste l'objet central d'attention dans le champ d'étude du juriste⁴⁷⁴.

Dans ce paradigme étatique, la définition du système juridique peut poser problème à l'heure de rendre compte d'une légalité non-étatique, telle que celle constituée par le droit de

⁴⁷¹ C'est précisément parce que l'État est une forme d'organisation sociale qui importe qu'il importe d'en faire l'objet principal d'une étude sur la nature du droit. RAZ J., « Why the State », *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷² RAZ J., *The authority of law*, *op. cit.*, p. 116-120 ; DICKSON J. et P. ELEFThERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁷³ Pour Hart en effet, les concepts de droit et de système juridique ne se superposent qu'imparfaitement, le second n'étant que la manifestation du premier à l'intérieur de l'État. Le système juridique hartien est donc national, ce qui n'exclut pas que le droit se manifeste sous d'autres formes (comme le droit international par exemple). Cf. HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.* De même chez Kelsen, l'État n'est que la « *personnification juridique du système juridique national* », en ce qu'une somme de normes organisée en système est *efficace* sur le territoire d'une communauté nationale. La communauté peut donc être en hypothèse infra-étatique comme supra-étatique. C'est d'ailleurs ainsi que Kelsen évoque l'hypothèse d'un système juridique mondial auquel obéirait une communauté mondiale. Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 309s.

⁴⁷⁴ Bien que Neil MacCormick, pluraliste, insiste particulièrement sur l'idée que le droit ne se résume pas au seul droit des États, v. MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*, p. 2.

l'Union européenne. En effet, prêter à un ensemble normatif non-étatique les caractéristiques d'un système juridique étatique ne va pas de soi. Pour les partisans du rejet de l'emploi du concept de système juridique, c'est même une erreur qui a pour conséquence fâcheuse d'amener à comprendre les relations entre une pluralité de systèmes comme débouchant nécessairement sur deux alternatives : ou bien la supériorité hiérarchique des normes juridiques de l'un sur celles de tous les autres ; ou bien un conflit entre leurs organes juridiques respectifs. Le dialogue semble être une possibilité exclue.

Le cœur du problème est exposé par Culver et Giudice : « *l'approche analytique dominante de représentation des relations entre des systèmes juridiques suppose un système juridique suprême qui autorise ou fournit la validité des systèmes subordonnés* »⁴⁷⁵. Des trois caractéristiques du système juridique chez Raz indiquées plus haut, c'est donc sur la suprématie que se concentre la critique⁴⁷⁶.

Pour autant, l'objet exact de la critique nous semble mal identifié : qu'est-il entendu par « suprématie » ? Giudice a expliqué plus récemment que le problème posé par le concept de système juridique ne serait pas la prétention de chaque système à primer l'autre (soit la suprématie) mais plutôt la prétention de chaque système juridique à être à l'origine de la suprématie de l'autre (soit l'origine de la suprématie)⁴⁷⁷.

La distinction entre ces deux problèmes conduit à distinguer deux types de conflits : les conflits quant à la suprématie et ceux quant à l'origine de la suprématie. La distinction est bien connue, bon nombre de manuels de droit de l'Union européenne vont dans ce sens⁴⁷⁸. Seulement, nous ne voyons pas bien comment un conflit quant à l'origine de la suprématie peut advenir *séparément* d'un conflit quant à la suprématie. En réalité, nous montrerons dans les paragraphes suivant que ces problèmes ne sont pas distincts, qu'ils se posent *en même temps*.

⁴⁷⁵ DICKSON J. et P. ELEFThERiADiS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 63.

⁴⁷⁶ On remarquera au passage qu'à l'État *souverain* correspond le système juridique *suprême*, tel que l'a notamment remarqué Giulio Itzcovich, cf. ITZCOVICH G., « Legal order, legal pluralism, fundamental principles. Europe and its law in three concepts », op. cit., p. 362-363. On trouve aussi cette association chez Kelsen lui-même : « Cette souveraineté (de l'État) n'est pas une qualité d'un objet réel que l'on pourrait percevoir ou reconnaître objectivement de quelque autre façon ; elle n'est qu'une hypothèse : l'hypothèse qu'un ordre normatif est un ordre suprême, dont la validité ne peut être déduite d'aucun ordre supérieur », cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 323. Toutefois, on sait que chez Kelsen la suprématie se loge ailleurs, au niveau du droit international, selon sa conception moniste des rapports de systèmes.

⁴⁷⁷ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », op. cit., p. 2.

⁴⁷⁸ Culver et Giudice s'appuient sur un ouvrage de Karen Alter, qui établit que la question de la suprématie du droit de l'Union sur le droit des États membres ne pose pas de problème particulier, à la différence de celle de l'origine de cette suprématie, v. ALTER K.J., *Establishing the supremacy of European law: the making of an international rule of law in Europe*, 1^{re} éd., Oxford ; New York, Oxford University Press, coll. « Oxford studies in European law », 2002, p. 26-27. On trouve aussi cette distinction dans le manuel de Paul Craig et Grainne de Búrca, v. *supra* note n°430.

b) La relation entre la suprématie et l'origine de la suprématie

« Suprématie » désigne ici la position hiérarchique d'un système juridique par rapport à un autre : le système suprême est celui qui n'a pas de norme positive supérieure. Pour simplifier le raisonnement qui suivra, au lieu de parler de suprématie de A sur B, nous dirons plutôt que A est supérieur à B, qu'en cas de conflit A prime B⁴⁷⁹.

De notre avis, Michael Giudice opère une confusion lorsqu'il affirme que le conflit entre la CJUE et les Cours nationales ne porte pas sur la supériorité des normes du droit de l'UE sur les normes nationales, mais plutôt sur ce qu'il appelle « *the ultimate authority or source of validity of binding EU norms: the ECJ and Member State courts disagree on what makes EU norms supremely binding in Member States* »⁴⁸⁰. Giudice emploie comme des expressions synonymes « autorité ultime » et « source de validité » pour désigner ce qui est à l'origine de la supériorité d'un ensemble de normes juridiques sur un autre⁴⁸¹, puis il opère une distinction entre cette origine et le fait même de la supériorité. Il affirme en substance qu'un conflit quant à l'origine de la supériorité de A sur B est un conflit quant à la source de validité des normes de A, ce qui ne serait pas identique à un conflit quant à la supériorité de A sur B.

D'un strict point de vue logique, on conçoit facilement que supériorité et origine de la supériorité sont des problèmes distincts. Seulement, ce sont deux problèmes qui se posent en même temps, si bien que le constat de Giudice nous semble erroné : un conflit sur l'origine de la validité d'un système juridique par rapport à un autre est un conflit qui porte aussi sur la supériorité de l'un sur l'autre.

Tout d'abord, il y a bien un conflit entre les Cours nationales et la CJUE portant sur l'étendue de la supériorité du droit de l'UE, sur les limites constitutionnelles que les premières entendent y poser⁴⁸². Deuxièmement, ce conflit quant à la supériorité de normes n'est pas séparable d'un conflit quant à l'origine de la validité des normes supérieures.

⁴⁷⁹ « Primauté » et « suprématie » sont employés comme des termes interchangeables, remarque notamment Bruno de Witte (DE WITTE B., « Direct effect, primacy, and the nature of the legal order », P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 323, note n°1.). Il n'en va pas toujours ainsi : dans la terminologie de Matej Avbelj, cet emploi des termes distingue les compréhensions « hiérarchiques » des principes structuraux de l'intégration européenne (effet direct, interprétation conforme, coopération sincère, etc.) qui le reprennent à leur compte, d'une compréhension dite « hétéroarchique » qui le rejette. Pour cette dernière, la primauté est un principe transsystémique qui gouverne les relations entre systèmes sans les hiérarchiser, à la différence du principe de suprématie. V. AVBELJ M., « Supremacy or primacy of EU law - (Why) Does it matter ? », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 6, p. 746-754.

⁴⁸⁰ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸¹ Le concept de validité ne désigne donc ici que la force contraignante d'une norme (force normative), non son appartenance à un système juridique (validité génétique). Sur la distinction de ces deux validités dans les travaux de Kelsen et de Raz, v. Carlos Santiago Nino, « Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity » in PAULSON S.L. et B.L. PAULSON (dir.), *Normativity and norms*, *op. cit.*, p. 260.

⁴⁸² CRAIG P. et G. DE BÚRCA, *EU law*, *op. cit.*, p. 268.

Validité et supériorité sont des problèmes qui se posent ensemble. Nous allons voir comment.

Les concepts de validité et de supériorité caractérisent des relations entre une pluralité de normes : une norme n'est jamais valide seule, de même qu'elle est toujours supérieure par rapport à une autre. Si la norme N_1 est valide, c'est qu'elle a été édictée dans le respect des dispositions prévues par une norme N_2 . Parce qu'elle est valide, N_1 produit des effets juridiques contraignants et *doit être respectée*⁴⁸³. Toutefois, N_1 n'est valide que dans la mesure où l'organe qui l'a produite respecte les dispositions de N_2 . Par conséquent, si les dispositions de N_1 ne sont pas conformes à celles de N_2 , N_1 n'est pas valide. C'est en ce sens qu'il est possible de dire que N_2 est supérieure à N_1 : en cas de conflit entre le contenu de ces dispositions, N_1 doit être écartée.

Les concepts de validité et de supériorité vont donc ensemble : une norme qui confère à une autre sa validité lui est supérieure, quant bien même ces deux normes n'appartiendraient pas au même système juridique. Dans le système juridique SJ_1 , une norme N_1 peut autoriser une norme N_2 du SJ_2 à produire des effets juridiques contraignants dans le SJ_1 . N_2 n'est valide dans SJ_1 que dans la mesure où ses dispositions respectent celles de N_1 . Si un organe d'application du droit de SJ_1 constate la violation de N_1 par N_2 , alors N_2 n'est plus valide dans SJ_1 . En cas de conflit, c'est donc N_2 qui doit être écartée.

En revanche, N_2 ne doit pas être écartée dans toute hypothèse de conflit avec une norme de SJ_1 . Par exemple, N_1 peut prévoir que toutes les normes N_x de SJ_1 dont elle est à l'origine (directe ou non) de la validité doivent respecter les dispositions de N_2 . Alors en cas de conflit de N_2 avec une des N_x , N_2 doit être appliquée.

Validité et supériorité vont ensemble. Par conséquent, si les organes d'application du droit de deux systèmes juridiques partageant des tâches de production et d'application de normes juridiques ne s'accordent pas sur le point de savoir lequel des deux systèmes est à l'origine de la validité de l'autre, cette polémique peut être reformulée ainsi : chacun des deux systèmes juridiques, par l'intermédiaire de ses organes d'application, entend limiter la supériorité de l'autre.

C'est le cas du droit de l'Union européenne. Si la Cour suprême d'un État membre affirme que la validité du droit de l'UE repose sur la Constitution nationale, cet organe d'application du droit affirme qu'en cas de conflit avec une norme du droit de l'UE et une norme constitutionnelle, la première doit être écartée au bénéfice de la seconde. La norme constitutionnelle est supérieure à celle du droit de l'UE, elle est à l'origine de sa validité.

⁴⁸³ Comme cela sera expliqué plus loin, on s'exprime depuis le point de vue externe modéré, v. note n°559.

Inversement, si la CJUE affirme que la validité du droit de l'UE repose sur les Traités, alors aucune norme du droit de l'Union ne peut être invalidée sur un autre fondement que celui du droit de l'UE. En cas de conflit avec une norme qui n'appartient pas au système juridique de l'UE, la norme du droit de l'UE est appliquée au détriment de la première, qui est écartée.

La divergence des points de vue entre chacun de ces organes d'application du droit porte sur la question de la validité d'un système juridique par rapport à l'autre comme sur celle de la supériorité de l'un par rapport à l'autre. Affirmer que les constitutions nationales sont à l'origine de la validité du système juridique de l'UE revient à affirmer que la supériorité du droit de l'UE n'est pas absolue, qu'elle est limitée par le droit constitutionnel des États membres. Inversement, si la supériorité du droit de l'UE ne repose que sur lui-même, alors le droit de l'UE est supérieur au droit des États membres, dispositions constitutionnelles incluses. En ce sens, il pourrait être dit suprême.

La suprématie est la caractéristique des systèmes juridiques qui offre le plus d'objections à la pertinence du concept de système dans le contexte de l'Union. Selon Culver et Giudice, elle est cet élément de la définition du système juridique qui implique nécessairement de comprendre les relations entre deux systèmes comme débouchant nécessairement sur une hiérarchie où l'un doit l'emporter sur l'autre. Or, dans le contexte de l'UE, CJUE et Cours nationales plaident chacune pour la suprématie. L'analyse des juristes serait donc forcée de conclure au conflit et d'ignorer le dialogue, bouclant la boucle que Culver et Giudice critiquent :

« While the goal of the Union is integration, theorists committed to the state idea of legal system must observe that systems clash better describes the relation between member-states legal system and a European Union legal system [because] if member-state legal systems are hierarchically-organized and claim to be comprehensive, supreme, and open, it is impossible for them to recognize the authority of superior legal orders and still remain independent legal systems »⁴⁸⁴.

Nous pensons qu'il y a dans ce raisonnement une erreur obligeant à reconsidérer le problème à sa racine : un système peut-il être à l'origine de la suprématie d'un autre tout en restant un système propre ? Nous répondrons par l'affirmative.

B) Pluralisme et suprématie dans le contexte de l'Union

Un ensemble de normes et d'organes peut être qualifié de « système juridique » sans occuper nécessairement une position de suprématie vis-à-vis de tout autre ensemble. Et

⁴⁸⁴ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, op. cit., p. 66.

plusieurs systèmes peuvent coexister tout en partageant des fonctions de création et d'application du droit, sans qu'une configuration où chacun communique avec les autres depuis sa propre perspective n'empêche un dialogue. Entre eux, les systèmes établissent ainsi des hiérarchies multiples (1). En ce sens, on peut parler d'un pluralisme à hiérarchies multiples, dont l'Union et les États membres sont une illustration. Par conséquent, les relations juridiques entre l'Union européenne et ses États membres peuvent être décrites au moyen du concept de système juridique. Toutefois, le constat qu'une pluralité de systèmes existe oblige à écarter les approches monistes du concept dans le contexte de l'Union (2).

1) Des systèmes juridiques à hiérarchies multiples

Puisque l'on se pose la question de la pertinence d'un emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union, rappelons quelle a été la fonction première du concept. Avant d'être un outil pour rendre compte des relations entre deux ensembles normatifs clos, il est d'abord un outil pour définir le droit. Chez Kelsen comme chez Hart, le droit est composé de normes dont le caractère juridique dérive de ce qu'elles appartiennent à un système doté d'une structure propre⁴⁸⁵.

En outre, Kelsen indique un élément capital : dans son énoncé, un commandement juridique n'est pas distinct de n'importe quel autre commandement. Pour définir le droit, il faut pouvoir comprendre comment un commandement quelconque est doté, par une entité qui lui est extérieure, de la « *signification objective* » d'une norme juridique⁴⁸⁶. Pourquoi le commandement du percepteur se distingue de celui du voleur ? La validité est le concept clef : le premier commandement est une norme juridique en ce qu'il est autorisé par une norme juridique qui lui est supérieure. En ce sens, il est dit « valide », il a une source juridique. Ainsi se dessine la hiérarchie des normes : toute norme de droit est une norme de droit pour pouvoir être rattachée en dernière instance à une unique source. Le système juridique est cet ensemble dont les parties sont unifiées par leur origine commune, origine dont la validité est présumée⁴⁸⁷. En d'autres termes, le droit ne peut complètement s'expliquer par lui-même. Le droit est du droit car, en dernière instance, ses acteurs et sujets présupposent qu'il est du

⁴⁸⁵ Pour Kelsen, cette structure unique est une hiérarchie dynamique de normes unifiées par la *Grundnorm*. Pour Hart, elle est une somme unique de différents types de règles unifiées par la règle de reconnaissance.

⁴⁸⁶ Kelsen H., « Signification subjective et signification objective des actes. Leur auto-interprétation » in KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 10-11.

⁴⁸⁷ Chez Kelsen, ce présupposé est contenu dans la *Grundnorm*. Chez Hart, c'est le caractère juridique du pouvoir des officiels constituant la règle de reconnaissance qui est présupposé, comme l'a fait justement remarqué Neil MacCormick : « *the rule of recognition presupposes the existence of 'judges' whose official duties are regulated by the rule of recognition* », v. MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, op. cit., p. ???

droit et que ces derniers lui obéissent « *en gros et de façon générale* »⁴⁸⁸.

La validité caractérise une relation entre des normes. Une norme conférant validité à une autre l'autorise. En ce sens, la première est supérieure à la seconde. Occupe une position de suprématie, la norme qui est, en dernière instance, à l'origine de la validité de toutes les autres. Elle est la norme positive hiérarchiquement la plus élevée. En une formule succincte, on peut dire que l'origine de la validité est au fondement de la supériorité. Ce qui fonde la supériorité d'une norme N_1 sur une norme N_2 tient à ce que la validité de N_2 trouve son origine dans N_1 . N_2 est valide pour avoir été édictée conformément aux dispositions prévues par N_1 . N_2 , pour être valide, doit donc respecter le contenu de N_1 . N_1 est supérieure à N_2 car elle en fonde la validité. Supériorité et validité sont donc des relations entre normes qui fonctionnent ensemble.

Seulement, comment comprendre sur cette base la situation simple suivante ? Imaginons que nous sommes un groupe de dix personnes et décidons de nous élire un chef pour cinq ans. Celui-ci aura autorité sur nous, c'est-à-dire qu'il nous sera supérieur en ce que les normes que nous édicterons devront respecter les normes qu'il édictera. Ses commandements seront des normes de droit car nous lui avons conféré ce pouvoir. Nous, groupe de dix, sommes donc la source de la validité des décisions de notre chef, dont les normes émises nous sont pourtant supérieures. Dans cette situation, il semble que validité et supériorité n'aillent pas de paire : ce qui est à l'origine de la validité n'est pas nécessairement supérieur. C'est une illusion, car nous ne parlons plus seulement de normes.

En effet, dans notre groupe de dix, la norme que nous avons édictée et qui confère son pouvoir à notre chef lui est supérieure. Elle est bien à l'origine de la validité de toutes les normes qu'il édictera, lesquelles sont donc tenues de respecter les dispositions de cette première norme. De même pour nous, les normes que nous édicterons seront valides pour être conformes aux normes créées par notre chef, lesquelles nous sont supérieures. Validité et supériorité caractérisent donc bien des relations entre normes. Le problème vient de ce qu'il n'y a pas que des relations entre normes dans notre exemple.

Pour rendre compte du problème posé par la situation que nous avons décrite, il semble pertinent de sortir d'un cadre strictement normativiste, c'est-à-dire où le système juridique n'est compris que comme un ensemble de normes juridiques. Pour rendre compte de la relation de supériorité du chef sur le groupe qui confère pourtant à ses actes de volonté la signification objective de norme juridique, il faut sortir du monde des seules normes juridique

⁴⁸⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 215.

et introduire un concept permettant de caractériser un nouveau type de relations, qui ne portent pas seulement sur des normes. En bref, il faut un concept rendant compte des acteurs de leur production et application.

Afin de ne se situer dans aucune école, parlons pour l'heure d'autorité normative. Ainsi, en tant qu'autorité normative, nous sommes d'une part à l'origine de la norme qui crée le pouvoir de notre chef et d'autre part les destinataires des normes que produira notre chef. Une même autorité normative peut donc être émettrice et réceptrice de normes. Le groupe est à la fois à l'origine de la validité des normes du chef, à la fois contraint de respecter ces mêmes normes qui lui sont supérieures. Validité et supériorité ne fonctionnent plus ensemble : ce qui est à l'origine de la validité n'est pas nécessairement supérieur. Pour s'en rendre compte, il nous a fallu distinguer relations entre normes et relations entre autorités normatives.

Si nous traduisons ce problème sur le plan des relations entre deux systèmes juridiques, il faut pareillement distinguer les relations entre normes juridiques des relations entre autorités normatives. Ainsi, une autorité normative d'un système juridique SJ_1 fonde un ensemble d'autorités normatives habilitées à créer des normes juridiques, soit un système juridique propre appelé SJ_2 . Les deux systèmes sont distincts car ils ont chacun des autorités normatives habilitées à créer et à appliquer leurs propres normes juridiques.

Mettons que cette fondation soit faite au moyen d'une norme N qui dispose que les décisions des autorités normatives de SJ_2 sont supérieures aux normes de SJ_1 . La détermination du contenu des dispositions de N est laissée à l'appréciation des autorités normatives appartenant à SJ_2 , si bien que N est une norme juridique appartenant à SJ_2 , non plus à SJ_1 qui l'a pourtant émise⁴⁸⁹.

Si l'on entend caractériser des relations entre autorités normatives, on peut dire que SJ_1 est à l'origine de la validité de SJ_2 car une autorité normative appartenant au premier est à l'origine de la validité des décisions des autorités normatives du second. Toutefois, en vertu de N , les décisions des autorités normatives de SJ_1 s'imposent à celles des autorités de SJ_2 . Un système juridique fournissant sa validité à un autre ne lui est donc pas nécessairement supérieur.

Si l'on entend caractériser des relations entre normes juridiques, on peut dire que N fonde la validité des normes juridiques émises par les autorités de SJ_2 . Il est donc faux de dire que SJ_1 est à l'origine de la validité des normes de SJ_2 , c'est seulement une seule des normes

⁴⁸⁹ Rappelons que la présente étude se situe dans le cadre d'une théorie réaliste de l'interprétation (v. p. 189), pour laquelle la norme juridique est produite par l'autorité qui a le pouvoir de l'interpréter et de l'appliquer. La norme appartient au système juridique auquel l'autorité qui la produit appartient.

émises. N est donc supérieure aux normes de SJ₂. Les normes de SJ₂ sont donc supérieures aux normes de SJ₁, dans les limites prévues par N et telles qu'interprétées par son interprète authentique qui est une autorité normative appartenant à SJ₂. Ce sont donc bien toutes les normes de SJ₂ qui sont supérieures à celles de SJ₁.

En un sens, il est possible de dire que SJ₁ est supérieur à SJ₂. On veut dire par là que les autorités normatives du premier fondent la validité des décisions des autorités normatives du second. En un sens opposé, il est possible de dire que SJ₂ est supérieur à SJ₁. On veut dire par là que les normes juridiques de SJ₂ sont supérieures à celles de SJ₁.

On peut ainsi distinguer deux types de relation de supériorité entre systèmes juridiques : l'une consiste en la position hiérarchiquement supérieure du système dont les autorités normatives habilite celles de l'autre ; la seconde consiste en la position hiérarchiquement supérieure du systèmes dont les normes juridiques priment celles de l'autre.

Entre les deux systèmes, il y a donc des hiérarchies multiples. Pour reprendre la terminologie de Kelsen, l'une peut être dite dynamique en ce qu'elle rend compte de l'origine du pouvoir de création des normes juridique. La seconde peut être dite statique en ce qu'elle rend compte de l'origine de la contrainte sur le contenu des normes juridiques.

De toute évidence, le choix de notre exemple n'est pas innocent : SJ₁ n'est autre qu'un État membre de l'Union européenne, qui est elle symbolisée par SJ₂. N est cet ensemble de normes produites par les États membres et fondant le pouvoir des autorités normatives de l'Union, à savoir : les Traités, dont l'interprète authentique est une autorité normative appartenant à SJ₂, soit à l'UE. Le système juridique de l'Union prime ceux des États membres en ce que le contenu des normes des seconds est tenu de respecter celui des normes du premier (hiérarchie statique). Les systèmes juridiques des États membres sont à l'origine du pouvoir de créer et d'appliquer du droit que détient le système juridique de l'Union (hiérarchie dynamique). Dans ce dernier cas, la position de supériorité hiérarchique vient de ce que l'entité qui est à l'origine de ce pouvoir a la possibilité de le retirer. Dans le contexte de l'Union, cette possibilité consiste pour les États à pouvoir ne plus être contraint par le droit de l'Union⁴⁹⁰. C'est notamment cela, nous semble-t-il, que rappelle le *Brexit* : le pouvoir juridique de tout État membre « *de se retirer de l'Union* »⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Rappelant ainsi « *le caractère essentiellement volontaire de l'appartenance* » à l'Union européenne, v. HILLION C., « Le retrait de l'Union européenne. Une analyse juridique », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre 2016, p. 733. Reliquat de leur souveraineté, la possibilité du retrait est là pour rappeler, nous semble-t-il, que les États membres « *demeurent libres de décider à tout instant de terminer leur appartenance à l'Union* », v. GERKRATH J., « L'exercice du droit de retrait au regard des droits constitutionnels britannique et européen », *Revue de l'Union européenne*, novembre 2016, n° 602, p. 542.

⁴⁹¹ En vertu des dispositions de l'article 50 du Traité sur l'Union européenne. Aussi, une piste de réponse

Le concept de système juridique permet donc de rendre compte des relations entre l'UE et les États membres sans pour autant amener l'observateur à conclure à leur nécessaire hiérarchisation. S'il y a une hiérarchie, elle est plurielle. Mieux, il y a *des* relations hiérarchiques de nature diverse, qui ne permettent ni d'identifier quel système juridique est suprême, ni de conclure que chacun entend l'être.

Il aura fallu pour cela concevoir le concept de système juridique comme un ensemble de normes juridiques *et* d'autorités normatives. Cela a notamment été fait par Joseph Raz, ainsi que le courant duquel il s'inspire et dérivé de H.L.A. Hart. Les deux théoriciens d'Oxford développent en effet les notions d'officiels⁴⁹² et d'organes d'application et de création du droit⁴⁹³. Surtout, chez Raz, le concept d'organe juridique désigne un acteur dont le comportement n'est pas réductible à ce que prescrivent les normes juridiques qui le prennent pour objet⁴⁹⁴. L'organe n'est pas que le destinataire ou le récepteur de normes juridiques⁴⁹⁵. On peut donc ainsi concevoir des relations entre organes indépendantes de celles des normes qui les prennent pour sujet. C'est pour cette raison que, par exemple, deux organes d'application du droit peuvent dialoguer⁴⁹⁶ quand bien même les normes juridiques les prenant pour objet organisent une hiérarchie stricte de leurs fonctions. Ainsi, la hiérarchie des normes ne conduit pas nécessairement à la hiérarchisation des fonctions de leurs interprètes.

Le concept d'organe, que nous avons jusqu'à présent désigné par « autorité

possible à la question récemment posée par Ralf Michaels, « Le Brexit signifie-t-il la mort du droit transnational ? », est de rappeler l'importance originelle et renouvelée du consentement des acteurs et sujets du droit des États membres à se soumettre au droit de l'Union européenne, et de conclure que l'UE, en tant qu'instance de droit transnational, vit aussi de ce consentement là. V. MICHAEL R., « Does Brexit Spell the Death of Transnational Law ? » in RUSSELL A. M. (dir.), « Brexit Supplement », *German Law Journal*, 2016, vol. 17, p. 1-142. Toutefois, l'expression de la fin de ce consentement n'aura la signification juridique d'un acte de retrait qu'après intervention du Parlement britannique a statué la *High Court* (Gina Miller v. The Secretary of State for exiting the European Union, 3 nov. 2016), v. JACQUÉ J.P., « Brexit. Une analyse factuelle », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre 2016, p. 702.

⁴⁹² On trouve cette référence dans l'ouvrage majeure de H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, où les « *officials* » (juridictionnels notamment) sont au cœur du dispositif d'identification des critères de validité permettant d'établir si une règle appartient ou non à un système juridique. Les officiels sont les organes juridiques constituant la règle de reconnaissance. Cf. HART H.L.A., *The concept of law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, coll. « Clarendon law series », 1994, p. 116-117. La traduction française de l'ouvrage a préféré l'expression « *autorités* » pour désigner cette notion, v. HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 135-136.

⁴⁹³ C'est Joseph Raz qui emploie cette notion (« *law creating and applying organs* »), v. Raz J., « The identity of legal systems » in RAZ J., *The concept of a legal system*, *op. cit.*, p. 186-201.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 196-199.

⁴⁹⁵ À la différence de Kelsen, où l'organe est réductible aux fonctions de création et d'application du droit. Il n'a pas de matérialité propre, n'étant au mieux qu'un point d'imputation de normes juridiques dont l'action est imputée, par personnification, à l'ordre juridique qui l'a habilité. Cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 153-154. Le système juridique n'est qu'une somme de normes juridiques. De notre avis, l'organe disparaît même complètement lorsque Kelsen affirme que la création d'une norme juridique est toujours l'application d'une autre norme juridique, réduisant ainsi le rôle de l'organe à celui d'un automate. Cf. KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁹⁶ C'est-à-dire entretenir des relations horizontales du type de celles mentionnées plus haut, v. p. 116s.

normative », permet de rendre compte du comportement des acteurs impliqués dans la création et l'application du droit. Il joue un rôle fondamental et peut être, comme on l'a vu, intégré au sein du concept de système juridique. Il est essentiel de concevoir un système juridique comme un ensemble de normes juridiques et d'organes de création et d'application du droit pour rendre compte du droit dans le contexte de l'Union européenne. Pour autant qu'on le conçoive ainsi, il est parfaitement possible de penser le contexte de l'Union européenne comme une situation où deux niveaux de systèmes juridiques partagent des domaines normatifs de compétences matérielles et formelles⁴⁹⁷ et élaborent ainsi en commun, par le truchement de leurs organes respectifs, un ensemble de normes juridiques.

Une seule question demeure litigieuse. On peut s'en rendre compte dans notre exemple : N, qui appartient au système juridique SJ₂ et qui fonde le pouvoir de création et d'application du droit de ses organes a été émise par un organe juridique de SJ₁, organe qui a lui même été habilité par une norme appartenant à SJ₁. Cette norme, que l'on peut appeler N-1, est donc à l'origine de la validité de N. Si chacune de ces normes juridiques appartient à des systèmes juridiques distincts, il n'y a pas d'organe juridique de SJ₁ ni de SJ₂ chargé de résoudre les possibles antinomies entre les interprétations de N (du ressort des organes de SJ₂) et de N-1 (du ressort des organes de SJ₁). Un conflit est possible et, comme on l'a expliqué plus haut⁴⁹⁸, c'est précisément pour cela que les organes de chaque système sont contraints de collaborer. Conflit ou dialogue, la direction prise sera fonction de leurs décisions, non pas des dispositions des normes qui sont à l'origine de la validité de leurs décisions.

De l'indétermination des relations entre N et N-1 – soit, dans le contexte de l'Union, entre les Traités et les Constitutions des États membres – naît la nécessité d'un dialogue entre les organes de chaque système juridique. Afin de rendre compte de cette situation, qui par ailleurs n'a pas de raison nécessaire de poser problème dans le fonctionnement quotidien des interactions entre les systèmes⁴⁹⁹, il faut que le concept de système juridique porte sur les normes ainsi que sur les organes du droit. En effet, seulement des organes peuvent dialoguer, non pas des normes.

Dès lors, il faut sortir du cadre strictement normativiste, *i.e.* du système conçu comme un ensemble de normes juridiques. Le concept de système juridique n'est pas à abandonner.

⁴⁹⁷ Selon la distinction qu'opère Pierre Pescatore à celles qui étaient alors les Communautés européennes, cf. Pescatore P., « Les compétences et les pouvoirs » in PESCATORE P., *Le droit de l'intégration, op. cit.*, p. 31s.

⁴⁹⁸ Cf. p. 125s.

⁴⁹⁹ Sans cette précision, on courrait le risque de « magnifier le problème en convertissant l'explication du cas exceptionnel en une théorie générale des relations entre l'Union et les ordres juridiques nationaux », rappelle Christian Timmermans à l'adresse du courant du pluralisme constitutionnel. V. TIMMERMANS C., « The Magic World of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, p. 352.

C'est en cela que tombent les critiques résumées par Keith Culver et Michael Giudice, qui de notre avis sont dirigées contre le normativisme. Et sur ce point, nous nous accordons. En effet, on ne peut pas rendre compte du dialogue entre des organes d'application du droit à l'aide d'un concept qui définit le système juridique comme une somme de normes.

Plutôt, le concept de système juridique doit être réformé. Attention toutefois à ne pas désigner les mauvais coupables : on a vu que l'existence de hiérarchies multiples entre des systèmes juridiques *explique* le dialogue entre leurs organes juridiques respectifs. Hiérarchie et dialogue sont compatibles. L'horizontalité s'accommode de verticalité, et les critiques du courant du pluralisme constitutionnel sont elles aussi à nuancer.

Reste que, à considérer l'Union et ses États membres comme un pluralisme de systèmes juridiques liés par des hiérarchies multiples⁵⁰⁰, le monisme devient indéfendable. Là encore, l'objection tirée de ce que l'Union et ses États membres forment des systèmes distincts ne conduit pas à abandonner le concept, mais simplement à en écarter les approches inspirées du monisme, notamment kelsénien.

2) L'objection du monisme écartée

Une critique habituelle militant contre la pertinence d'un emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union se concentre spécifiquement sur Hans Kelsen et sa défense du monisme, car l'Union et ses États membres, du point de vue de leurs organes juridictionnels, forment des systèmes juridiques distincts et non pas un unique méta-système à l'intérieur duquel chacune de ces entités seraient un sous-système⁵⁰¹.

En effet, pour une analyse qui ne renonce pas à prendre en compte le point de vue interne des acteurs du droit, le monisme kelsénien ne peut clairement pas être un cadre adapté au contexte de l'Union. Effectivement, pour la CJUE de l'arrêt *Van Gend Loos* comme pour celle de l'avis 2/13 relatif à l'« *adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁵⁰², le droit de l'UE et les droits nationaux ne forment pas un seul et unique système juridique justifiant quel le premier

⁵⁰⁰ Indépendamment de la nature hiérarchique ou non de leurs relations, on peut parler de « *pluralisme systémique* » pour désigner cette existence simultanée d'une pluralité de systèmes juridiques en vigueur, v. VAN DE KERCHOVE M., OST F., « Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? » in BOY L., J.-B. RACINE, et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, coll.« Droit économie international », 2011, p. 17.

⁵⁰¹ Ce qui a pu être appelé ailleurs le modèle « *one big legal system* », v. DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *op. cit.*, p. 2.

⁵⁰² Respectivement CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62 et CJUE, Avis du 18 décembre 2014, Avis 2/13 – *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Quant au point de vue des acteurs juridictionnels des États membres, on peut notamment se reporter aux arrêts cités *supra* note n°421.

prime les seconds⁵⁰³.

L'approche kelsénienne de ce concept pose donc problème, car elle emporte des conséquences importantes quant à la nature des relations entre le droit à l'échelle nationale et le droit à une échelle supérieure. Nous savons que le monisme de Hans Kelsen consiste en au moins deux thèses : le droit forme un système juridique unique ; à l'intérieur de ce système, le droit international est supérieur aux droits nationaux. Pour bien comprendre en quoi cette approche moniste n'inquiète pas le concept de système juridique dans son ensemble, il faut revenir quelque peu sur les motifs qui ont animé l'entreprise du théoricien autrichien.

Comme cela a été dit précédemment⁵⁰⁴, l'unicité du système juridique chez Kelsen dérive d'un présupposé kantien de son projet épistémologique⁵⁰⁵ : avec la *Théorie pure du droit*, il entend fonder une science du droit par la définition de l'objet sur lequel elle porte. Et, pour fonder une science à la fois distincte de toutes les autres et unique, il lui faut un objet singulier et unique. L'objet de la science du droit étant le droit, le droit étant organisé en un système hiérarchisé de normes unifiées par une seule et unique *Grundnorm*, il ne peut y avoir qu'un seul système, de sorte que la science du droit n'a qu'un seul objet, unique et singulier. Admettre l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques serait, dans ce cadre, un obstacle à la construction d'une science du droit. Puisque la *Grundnorm* fonde l'unité et l'unicité du droit, objet de la science du droit, il ne peut y en avoir qu'une. Il ne peut y avoir qu'un seul système juridique, qu'un seul droit.

De cela dérive la seconde thèse de Kelsen : entre droits national et international, l'un doit nécessairement primer l'autre. Car si le premier devait primer le second, il y aurait autant de systèmes juridiques uniques qu'il existe d'États⁵⁰⁶ – situation absurde pour une science qui se veut à objet unique et unifié. Le droit international doit donc nécessairement primer les droits nationaux, ce qui permet par ailleurs à Kelsen de défendre un projet politique sur des bases scientifiques⁵⁰⁷.

⁵⁰³ L'affirmation que le droit de l'Union forme un ensemble singulier, autonome et distinct de tous les autres est une constante de la jurisprudence de la Cour. Pour ne citer que les arrêts susmentionnés : « *l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres* » (CJUE, Avis du 18 décembre 2014, Avis 2/13, §158) ; « *que partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, etc.* » (CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 23).

⁵⁰⁴ Cf. p. 41.

⁵⁰⁵ Kelsen se réfère explicitement à la théorie de la connaissance chez Kant, cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 80. Par ailleurs, Mario G. Losano a analysé les liens entre la fonction logico-transcendantale de la *Grundnorm* et les présupposés épistémologiques typiques de l'environnement académique néo-kantien d'alors, cf. LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, op. cit., Vol. 2 « Il Novecento », p. 31.

⁵⁰⁶ Kelsen H., « La souveraineté, qualité exclusive d'un seul ordre » in KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 430-431.

⁵⁰⁷ On devine facilement le fond de la pensée de Kelsen lorsque, reconnaissant l'égale validité scientifique des

Pour s'écarter du monisme kelsénien, il faut premièrement, expliquer qu'une science du droit n'a pas besoin d'un objet unique et unifié par une même norme logico-transcendantale, et deuxièmement, démontrer que la validité du droit à l'échelle nationale n'a pas besoin de dériver d'un droit à une échelle supérieure (internationale ou supra-étatique dans le cas de l'UE) pour que le second soit supérieur au premier.

Or, ces deux points ont déjà été étudiés. Le premier a été expliqué par Karine Caunes⁵⁰⁸ : proposant une reconstruction critique, inspirée de Kant, de l'épistémologie de Hans Kelsen, elle montre que « *l'unité de la science n'est pas définie par l'unité de l'objet mais [que] c'est l'unité de la science en tant que méthode qui définit l'unité de l'objet* »⁵⁰⁹, en conclusion de quoi il devient possible d'affirmer que l'objet de la science du droit est unifié par la méthode qui permet de le représenter, cela indépendamment du nombre des systèmes juridiques existant⁵¹⁰.

Le second point a été démontré précédemment dans la situation que nous avons décrite : un SJ₂ peut très bien dériver sa validité d'un SJ₁ tout en lui étant supérieur. Et la validité du droit de l'Union dérive du droit national, bien que le premier prime le second.

Ce n'est donc pas l'ensemble du concept de système juridique que vise l'objection moniste mais seulement une de ses approches, qui est historiquement et intellectuellement située. Nous avons vu précédemment qu'un pluralisme au sein duquel une diversité d'entités juridiques coexistent et interagissent est une configuration dont le concept de système juridique peut parfaitement rendre compte. Du reste, le monisme peut être utilisé non pas seulement (*stricto sensu*) pour affirmer l'existence d'un seul et unique système juridique, mais aussi (*lato sensu*) pour désigner un cadre normatif commun au sein duquel des systèmes juridiques distincts interagiraient.

Lato sensu, ce monisme ne constitue plus une objection à l'utilisation du concept de système juridique dans le contexte de l'Union européenne. Bien au contraire, il s'accommode tout à fait du constat de l'existence d'une pluralité de systèmes. Alexander Somek a décrit ce procédé de propositions du courant du pluralisme constitutionnel qui consiste à recréer le système unique qu'elles ont pourtant cherché à évacuer⁵¹¹. À vouloir trop mettre d'ordre dans

deux constructions monistes alternatives, Kelsen se fait plus normatif : « *la primauté du droit international joue dans l'idéologie politique du pacifisme un rôle décisif* », cf. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 330.

⁵⁰⁸ CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne*, op. cit., p. 302-313.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 310.

⁵¹⁰ Cette méthode, par ailleurs, peut aussi consister en une pluralité de principes. Karine Caunes proposent ainsi deux caractéristiques de la méthode scientifique juridique, les principes de *Sollen* et d'imputation, v. *Ibid.*, p. 323-324.

⁵¹¹ "If defensible, pluralism, either in simple or cosmopolitan form, formulates a new version of monism; if not, it amounts to a travesty of constitutional ideas, which assimilates legality to the mindset of administrative

le pluralisme, le monisme ressurgit.

Il en va ainsi du dénommé « *Constitutionalism Beyond the State* » promu par Mattias Kumm, lequel identifie des principes contraignants permettant aux juges de choisir qui, du droit des États membres ou du droit de l'Union, devrait primer dans un cas spécifique⁵¹². De même chez Miguel Poiares Maduro, la proposition dite de « *Contrapunctual Law* » consiste à fournir des principes pareillement contraignants qui permettent d'harmoniser les discours des acteurs institutionnels au sein d'une communauté, qui intégrerait et les systèmes juridiques des États membres et celui de l'Union⁵¹³.

Dans les deux cas, la contingence des relations inter-systémiques est régulée par une nouvelle transcendance, c'est-à-dire un ensemble de principes axiologiques communs à divers systèmes juridiques et qui permettent au juge de décider, en déduisant des hypothétiques propriétés de cet ensemble les règles de leur hiérarchisation, sans que l'on sache en vertu de quoi ces principes lieraient le juge. C'est le retour de la hiérarchie au sein de l'hétéarchie.

Concevoir un ensemble de principes situés au-dessus des normes du droit positif pose évidemment problème pour un positiviste. Ce nouveau monisme a beaucoup à voir avec le néo-constitutionnalisme, duquel est tirée sa conviction d'un recours nécessaire à des jugements moraux largement partagés pour justifier des choix interprétatifs⁵¹⁴, ce qui de notre avis est une forme dissimulée de jusnaturalisme.

action", v. SOMEK A., « Monism: A tale of the Undead », in AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, *op. cit.*, p. 343-344.

⁵¹² L'objectif de cette approche étant : « *to make concrete proposals addressed to national constitutional courts and the Court of Justice respectively about how, in application of the developed approach, constitutional conflicts ought to be addressed doctrinally* », v. KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *op. cit.*, p. 262. Selon l'auteur, l'approche permet d'identifier des principes constitutionnels communs qui expliquent les évolutions complémentaires des droits de l'Union et des États membres, v. KUMM M., « Rethinking constitutional authority: on the structure and limits of constitutional pluralism », in AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, *op. cit.*, p. 62.

⁵¹³ MADURO P. M., « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in WALKER N. (dir.), *Sovereignty in transition*, *op. cit.*, p. 523-525. La démarche de l'auteur est clairement prescriptive, notamment lorsque celui-ci entend produire des principes devant guider le dialogue judiciaire au sein de l'Union, v. MADURO P. M., « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire » in DUBOUT E. et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, coll.« Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme série », 2010, p. 199-213.

⁵¹⁴ À propos du néo-constitutionnalisme, Pierre Brunet caractérise dans l'argumentation de ses partisans le présupposé d'une « *connexion interprétative* » entre le droit et la morale, reposant sur l'argument tiré de ce que « *l'interprétation du droit relève d'une pratique sociale intersubjective et conduit donc en l'identification de principes moraux objectifs* », v. BRUNET P., « Remarques critiques sur le constitutionnalisme contemporain », *Droit et Économie. Interférences et interactions, Mélanges en l'honneur de Michel Bazex*, Lexis-Nexis, 2009, p. 56.

Conclusion du chapitre

Revenons à la question posée en introduction de ce chapitre : dans quelles conditions le droit de l'Union peut-il être conçu comme un système juridique ?

Une réponse possible consiste à proposer une compréhension du concept de système juridique qui soit opérationnelle pour la description du droit dans le contexte de l'Union. À cette fin, nous avons vu que certaines approches du concept peuvent être écartées. À la suite du courant du pluralisme constitutionnel, nous nous accordons donc sur la nécessité d'une réforme du concept de système juridique, pour des raisons toutefois différentes.

Si l'on s'attache à la compréhension que la CJUE a du droit dans le contexte de l'Union, il semble pertinent d'écarter les approches du concept liées au monisme et au normativisme. À propos des premières, nous avons vu que l'idée selon laquelle le droit de l'Union et le droit des États membres ne formeraient qu'un seul et unique système juridique est une idée contre-intuitive teintée de jusnaturalisme, tant il semble incontesté que pour leurs organes juridictionnels respectifs chacun constitue une entité juridique distincte, dont les relations avec l'autre sont fonction de choix interprétatifs plus que de l'application de principes communs contraignants. C'est d'ailleurs précisément parce que ces droits sont compris comme des systèmes juridiques distincts que la CJUE peut construire la primauté de l'un sur l'autre – car affirmer d'une entité qu'elle prime l'autre implique de reconnaître à chacune la qualité d'ensemble distinctif.

À propos de l'approche normativiste, nous avons également montré comment l'idée selon laquelle un système juridique ne serait qu'un ensemble de normes juridiques semble peu pertinente pour une description du droit dans le contexte de l'Union. Pour rendre compte, notamment, du dialogue qui de fait existe entre les acteurs juridictionnels des différents systèmes, il faut disposer d'une approche par laquelle un système juridique est pensé comme un ensemble de normes et d'organes juridiques. Ces organes sont les acteurs de la création et de l'application du droit qui permettent au juriste de rendre compte des enjeux institutionnels dans le contexte de l'Union. Nous l'avons vu, seuls des organes dialoguent, pas des normes⁵¹⁵.

Les difficultés, réelles, mises en avant par les critiques du concept de système

⁵¹⁵ Une autre formulation de ce même argument relève que le normativisme ne permet pas de penser les interactions *entre* systèmes juridiques puisque, précisément, il n'y a pas de normes juridiques en-dehors d'un système juridique pour le normativisme. C'est notamment cela qui amène Damien Fallon à remarquer que « *le normativisme, en tant qu'épistémologie, apparaît inopérant à appréhender les rapports de systèmes* », v. FALLON D., « Peut-on penser les rapports entre les ordres juridiques ? », K. ABDEREMANE et A. ONDOUA (dir.), *Entre les ordres juridiques: mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers, France, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, 2015, p. 85.

juridique ne conduisent donc pas à l'abandon du concept dans son ensemble mais seulement à quelques unes de ses parties, héritées du monisme et du normativisme. Aussi, dans la mesure où n'a pas été démontrée l'inadéquation complète du concept, il nous semble que celui-ci sort indemne de critiques qui, voulant jeter l'eau du bain, entendaient aussi jeté le bébé⁵¹⁶.

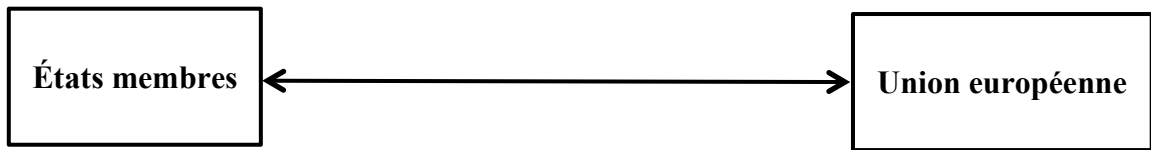
Il reste donc possible de considérer l'Union et ses États membres comme une pluralité de systèmes juridiques distincts. Autrement dit, le concept de système juridique peut être appliqué dans le contexte de l'Union. Il permet de rendre compte de trois aspects essentiels :

- le droit de l'Union européenne et les droits nationaux constituent chacun des ensembles distincts de normes juridiques et d'organes de création et d'application du droit partageant des domaines normatifs de compétences matérielles et formelles ;
- des conflits sont possibles entre, d'une part les normes juridiques de l'Union qui habilite ses organes (le droit primaire), et d'autre part celles des États membres qui sont à l'origine de la validité de ces premières (les normes constitutionnelles des États membres) ;
- ces conflits sont régulés par un dialogue entre les organes juridictionnels des différents systèmes, c'est-à-dire un recours à des arguments juridiques visant à éviter de possibles antinomies (dont la référence à des objectifs et principes identifiés comme « communs » peut être au mieux considérée comme une instance).

Somme toute, il n'y a rien de fondamentalement nouveau dans ce tableau : les organes juridiques dialoguent et un conflit est toujours possible entre les normes constitutionnelles des États membres et le droit primaire de l'Union. Une précision d'importance s'ajoute toutefois : le concept de système juridique *permet* de décrire une pareille situation. Il n'est pas un obstacle pour comprendre l'Union européenne et ses relations avec les États membres. Au contraire, il permet de les comprendre comme une pluralité de systèmes juridiques liés par des hiérarchies multiples. L'Union occupe une position de supériorité statique et les États membres une position de supériorité dynamique, selon le schéma suivant :

⁵¹⁶ C'est en ces mêmes termes que Julie Dickson répond aux critiques formulées par Keith Culver et Michael Giudice : « *If we fail to analyse in sufficient detail or depth the degree of novelty of the 'new phenomena', and if we are not able to pinpoint precisely or justify adequately the alleged incapacity of existing theories of law to explain those phenomena, then we are in considerable danger of 'throwing the baby out with the bathwater'», in DICKSON J., « Who's afraid of transnational legal theory? », *op. cit.*, p. 14.*

→ Hiérarchie dynamique



← Hiérarchie statique

Enfin, le concept de système juridique a le mérite de rendre compte d'un certain perspectivisme, lequel peut être entendu comme « *la possibilité que des sujets divers observent le droit d'une façon diverse* »⁵¹⁷. L'idée que chaque système construit ses relations avec l'extérieur à l'aune de sa propre perspective permet de rendre compte de la possibilité de divergences irréductibles entre les organes de différents systèmes. À la différence de ce que soutiennent certaines propositions du courant du pluralisme constitutionnel, ces divergences ne peuvent pas être dépassées par l'acquisition d'un langage ou de principes communs qui contraindraient les organes juridiques. La possibilité du conflit demeure et sa survenance est fonction de la volonté des organes juridiques. Les systèmes sont liés, mais ce qui les lie n'est pas extérieur.

De plus, comme le souligne l'ancien juge à la CJUE Christiaan Timmermans, les juges n'appliquent pas les principes du courant du pluralisme constitutionnel⁵¹⁸. La Cour maintient que le droit de l'Union *prime* le droit interne (hiérarchie statique) et les juges nationaux logent l'origine de cette primauté dans leurs normes constitutionnelles (hiérarchie dynamique). Il n'y a pas d'hétéarchie, mais des hiérarchies multiples. En ce sens, le perspectivisme que nous défendons s'éloigne du pluralisme épistémique promu par Neil Walker : les systèmes sont liés mais ce qui les lie n'efface pas la nature hiérarchique de leurs relations⁵¹⁹.

Néanmoins, si chaque organe juridique opte pour le point de vue du système juridique qui l'habilite, un pareil perspectivisme n'empêche pas de concevoir, comme nous

⁵¹⁷ Perspectivisme que Giulio Itzcovich attribue à ce que la doctrine italienne nomme la « *teoria dell'ordinamento giuridico* », v. ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 79.

⁵¹⁸ TIMMERMANS C., « *The Magic World of Constitutional Pluralism* », *op. cit.*, p. 352.

⁵¹⁹ Neil Walker défend un certain perspectivisme lorsqu'il soutient : « *the very representation of distinct constitutional sites – EU and member states – as distinct constitutional sites implies an incommensurability of the knowledge and authority (or sovereignty) claims emanating from these sites* ». En revanche, ce pluralisme épistémique s'éloigne de notre propos lorsque l'auteur efface explicitement le caractère hiérarchique des relations entre l'Union et les États membres : « *the relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical* ». Cf. WALKER N., « *The idea of constitutional pluralism* », *op. cit.*, respectivement pp. 338 et 337.

avons vu dans ce chapitre, un dialogue entre les organes juridictionnels de différents systèmes qui partagent des domaines normatifs de compétences matérielles et formelles.

Arrivé à ce stade, il importe de mentionner une objection d'ordre méthodologique : pour quelles raisons persister dans l'utilisation du concept de système juridique afin de rendre compte de phénomènes juridiques nouveaux alors que des approches plus récentes sont développées pour les penser, à l'instar de celle proposée par Keith Culver et Michael Giudice ?

De notre avis, il ne suffit pas de démontrer qu'une description de l'Union avec le concept de système juridique est *possible*. Il faut aussi démontrer qu'elle est *pertinente*. Aussi, comment démontrer sa valeur ajoutée ? La réponse est bien sûr fonction des objectifs qu'elle s'assigne, de ce dont une théorie descriptive entend rendre compte. Descriptive, une théorie s'astreint à rendre compte du droit tel que le fabriquent ses acteurs et tel que ses sujets en font l'expérience. Il peut s'agir notamment de décrire le fonctionnement du droit à travers les comportements et discours de ses acteurs et de ses sujets. Dans cette perspective, la question de la pertinence du concept de système juridique est la suivante : quels titres particuliers possède-t-il à être employé dans une description du fonctionnement du droit dans le contexte de l'Union européenne ?

Notre réponse est simple : c'est parce que les organes d'application du droit mobilisent le concept de système juridique dans leur discours, à l'occasion de justifier leurs décisions, qu'il est pertinent de l'employer. Cette réponse a plusieurs avantages. D'une part, elle permet d'éviter l'inflation des nouveaux concepts, que le rasoir d'Ockham ne suffit pas toujours à réguler. D'autre part, elle relève d'une thèse épistémologique : une théorie descriptive du droit ne peut écarter de son champ d'étude le discours des participants du droit. Autrement dit, l'analyse des concepts descriptifs du droit passe aussi par une analyse du discours de ses acteurs. Une telle approche des concepts identifie, à travers leur discours, la compréhension du droit qu'ont ceux-là mêmes qui en sont les acteurs.

Néanmoins, un problème de taille se pose à l'endroit du discours des acteurs juridictionnels de l'Union et de ses États membres : chacun prétend appartenir au système juridique qui prime l'autre. Or, si les discours sont contradictoires, comment articuler un métadiscours cohérent qui les prend pour objet ? Cette difficulté a été récemment soulignée par Keith Culver et Michael Giudice. S'attaquant aux fondements du pluralisme

constitutionnel tels qu'introduits initialement par Neil MacCormick⁵²⁰, ils relèvent : « *chaque système [de l'UE et des États membres] inclut les normes des États membres et de l'UE mais ils diffèrent sur la question de savoir quelles normes sont suprêmes et qui a l'autorité suprême pour interpréter les normes. Où est donc l'interaction ?* »⁵²¹. Pour répondre à cette question, nous avons déjà démontré comment la possibilité du conflit est précisément génératrice de dialogue⁵²². Mais leur argument pointe du doigt un aspect essentiel, d'ordre métathéorique : les difficultés du métadiscours à dépasser les contradictions de son objet. En l'occurrence, le récit du dialogue dans le contexte de l'Union ne parviendrait pas à dépasser les contradictions des acteurs juridictionnels exprimées dans leur discours. Aussi, comment rendre compte, au moyen d'une explication prenant pour objet le discours du droit, des perspectives opposées de ces acteurs juridictionnels ? Autrement dit, comment articuler une explication cohérente sur la base de points de vue contradictoires ?

Ces questions méthodologiques sont essentielles pour une description du droit dans le contexte de l'Union au moyen du concept de système juridique. Si chacun des acteurs juridictionnels entend appartenir au système qui prime l'autre, pareille description doit pouvoir expliquer les points de vue contradictoires des acteurs juridictionnels. Elle ne peut pas se contenter de reporter les contradictions de son objet, sans quoi l'utilisation du concept de système juridique est sans apport explicatif dans le contexte de l'Union.

Aussi, nous montrerons dans le chapitre 4 que les contradictions dans l'objet d'étude ne se reportent pas au niveau du discours qui les décrit : décrire une contradiction ne revient pas à se contredire. En revanche, le constat de ce que des participants au droit ne s'accordent pas sur la nature des relations de système nous permettra d'envisager un champ d'étude distinct, où il ne s'agit pas tant de savoir si l'Union forme ou non un système juridique que de montrer comment l'affirmation par ses acteurs de ce que l'Union forme un système participe à la construction jurisprudentielle et doctrinale du droit de l'Union. Nous redirigerons ainsi notre attention vers l'intuition de MacCormick et de Bengoetxea, à savoir : cette idée du concept de système juridique en tant qu'idéal régulateur de l'activité des juristes.

⁵²⁰ MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, *op. cit.*, p. 98-122.

⁵²¹ DICKSON J. et P. ÉLEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 66.

⁵²² Cf. p. 125s.

Chapitre 4. Expliquer les points de vue contradictoires des acteurs juridictionnels

Nous avons vu que les critiques tendant à écarter la pertinence du concept de système juridique pour la description du droit de l'UE s'appuient sur deux thèses principales : le concept de système juridique conduit à une compréhension conflictuelle des relations entre l'UE et les États membres, compréhension qui est due au postulat que l'un doit être nécessairement supérieur au reste (*thèse théorique*) ; un récit des relations juridictionnelles ne peut accommoder le dialogue avec le conflit, soit l'horizontalité avec la verticalité (*thèse doctrinale*).

Nous avons démontré dans la première section que les objections que formulent ces thèses à l'égard de l'utilisation du concept de système juridique pouvaient être écartées. Il n'en demeure pas moins que ces thèses servent de base aux propositions d'abandon du concept pour décrire le droit de l'Union, quand bien même la CJUE affirme depuis cinquante ans que l'UE constitue bel et bien un système juridique⁵²³. Sans recours au concept de système juridique, une description des relations entre droit de l'Union et droits nationaux est donc tenue d'écarter le discours-même de la CJUE.

Si toute thèse qui fait ce choix est tenue d'écarter du champ de son analyse le discours juridictionnel, elle est en outre contrainte de justifier le choix *méthodologique* de ne pas tenir compte d'une partie du matériau juridique pour décrire le droit, optant pour des points de vue autres que ceux exprimés par les organes d'application du droit. Il est important de remarquer que ce choix est parfaitement valide. De toute évidence, une théorie portant sur le droit n'est pas tenue de rendre compte du point de vue des acteurs juridictionnels. Mais le choix de ce dont une analyse entend rendre compte à l'intérieur du matériau juridique (soit l'objet « droit ») est à justifier, car il n'est pas sans conséquence. Aussi, nous verrons dans un premier temps comment la détermination de l'amplitude du matériau juridique analysé est un enjeu qui importe, consistant à choisir certains points de vue exprimés par les participants au droit plutôt que d'autres. (**Section 1**).

Pour notre part, il nous semble qu'une théorie descriptive du droit peut difficilement

⁵²³ La formule est bien connue : pour la Cour de l'arrêt *Van Gend en Loos* comme pour celle de l'avis 2/13, l'Union européenne constitue « un nouvel ordre juridique » (CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 23 ; CJUE, Avis du 18 décembre 2014, Avis 2/13 – *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, §157). Rappelons que la présente étude tient « ordre juridique » et « système juridique » pour des expressions synonymes dont l'occurrence conduit à suspecter la présence du concept de système juridique, v. p. 7 et 15.

faire l'économie d'une prise en compte de la compréhension du droit qu'ont ses propres acteurs institutionnels, et notamment juridictionnels, sans quoi cette théorie perd l'essentiel de sa valeur explicative du matériau juridique. C'est à ce titre que le concept de système juridique possède des titres particuliers à être employé dans une description du droit de l'Union. Sans lui, l'analyse rate un argument central dans la construction de l'Union et de ses rapports avec ses États membres, à savoir : l'argument tiré de ce que l'Union constitue un système juridique. Par conséquent, nous défendrons dans un second temps la thèse de la nécessité d'une prise en compte du point de vue des acteurs juridictionnels pour rendre compte de la fabrication du droit, qu'une théorie descriptive prenant pour objet le droit ne peut écarter (**Section 2**).

Section 1. L'amplitude du matériau juridique analysé : le choix des points de vue

C'est aussi chez Culver et Giudice que l'on trouve la formulation la plus explicite d'un rejet du concept de système juridique basé sur des considérations d'ordre méthodologique. À la différence du courant du pluralisme constitutionnel, qui tente de produire un récit des relations juridictionnelles en UE capable d'accommoder les divergences des points de vue entre CJUE et Cours nationales, Culver et Giudice choisissent d'écarter purement et simplement ces points de vue du champ de leur explication du droit de l'Union (**I**). Ce choix est au cœur d'une querelle épistémologique, de laquelle peut se dégager une base commune (**II**).

I. L'abandon du point de vue des acteurs juridictionnels

Pour les partisans de l'abandon du concept de système juridique, une compréhension du droit centrée sur le modèle du système juridique étatique favoriserait une lecture conflictuelle des relations entre la CJUE et les Cours des États membres là où, au contraire, le matériau juridique montre une étroite collaboration. Il faut donc un nouveau modèle pour penser cette réalité qui ne peut plus être éclairée par les catégories habituelles du paradigme du droit étatique.

Un problème de taille se pose toutefois pour les partisans de cette thèse : les organes juridiques de l'Union européenne et des États membres se pensent comme appartenant à des systèmes juridiques distincts. Les discours juridictionnels sont clairs sur ce point.

Pourtant, l'argument est balayé par les partisans du rejet du concept de système : ni l'UE ni les États membres ne seraient des systèmes juridiques, quoi qu'en disent leurs organes juridictionnels, lesquels seraient aux prises d'une compréhension que le juriste d'aujourd'hui devrait dépasser. Il appartiendrait dès lors à ce dernier d'abandonner cette compréhension qui « prend pour argent comptant », c'est-à-dire sans prise de distance vis-à-vis des discours tenus⁵²⁴, les prétentions explicites de chacune des Cours à primer l'autre.

Ces prétentions cacheraient donc l'essentiel, qui lui se trouverait en-deçà des mots. Il y a ici cette singularité épistémologique dont nous parlions plus haut⁵²⁵, cette idée selon laquelle ce que disent les acteurs d'un système ne doit pas être pris pour argent comptant car en réalité c'est autrement que se passe *vraiment* les choses.

On devine ainsi une troisième thèse chez les partisans du rejet du concept de système juridique dans le contexte de l'Union. Elle affirme en substance : une description des relations juridictionnelles entre l'Union et les États membres n'est pas tenue d'inclure dans son champ d'analyse certains points de vue contradictoires exprimés par les acteurs juridictionnels (*thèse méthodologique*).

Michael Giudice a récemment développé cet argument en le dirigeant contre l'opportunité d'une description des relations entre l'UE et les États membres qui se baserait sur les points de vue des organes juridictionnels de chacun : les points de vue de la CJUE et des Cours suprêmes nationales divergent sur la détermination du système juridique qui est à l'origine de la validité du droit de l'Union européenne, de sorte que ces points de vue, puisqu'ils sont contradictoires, ne peuvent pas être vrais en même temps et conduisent toute explication de l'UE qui les prend pour base à devoir ou bien se contredire, ou au mieux constater que la réalité du droit de l'UE est duale, changeante selon les points de vue⁵²⁶.

Il conviendrait donc d'écarter pareille méthodologie qui n'explique rien⁵²⁷, et pis encore complique la compréhension de ce qu'est l'UE en en fournissant une explication contradictoire. Ainsi, les points de vue des acteurs ne devraient pas être pris au pied de la lettre et doivent être dépassés s'ils s'avèrent être faux, quelle que soit l'importance que ceux-

⁵²⁴ C'est du moins ainsi que nous comprenons l'expression en anglais « *taken at face value* », DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 55.

⁵²⁵ V. p. 126.

⁵²⁶ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 12 ; GIUDICE M., *Understanding the nature of law*, *op. cit.*, p. 135-136.

⁵²⁷ L'argument de Giudice est principalement dirigé contre le courant du pluralisme constitutionnel, qui n'expliquerait pas même le point de vue des acteurs juridictionnels, constate-t-il, puisque chacun (la CJUE et les Cours des États membres) affirme appartenir au seul et unique système qui fonde la validité de l'autre. Chacun affirme donc avoir le « bon » point de vue, sans reconnaître l'existence d'une divergence avec le point de vue de l'autre. V. GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 12.

ci revêtent dans un champ disciplinaire⁵²⁸. Cela conduit Michael Giudice à défendre la thèse suivante : « *judgments of importance and significance do not always coincide with judgments of truth* »⁵²⁹.

Seulement, cette thèse tient pour prémisse valide que deux discours juridictionnels contradictoires ne peuvent pas être vrais en même temps. Or, il n'est pas expliqué comment le discours du droit, normatif, peut être l'objet d'un jugement de vérité. Il est vrai que, d'un point de vue méthodologique, il semble nécessaire d'effectuer un choix de pertinence entre les points de vue des acteurs participants au droit. Il n'est pas possible de tout décrire et l'analyse porte nécessairement sur un échantillon. En revanche, il nous semble incorrect d'écarter des points de vue au motifs qu'ils fourniraient de la réalité une description erronée *parce que* contradictoire. De notre avis, cette thèse révèle une confusion des niveaux de discours sur laquelle nous reviendrons plus loin⁵³⁰.

En l'occurrence, la critique de Michael Giudice est adressée à une méthodologie dont l'emploi est attribué au pluralisme juridique de Neil MacCormick et plus récemment aux travaux de Julie Dickson⁵³¹, lesquels basent en effet leur explication du droit de l'UE sur les points de vue contradictoires des acteurs juridictionnels nationaux et de l'Union. On sait que chacun affirme appartenir au système juridique suprême. Une question essentielle se pose donc pour tout projet de description entendant rendre compte de ce conflit : les contradictions dans l'objet d'étude sont-elles surmontables ? Si elles ne le sont pas, notre argument concluant à la nécessité d'une prise en compte du discours juridictionnel pour une théorie descriptive du droit s'effondre, et il ne se trouve plus de raison pour ne pas abandonner le concept de système juridique dans l'analyse des phénomènes non-étatiques de légalité⁵³².

L'exclusion d'une partie des points de vue des acteurs juridictionnels permet de dessiner une nette ligne de séparation entre opposants et partisans de l'emploi du concept de système juridique pour une description du droit de l'Union. Du côté des opposants, on trouve notamment Keith Culver et Michael Giudice, de l'autre côté on trouve notamment Julie Dickson.

Précisions qu'il ne faut pas se tromper sur la nature de la querelle. Il ne s'agit pas de déterminer si les points de vue de certains acteurs sont proprement juridiques. La querelle ne porte pas non plus sur la question de savoir si les faits dont rend compte un récit des relations

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 21-22 ; GIUDICE M., *Understanding the nature of law*, *op. cit.*, p. 145 et 148.

⁵²⁹ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 7.

⁵³⁰ Cf. p. 162.

⁵³¹ GIUDICE M., *Understanding the nature of law*, *op. cit.*, p. 136s.

⁵³² GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 18.

juridictionnelles au sein de l'UE constituent bien les faits sociaux qu'analyse une théorie du droit au sens du positivisme juridique. Ce n'est pas une question d'ontologie du fait social.

La divergence porte plutôt sur l'identification des faits sociaux dont *doit* rendre compte une théorie générale du droit. En dernière instance, le débat se structure autour du choix de prescriptions épistémologiques adéquates dans la mesure où il concerne la métathéorie par laquelle la science du droit produit des assertions de vérité quant à la nature du droit⁵³³, étant entendu qu'une science se fixe pour objectif de produire des assertions de vérité (« judgments of truth »).

Nous allons voir que la thèse méthodologique ici présentée relève en dernière instance de vues quant à ce que *devrait être* la fonction des concepts pour une théorie générale du droit.

II. La querelle épistémologique : analyse conceptuelle et explication constructive

La querelle porte sur la pertinence d'une prise en compte des points de vue de certains acteurs participants au droit. La critique de Giudice est adressée à Neil MacCormick ainsi qu'à Julie Dickson, et plus généralement à une méthodologie attribuée à l'analyse conceptuelle, laquelle à la suite de H.L.A. Hart et de Joseph Raz fournit une explication du concept de droit qui entend refléter la compréhension du droit qu'ont ceux-là mêmes qui en sont les sujets et les acteurs⁵³⁴, car le droit est un phénomène social qui n'est pas détachable de leurs comportements et discours. La description du droit ne peut ignorer celle de ses participants.

C'est aussi vrai pour le concept de système juridique : en dernière instance, il n'est pas possible d'identifier un système juridique sans tenir compte de la compréhension qu'ont du droit ceux-là mêmes qui y participent. Comme nous avons vu dans les pages précédentes⁵³⁵, il en va ainsi du point de vue interne et de la règle de reconnaissance chez Hart et Raz, du point de vue normatif et de la *Grundnorm* chez Kelsen, ou encore des opinions normatives mutuelles et de l'ordre normatif chez MacCormick.

Tout positiviste défendant ce qui a été identifié plus haut comme la « social thesis » s'accorde sur ce point⁵³⁶. Selon Michael Giudice, en revanche, ce sont les conséquences que

⁵³³ Nous rapprochons ainsi épistémologie et métathéorie : « *l'épistémologie juridique serait alors l'ensemble métathéorique en référence duquel les assertions juridiques ou portant sur la connaissance du droit sont validées ou infirmées* », ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 231.

⁵³⁴ « *Conceptual analysis is concerned with elucidating or making explicit what is already implicit in some particular culture's self-understanding of law* », GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 22.

⁵³⁵ Cf. respectivement p. 53s et 80s.

⁵³⁶ Cf. respectivement p. 36s et 91s.

la méthodologie de l'analyse conceptuelle attache à cette idée qui posent problème : le théoricien se trouve contraint, à tort, de tenir compte de points de vue qui peuvent s'avérer être contradictoires⁵³⁷.

C'est ainsi qu'il prend pour exemple le cas de l'Union européenne où les points de vue de la CJUE et des Cours nationales quant à la validité du droit de l'Union ne peuvent être qu'erronés, de son avis, *puisque* contradictoires⁵³⁸. Plutôt qu'une analyse conceptuelle qui cherche à accommoder des points de vue contradictoires à la façon du courant du pluralisme constitutionnel, il propose une « *explication conceptuelle constructive* » qui simplement les écarte⁵³⁹, au bénéfice d'autres points de vue identifiés depuis la perspective du citoyen ordinaire, celle « *de la personne ordinaire dans un monde développé, un monde d'interconnexion et d'interdépendance* »⁵⁴⁰.

Giudice propose donc de prendre pour objet de nouveaux points de vue. Sa critique n'est pas dirigée contre la méthode de l'analyse conceptuelle, mais plutôt contre la rigueur de l'analyse conceptuelle à l'égard de l'attention, quasi exclusive, portée sur les points de vue des officiels. C'est particulièrement vrai pour Hart et Raz, mais également pour Kelsen ainsi que MacCormick⁵⁴¹.

Qu'il s'agisse de la méthodologie critiquée ou de l'alternative qu'il propose, Giudice ne conteste pas l'idée que le discours d'un participant au droit à propos du droit est un point de départ approprié pour une analyse portant sur ce qu'est le droit. C'est là un accord méthodologique majeur avec l'analyse conceptuelle.

Bien sûr, tous les points de vue ne sont pas à prendre, sans quoi la théorie du droit ne serait que recension de discours, une « *glorieuse lexicographie* »⁵⁴². S'opère ainsi un choix de pertinence, répondent en cœur Giudice et les tenants de l'analyse conceptuelle. Parmi ces derniers, Julie Dickson ne nie pas la nécessité d'un choix car tous les points de vue ne se valent pas⁵⁴³. Il y a là un point commun entre l'analyse conceptuelle telle que pratiquée par Dickson et la méthodologie défendue par Giudice, lequel insiste plus sur l'aspect constructif d'une explication du droit : la compréhension qu'ont du droit ceux qui y participent n'est pas

⁵³⁷ C'est à partir des travaux de Joseph Raz que Michael Giudice identifie cette obligation de prise en compte du point de vue des acteurs du droit (« *self-understanding constraint* »), v. GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 5.

⁵³⁸ GIUDICE M., *Understanding the nature of law*, *op. cit.*, p. 135-160.

⁵³⁹ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴⁰ CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁴¹ Cf. *supra* notes n°535 et 536.

⁵⁴² C'est en ces termes que Brian Leiter rejette l'analyse conceptuelle, cité par Kenneth Himma, cf. HIMMA K.E., « Conceptual Jurisprudence », *op. cit.*, p. 4.

⁵⁴³ DICKSON J., « Ours is a broad church : indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *op. cit.*, p. 225-226 ; DICKSON J., « Who's afraid of transnational legal theory? », *op. cit.*, p. 16.

nécessairement cohérente et l'analyste ne peut pas tenir compte de l'ensemble des discours des participants, il doit opérer un choix, de sorte que l'analyse à la fois *crée* un concept explicatif du droit (tel que celui de système juridique) et *identifie* ce même concept dans les comportements et discours des acteurs du droit qui le *mobilisent*. Cette dialectique révèle l'entre-deux dans lequel se situe le concept, entre les mots du théoricien qui le formule et ceux des acteurs et des sujets du droit à partir desquels le concept est identifié.

Par conséquent, il nous semble que la divergence fondamentale entre Michael Giudice et Julie Dickson ne porte pas sur la nécessité d'opérer un choix parmi les points de vue ni sur la dimension *créative* de toute explication du droit. Elle porte plutôt sur la pertinence des points de vue à choisir. Or, ce choix repose bien entendu sur un jugement de valeur vis-à-vis du matériau juridique (portant sur ce qui *doit être* considéré comme important), jugement qui ne permet de trancher qu'en prenant partie.

De notre avis, ce choix est fonction de l'objectif que s'assigne une explication. Pour Keith Culver et Michael Giudice, le choix d'une perspective élargie à celle du citoyen ordinaire les conduit à écarter les discours juridictionnels de leur explication du droit de l'Union afin de mieux rendre compte d'un aspect horizontal qu'ils identifient dans des réseaux interinstitutionnels⁵⁴⁴.

De même, notre choix est aussi fonction de l'objectif que nous nous sommes fixé dans la présente étude. Il s'agit précisément pour nous de rendre compte de la construction et la compréhension du droit de l'Union en tant que système juridique. Or, les points de vue des acteurs juridictionnels, tels que ceux-ci sont exprimés dans leur discours⁵⁴⁵, ne peuvent pas être simplement écartés. Ils sont essentiels pour comprendre le système juridique qu'est l'Union européenne.

Pour cette raison, les discours juridictionnels forment la matière brute à partir de laquelle se construit notre analyse. Le fait que ces discours contiennent ou non des contradictions est indifférent. En revanche, il nous faut à présent répondre à l'objection introduite par Michael Giudice : comment fournir une explication cohérente du droit de l'Union en tant que système juridique à partir des points de vue contradictoires des acteurs juridictionnels de l'Union et de ses États membres ?

⁵⁴⁴ Cf. p. 122s.

⁵⁴⁵ Nous présumons donc que ce que pense un acteur du droit est connaissable à travers son discours. *Ce qui est dit* est le point de départ approprié pour identifier *ce qui est pensé*. Nous ne voyons pas comment le point de vue d'un locuteur peut être identifié ailleurs que dans ce discours, ce qui est une différence majeure avec l'approche de Giudice, pour qui "*what is important in the explanation of law and legal phenomena are the reasons for participant understandings, not the participant understandings themselves*", v. GIUDICE M., *Understanding the nature of law, op. cit.*, p. 195.

Section 2. La prise en compte du point de vue des acteurs juridiques

Nous avons vu que la querelle entre l'analyse conceptuelle et l'explication constructive se dissout dans leur accord quant à la nécessité d'effectuer un choix d'éléments à prendre en compte à l'intérieur du matériau juridique. Ce choix conduit l'analyste à se positionner quant à la capacité de son analyse à énoncer des vérités sur tout ou partie du matériau juridique. Il en va ainsi de la thèse consistant à rejeter les points de vue contradictoires, laquelle affirme en substance : des énoncés contradictoires dans l'objet d'étude ne peuvent pas être vrais en même temps, ils doivent donc être écartés du champ de l'analyse.

Pourtant, c'est plutôt sur l'explication scientifique que devrait porter le jugement de vérité, et non sur l'objet d'étude, lequel ne peut être ni vrai, ni faux. Il *est* ce qu'il y a à décrire. C'est seulement la description de l'objet par le sujet connaissant (le juriste-chercheur) qui est susceptible d'être vraie ou fautive. Cette remarque situe le débat au cœur d'enjeux épistémologiques, sur lesquels il nous faudra prendre position. Notre réflexion nous amènera à envisager l'étude des systèmes juridiques en tant qu'étude des usages discursifs du concept de système juridique, usages qui sont susceptibles de se contredire (I). Quand bien même contradictoires, ils peuvent être intégrés au sein d'une même analyse qui les prend pour objet de description. Ces usages ne sont pas neutres dans le cas du discours de la CJUE, c'est pourquoi le concept de système juridique nous semble posséder des titres particuliers à être employé dans une description du droit de l'Union européenne (II). Nous verrons lesquels.

I. La description des contradictions de l'objet : vers l'étude des usages conceptuels

D'un point de vue méthodologique, il est parfaitement valide de choisir d'intégrer les points de vue des acteurs juridiques tels que ceux-ci s'expriment dans leur discours. C'est un choix méthodologique que nous justifions par le projet de décrire une partie du fonctionnement du droit de l'Union par l'identification de la compréhension que ses acteurs juridiques en ont. À présent, il s'agit d'identifier les conditions dans lesquelles une compréhension du droit dotée d'un minimum de cohérence peut être inférée à partir de ces points de vue, quand bien même contradictoires. Cela implique de répondre à deux questions d'ordre métathéorique ou épistémologique⁵⁴⁶ :

⁵⁴⁶ À la suite de Michel Troper, nous appréhendons l'épistémologie en droit en tant que métadiscours prenant

(A) La théorie du droit peut-elle rendre compte fidèlement de la compréhension qu'ont du droit ceux qui y participent ? Autrement dit, les concepts qui permettent d'expliquer le fonctionnement du droit ne sont-ils que descriptifs de l'objet d'étude ? C'est ainsi que l'on se demandera comment prendre en compte les points de vue contradictoires. Nous défendrons la thèse que les concepts sont entre le sujet et l'objet de la connaissance.

(B) Le discours des acteurs du droit sur les concepts permettent-ils d'identifier des instanciations de ces concepts ? Nous proposerons une méthode pour identifier dans le discours du langage-objet la présence d'un concept créé dans le métalangage, ce qui nous amènera à conclure que les concepts sont entre le discours *sur* le droit (ou métalangage) et le discours *du* droit (ou langage-objet).

A. Les concepts de la théorie du droit, entre sujet et objet de la connaissance

Analyse conceptuelle et explication constructive présupposent une fonction assignée aux concepts que produit la science du droit pour décrire son objet. En effet, qu'il s'agisse de Raz, de Dickson ou de Culver et Giudice, chacun s'accorde sur l'idée que les concepts en droit sont des « *outil[s] tourné[s] vers le but spécifique de fournir une explication philosophique du droit* »⁵⁴⁷. Cette explication est dite « *créative* »⁵⁴⁸ en ce qu'elle crée un outil, tel que le concept de système juridique, pour expliquer ce qu'est le droit. Pour notre part, nous souscrivons à cette idée.

Toutefois, il y a ici un écueil à contourner, qui nous semble être emprunté par Raz et Dickson mais écarté à juste titre par Michael Giudice, à savoir : l'idée qu'une explication du droit est toujours tenue de « *rendre compte de la nature du droit tel qu'il est* »⁵⁴⁹. C'est ainsi que l'on jugerait de la qualité d'une explication, en se référant à sa capacité à rendre compte de la nature d'un objet, de son essence ou autre propriété nécessaire⁵⁵⁰. C'est là présupposer

pour objet de description le discours de la théorie du droit. Pour cette raison, elle est d'ordre métathéorique. V. TROPER M., *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁴⁷ DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁴⁹ *Ibid.* ; Cf. aussi PATTERSON D.M., « Book Review: Keith Culver and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence* », *Law and Philosophy*, 2012, vol. 31, p. 598. En effet, Joseph Raz ne renonce pas à l'idée de propriétés essentielles d'une chose que le concept identifierait : « *the knowledge involved in the complete mastery of the concept [...] is the knowledge of all the essential features of the thing it is a concept of* », v. RAZ J., « Can there be a theory of law ? », *op. cit.*, p. 326.

⁵⁵⁰ Pour le philosophe du droit Kenneth Einar Himma, c'est l'objectif commun que se fixent les analyses traditionnelles des concepts dans la théorie analytique du droit anglo-saxonne : « *the analysis of a concept discloses the nature or essence of the thing referred to by the corresponding concept-word. [...] A conceptual analysis of law consists in a set of conceptually (or metaphysically) necessary truths* », v. HIMMA K.E., « Conceptual Jurisprudence », *op. cit.*, p. 12.

ce qui en épistémologie peut être appelé un réalisme ontologique, que nous rejetons. Voyons-en ses caractéristiques.

L'idée qu'un discours scientifique peut rendre compte *fidèlement* de son objet contient un présupposé épistémologique contestable, à savoir : le discours scientifique sur un objet « A » est capable de rendre compte de la véritable nature de « A ». C'est supposer que, entre sujet connaissant et objet de la connaissance, il y a une distance que le discours scientifique du sujet connaissant peut combler au moyen d'une description de l'objet de la connaissance par laquelle il est postulé que la véritable nature de l'objet, son essence, est connaissable au moyen du discours scientifique⁵⁵¹. Dans ce cadre, la fonction d'un concept du droit est de décrire la véritable nature du droit.

Cette position est celle que Vittorio Villa a pu identifier comme un postulat néopositiviste dans les théories scientifiques, lequel influence les conceptions épistémologiques des théories juridiques qui conçoivent « *la connaissance scientifique comme un rapport direct et non ambigu entre théories et faits. Les théories scientifiques, à savoir, entrent directement en contact avec la réalité factuelle dont elles offrent une représentation et une description fidèle* »⁵⁵². La méthodologie des sciences humaines se conçoit alors sur le modèle de celle des sciences naturelles⁵⁵³, le droit s'analysant comme n'importe quel objet naturel.

À la suite de Vittorio Villa⁵⁵⁴, nous n'adhérons en aucune façon à ce réalisme ontologique du droit, c'est-à-dire à l'idée selon laquelle le droit est un objet de la nature que l'activité de connaissance ne fait que décrire fidèlement⁵⁵⁵. De notre avis, entre la réalité telle que les sujets connaissant la perçoivent (avec leur langage et dispositifs paradigmatiques) et la réalité en soi, il y a une distance qui n'est pas mesurable. Entre le sujet et l'objet de la connaissance, il y a en somme un dualisme métaphysique qui empêche de souscrire à l'idéal

⁵⁵¹ Ce présupposé est celui d'un réalisme métaphysique, explique SCHIAVELLO A., « Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa », *op. cit.*

⁵⁵² VILLA V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali: modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, coll.« Memorie dell'Istituto giuridico / Università di Torino », 1984, p. 130-131.

⁵⁵³ C'est la thèse du monisme méthodologique, qui est un des aspects essentiels du néopositivisme tel que décrit par Vittorio Villa, v. *Ibid.*, p. 20.

⁵⁵⁴ L'auteur rejette la conception néopositiviste de la théorie du droit et propose ce qu'il a appelé un constructivisme basé sur des prémisses épistémologiques post-positivistes. Cf. VILLA V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto », n° 38, 1999.

⁵⁵⁵ Si nous employons « réalisme ontologique » dans un cadre épistémologique, c'est pour désigner cette double idée d'un objet qui est extérieur au sujet et entièrement accessible à la connaissance (postulat du réalisme scientifique) car il serait une chose du monde naturel dotée d'une existence propre (ce que nous appelons « ontologisation », autrement dit la réduction du droit à une chose du monde naturel). Si le droit existe, c'est en tant qu'objet de la réalité sociale et non partie du monde naturel. Son statut ontologique est celui d'une entité sociale, selon la présentation qu'offre Achille Varzi de l'ontologie, laquelle recouvre un vaste champ d'étude centré autour de la question « *qu'est-ce qui existe ?* ». v. VARZI A.C., *Ontologia*, Roma ; Bari, Laterza, 2005, p. 10 et 74.

d'un discours connaissant se superposant parfaitement à l'objet de la connaissance, à sa nature véritable ou encore sa substantifique moelle. Dans une perspective non plus néopositiviste mais post-positiviste, l'activité de connaissance a pour objet la réalité telle qu'elle est perçue par le sujet connaissant, et non la réalité en soi⁵⁵⁶.

Évidemment, cela appelle une question immédiate : qu'est-ce que l'activité de connaissance perçoit dans le matériau juridique ? Bien sûr, on peut faire le choix d'étudier des comportements ou tout autre type de fait non discursif dont nous ne prétendons pas épuiser la liste. Pour une étude des discours du droit, dans laquelle entend s'inscrire le présent travail⁵⁵⁷, le matériau juridique est constitué principalement des énonciations des locuteurs habilités à produire des énoncés juridiques, soit le discours des organes de création et d'application du droit (les acteurs du droit), et plus généralement des énonciations des « *opérateurs juridiques* » (praticiens ou académiciens) qui interprètent les énoncés juridiques⁵⁵⁸. En définitive, la réalité du droit est ainsi perçue à travers les discours de ses acteurs et sujets (soit, les discours du droit). Dit plus trivialement, un moyen de savoir ce qu'est le droit consiste à analyser le discours de ceux qui le produisent et l'appliquent. Dans cette perspective, la connaissance du droit n'est pas détachable de l'analyse des discours du droit.

Par conséquent, la description des propriétés du droit oblige à prendre en compte les points de vue de ses acteurs et sujets tels qu'ils s'expriment à travers les discours du droit. Cette perspective de la connaissance sur le matériau juridique entend seulement *décrire*, et non pas *adopter*, la compréhension qu'ont du droit ceux-là mêmes qui y participent. Nous adoptons ainsi ce qui a pu être appelé ailleurs « *un point de vue externe modéré* »⁵⁵⁹ ou une « *philosophie du droit indirectement évaluative* »⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ L'approche post-positiviste peut-être aussi dite constructiviste dans la mesure où il s'agit de « *construire [...]* des modèles capables de simuler, en quelque sorte, la réalité même », cf. VILLA V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, op. cit., p. 184. C'est également ce qu'entend Aldo Schiavello par « épistémologique constructiviste », v. SCHIAVELLO A., « Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa », op. cit., p. 3.

⁵⁵⁷ V. Introduction, p. 12s.

⁵⁵⁸ Le concept d'opérateur juridique a été proposé par Riccardo Guastini, v. GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », op. cit. Dans l'interprétation élargie que Éric Millard en a proposé, le concept désigne d'une manière générale « *les personnes qui créent du droit, qui manipulent le droit, qui proposent des constructions juridiques* », que ces personnes soient des opérateurs publics ou privés, v. Millard E., « Qui sont les "opérateurs juridiques" de Riccardo Guastini ? », in COMANDUCCI P., R. GUASTINI, et J. FERRER BELTRÁN (dir.), *Analisi e diritto*, op. cit., p. 103.

⁵⁵⁹ C'est celui adopté par François Ost et Michel van de Kerchove : « *Il nous semble, dès lors, que la seule perspective qui permette à la fois de comprendre l'objet-droit dans sa spécificité et d'en fournir une théorie explicative soit celle qui adopte un point de vue externe modéré consistant, comme l'a fait remarquer Hart, à rendre compte du point de vue interne au droit, sans adopter celui-ci* », in KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 29.

⁵⁶⁰ Cette évaluation n'est pas morale, explique Julie Dickson, elle est un choix de pertinence effectué au sein du matériau juridique en fonction de l'objectif descriptif que se fixe une théorie, tout en conservant sa neutralité axiologique. V. DICKSON J., *Evaluation and legal theory*, op. cit., p. 64 ; DICKSON J., « Ours is a broad church :

Comme nous l'avons vu, il existe un accord quant à la nécessité d'effectuer un choix parmi ces points de vue, c'est-à-dire d'isoler un échantillon au sein des discours du droit. Ce choix sera fonction de l'objet d'étude dont le théoricien entend rendre compte. Si ce choix s'exerce dans le cadre d'une épistémologie post-positiviste, nous ne nous demandons pas si les points de vue sélectionnés correspondent à la réalité du droit, ou bien s'ils sont vrais ou faux. Cela n'aurait pas de sens : puisqu'ils constituent le matériau juridique, ils ne peuvent être ni vrais ni faux. Ils ne nous intéressent que dans la mesure où ils nous permettent de décrire une partie du fonctionnement du droit, en l'occurrence au moyen de l'étude de la construction des discours juridiques, lesquels peuvent bien inclure des contradictions. En ce sens, nous décrivons le droit dans le mouvement de sa production, que nous percevons à travers les discours des organes juridiques qui le construisent. Proposer une explication du droit, c'est donc aussi rendre compte des enjeux, des tensions et des contradictions dans le discours de ces organes.

Pour cette raison, une explication du droit qui reproduit les contradictions exprimées dans les discours du matériau juridique ne peut pas être erronée par ce seul fait. Si elle se contente de les reproduire, son pouvoir explicatif est peut-être faible, mais elle n'est pas fautive pour autant. Par conséquent, les contradictions du langage-objet ne se reproduisent pas au niveau du métalangage. Décrire une contradiction ne revient pas à se contredire.

Dans ce cadre post-positiviste, les concepts en droit peuvent être utilement compris comme des *outils* à la disposition des théoriciens du droit pour décrire le droit à travers les points de vue que ses acteurs et sujets en ont, c'est-à-dire à travers leurs discours, qui constituent par conséquent le langage-objet. C'est à travers ces discours que nous percevons une partie du fonctionnement du droit ou, si l'on veut, une partie de ce qu'est le droit.

Le concept revêt ainsi une part d'artifice. C'est le cas du concept de système juridique : à son propos, Vittorio Villa parle d'une « construction artificielle, avec l'aide de laquelle on cherche à isoler seulement quelques aspects des normes juridiques (parmi ceux « empiriquement » disponibles), à savoir ceux qui sont considérés comme plus adaptés, ou plus pertinents, à la lumière de la capacité explicative et de la portée théorique des catégories et des principes qu'il est considéré opportun d'introduire »⁵⁶¹.

Ayant ceci en tête et dans la perspective d'une étude des discours du droit, il nous semble que les concepts de la science du droit sont des outils dans la mesure où ils permettent de sélectionner certains discours et d'en proposer une explication par leurs caractéristiques

indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *op. cit.*, p. 215.

⁵⁶¹ VILLA V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, *op. cit.*, p. 184.

communes. Par exemple, le concept de validité chez Hart rend compte d'une caractéristique commune de l'ensemble des énoncés des officiels portant sur les règles qui appartiennent ou non à un système juridique. Hart choisit de décrire ces énoncés pour définir ce qu'est la validité, qui est une propriété des normes juridiques constituant le droit. Avec ou sans concept de validité, ces énoncés juridiques existent. Ce sont des énonciations qui ont eu lieu. Seul un concept permet de les regrouper et d'en révéler la caractéristique commune. En théorie du droit, le concept regroupe et nomme. Il est un outil indispensable pour la connaissance du matériau juridique.

Dans une épistémologie post-positiviste, les concepts peuvent être compris comme des créations du sujet connaissant pour décrire l'objet de la connaissance. Bien qu'ils soient identifiés à partir de l'objet et afin d'en proposer une explication adaptée, ils n'en sont pas des parties. Dans le cas contraire, il nous faudrait baser leur pouvoir explicatif sur le présupposé que l'objet de la connaissance est doté d'une cohérence *a priori*⁵⁶², ce qui serait contredire notre rejet du réalisme ontologique. En ce sens, les concepts sont entre le sujet et l'objet de la connaissance.

Appliquée au droit, cette approche permet d'aborder les concepts par leur capacité à organiser le matériau juridique, à le mettre en ordre. Cette organisation n'est pas la qualité première du matériau, elle est le résultat de sa systématisation, laquelle peut désigner, au sens large, « *l'ensemble des opérations destinées à fournir, à un ensemble d'entités, un aspect ordonné et adapté* » (en l'occurrence, adapté à la connaissance scientifique)⁵⁶³.

Encore faut-il préciser ce à quoi s'adaptent ces opérations des concepts qui ont pour fonction de systématiser le droit. De notre avis, le concept de la théorie du droit s'adapte d'abord à la connaissance scientifique elle-même. Il en va ainsi du concept de système juridique lequel permet de distinguer un « intérieur » où des normes sont valides et un « extérieur » où des normes sont considérées comme étrangères. Nous reviendrons plus loin sur ce lien intime entre système et validité. Mais surtout, le concept peut être adapté à la pratique, entre autres juridictionnelle. La doctrine de la suprématie du droit de l'Union sur le droit des États membres n'a-t-elle pas pour présupposé nécessaire que l'une et les autres soient des systèmes juridiques distincts ? Cela nous amène à complexifier le problème : il n'y a pas que

⁵⁶² De l'avis de Michael Giudice, c'est l'erreur commise par l'analyse conceptuelle, laquelle insiste sur l'importance de la clarification conceptuelle comme si le concept se trouvait déjà à l'état brut dans le matériau : « *For conceptual analysis to be sufficient, and so deliver genuine knowledge about some phenomenon, it must be presumed that the folk concept, or implicit understanding of some phenomenon, does in fact represent a single, unified and coherent concept, free from contradiction, distortion and falsehood, for which it is the theorist's task to simply lay bare and make explicit* », v. GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶³ RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, *op. cit.*, p. 72.

le chercheur qui a besoin de connaître le droit, le juriste praticien également. Il en va ainsi notamment du discours juridictionnel qui *mobilise* en ce sens dans le discours du droit des concepts créés dans le métalangage. L'analyse d'un concept peut ainsi se décliner en une analyse des usages conceptuels, laquelle entaille la pertinence du postulat d'une indépendance de ces deux niveaux de discours. La question qui en découle est essentielle : peut-on identifier dans le langage-objet des instanciations des concepts du métalangage ?

B. Les concepts de la théorie du droit, entre discours *sur* le droit et discours *du* droit

Nous avons vu que les concepts ne sont pas purement descriptifs du droit. Ils sont des outils par lesquels est construite une explication pouvant alors être qualifiée de « *créative* »⁵⁶⁴, laquelle est sensée éclaircir le fonctionnement du droit par la mise en évidence de la compréhension qu'en ont ses acteurs et ses sujets. L'explication est pertinente dès lors que le concept apparaît comme étant effectivement mobilisé par ces derniers. Cela révèle une seconde caractéristique importante des concepts de la théorie du droit : car ils sont entre le sujet et l'objet de la connaissance, ils sont mobilisés à la fois dans le discours du droit et dans le discours sur le droit. En ce sens, ils sont entre ces deux niveaux de discours.

En effet, la compréhension du droit que traduisent ces concepts peut être adaptée à la connaissance du droit comme à la pratique juridique, car ils ont pour fonction de systématiser le droit. Ainsi procède le concept de système juridique : il offre une compréhension du matériau juridique en un ensemble unifié de règles et d'institutions autonomes. Aussi, de notre avis, le juge qui soutient d'une entité juridique qu'elle constitue un système juridique pose moins une règle qu'une compréhension de cette entité.

On en revient à l'hypothèse que nous formulions en introduction du présent titre⁵⁶⁵. Il n'est pas possible de savoir si le droit forme un système ou non en-dehors de la prise en compte des points de vue de ses acteurs et sujets, car le droit est un phénomène social qui n'est pas détachable de ces points de vue. Or, une analyse qui se contenterait de reproduire le

⁵⁶⁴ En ce sens, nous nous accordons avec Michael Giudice lorsqu'il affirme : « *I wish to emphasize, however, that a key part of the standard picture of conceptual analysis in legal philosophy will not, on my account, survive. This is the view, or presumption, that there is a single concept of law to be found in the self-understanding of a people or culture which it is analytical legal theorists' task to simply identify and explain by means of identifying and explaining its necessary and essential features. I shall suggest instead that we must recognize a creative or constructive dimension to conceptual work in analytical jurisprudence* ». V. GIUDICE M., *Understanding the nature of law*, op. cit., p. 43.

⁵⁶⁵ Cf. p. 111-112.

discours des opérateurs juridiques se heurterait au risque de sa trivialité, son apport explicatif étant nul. C'est pourquoi, il semble bien plus pertinent et tout aussi accessible à la connaissance de déterminer comment l'assertion selon laquelle le droit forme un système juridique permet d'expliquer le discours des acteurs et des sujets du droit. C'est l'intuition qu'avaient eu Joxerramon Bengoetxea et Neil MacCormick, à savoir que le concept de système juridique est un idéal régulateur de l'activité des juristes. Plus précisément : « *the conception of law as system exists in the real practices and discourses of jurists as part of a background concept of law deeply rooted in legal culture and in political morality* »⁵⁶⁶.

Les concepts de la théorie du droit sont à la fois une compréhension du droit proposée par un auteur et le reflet de celle des sujets et acteurs du droit à un moment donné. Par exemple, lorsque Hart affirme que le droit consiste en une somme de systèmes juridiques où s'unissent des règles primaires et secondaires, il propose une compréhension du droit qui est à la fois sienne et partagée, prétend-il du moins, par les acteurs et sujets du droit de son époque.

Un titre privilégié que possède le concept de système juridique à être employé dans le contexte de l'Union est son emploi toujours d'actualité dans le discours de la CJUE. Cette affirmation suppose qu'il est possible d'identifier dans le langage-objet des instanciations d'un concept du métalangage (1). Cette opération pose des difficultés vis-à-vis de la distinction habituelle des niveaux de langage, difficultés qu'il nous faudra résoudre (2).

1) Instanciations des concepts du métalangage dans le langage-objet

Une partie de l'élaboration d'un concept consiste, paradoxalement, à identifier la compréhension qu'en nous ceux qui l'utilisent déjà. Ainsi, l'analyse des concepts généraux du droit peut se concevoir comme un « *exercise in making explicit or laying bare what is already implicit in some community's understanding of some concept* »⁵⁶⁷. En ce sens, il est possible de dire d'un acteur du droit qu'il *mobilise* le concept de système juridique sans pour autant affirmer que c'est la nature *véritable* du droit que de former un système.

Deux options s'offrent par la suite : ou bien l'analyste fait le pari que le concept est mobilisé d'une façon cohérente ; ou bien ce postulat est écarté et l'analyse s'intéresse à l'usage qui est fait du concept. Dans le premier cas, on postule que ce qui est dit sur le droit est un outil suffisant pour connaître ce qu'est le droit. C'est ainsi que l'on court de risque d'une explication qui reproduit des contradictions et n'apporte rien, comme le relève justement Michael Giudice. Dans le second cas, ce qui est dit sur le droit est une partie de sa

⁵⁶⁶ Joxerramon BENGOTXEA, « Legal system as a regulative ideal » in KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason*, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶⁷ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 20.

construction. C'est la piste que nous suivrons. On s'intéresse alors à la façon dont les concepts sont mobilisés dans la production du droit, en somme aux usages conceptuels. Cela suggère d'être capable d'identifier dans le langage-objet des instanciations d'un concept du métalangage. L'occurrence de « A » peut être un point de départ utile, mais non suffisant, pour détecter la présence du concept de A (a). Comment détecter les instanciations d'un concept ? Une approche linguistique des concepts nous semble offrir une procédure d'évaluation simplifiée (b).

a) Dire « A » et mobiliser le concept de A

Nous avons vu que le concept de système juridique est un outil pour proposer une explication créative du droit. La systématisation qu'il opère sur le matériau juridique est une construction du sujet connaissant. Cela implique une donnée capitale : le contenu des prescriptions des normes juridiques peut bien ne contenir aucune occurrence de l'expression « système juridique », cela n'augure rien de la qualité de système du droit.

Pour cette raison, il nous faut à présent opérer une distinction entre deux types d'usages discursifs de l'expression « système juridique » : d'une part, celui des organes de création et d'application du droit (appartenant au discours du langage-objet), d'autre part, celui de la dogmatique juridique et des théoriciens du droit tendant à systématiser et à décrire le fonctionnement du droit (appartenant au métadiscours). Les premiers font un usage justificatif de l'expression, tandis que les seconds en font un usage descriptif⁵⁶⁸.

Remarquons que l'occurrence de l'expression dans le langage-objet ne signale pas nécessairement la présence du concept. De même, une explication du matériau juridique au moyen du concept de A ne s'épuise pas dans la recension des occurrences de « A » dans le langage-objet.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'un acteur du droit, qu'il s'agisse d'un organe de création ou d'un organe d'application, n'a pas une certaine idée de ce qu'*est* un système juridique. C'est pourquoi l'occurrence de l'expression « système juridique » dans le discours du droit peut être révélatrice d'une certaine acquisition du concept de système juridique.

En effet, la compréhension du droit en tant que système juridique est partagée entre les théoriciens du droit, qui ont créé le concept, et tous les juristes praticiens qui affirment d'une entité juridique qu'elle forme un système juridique. L'utilisation du concept est certes adaptée

⁵⁶⁸ Sur l'importance de cette distinction entre les modalités descriptive et justificative du discours juridique, voir notamment l'introduction de Pierre Brunet in BRUNET P., É. MILLARD, et J. MERCIER (dir.), *La fabrique de l'ordre juridique. Les juristes et la hiérarchie des normes*, Revus, 2013, vol.21, p. 5-10. V. aussi *infra* note n°592.

à des fins différentes, respectivement descriptives ou justificatives, mais elle traduit dans les deux cas une certaine compréhension de ce qu'est le droit.

Le concept est ainsi compris comme une *façon de concevoir*, comme un mécanisme intellectuel qui traduit une habileté, une capacité cognitive⁵⁶⁹. C'est pourquoi le concept de système juridique peut très bien être employé dans le discours du droit. Son usage n'est pas réservé aux seuls théoriciens.

Il nous faut établir une convention de langage afin de rendre compte de cette situation où les occurrences de certaines expressions à des niveaux de discours traditionnellement distingués peuvent signaler la présence d'un même concept.

À cette fin, nous parlerons par la suite de concept théorique pour désigner un concept créé par la théorie du droit dans le discours *sur* le droit (ou métadiscours) et de concept pratique pour désigner un concept employé dans le discours *du* droit (ou langage-objet)⁵⁷⁰. En effet, il faut rigoureusement distinguer entre ce que nous avons appelé jusqu'à maintenant « concept », à savoir le concept théorique permettant de *décrire* le droit et qui n'appartient pas au matériau juridique, et le concept pratique permettant aux acteurs du droit de *justifier* leurs décisions et qui peut être instancié par une expression appartenant au matériau juridique.

Concepts théorique et pratique sont distingués par les différentes modalités de discours auxquelles ils appartiennent, respectivement descriptive et justificative. Ils sont chacun des concepts dans la mesure où ils permettent de procéder à une certaine systématisation du matériau juridique, *i.e.* de lui conférer « un aspect ordonné et adapté » – adapté à la connaissance scientifique pour l'un (concept théorique), au travail du praticien du droit pour l'autre (concept pratique). Et, s'ils traduisent du matériau juridique une même compréhension, nous dirons qu'ils sont les mêmes, qu'ils sont les deux faces d'un même concept de système juridique.

Pour cette raison, il nous semble pertinent de se méfier d'une approche qui de la distinction entre discours du droit et discours sur le droit conclue symétriquement à la distinction entre les concepts du droit et les concepts sur le droit⁵⁷¹. Le concept de système

⁵⁶⁹ Cette approche des concepts en tant que habiletés est résumée par l'Encyclopédie de philosophie de Stanford comme suit: « *Concepts are abilities that are peculiar to cognitive agents [...]. The concept CAT, for example, might amount to the ability to discriminate cats from non-cats and to draw certain inferences about cats* ». V. MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring edition 2014.

⁵⁷⁰ De la même façon, Michel Troper distingue respectivement entre les concepts de la théorie du droit et les concepts juridiques. C'est toutefois pour en séparer l'analyse là où, au contraire, nous entendons les rapprocher au sein d'une même analyse. Pour cette raison, nous ne reprenons pas la distinction à notre compte. Cf. TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 258-259.

⁵⁷¹ V. *supra* note n°570.

juridique porte sur le droit mais peut aussi être mobilisé dans le discours du droit, lequel a cette caractéristique des langages sémantiquement clos⁵⁷², capables de produire des énoncés sur eux-mêmes. Il en va ainsi du discours du droit, dont les organes juridiques produisent eux-aussi des énoncés portant sur ce qu'*est* le droit, quand bien même le font-ils afin de justifier une décision portant sur ce que *doit être* le droit.

b) Approche linguistique des concepts

Dans ces conditions, comment identifier dans le discours du droit les énoncés où est mobilisé le concept de système juridique ? Conformément à ce que nous venons d'exposer plus haut, une réponse possible passe par la mise en place d'une procédure d'évaluation par laquelle il sera possible d'établir si un concept théorique et un concept pratique sont les mêmes, s'ils sont les deux faces d'un même concept.

Pour ce faire, nous proposons une approche linguistique des concepts⁵⁷³ dans laquelle le concept de A est identifié dans un discours par une expression linguistique « A » susceptible de recevoir plusieurs significations « A₁, A₂, ... A_X », significations qui permettent d'identifier une entité A dans le matériau étudié⁵⁷⁴.

Pour une partie, il est un concept lexical identifiable par l'occurrence « A », que la signification A_X va permettre de rattacher à un référent A⁵⁷⁵. Mais le concept n'est lexical qu'en partie. Si l'occurrence « A » reste un bon moyen pour identifier le concept de A, un locuteur peut très bien mobiliser le même concept avec des mots différents.

⁵⁷² V. *infra* notes n°581 et 582.

⁵⁷³ Nous faisons le choix, difficile, de ne pas appuyer la définition de cette approche sur un corpus philosophique rigoureux et cohérent. Il y a que la question de l'ontologie des concepts et de leurs relations avec le langage est un vaste champ d'étude que nous n'avons ni l'espace, ni la compétence de décrire avec clarté. Brièvement, dans la mesure où elle est utile à la présente étude, nous reprenons la définition des concepts que donne Dietmar von der Pfordten et qu'il rattache au conceptualisme : « *concepts are mental representations in individual humans and perhaps higher animals of internal or external properties or entities. [...] Conceptualism is e.g. validated by the assumption that we understand concepts, e.g. by the synonymy or near synonymy of propositions like these two: "Peter has acquired the concept of law" and "Peter has understood what law is"* », v. HAGE J.C. et D. von der PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Dordrecht ; New York, Springer, coll.« Law and philosophy library », 2009, p. 20. V. aussi *supra* note n°569. Dans un sens qui nous semble proche, Jean-Louis Bergel mentionne « *la représentation intellectuelle générale et abstraite des phénomènes juridiques par des concepts indispensables à leur connaissance* », v. BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 1985, p. 209.

⁵⁷⁴ Ce lien entre concept de A et langage sur « A » nous semble apparaître de façon évidente chez Hart, en particulier dans son introduction au *Concept de Droit*, où celui-ci relève des éléments du langage courant sur le droit en vue d'identifier par la suite le concept de droit, cf. HART H.L.A., *The concept of law*, *op. cit.*, p. 1-17. Raz prétend au contraire que le concept de A se situe quelque part entre la nature de A et la signification de l'énoncé « A ». Cf. RAZ J., « Can there be a theory of law ? », *op. cit.*

⁵⁷⁵ Nous sommes donc dans le schéma tridimensionnel du signe chez Charles Sanders Peirce, où « *the sign is a unity of what is represented (the object), how it is represented (the representamen) and how it is interpreted (the interpretant)* », v. CHANDLER D., *Semiotics The Basics*, 2^e éd., Hoboken, Taylor & Francis, coll.« The Basics », 2007, p. 29. De même, le concept de A permet de représenter un objet A au moyen de l'occurrence « A » et d'une signification A_X.

Pour autant, il nous faut un point de départ, à savoir : un ou des groupes d'occurrences dont on *soupçonnera* qu'elles peuvent être des instanciations du concept. C'est ce que nous avons choisi de faire en introduction générale de la présente étude : « ordre juridique » et « système juridique » sont des expressions dont l'occurrence nous indique qu'un locuteur mobilise le concept de système juridique. Reste alors à déterminer dans quelle signification le concept est employé.

L'avantage d'une pareille approche est important : elle nous permet de dire que si le concept possède plusieurs significations, ce n'est pas le concept qui change⁵⁷⁶. Une conséquence en découle : si un même concept possède plusieurs significations, on présuppose nécessairement que celui-ci est doté de caractéristiques essentielles, d'un contenu minimal. C'est ce que nous avons détaillé dans les chapitres 1 et 2 en présentant le contenu minimal du concept de système juridique : il est une façon de concevoir le droit en tant qu'unité autonome⁵⁷⁷.

Alors, le cas échéant, on dira simplement que le concept de A possède plusieurs significations, ou bien qu'il existe plusieurs conceptions d'un même concept⁵⁷⁸. Et si un concept théorique et un concept pratique ont une même signification, on dira que les occurrences qui permettent de les désigner instancient à des niveaux de discours différents un même concept. Nous aurons ainsi identifié une même compréhension du droit, partagée par savants et acteurs du droit.

En rapprochant les diverses significations d'un même concept, on rapproche ses différentes utilisations (théoriques ou pratiques), soit divers usages conceptuels. On se demande alors si ces significations traduisent du matériau juridique une même compréhension, telle que celle-ci s'exprime dans les discours.

Surtout, en rapprochant des discours, on ne partage plus les préoccupations du réalisme ontologique : nous ne nous demandons plus quelle est la nature véritable de l'objet

⁵⁷⁶ Sur ce point, nous nous démarquons clairement de l'approche de Michel Troper, lequel affirme, reprenant l'expression de Uberto Scarpelli : « *Si un concept est bien "la classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié", dès lors que les membres de la classe changent, c'est le concept qui change* », v. TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 262. Au contraire, il nous semble important de maintenir, dans une analyse du discours, l'idée qu'un même nom de concept peut être à l'origine de divergences et d'incompréhensions. Pour les rendre commensurables, nous préférons dire que le concept de A est employé dans deux significations différentes, plutôt qu'affirmer que des locuteurs emploient deux concepts différents avec le même nom. On montre ainsi que la controverse n'est pas qu'une bataille sur les mots.

⁵⁷⁷ Cf. p. 28s.

⁵⁷⁸ Selon Lawrence B. Solum, la distinction « concept - conception » trouve son origine dans un article de Walter Bryce Gallie publié en 1956, v. GALLIE W.B., « *Essentially contested concepts* », *op. cit.* Nous la reprenons à notre compte, dans l'acception qu'en a proposé Ronald Dworkin et que décrit Solum comme suit : « *a concept that is subject to interpretation* », où chaque interprétation du concept constitue une de ses conceptions, v. SOLUM L.B., « *Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions* », *op. cit.*

sur lequel porte le concept, son essence, ses propriétés nécessaires ou toute autre propriété métaphysique non accessible à la connaissance⁵⁷⁹. Nous ne savons pas ce qu'est l'essence ou la nature d'un système juridique.

En revanche, nous savons que les organes juridiques se réfèrent à l'une et à l'autre dans certains de leurs discours. Ces énoncés traduisent différentes compréhensions du droit qui participent à la production du droit. Du côté de la théorie du droit, le concept de système juridique a reçu plusieurs significations. Une étude de ce concept peut consister en une étude des significations qui lui ont été attribuées en théorie du droit, et des usages conceptuels que ces significations rendent possibles. Nous recherchons alors ce qui est fait avec le concept. Et identifier ce que le concept est revient à identifier ce qu'il permet de faire.

En résumé, si les occurrences « système juridique » et « ordre juridique » apparaissent à la fois dans le discours sur le droit et le discours du droit, il n'y a effectivement pas de raison évidente de supposer que le concept de système juridique recouvre nécessairement un même champ de significations dans les deux niveaux de discours. On ne pourra dire d'un concept théorique et d'un concept pratique qu'ils sont les mêmes que si leurs significations se recourent, c'est-à-dire si celles-ci traduisent une même compréhension de l'objet sur lequel les concepts portent. C'est cela que le tableau suivant entend résumer :

⁵⁷⁹ Pour un aperçu de tout le mal qu'il est possible de penser des « propriétés nécessaires », à propos de Robert Alexy, cf. PATTERSON D.M., « Alexy on necessity in law and morals », *Ratio Juris*, 2012, vol. 25, n° 1, p. 47-58.

USAGES DU CONCEPT DE SYSTÈME JURIDIQUE	
Discours <i>sur</i> le droit (métalangage)	Discours <i>du</i> droit (langage-objet)
Usage théorique du concept = Concept <i>théorique</i>	Usage pratique du concept = Concept <i>pratique</i>
Présence suspectée par l'énonciation d'une définition de « système juridique » ou « ordre juridique »	Présence suspectée par l'occurrence de l'expression « système juridique » ou « ordre juridique ».
Usage conceptuel explicatif, en vue du proposer une explication portant sur le matériau juridique.	Usage conceptuel justificatif, en vue de justifier une décision appartenant au matériau juridique.
Le concept de système juridique possède plusieurs significations S _x portant chacune sur ce qu'est un système juridique. Chaque S est une compréhension du droit en tant que système juridique, soit une conception différente d'un même concept.	
<i>Concept théorique</i>	<i>Concept pratique</i>
→	
Le concept théorique peut être descriptif du droit sans occurrence de l'expression « système juridique » dans le matériau juridique étudié.	
←	
Le concept pratique peut être employée avec la même signification que le concept théorique.	
Si l'usage pratique du concept traduit une même conception du concept que l'usage théorique Alors Concept théorique = Concept pratique	

Nous avons souligné les avantages de cette approche linguistique des concepts. Elle soulève aussi quelques difficultés vis-à-vis de la distinction classique entre les niveaux de discours, difficultés sur lesquelles nous allons à présent nous arrêter.

2) Difficultés vis-à-vis de la distinction des niveaux de discours

Notre approche ne va pas sans poser quelques problèmes vis-à-vis de distinctions classiques opérées dans l'analyse de discours et auxquelles nous entendons ne pas renoncer pour autant. Plusieurs distinctions peuvent être opérées au sein des discours juridiques : c'est celle portant sur les niveaux de discours qui pose ici problème⁵⁸⁰. On distingue alors le

⁵⁸⁰ Bien que sa typologie porte sur des types d'analyse de l'argumentation juridique, soit un objet plus restreint, Manuel Atienza opère une distinction qui nous semble être tout à fait adaptée, et transposable, à l'analyse des discours juridiques, v. ATIENZA M., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006, p. 77s. Ainsi, il distingue trois conceptions de l'argumentation : formelle, par laquelle l'analyse identifie des figures-types de raisonnement sans se prononcer sur le contenu de l'argumentation ; matérielle, par laquelle l'analyste prend partie quant à ce sur quoi il s'agit d'argumenter ; pragmatique, par laquelle l'analyse veille à isoler le contexte de l'argumentation et ce qu'elle produit. Dans ce schéma, la distinction des niveaux de discours relève d'une approche formelle du discours juridique, car elle est indépendante du contenu de l'énonciation. De même, nous avons précédemment distingué (v. p. 166s et note n°568) différentes modalités de discours au moyen d'une approche pragmatique, attachée au contexte (justificatif

discours *du* droit et le discours *sur* le droit, correspondant respectivement au langage-objet et au métalangage⁵⁸¹.

Dans le présent chapitre, la théorie du droit que nous décrivons s'assigne la tâche spécifique de créer des concepts descriptifs du droit. En tant qu'analyse fournissant une explication du droit au moyen du discours de ses acteurs, l'approche analytique anglo-saxonne traditionnelle se propose d'explicitier la compréhension du droit que les locuteurs du discours du droit ont. La méthode est commune à celle de l'analyse conceptuelle ou de l'explication constructive : la théorie du droit produit des énoncés descriptifs des concepts mobilisés dans le discours des acteurs et des sujets du droit⁵⁸². Chacun diffère ensuite quant au choix des points de vue sélectionnés au sein du discours.

Mise de côté la part créative de l'explication, le problème d'une telle analyse qui entend expliciter les concepts tient à son idéal de réussite : à terme, elle consiste à formuler dans le métalangage un concept qui serait déjà présent dans le langage-objet. Autrement dit, le discours *sur* le droit formule un concept qui serait aussi formulé dans le discours *du* droit.

Comment dans ces conditions maintenir la distinction entre les deux niveaux de discours, si le premier se fixe pour idéal de reproduire le second ? Si elle ne fait que retranscrire le langage-objet dans le métalangage, l'analyse devient triviale. Elle serait cette lexicographie moquée par Brian Leiter⁵⁸³, ou bien elle aboutirait à l'impasse des énoncés normatifs descriptifs dans la science du droit proposée par Hans Kelsen⁵⁸⁴.

En réalité, dans la plupart des cas, le concept mobilisé dans le langage-objet n'est pas expressément défini, et c'est précisément en cela que réside l'intérêt de l'analyse. C'est dans le métalangage que sera identifié le concept, à travers une interprétation du langage-objet. Le théoricien est alors obligé de faire des choix au sein du langage-objet, d'écarter certains

ou descriptif) de l'énonciation.

⁵⁸¹ La fameuse distinction a été élaborée par Alfred Tarski, lequel avait établi, afin notamment de résoudre le paradoxe du menteur, qu'un langage est dit « ouvert » lorsque ses conditions de vérité ne peuvent être posées que par un langage hiérarchiquement supérieur qui le prend pour objet (soit un métalangage, dont le langage ouvert est le langage-objet). SHER G., « Truth, the Liar, and Tarski's Semantics », D. JACQUETTE (dir.), *A Companion to philosophical logic*, Malden, Mass. ; Oxford, Blackwell, coll.« Blackwell companions to philosophy », n° 22, 2006, p. 146-147. Par extension, le métalangage peut être conçu comme celui de la description et, pour A. J. Greimas, divers « niveaux métalinguistiques » peuvent être ainsi superposés, v. « Métalangage » in GREIMAS A.J. et J. COURTÈS, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Paris, France, Classiques Hachette, 1979, vol.1, p. 225.

⁵⁸² Kenneth Eimar Himma en fait même une caractéristique de toute théorie générale du droit : « *the defining project of general or conceptual jurisprudence—i.e., the conceptual analysis of law—is to provide philosophically rigorous explications of various concepts that figure prominently in discourse about law* », in HIMMA K.E., « Conceptual Jurisprudence », *op. cit.*, p. 2. Étant entendu que le discours du droit est un langage sémantiquement clos (v. *supra* note n°581), c'est-à-dire capable de produire des énoncés sur lui-même, nous avons vu que les acteurs du droit peuvent eux-aussi produire des énoncés portant *sur* le droit (v. p. 166s).

⁵⁸³ V. *supra* note n°542.

⁵⁸⁴ V. *supra* note n°468.

aspects, d'en sélectionner d'autres, etc. C'est cette part de choix opérée dans l'analyse qui autorise à dire que le concept n'appartient pas au matériau juridique⁵⁸⁵. Le concept est seulement un outil pour en produire une explication⁵⁸⁶.

Il s'agira donc d'évaluer le langage-objet. Cette évaluation peut être dite indirecte dans la mesure où elle consiste en une sélection des discours pertinents du langage-objet⁵⁸⁷. La théorie du droit n'est pas entièrement neutre vis-à-vis de son objet, bien qu'elle conserve ce faisant sa neutralité axiologique. Elle opère en somme par jugement de pertinence, sans se prononcer sur la valeur morale du contenu du matériau juridique. L'idéal de ce type d'analyse est donc de proposer dans le métalangage une explication du langage-objet, ou plus exactement : de faire dire au langage-objet ce qui n'y est pas expressément formulé et en éclairer la signification. La distinction entre les niveaux du discours du droit et du discours de la science du droit est donc maintenue. Et, comme on l'a vu⁵⁸⁸, cette distinction n'engendre pas de différence de nature entre les concepts mobilisés à chacun des niveaux.

Dans ces difficultés quant à la distinction des niveaux de discours se trouve, nous semble-t-il, le point de départ d'une ligne de démarcation entre d'une part, les analyses de la théorie analytique du droit anglo-saxonne traditionnelle dont nous nous sommes inspirées et d'autre part, celles produites en France par une approche notamment défendue par Michel Troper, laquelle postule une séparation radicale entre les concepts de la science du droit et les concepts juridiques du discours du droit⁵⁸⁹.

Pour notre part, il nous semble que des concepts appartenant à des niveaux de discours distincts peuvent traduire une même compréhension de ce qu'est le matériau juridique. Dans ces conditions et celles définies par une approche des concepts sous l'angle du conceptualisme⁵⁹⁰, des concepts peuvent être identiques bien que formulés à des niveaux distincts.

La différence tient plutôt dans la fonction, explicative ou justificative, pour laquelle les

⁵⁸⁵ Sans quoi, pour identifier un concept, il faudrait postuler la nécessaire cohérence du matériau juridique, comme relève Michael Giudice à propos de l'analyse conceptuelle, v. GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸⁶ V. p. 158s.

⁵⁸⁷ DICKSON J., « Ours is a broad church : indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *op. cit.*

⁵⁸⁸ V. *supra* les paragraphes consacrés aux instanciations des concepts du métalangage dans le langage-objet, p. 165s.

⁵⁸⁹ Michel Troper est en France un des grands défenseurs de la séparation radicale, il n'est pas le seul : v. notamment TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 255-268 ; BRUNET P., É. MILLARD, et J. MERCIER (dir.), *La fabrique de l'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 5-10. La distinction a été introduite en France par Charles Eisenmann, v. EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*

⁵⁹⁰ V. *supra* note n°573.

concepts sont mobilisés. Ainsi, un concept pratique et un concept théorique sont certes employés à des fins différentes⁵⁹¹, mais ils peuvent tout à fait traduire la même compréhension du matériau juridique. Il est donc possible de rapprocher les concepts du droit et ceux de la théorie du droit. De notre avis, la distinction entre les niveaux de discours articule plus des fonctions différentes assignées aux concepts qu'une différence de nature entre des concepts mobilisés à des niveaux distincts. À chaque niveau, des concepts peuvent porter sur le droit.

Bien entendu, ces difficultés concernent au premier chef notre objet d'étude. Si nous pensons que la CJUE mobilise le concept de système juridique, c'est parce que nous émettons l'hypothèse que les définitions du système juridique en théorie du droit recouvrent tout ou partie des significations de « ordre juridique » et « système juridique » dans le langage-objet. Notre analyse se fixe donc pour objectif d'identifier le concept de système juridique employé par la CJUE dans des arrêts déterminés. Une analyse réussie produira dans le métalangage un concept formulé dans le langage-objet. Elle établira qu'un élément du premier niveau *correspond* à un élément du second niveau, l'un correspondant à l'autre lorsque chacun traduit une même compréhension du matériau juridique⁵⁹².

Un même concept peut ainsi être appelé à guider les activités cognitives et justificatives des juristes, qu'ils soient chercheurs ou acteurs du droit. En ce sens, un concept est régulateur de leur activité dès lors qu'il occupe une certaine centralité dans leur argumentation et leurs débats. Et les discours sur le droit, qu'ils soient œuvre des uns et/ou des autres, participent à la construction du droit.

C'est précisément le cas de notre objet d'étude : la construction du droit de l'Union en tant que système juridique est intimement liée à ce qu'en dit la CJUE, de par sa position institutionnelle ainsi que la place qu'elle occupe dans les débats doctrinaux. Son discours est clef pour identifier les significations du concept de système juridique qui importent dans la compréhension de la nature juridique de l'Union européenne. En ce sens, le concept possède des titres particuliers à être employé dans la description du droit de l'Union.

II. La pertinence du concept de système dans le contexte de l'Union : les titres particuliers d'un concept régulateur

Nous avons vu que les obstacles théoriques et méthodologiques militant contre un emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union peuvent être écartés. Il

⁵⁹¹ V. *supra* tableau p. 171.

⁵⁹² Nous rapprocherons les usages conceptuels explicatifs et justificatifs au moyen d'une analyse inférentielle des concepts sur laquelle nous nous arrêterons plus loin, v. pp. 183s.

apparaît dès lors pertinent de l'employer dans la description d'un matériau juridique qui, de surcroît, contient de multiples énoncés portant sur le droit en tant que système juridique.

Et c'est précisément parce que la CJUE mobilise le concept de système juridique qu'il apparaît important de souligner les types d'usages conceptuels qu'elle en fait. En substance, nous affirmons que ces usages ne sont pas neutres ou vides de sens : plutôt, nous formulons l'hypothèse qu'une ou plusieurs des significations du concept théorique de système juridique correspondent à tout ou partie des significations du concept pratique mobilisé par la Cour dans son discours ; qu'en somme, le métadiscours d'une partie du positivisme juridique est encore descriptif du langage-objet contemporain.

Ces usages conceptuels sont d'autant moins neutres que la jurisprudence de la Cour occupe une place centrale dans la compréhension que les juristes ont du droit de l'Union et de ses relations avec le droit des États membres. C'est l'importance de ce discours juridictionnel particulier qui fonde la pertinence d'un emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union (A).

Mais le concept n'est pas seulement régulateur de l'activité de justification de la Cour, il occupe aussi une place centrale dans la compréhension que les juristes ont de certaines propriétés essentielles du droit, propriétés sans lesquelles des traits saillants du droit de l'Union ne pourrait pas être décrits (B).

A. La centralité du concept dans le discours juridictionnel

Rappelons que considérer le concept de système juridique comme un outil pertinent de description des relations juridiques entre l'UE et les États membres ne va pas immédiatement de soi. Plusieurs éléments militent contre son emploi, à commencer par une masse non négligeable de littérature portant sur l'émergence de nouvelles normativités extra-étatiques, littérature qui tente de rendre compte du droit au-delà de la distinction binaire traditionnelle entre droit national et droit international, c'est-à-dire au-delà de ce qui a pu être appelé ailleurs le « *Black-Box model* »⁵⁹³.

Nous avons vu précédemment comment le concept de système juridique est explicitement écarté car considéré comme trop centré sur le modèle de la légalité étatique, modèle qui serait à situer dans un paradigme « dépassé »⁵⁹⁴ car faisant obstacle à la prise en

⁵⁹³ Citant William Twining, Cf. TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *op. cit.* (a very first draft, Helsinki, 26 August 2010). C'est notamment dans ce champ que s'inscrit l'ouvrage de CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders*, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Il y a, nous semble-t-il, comme un effet de mode dans la littérature post-nationale, qui postule bien vite la décadence de l'État au profit d'une nouvelle légalité contre laquelle celui-là ne pourrait plus rien, ou si peu, dans

compte de nouveaux types de légalités⁵⁹⁵.

Il est vrai que le concept de système juridique, dans le paradigme positiviste que nous avons défini précédemment⁵⁹⁶, est construit sur la base de la description des systèmes juridiques des États⁵⁹⁷. À notre rencontre, il pourrait donc être argué que la construction de nouveaux outils pour décrire de nouvelles normativités, non seulement a répondu à un besoin de rupture, mais a aussi conduit les juristes évoluant dans un contexte non-étatique à abandonner dans leur discours la compréhension du droit en tant que système juridique. Ce n'est absolument pas le cas.

La compréhension habituelle que les juristes (praticiens ou chercheurs) ont du droit de l'Union européenne repose solidement sur le concept de système juridique. Si l'on s'intéresse au répertoire de jurisprudence établi par la CJUE et disponible en ligne sur son site institutionnel⁵⁹⁸, on constate que la somme des arrêts de la Cour est systématisée en un peu moins d'une dizaine de rubriques, dont la première ne nous surprendra pas : « l'ordre juridique », communautaire ou de l'UE selon que les arrêts ont été rendus avant ou après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009. La rubrique est divisée en plusieurs sous-rubriques fournissant toutes la jurisprudence de la Cour portant sur les sources du droit de l'Union, ses relations avec le droit international ou le droit des États membres, ses droits fondamentaux, ses valeurs, objectifs et principes, etc.

En somme, le répertoire de jurisprudence de la CJUE produit un ensemble de catégories définissant ce qu'est le droit de l'Union (ses sources, son interprétation, etc.) et ce qu'il n'est pas (les droits national international), ensemble qualifié d'ordre juridique et désignant cette unité (irréductible aux autres droits) autonome (avec ses propres sources,

un monde globalisé. Il y a, en somme, l'idée d'un objet d'étude « moderne » et contre lequel l'attention sur l'État fait figure d'analyse d'un autre temps.

⁵⁹⁵ En plus de chez Culver et Giudice, comme on l'a vu, on trouve cette idée chez Kaarlo Tuori, où le propos s'oriente largement sur la critique des paradigmes kelsenien et hartien, cf. TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *op. cit.*, p. 2. Dans la même ligne, militant pour un abandon de l'utilisation du concept de système juridique pour décrire le dénommé « droit global », Benoît Frydman écrit : « *Un rasoir d'Occam normalement aiguisé conduit à ne pas supposer de l'ordre là où, de l'aveu de tous, il ne s'en trouve point. En d'autres termes, le concept autrefois si nécessaire d'ordre juridique, tel qu'il a été créé au 17^{ème} siècle, nous a paru constitué davantage un obstacle, un écran, qu'un secours ou un outil* », v. FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁹⁶ V. *supra* Titre 1^{er}, p. 26s.

⁵⁹⁷ Ce qui ne veut pas dire que les propositions du positivisme juridique ne sont pas susceptibles d'être modifiées et adaptées aux circonstances, comme ont su le démontrer Karine Caunes et Catherine Richmond dans le contexte de l'UE *via* une reconstruction pluraliste de Kelsen (CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne*, *op. cit.* ; RICHMOND C., « Preserving the identity crisis : autonomy, system and sovereignty in European law » in MACCORMICK N. (dir.), *Constructing legal systems*, *op. cit.*, p. 378-420.) ou encore Thomas Schultz appliquant la règle de reconnaissance hartienne aux régimes juridiques dits « transnationaux » (SCHULTZ T., « Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes », *op. cit.*).

⁵⁹⁸ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/fr/

interprétation, etc.) que constitue le droit de l'Union, soit ce que nous appelons depuis le début de la présente étude le concept de système juridique.

Ces catégories ne sont pas étrangères à la compréhension que les juristes ont de leur propre droit national. Par exemple, dans le cas de la France, le portail d'accès en ligne aux données de la législation française (Légifrance) fournit des enseignements précieux lorsque, s'adressant aux non initiés (les non-juristes), quelques informations d'ordre général sont fournies « *à propos de l'ordre juridique français* » : « *cet ensemble [de règles écrites], complexe et vivant, est ordonné selon une hiérarchie des normes* »⁵⁹⁹. Ici encore, le droit est spontanément compris à l'aune du concept de système juridique, même si la Constitution du 4 octobre 1958 ne contient aucune occurrence du mot « système ».

Le concept de système juridique fait partie du logiciel de base du juriste. Quand bien même le droit de l'Union ne pourrait être compris comme l'est traditionnellement le droit national, certains concepts clefs perdurent dans la compréhension et la construction de la nature juridique de l'UE. Pour cette raison, un bon moyen de suspecter des cas où le concept est mobilisé dans la jurisprudence de la Cour consiste à analyser les cas qu'identifient eux-mêmes les juristes. C'est précisément ce que nous avons fait au moment de la construction de notre échantillon d'étude⁶⁰⁰ : tous sont des arrêts auxquels la Cour se réfère elle-même habituellement et que la doctrine commente, voire célèbre⁶⁰¹.

Sur ce point la pertinence de l'utilisation du concept de système juridique dans le contexte de l'UE nous semble peu contestable : elle repose sur la compréhension qu'ont les acteurs du droit et, d'une manière générale, les opérateurs juridiques à travers leur discours, c'est-à-dire tant les organes d'application et de création du droit que la doctrine, laquelle fournit des outils argumentatifs à la disposition de ces derniers et participe ainsi à la création, l'application du droit et à la diffusion des concepts employés dans leur discours⁶⁰². C'est parce que l'ensemble de ces acteurs utilisent, argumentent et justifient leurs décisions au moyen du concept de système juridique, et qu'ils comprennent le droit à travers, que ce concept peut être qualifié de concept régulateur de l'activité des juristes.

L'attention sur le langage de la CJUE est par conséquent centrale. Ce qui fait du droit

⁵⁹⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/Aide/A-propos-de-l-ordre-juridique-francais>

⁶⁰⁰ V. p. 191s.

⁶⁰¹ Ces cas constituent ce que nous appellerons dans la suite de nos développements des « moments jurisprudentiels », v. *ibidem*.

⁶⁰² Sur les tâches de systématisation du droit et de construction d'un système externe (au sens de Mario Losano, cf. p. 26-27) assurées par la doctrine, v. RATTI G.B., « La coerenza dei sistemi giuridici », *Diritto & Questioni pubbliche*, n° 7, p. 2007. Plus généralement, v. aussi la dénommée *École analytique italienne*, en part. Ricardo Guastini : « Il "sistema" giuridico non è altro che il frutto delle attività sistematiche dei giuristi », in GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, op. cit., p. 234.

de l'Union un système juridique distinct est intimement lié à ce que la Cour en dit⁶⁰³. C'est là une thèse classique de la théorie analytique du droit anglo-saxonne. Chez H.L.A. Hart déjà, on trouve ce que d'autres ont nommé le « *face-value principle* », autrement dit cette idée que « nous [qui décrivons le droit] pouvons comprendre les pratiques des gens [...] si nous comprenons le langage que les gens utilisent de leur propre point de vue »⁶⁰⁴.

Dans cette définition, il est fait référence au point de vue interne chez Hart, c'est-à-dire au discours sur les normes juridiques des membres d'une communauté juridique. Ce langage, suppose Hart, est censé refléter le comportement des membres par rapport à ces normes. Aussi, prendre pour point de départ d'analyse les énoncés d'un acteur juridique est un outil pour mieux comprendre son comportement. On suppose qu'il y a un lien et que *ce qui est dit* est un outil pour comprendre *ce qui est*, contrairement à ce que soutiennent Keith Culver et Michael Giudice à propos du discours de la CJUE.

Si dans leur discours les acteurs du droit utilisent le concept de système juridique et comprennent le droit à travers le cadre de compréhension que ce concept fournit, alors l'utilisation de ce concept pour décrire le droit, que ces acteurs créent et appliquent, se trouve entièrement justifiée. Notre argument est bien connu. A l'instar de Julie Dixon, nous défendons cette nécessité de disposer d'un concept de système juridique car celui-ci permet de refléter le point de vue des acteurs du droit tel que celui-ci apparaît dans leur discours⁶⁰⁵.

En outre, puisque la CJUE comprend les relations entre l'Union et les États membres comme des relations entre des systèmes juridiques distincts, il faut pouvoir décrire ces relations, telles qu'elles apparaissent à travers son discours, au moyen du concept de système juridique. Reste alors à identifier les significations avec lesquelles le concept est mobilisé et les décisions de la Cour qu'elles permettent de justifier. Son usage courant est tel dans le champ du droit de l'Union, qu'il y a toutes les raisons de penser que le concept est employé dans des significations dotées d'un minimum de cohérence. C'est ce à quoi nous nous

⁶⁰³ C'est pourquoi l'approche interinstitutionnelle du droit portée par Culver et Giudice, reconnaissent-ils eux-mêmes, n'est pas capable de rendre compte de la construction de l'Union en tant que système juridique, car elle exclut délibérément le point de vue de la CJUE de son champ d'analyse. Cf. DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 76.

⁶⁰⁴ « *We can understand people's practices [...] if we understand the language that people use from their own point of view* », cf. Timothy A. O. Endicott, "Law and language", in COLEMAN J.L., S. SHAPIRO, et K.E. HIMMA (dir.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, op. cit., p. 946.

⁶⁰⁵ À cette nuance près que Julie Dickson se réfère plus généralement aux « *self-understandings, attitudes, and beliefs regarding legal systems of those subject to and administering law* », v. DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 52. Que la compréhension qu'ont les acteurs du droit vis-à-vis d'un système juridique importe à l'heure de décrire ce système, nous n'en doutons pas. En revanche, la prise en compte de la compréhension du citoyen ordinaire, s'il en est une identifiable et cohérente, nous semble peu pertinente à l'heure de décrire les relations entre deux systèmes juridiques.

emploierons dans la seconde partie de la présente étude.

Mais la centralité du concept s'étend au-delà du discours des seuls acteurs du droit. Il est aussi indispensable pour rendre compte de certaines propriétés des normes juridiques décrites par les théoriciens.

B. La centralité du concept dans la connaissance du droit

Certaines propriétés des normes juridiques traditionnellement étudiées par la théorie du droit ne peuvent pas être abordés sans l'emploi du concept de système juridique. En ce sens, il est aussi un concept régulateur de l'activité de connaissance du droit.

En effet, pour connaître certaines propriétés du droit, le concept doit être mobilisé. Prenons un exemple : la validité est une propriété des normes juridiques. Est valide la norme qui est produite et appliquée par des organes juridiques aux moyens d'autres normes juridiques. Sans cela, une norme ne produira pas d'effets contraignants, elle ne sera pas valide.

Cela signifie qu'une norme n'est jamais valide isolément. Elle est toujours valide à l'intérieur d'un ensemble de normes et d'institutions juridiques qui la produisent et l'appliquent. Cet ensemble est l'unité autonome que nous désignons par l'expression « système juridique ». Il n'y a pas de validité des normes sans système juridique. On ne peut pas penser l'une sans l'autre.

Ce lien de mutuelle dépendance entre validité et système réaffirme l'importance du point de vue des acteurs du droit : sans une prise en compte de leur discours, on ne peut pas déterminer si une norme est ou non valide, puisque ce sont précisément ces acteurs qui par l'intermédiaire de leur discours agissent en tant qu'organes de création et d'application du droit. Pour cette raison, la description de certaines propriétés du droit de l'Union, telles que sa validité par rapport au droit des États membres, ne peut pas se passer d'une prise en compte du discours de ces acteurs. Sans cela, toute tentative nous semble être vouée à l'échec.

Il est parfaitement valide de proposer de nouvelles approches et d'en baser la construction sur la prise en compte de points de vue étrangers à ceux de la CJUE ou des Cours nationales. Un choix de pertinence est à opérer, nous avons longuement expliqué pourquoi. Toutefois, certains objets d'étude lient quant au choix des points de vue à analyser. Il ne peut y avoir d'explication de la validité sans prise en compte de la fonction jouée par les organes d'application du droit. Or, cette fonction s'approche principalement par l'intermédiaire de leurs discours. Une explication de la validité oblige donc à prendre en compte le discours des organes d'application du droit.

C'est pourquoi le point de vue de la CJUE ne peut pas être écarté à l'heure de

s'intéresser à la question de la source de validité du droit de l'Union. Et c'est ainsi que nous aimerions conclure notre argument à l'encontre de la thèse défendue par Keith Culver et Michael Giudice : il n'est pas possible de « *look beyond or beneath, the rival supremacy claims of the ECJ and Member State courts for an alternative explanation of the ultimate source of validity of EU law* »⁶⁰⁶.

En substance, cet argument réaffirme la thèse centrale défendue dans ce chapitre : des organes d'application du droit peuvent bien se contredire dans le contexte de l'UE, l'analyse de leur discours est, en tout cas, un passage obligatoire à l'heure d'analyser la question de la validité ultime du droit de l'Union. Qu'importent les contradictions du discours, si elles sont des jugements normatifs et non de vérité, elles ne sont ni vraies, ni fausses, mais portent sur ce qui *doit être*. Alors, l'existence de contradictions entre des points de vue d'acteurs juridictionnels conduit l'explication qui les prend pour objet, non pas à se contredire, mais plutôt à identifier la centralité de concepts qui permettent divers usages conceptuels dans l'argumentation juridique. On l'aura compris, c'est le cas du concept de système juridique.

Parce que sa place est centrale dans l'activité de connaissance comme dans l'activité de justification des juristes, nous sommes amenés à penser que les usages conceptuels dans l'une et dans l'autre ont des significations qui se recoupent. Et si le concept est utilisé par un organe juridique dans le cadre de son activité de justification, nous pouvons suspecter que cette utilisation a quelque chose à dire de la compréhension que cet organe a de certaines propriétés du droit.

Conclusion du chapitre

Nous avons vu dans ce chapitre que les points de vue contradictoires des acteurs juridictionnels peuvent être expliqués ensemble au sein d'une analyse des usages conceptuels. Cela nous aura amené à réaffirmer la centralité du discours des juges dans l'explication du phénomène « droit ».

Il est vrai que le discours des acteurs juridictionnels importe, mais par la même occasion il faut aussi rappeler que ces derniers ne sont qu'une instance d'un objet central de la théorie du droit : les organes d'application et de création du droit.

Leur importance tient à leur fonction. Elle est celle d'un Roi Midas. La comparaison,

⁶⁰⁶ GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *op. cit.*, p. 22.

bien connue, est de Kelsen⁶⁰⁷ : seul du droit produit du droit, seule la reconnaissance par un organe juridique fait d'une norme sociale une norme proprement juridique. L'analyse de ces organes est donc indispensable pour la compréhension du droit dans son ensemble, que celui-ci soit, par ailleurs, national ou non.

Par ailleurs, un rôle central dans l'explication du phénomène « droit » est aussi joué par le concept de système juridique. On en revient ici à la relation spécifique des concepts de droit et de système juridique évoquée en introduction du présent titre⁶⁰⁸ : la définition du concept de droit est autoréférentielle et coextensive à celle du concept de système juridique. D'une part, le droit est du droit car, en dernière instance, ses sujets et acteurs présupposent qu'il est du droit. D'autre part, ce n'est pas le présupposé qu'une norme est juridique qui fonde la spécificité du phénomène « droit », mais la connaissance de ce que une norme appartient à un ensemble dont il est présupposé, en dernière instance, qu'il constitue un ensemble de droit, soit un système juridique.

En cela, le concept de système juridique nous apparaît comme l'élément de base du logiciel discursif du juriste, savant ou praticien. Aussi, en examinant ses usages dans le discours de la CJUE, nous pouvons analyser ensemble le processus de la construction du droit et celui de sa connaissance.

Conclusion du titre

Le présent titre s'est fixé pour objectif de présenter les critiques élaborées à l'encontre d'une utilisation du concept de système juridique dans le contexte du droit de l'Union européenne. En réponse, il nous semble avoir contribué à montrer que l'emploi du concept de système juridique dans le contexte de l'Union ne se heurte pas à des obstacles théoriques ou méthodologiques infranchissables. Ainsi, quand bien même de caractère non étatique, le droit de l'Union *peut* être compris à l'aune du concept de système. Il est même tout à fait pertinent de l'employer afin de rendre compte d'un certain point de vue interne des acteurs du système.

C'est une démonstration essentielle pour la présente étude, laquelle entend précisément identifier dans un discours juridictionnel du droit de l'Union le concept de système juridique. Désormais convaincu que ce concept est opérationnel pour une description

⁶⁰⁷ « À cet égard, le droit ressemble au roi Midas. Tout ce que celui-ci touchait se transformait aussitôt en or ; de façon analogue, tout ce à quoi le droit a trait devient droit », in Kelsen H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 273.

⁶⁰⁸ V. p. 26s.

du droit de l'UE, il ne semble plus y avoir d'obstacle pour en identifier les instanciations dans le discours de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ce discours constitue pour les juristes un objet de description habituel dont la pertinence pour le discours scientifique n'est pas discutée. Par conséquent, une analyse des usages du concept de système dans le discours de la CJUE est non seulement possible, mais elle est également pertinente. Nous allons d'ailleurs voir à présent que la Cour mobilise régulièrement ce concept dans son discours au moyen de l'argument du système.

CONCLUSION DE LA PARTIE

L'enjeu dans cette première partie était de définir un concept de système juridique opérationnel pour une description du droit dans le contexte de l'Union européenne. Nous y sommes parvenus en deux temps. D'abord, en identifiant diverses grandes conceptions pouvant être subsumées sous un même concept de système juridique, lequel consiste en une compréhension du droit en tant qu'unité autonome. Nous avons ensuite montré qu'il n'y a pas d'obstacles théoriques majeurs empêchant d'utiliser ce concept dans un contexte non étatique tel que celui de l'Union européenne.

Cette première partie de notre travail servira de base pour identifier l'éventuelle cohérence des conceptions du concept de système juridique que mobilise la CJUE dans son discours. Nous procéderons ainsi par recoupement des caractéristiques générales des grandes conceptions du concept⁶⁰⁹ avec les conceptions identifiées dans le discours de la Cour. Ce faisant, nous serons en mesure d'évaluer les conceptions mobilisées par la Cour et d'établir si, oui ou non, elles relèvent plus d'un normativisme kelsénien ou hartien, ou de l'institutionnalisme de Raz ou de MacCormick.

Par cette méthode d'analyse du discours, notre travail entend donc identifier dans le discours de la Cour des éléments appartenant au discours de la théorie du droit. Désormais, l'enjeu consiste à établir une procédure par laquelle il sera possible d'identifier dans un langage-objet des instanciations du métalangage. Nous disposons pour cela d'une méthode : l'analyse inférentielle, que les propos suivants entendent introduire à partir de l'approche choisie dans ce travail.

Nous avons vu que le concept de système juridique consiste en une compréhension minimale de l'objet « droit » en tant qu'unité autonome. Il définit une façon de comprendre qui peut être analysée indépendamment des fins de l'agent qui mobilise le concept, qu'il s'agisse pour cet agent d'expliquer un phénomène (usage explicatif) ou de justifier une décision (usage justificatif)⁶¹⁰. Par exemple, le sujet qui veut comprendre les relations entre le droit international et le droit espagnol ou le droit français, est obligé de penser ces « droits » comme formant des unités autonomes distinctes. Il en va de même pour la CJUE qui, par exemple dans le cadre d'une question préjudicielle, doit interpréter le droit de l'Union européenne sans l'appliquer dans les droits des États membres : elle est contrainte de penser

⁶⁰⁹ Résumées dans le tableau page 110.

⁶¹⁰ La distinction de ces deux usages est notamment empruntée à BRUNET P., « La hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? » in BRUNET P., É. MILLARD, et J. MERCIER (dir.), *La fabrique de l'ordre juridique*, op. cit., p. 8.

ces « droits » comme des unités autonomes distinctes⁶¹¹. Le concept de système juridique fait donc partie du logiciel de base de n'importe quel juriste, praticien ou théoricien, de sorte que ce concept définit une connaissance minimale régulatrice de l'activité (explicative ou justificative) des juristes⁶¹².

Sur la base de ce concept de système juridique, nous savons désormais que se déploient différentes conceptions de ce qu'est le droit en tant qu'unité autonome : il est alors question des caractéristiques associées à cette unité, à cette autonomie et aux relations entre diverses unités autonomes. Ces caractéristiques varient selon les auteurs, si bien qu'elles définissent différentes conceptions du même concept. Ces conceptions peuvent être comprises comme réalisant des inférences du concept de système juridique : puisque A est un système juridique, soit une unité autonome, alors les parties qui le composent ont les caractéristiques suivantes. Ou bien : puisque A et B sont des systèmes juridiques, alors ils ont tel ou tel type de relations. C'est ce que résume le tableau suivant :

Concept de système juridique	Conceptions du concept de système juridique	Inférences
Compréhension du droit en une unité autonome, qualifiée de « système juridique » ou « ordre juridique »	Toutes les unités autonomes ont nécessairement les caractéristiques suivantes et tel(s) type(s) de relations entre elles.	Si A est un système juridique alors il a les caractéristiques suivantes et les relations suivantes avec B, qui est aussi un système juridique.

Ces inférences peuvent être dites « cognitives » lorsqu'il est fait un usage explicatif du concept de système juridique. Elles peuvent être dites « normatives » lorsqu'il est fait un usage justificatif du concept. Une conception du concept consiste alors en la définition de conditions dans lesquelles le concept est inféré et de conclusions que le concept permet d'inférer. Nous proposons un schéma montrant qu'usages justificatif et explicatif peuvent être comparés par l'analyse de ces inférences :

⁶¹¹ Nous verrons plus loin que cette contrainte est juridique en ce qu'elle est produite par des normes juridiques, en l'occurrence l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex-article 177 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), portant sur le mécanisme de la question préjudicielle.

⁶¹² KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason*, *op. cit.*

Analyse inférentielle des conceptions du concept de système juridique				
	INFÉRENCES	USAGES	INFÉRENCES	
Conditions	normatives	justificatif	normatives	Conclusions
	→ Concept de Système Juridique →			
	cognitives	explicatif	cognitives	
= conceptions du concept de système juridique		= unité autonome	= conceptions du concept de système juridique	

Usage explicatif = Usage justificatif *si et seulement si* inférences cognitives = inférences normatives

Ainsi, lorsque dans son discours la Cour mobilise l'argument du système (soit l'argument tiré de ce que le droit de l'Union forme un ordre ou système juridique) afin de justifier une de ses décisions, on dira simplement qu'elle fait un usage justificatif du concept de système juridique. Le concept de système juridique est ainsi compris comme un concept lexical, c'est-à-dire instancié par un groupe d'expressions linguistiques (l'argument du système). On considérera que la conception du concept utilisée est contenue dans les inférences normatives par lesquelles l'argument du système est inféré ainsi que dans celles que cet argument permet d'inférer. C'est par conséquent l'analyse de ces inférences qui permettra d'identifier une conception du concept de système juridique.

Cette méthode dite de l'analyse inférentielle, rendue célèbre dans le champ de la théorie du droit par l'application qu'en a fait le juriste danois Alf Ross⁶¹³, montre donc que certaines expressions peuvent avoir une signification dite « inférentielle », c'est-à-dire déterminée par les conditions dans lesquelles l'expression est inférée et les conséquences qui sont inférées avec elle⁶¹⁴. Cette méthode nous permettra d'identifier différentes significations du concept de système juridique, soit différentes conceptions de ce concept, à partir de l'usage que fait la Cour de l'argument du système.

Sur cette base, notre hypothèse est, qu'ainsi définies, les inférences normatives du concept de système juridique opérées par la Cour recoupent tout ou partie des inférences

⁶¹³ ROSS A., « Tûtû », *op. cit.* Ross montre notamment que l'expression « Tûtû » a une signification inférentielle sans pour autant avoir de référent dans la réalité. C'est seulement la signification inférentielle qui intéresse notre travail, nous ne nous prononcerons pas sur la question du référent. Sur ce point, on peut notamment consulter BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société*, 2002, vol. 1, n° 50, p. 19-29.

⁶¹⁴ Pour une application au concept de validité juridique, on peut consulter SARTOR G., « Legal validity : an inferential analysis », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n° 2, p. 212-247. Quant à savoir si la signification inférentielle

cognitives qu'ont associées Kelsen, Hart, Raz et MacCormick au concept de système juridique dans le cadre de l'usage explicatif qu'ils ont fait du concept dans le champ de la théorie du droit. C'est donc la relation de ressemblance entre d'une part les opérations des inférences cognitives et d'autre part les opérations des inférences normatives du concept de système juridique qui nous permettra d'établir s'il s'agit d'une même conception du concept.

Nous parviendrons ainsi à établir si la Cour utilise une conception cohérente du concept et à déterminer à quels aspects des conceptions normativistes et institutionnalistes celle-ci correspond. Par conséquent, l'analyse inférentielle est pour notre travail le moyen d'identifier le concept de système juridique dans l'argumentation de la CJUE à partir de son utilisation de l'argument du système. Ainsi, nous proposerons une certaine compréhension du discours de la Cour à partir de ce qu'elle fait avec ce qu'elle dit.

PARTIE II. IDENTIFIER LE CONCEPT DE SYSTÈME JURIDIQUE DANS L'ARGUMENTATION DE LA CJUE

Introduction

Ayant établi une procédure permettant d'identifier dans le discours du droit des instanciations des concepts de la théorie du droit, il devient possible d'identifier le concept de système juridique dans le discours de la CJUE. En outre, puisque l'argument du système instancie le concept de système juridique dans ce discours et que nous pouvons identifier les conditions dans lesquelles l'argument est inféré ainsi que les conséquences que celui-ci permet d'inférer, nous sommes en mesure d'identifier la ou les conceptions du concept de système juridique que mobilise la Cour dans son argumentation.

Dans cette seconde partie, nous nous concentrerons donc sur l'argumentation de la CJUE. Puisque son discours est de type justificatif, c'est-à-dire qu'il a pour fonction de justifier une certaine conclusion, nous désignons par « argumentation » la présentation des arguments avancés en soutien de cette conclusion et œuvrant à en démontrer le bien-fondé.

En s'intéressant à l'argument du système en particulier, on s'intéressera plus généralement aux arguments que la Cour *mobilise* dans son argumentation, c'est-à-dire aux arguments auxquels celle-ci *recourt*. Si l'on dit que la Cour « recourt à » ou « mobilise » tel ou tel argument, c'est que l'on est capable d'expliquer que l'argument est choisi, par exemple en montrant que le choix d'un autre argument est possible ou que tel argument ne découle pas d'une volonté qui s'imposerait à la Cour, qu'en somme celle-ci fait un « choix argumentatif ».

Pour comprendre la nature de ce choix, on peut se figurer le processus de l'argumentation sur le modèle d'un jeu où la Cour dispose de cartes, constituées par divers arguments, qu'elle décide de jouer selon une stratégie découlant du résultat qu'elle souhaite atteindre⁶¹⁵. Ces cartes lui permettent notamment de réaliser certains coups. Dans le cadre d'une analyse de l'argumentation, on peut alors parler de « coup argumentatif ».

Un coup argumentatif est un type de choix argumentatif caractérisé par une certaine

⁶¹⁵ Précisions d'emblée que notre analyse de l'argumentation est sans aucun lien avec celle des jeux de langage chez Ludwig Wittgenstein. Sur l'utilisation de ce dernier dans le champ de la théorie du droit, on peut consulter SUEUR J.-J., P. RICHARD, et CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES CONTENTIEUX (TOULON) (dir.), *La transgression: actes du colloque international des 24 et 25 novembre 2011, Faculté de droit de Toulon*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

audace. Pour comprendre ce qu'est un coup, il faut donc commencer par définir ce qu'est un choix argumentatif. Il consiste, pour un organe d'application du droit, à délibérément choisir un certain argument afin de produire les conséquences que cet organe souhaite dans le raisonnement justifiant sa décision. C'est vrai pour un raisonnement juridique comme pour n'importe quel raisonnement pratique, c'est-à-dire entendant justifier une action. Par exemple, mieux vaut faire valoir l'argument de notre caractère affable auprès de l'ami qui part en voyage afin de justifier notre décision de l'accompagner. Le recours à un argument justifiant une décision suppose donc un choix de la part de celui ou de celle qui prend cette décision. C'est un argument choisi, pour des raisons dont il faut discuter l'éventuelle force contraignante.

Dans le modèle classique du syllogisme judiciaire, les arguments justifiant la conclusion (soit la décision du syllogisme) sont présentés comme purement déduits d'une prémisse majeure. Si bien que l'interprète choisit les arguments qui résultent de sa connaissance de la prémisse. On le sait bien, les débats sont nombreux quant à savoir si ce choix est ou non fonction de la volonté de l'interprète de la règle de droit⁶¹⁶, qui dans le syllogisme judiciaire constitue la prémisse majeure. Quoi qu'il en soit, le récit des moyens par lesquels un juge justifie ses décisions variera selon la façon dont est conçue l'activité d'interprétation. Pour le formaliste, le sens de la loi *contraint* le choix des arguments. Pour le réaliste, s'il y a une contrainte⁶¹⁷, elle est assurément en-dehors du sens de la loi. Dans les deux cas, une explication des choix argumentatifs est possible. Dans le premier cas, l'explication optera pour un modèle consistant à reconstruire le syllogisme judiciaire : « tels faits subsumés sous telle loi ont conduit le juge à prendre pour telles raisons telle décision », laquelle apparaît comme purement déduite du sens de la loi en question⁶¹⁸. Dans le second cas, l'explication optera pour un modèle réaliste : « ayant à statuer sur tels faits, le juge entendait prendre telle décision⁶¹⁹ qu'il lui a fallu rattacher à telle loi pour telles raisons », lesquelles

⁶¹⁶ Débats dont on peut trouver un résumé très éclairant ici : BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *op. cit.*

⁶¹⁷ Il y a des débats quant à savoir si une contrainte purement juridique peut être identifiée, v. notamment TROPER M., V. CHAMPEIL-DESPLATS, et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.* ; BRUNET P. et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal; Bruxelles, Anthemis : Université Saint-Louis, 2012, vol.4 Théorie des sources du droit, p. 385-425.

⁶¹⁸ Si bien que l'on peut considérer que l'interprète n'effectue aucun choix puisqu'il ne fait que suivre le sens de la loi, soit l'expression d'une volonté qui lui est supérieure puisque cet interprète est tenu de l'appliquer.

⁶¹⁹ Affaiblissant le modèle du raisonnement syllogistique, de récentes recherches en psychologie et en neurosciences démontrent que l'intuition joue un rôle dans l'esprit des juges dans tous les cas, faciles et difficiles, de décision juridictionnelle, v. RICHARDS D., « When judges have a hunch. Intuition and experience in judicial decision-making », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2016, vol. 2, n° 102, p. 245-260.

apparaissent alors comme choisie *a posteriori* (i.e. après la décision) et non comme déduite de la loi en question⁶²⁰. Le schéma suivant entend résumer cette alternative :

Explication formaliste de l'argumentation	Explication réaliste de l'argumentation
Faits → Loi → Solution déduite	Faits → Solution voulue → Loi

Pour notre part, la compréhension du choix de l'argument comme « coup argumentatif » relève d'une explication réaliste des choix argumentatifs⁶²¹. Elle suppose une théorie réaliste de l'interprétation⁶²²: à l'occasion d'appliquer un énoncé juridique (tel qu'une loi) à une espèce déterminée, le juge interprète cet énoncé en lui *attribuant* une certaine signification⁶²³. Il lui *donne* un sens, qui de notre avis est fonction de la solution voulue pour le cas. Quoi qu'il en soit, il y a un *choix*. Dans un syllogisme judiciaire, l'interprétation n'est donc pas fonction d'un pur acte de connaissance de la loi, mais d'un acte de volonté.

En outre, notre explication de l'argumentation suppose que le raisonnement est faillible : les prémisses ne sont pas nécessaires et suffisantes pour déduire la conclusion du syllogisme. Celle-ci ne découle pas des prémisses, bien au contraire : les prémisses sont construites pour justifier *a posteriori* une solution voulue. Notre analyse de l'argumentation des juges s'écarte donc radicalement de la description d'un syllogisme judiciaire et opte pour une explication non pas formaliste mais réaliste des choix argumentatifs⁶²⁴. Dans ce cadre,

⁶²⁰ Dans des termes plus habituels, on peut dire que le contexte de la découverte précède le contexte de la justification, v. ATIENZA M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, 2^e éd., Mexico, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 4s. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'explication réaliste n'élimine pas un certain formalisme car elle suppose que la décision est dotée d'un minimum de rationalité. Par ailleurs, on est obligé de supposer que ce qui est dit correspond à ce qui est voulu, sans quoi il ne serait pas possible de proposer une explication des choix argumentatifs. Sur ces aspects, v. WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, traduit par Zenon BANKOWSKI et traduit par Neil MACCORMICK, Dordrecht ; Boston, Kluwer Academic Publishers, coll.« Law and philosophy library », 1992, p. 15-16.

⁶²¹ TROPER M., « Argumentation et explication », *op. cit.*

⁶²² Telle que définie notamment par Michel Troper, v. TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation » in TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, p. 69-84.

⁶²³ Si bien que la norme juridique, qui est appliquée au cas d'espèce, est le produit de l'interprétation d'un énoncé juridique. Et si le droit se compose de normes, alors les juges sont créateurs de droit. Toutefois, pour ne pas complexifier plus encore notre langage, nous employons dans ce travail « norme » ou « règle » comme désignant l'énoncé juridique, sauf mention contraire explicite.

⁶²⁴ Notons que nous ne proposons pas de suivre un modèle particulier de formalisation des raisonnements juridiques. Appliqué au discours de la CJUE, Joxerramon Bengoetxea nous semble avoir conçu un modèle de référence, v. notamment BONGOETXEA J., MACCORMICK N., MORAL SORIANO L., « Integration and integrity in the legal reasoning of the European Court of Justice » in DE BÚRCA G. et J. WEILER, *The European Court of Justice*, Florence [Italy]: Oxford ; New York, Academy of European Law, European University Institute ; Oxford University Press, coll.« The collected courses of the Academy of European Law », 2001, p. 43-85. Pour ce dernier comme d'autres, critiques de « la figure traditionnelle du syllogisme », ces « formalisations contemporaines du raisonnement juridique la garde presque toujours pour structure de base et n'en sont que des affinements et des sophistications », CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2014, p. 141.

c'est le choix d'une solution qui explique celui des arguments et non l'inverse.

Dans le contexte du droit de l'Union européenne, l'explication réaliste nous semble bien plus pertinente pour décrire le rôle essentiel joué par certains arguments dans le discours de la CJUE. En outre, l'explication formaliste basée sur le modèle syllogistique n'est pas capable de montrer que ces arguments découlent du sens des traités. C'est notamment le cas de l'argument du système. Si l'on considère, par exemple, le faible nombre des occurrences de « ordre juridique » ou de « système juridique » dans le traité sur l'Union européenne (TFUE) et dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁶²⁵, l'entreprise consistant à montrer que l'argument du système est déduit des dispositions des traités nous semble bien vaine. Tant et si bien qu'une explication formaliste qualifiera le recours à cet argument de *contra legem*. D'une manière générale, face à des impasses de ce type, l'ultime recours pour une explication formaliste consiste à qualifier les décisions juridictionnelles de *contra legem*. Seulement, contre la loi ou non, il n'en demeure pas moins qu'en l'état la décision *devient* la loi, qu'elle produit par conséquent des effets juridiques et qu'une explication satisfaisante des raisons qui la motivent doit être trouvée ailleurs.

De son côté, l'explication réaliste des choix argumentatifs suppose de considérer les arguments disponibles comme des ressources du discours justificatif. Le juge y pioche comme dans une boîte à outils, qu'ils découlent ou non des traités. Aussi, l'argument du système est une carte parmi d'autres disponibles dans le jeu argumentatif de la Cour et lui permettant de justifier ses décisions. Mais si les choix argumentatifs de la Cour dépendent de ces ressources, ils sont aussi fonction d'un certain nombre de contraintes : textuelles, elles peuvent par exemple consister en des formules imposées pour la justification d'une décision ; hiérarchiques, en la possibilité que l'argumentation soit remaniée par un organe dont la volonté prime ; politiques, en des arguments à éviter pour les réactions qu'ils susciteraient dans le champ d'intervention d'autres acteurs institutionnels ; jurisprudentielles, en des choix à reproduire pour qu'une jurisprudence conserve sa cohérence ; etc. Nous n'entendons pas dresser la liste exhaustive des raisons illustrant que la Cour ne fait pas tout ce qu'elle veut. Sa liberté dans le choix des arguments connaît des limites, dont la présente étude entend seulement donner quelques illustrations précises.

Pour l'approche de l'argumentation proposée, la solution donnée à un cas (soit le dispositif de la décision juridictionnelle) est construite selon les contraintes et les ressources argumentatives disponibles. On parlera de stratégie argumentative pour désigner la

⁶²⁵ On ne trouve aucune occurrence dans le TUE ; deux occurrences de « systèmes et traditions juridiques des États membres » (articles 67§1 et 82§2) et une de « ordre juridique de l'Union » (article 349) dans le TFUE.

construction par laquelle des choix argumentatifs sont agencés pour permettre d'atteindre une solution voulue, ou bien une étape intermédiaire du raisonnement tendant à justifier cette solution.

En suivant cette méthode, nous serons en mesure d'expliquer les choix argumentatifs de la Cour en regardant ce qui est fait au moyen de ce qui est dit. Nous serons alors d'autant plus en mesure d'identifier les inférences opérées avec l'argument du système, et par conséquent d'identifier une ou des conceptions du concept de système mobilisées par la CJUE à travers son recours à l'argument du système⁶²⁶.

Du reste, il nous restera à établir si la Cour utilise une conception plus ou moins cohérente du concept, c'est-à-dire qui se contredit ou non sur une période de temps déterminée. Bien sûr, nous ne pouvons pas analyser l'ensemble de son discours de sa création à nos jours. Il est en revanche possible de l'analyser à différents moments importants dans la construction de sa jurisprudence. Il nous suffira ensuite de comparer les résultats de chacune de nos analyses et d'observer les constances et divergences. Ainsi, c'est une succession d'analyses synchroniques qui nous permettra de tirer des conclusions d'un point de vue diachronique⁶²⁷ et d'établir, par simple addition de « moments », la concordance sur une période de temps donnée de la ou des conceptions du concept de système juridique de la Cour avec celles de Kelsen, Hart, Raz et MacCormick identifiées en première partie⁶²⁸.

Bien sûr, toutes les décisions de la Cour ne comptent pas pour cette entreprise. Nous sommes seulement intéressés par les moments de l'histoire du droit de l'Union européenne où la jurisprudence de la Cour affirme le caractère distinctif du droit de l'Union par rapport au droit international ou au droit des États membres, car c'est dans ces instants qu'en effet, le droit de l'Union est compris comme un ordre ou système juridique⁶²⁹. Mais surtout, nous nous intéressons à ces instants en tant qu'ils sont des grands moments de la jurisprudence de la Cour. On peut les qualifier de « moments jurisprudentiels ».

Il importe de s'intéresser à leur *création* : ces moments jurisprudentiels sont conjointement produits, et par les organes d'application du droit, et par la doctrine qui en interprète et commente la teneur. Cela suppose, comme le remarque Antoine Vauchez, « *une compréhension sociologique de la "jurisprudence", non pas comme résultat d'un processus*

⁶²⁶ Notre analyse de l'argumentation n'a donc pas pour objectif d'évaluer le bien fondé ou la justesse morale des arguments choisis, elle n'entend pas suivre la voie ouverte par Robert Alexy, v. ALEXY R., *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford [England] : New York, N.Y., Clarendon Press ; Oxford University Press, 2010.

⁶²⁷ Sur la distinction entre les points de vue diachronique et synchronique, v. *supra* note n°43.

⁶²⁸ V. en conclusion de la première partie, le tableau page 110.

⁶²⁹ Conformément à ce qui a été expliqué en introduction, v. p. 7 et 8.

spontané de décantation, mais plutôt comme une fabrique sociale au sein de laquelle une certaine image de la jurisprudence prévaut et se maintient dans le temps »⁶³⁰. Ainsi, juge et doctrine, chacun contribue à la production d'un récit de ces moments, qui les situe dans un certain contexte, en suppose une certaine compréhension et surtout en consacre l'importance, de sorte que pour ces deux acteurs du champ juridique il s'est d'évidence passé *quelque chose*. Le récit de « ce qu'il s'est passé » porte à la fois sur la construction du droit (puisqu'il s'agit de jurisprudence) et sur la compréhension du droit par les acteurs évoluant dans le champ.

L'existence de ces moments offre une ressource importante pour l'analyse des concepts qui, comme celui de système juridique, sont à la fois des concepts *du* droit et des concepts *sur* le droit, c'est-à-dire respectivement mobilisés et par les organes d'application du droit et par les commentateurs du processus de l'application du droit⁶³¹. Ainsi, lorsqu'il est mobilisé au moyen de l'argument du système dans un « moment », le concept de système juridique acquiert une importance normative et cognitive : normative, car dès lors l'argument tiré de ce que le droit de l'Union est un système juridique devient un argument stratégique valide pour les « *opérateurs juridiques* »⁶³² ; cognitive, car dès lors se développe une compréhension du droit de l'Union en tant que système juridique dans le champ de la doctrine comme dans celui des acteurs de l'Union, et en particulier de la CJUE.

En outre, les moments qui importent dans la jurisprudence de la Cour sont identifiés par les acteurs évoluant dans le champ du droit de l'Union eux-mêmes. Ainsi, la doctrine dans de nombreux manuels recense traditionnellement les « grands arrêts »⁶³³, voire les « classiques »⁶³⁴ du droit de l'Union. De même la Cour, à travers son répertoire de jurisprudence notamment, met en avant des moments⁶³⁵. Les cas que nous choisissons d'analyser ici sont connus de tous et c'est précisément pour cette raison que nous les choisissons. Ils sont des moments jurisprudentiels, et nous en donnerons les raisons à chaque fois. Tous sont des cas où l'argument du système nous semble avoir suscité de nombreux débats.

⁶³⁰ VAUCHEZ A., « EU Law Classics in the Making Methodological Notes on Grands Arrêts at the European Court of Justice », *iCourts Working Paper Series*, 2016, n° 50.

⁶³¹ Nous discutons ces aspects dans le chapitre 4, v. p. 164s.

⁶³² V. introduction, p. 13.

⁶³³ BOUTAYEB C., Y. DAMOUN, et A. GUILLEMET, *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne: droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2014 ; GAUDIN H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et F. FINES (dir.), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Éditions Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2014, vol.1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne ; KARPENSCHIF M. et C. NOURISSAT, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne: les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2010.

⁶³⁴ MADURO M.P. et L. AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart, 2010.

⁶³⁵ V. introduction, p. 11.

Entendant tirer une conclusion d'un point de vue diachronique par la comparaison d'une série d'analyses synchroniques, nous choisissons délibérément de nous concentrer sur des périodes éloignées dans le temps l'une par rapport à l'autre. Ainsi, nous commencerons par analyser des moments pris au sein de la période, dite de « constitutionnalisation » des traités⁶³⁶, où dans les années 60 et 70 la Cour joue un rôle actif dans la construction de l'Union en tant qu'entité *sui generis* (**Titre 1**). C'est précisément dans cette première période qu'émerge l'argument du système. Puis, nous analyserons dans la jurisprudence récente des moments aux seins desquels l'argument du système contribue à raviver des débats nés de cette première période ainsi qu'à en alimenter de nouveaux (**Titre 2**).

⁶³⁶ V. *supra* note n°54.

Titre 1. L'argument du système dans la jurisprudence de constitutionnalisation des traités

Introduction

C'est à l'occasion de la période dite de « constitutionnalisation » des traités, dans les années 60 et 70, que sont notamment posés les grands principes de la relation entre l'alors droit communautaire et le droit des États membres. Parmi ceux-ci, figurent les bien connus principes de primauté et de l'effet direct du droit communautaire sur le droit interne. Deux « moments jurisprudentiels » se détachent en particulier sur ces questions : la survenance en 1963 du fameux arrêt de la Cour *Van Gend en Loos* ainsi que celle l'année suivante de l'arrêt *Costa E.N.E.L*⁶³⁷.

Ces deux arrêts de la jurisprudence de la CJUE⁶³⁸ sont incontestablement des « moments jurisprudentiels ». Ils alimentent encore aujourd'hui des débats sur la nature du droit de l'Union et de ses relations avec l'extérieur. Mais leur rôle dans le champ du droit de l'Union n'est pas que doctrinal, ils sont aussi des moments ayant contribué à la construction même du droit de l'Union. Les principes de primauté et de l'effet direct sont en effet ces composants dudit « acquis communautaire » que la Cour présente elle-même comme des parties de sa « *jurisprudence historique* », traduite dans toutes les langues de l'Union et transmise aux États nouvellement adhérents⁶³⁹.

Surtout, les moments « Van Gend en Loos » et « Costa » introduisent dans le discours de la Cour l'argument du système. Ils sont les premières pierres de ce récit de l'Union comprise comme une entité *sui generis* et dont le droit forme un tout distinct du droit des États membres. Ils ont à ce titre la valeur de mythes fondateurs et constituent par conséquent pour la présente étude des objets de prédilection.

Par ailleurs, ces deux moments se sont produits par l'intermédiaire de la procédure de question préjudicielle, laquelle a été un outil majeur de développement de la jurisprudence de la Cour. Il nous faut donc examiner son discours dans ce contexte particulier où la Cour est

⁶³⁷ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62 et CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64.

⁶³⁸ Alors « Cour de justice des Communautés européennes » (CJCE). Par commodité, nous préférons conserver le même acronyme tout au long de la présente étude, soit CJUE.

⁶³⁹ V. sur le portail électronique de la Cour à l'adresse : https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_14955/fr/ ; v. aussi *infra* note n°648.

tenue d'interpréter sans pour autant pouvoir appliquer le droit de l'Union⁶⁴⁰, ce qui nous le verrons a des incidences sur son argumentation.

Enfin, nous choisissons d'analyser deux moments distincts de seulement une année et produits par une Cour composée quasiment des mêmes juges⁶⁴¹, de sorte que nous puissions établir dans un premier temps sur une courte échelle de temps les probables ressemblances, mais aussi possibles divergences, entre les différentes conceptions du concept de système juridique exprimées dans les discours de mêmes locuteurs. Par ordre chronologique, nous commencerons par le moment « Van Gend en Loos » (**Chapitre 5**) puis aborderons ensuite le moment « Costa » (**Chapitre 6**).

⁶⁴⁰ Selon l'actuel article 267 TFUE, la Cour est alors compétente pour connaître de l'interprétation des actes du droit primaire et de l'interprétation ainsi que de la validité des actes du droit dérivé.

⁶⁴¹ La seule différence consiste en la présence du juge Riese dans le moment « Van Gend en Loos » et du juge Strauss dans le moment « Costa ». Dans les deux cas, la Cour est présidée par le juge Donner.

Chapitre 5. Le moment « Van Gend en Loos »

L'arrêt *Van Gend en Loos*⁶⁴² rendu par la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁴³ le 5 février 1963 figure au panthéon de la jurisprudence européenne⁶⁴⁴. Du point de vue de l'histoire du droit de l'Union, la doctrine aussi bien que la Cour en ont fait un moment jurisprudentiel : un point dans la trame d'un récit, définissant un avant et un après⁶⁴⁵. Ce récit complexe se compose en partie de l'idée selon laquelle le droit de l'Union européenne est une entité juridique distincte de toute autre et dont le fonctionnement ne doit être fonction que de la volonté d'organes de création et d'application du droit habilités par elle-même. C'est ce que nous avons appelé une compréhension du droit en tant qu'unité autonome, c'est-à-dire en tant qu'ordre ou système juridique⁶⁴⁶.

La construction du moment « Van Gend en Loos » a une origine double : le moment est à la fois produit par la Cour, organe suprême d'application du droit de l'Union, ainsi que par la doctrine qui en commente et systématise la jurisprudence. Cour et doctrine sont certes organiquement distinctes, mais elles sont toutes deux des acteurs qui évoluent dans un même champ du droit de l'Union et participent à la production d'un discours commun portant sur la nature de ce droit. Elles sont les deux origines de la construction d'un discours sur le droit de l'Union en tant que système juridique.

Aussi, le moment « Van Gend en Loos » a été isolé par la doctrine, qui en a abondamment commenté les ressorts et conséquences. Ce n'est qu'ensuite que la Cour elle-même contribuera à souligner la singulière différence de l'arrêt *Van Gend en Loos* : d'abord dans la présentation faite de sa propre jurisprudence (la première catégorie « ordre juridique » du répertoire de jurisprudence de la Cour⁶⁴⁷, ainsi que les 57 arrêts de sa jurisprudence historique⁶⁴⁸ incluent bien entendu l'arrêt *Van Gend en Loos*), puis dans la célébration du moment. L'arrêt *Van Gend en Loos* devient ainsi un moment situé dans un récit plus large, moment dont l'importance conduit à ce qu'en soit célébré l'anniversaire. En 2013, un colloque organisé à Luxembourg sous les auspices de la CJUE célébrait en effet le cinquantième

⁶⁴² CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62.

⁶⁴³ V. *supra* note n°638.

⁶⁴⁴ Dans les pages de ce chapitre, l'adjectif « européen(ne) » se rapporte exclusivement à l'Union européenne.

⁶⁴⁵ Cette compréhension du moment « Van Gend en Loos » nous semble très prégnante sous la plume de Hans Lindhal, v. LINDHAL H., « The Paradox of constituent power. The ambiguous self-constitution of the European Union », *Ratio Juris*, 2007, vol. 20, n° 4, p. 485-505.

⁶⁴⁶ V. introduction de la première partie, p. 27s.

⁶⁴⁷ V. sur le portail électronique de la Cour : http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/

⁶⁴⁸ Traduits depuis 2002 par un programme de la Commission (TAIEX) dans les nouvelles langues des adhésions, v. sur le portail électronique de la Cour : http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_14955/

anniversaire de l'arrêt⁶⁴⁹.

Lorsque le moment « Van Gend en Loos » est célébré, *ce qu'il s'est passé* est comme rejoué. Le décor à nouveau planté est l'occasion d'une nouvelle interprétation. Le jugement se fête alors à la manière d'un grand moment, qu'il s'agit d'abord de recréer, avant d'en identifier les « *retombées* » et d'en dégager les nouvelles « *perspectives* », comme si le moment était une ressource disponible en permanence pour penser le droit de l'Union⁶⁵⁰.

Cette construction du moment « Van Gend en Loos » opère dans une double perspective : c'est à la fois un point de départ pour une construction du droit de l'Union européenne en tant que système juridique, mais c'est aussi un point de rupture par lequel une construction doctrinale rencontre l'évolution du droit positif. Car en effet, l'affirmation par la Cour de ce que l'alors « Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international »⁶⁵¹ succède chronologiquement à la construction doctrinale de l'Union en tant qu'entité *sui generis* distincte du droit international classique. De récents travaux d'archives ont d'ailleurs permis d'identifier clairement comment la dite « révolution *Van Gend en Loos* » a été construite en amont, notamment par le Service juridique de la Commission⁶⁵².

La construction du droit l'Union en tant que système juridique ne peut pas être figée, et c'est précisément ce qu'a de remarquable le moment « Van Gend en Loos » : en figeant un processus continu, il opère un mouvement inverse ; il fait d'une étape du récit un mythe qui le résume. En même temps, il est un point du récit qui en assure constamment le renouvellement, soit une ressource disponible pour l'argumentation juridique. En outre, la Cour introduit un nouvel argument dans le moment « Van Gend en Loos » : l'argument du système, lequel devient dès lors un argument juridique valide, soit une ressource stratégique supplémentaire pour l'argumentation juridique.

Pour saisir ce qu'exprime l'argument du système quant à la nature du droit de l'Union et de ses relations avec le droit des États membres, nous verrons dans un premier temps le contexte au sein duquel il émerge et nous analyserons les inférences qu'opère la Cour au moyen de cet argument (**Section 1**). Puis, sur la base de ces inférences, nous pourrions identifier les grandes lignes de la conception du concept de système juridique qu'a la CJUE dans le moment « Van Gend en Loos » (**Section 2**).

⁶⁴⁹ UNION EUROPÉENNE, COUR DE JUSTICE, A. TIZZANO, J. KOKOTT, et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013.

⁶⁵⁰ Ces expressions sont respectivement les titres des seconde et troisième séances de travail du colloque célébrant l'anniversaire du moment « Van Gend en Loos », v. *Ibid.*

⁶⁵¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 23.

⁶⁵² RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

Section 1. Contexte d'émergence et analyse de l'argument du système

L'arrêt *Van Gend en Loos* porte sur une double question préjudicielle posée par la *Tariefcommissie*, tribunal administratif néerlandais de dernier ressort statuant en matière de contentieux fiscal. Elle est posée au titre de l'alors article 177 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE). La question est soulevée par la société demanderesse Van Gend en Loos dans un litige fiscal l'opposant à l'administration néerlandaise. La société, domiciliée aux Pays-Bas, importait depuis la république fédérale d'Allemagne des produits chimiques soumis à un droit de douane dont le taux est passé de 3% à 8% suite à l'entrée en vigueur en 1960 d'une nouvelle nomenclature, soit trois ans après le Traité de Rome instituant la CEE. C'est contre l'augmentation de ce taux que la société demanderesse s'adresse à l'administration fiscale néerlandaise, laquelle rejette la réclamation. Van Gend en Loos saisit la *Tariefcommissie* contre ce rejet qui, sans statuer sur le fond, décide de saisir la CJUE (alors CJCE⁶⁵³) sur la base de l'argumentation portée par la demanderesse.

L'argumentation développée par Van Gend en Loos soulève une question dont la réponse importe particulièrement, notamment suite à de précédentes saisines de la Cour par des tribunaux néerlandais sur des questions préjudicielles portant sur le même objet. La question était donc attendue, et par les institutions des États membres et par celles de l'UE, tout comme par les milieux académiques⁶⁵⁴. C'est aussi en tenant compte de ses multiples destinataires qu'il faut lire la réponse de la Cour.

C'est dans les justifications de sa réponse à la première des deux questions préjudicielles posées par la *Tariefcommissie* que la Cour recourra à l'argument du système. Nous verrons en outre que les inférences normatives que l'argument du système permet d'opérer ne peuvent être comprises qu'à l'aune d'une analyse et de la question posée, et de la réponse apportée.

Notre thèse se résume à deux points : d'une part la construction de la première question préjudicielle et sa reformulation par la CJUE crée une situation argumentative propice à l'émergence de l'argument du système (I) ; d'autre part, le choix fait par la Cour de recourir à l'argument du système est le produit d'une stratégie argumentative contrainte par des ressources argumentatives alors limitées (II). L'argument du système est l'une d'entre

⁶⁵³ V. *supra* note n°638.

⁶⁵⁴ RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

elles.

I. Une situation argumentative propice

Le point de départ ayant donné naissance à une question préjudicielle est expliqué dans l'argumentation développée par la société Van Gend en Loos. Celle-ci prend pour appui l'article 12 du Traité CEE, en vertu duquel « *les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droit de douane à l'importation et à l'exportation [...]* »⁶⁵⁵. Or, grevant l'importation d'un droit de douane de 8% et non plus de 3% alors qu'en 1960 le Traité CEE est en vigueur, les Pays-Bas, par l'intermédiaire de l'administration fiscale néerlandaise, auraient violé l'article en question.

La question préjudicielle est donc en apparence simple : l'augmentation litigieuse viole-t-elle l'article 12 CEE ? Mais la question est en fait double, car elle suppose au préalable d'accepter la prémisse selon laquelle la société Van Gend en Loos est bien fondée à se prévaloir devant les tribunaux de l'illégalité d'une décision la concernant au regard d'un article du Traité CEE. En d'autres termes, l'argument de la violation de l'article 12 CEE doit-il être reçu par la Tariefcommissie – est-il invocable ?

Il est remarquable de constater que cette question préalable n'est jamais formulée ainsi, c'est-à-dire relativement et à la mesure du litige par lequel elle survient. En outre, la Tariefcommissie la formule à un degré de généralité plus élevé : il ne s'agit pas de savoir si la Tariefcommissie est tenue de recevoir l'argument de l'article 12 CEE, mais plutôt « *si l'article 12 du Traité CEE a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder* »⁶⁵⁶. Ce faisant, la question de la Tariefcommissie, telle que retranscrite par la CJUE, opère par inférence inductive : du cas, *singulier* et portant sur la recevabilité d'un moyen relatif à la légalité interne d'une décision, se dégage la question *des droits des justiciables* (au pluriel), au sein d'une problématique que la Tariefcommissie dégage tout en la définissant, à savoir l'effet interne d'une disposition du Traité.

S'opère ainsi dans le discours juridictionnel un glissement, qui passe pour être logique. Le cas singulier est subsumé sous un cas général, qui le contiendrait donc déjà. Pourtant, la question qui se pose a changé : il ne s'agit plus de savoir si la hausse du taux de la taxe en question est ou non conforme aux prescriptions de l'article 12, mais de savoir s'il existe un

⁶⁵⁵ Article 12 CEE, tel que résultant du Traité de Rome du 25 mars 1957.

⁶⁵⁶ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 219.

« effet interne » qui conférerait des « droits individuels ». L'enjeu est désormais de taille, comme le relève dans son argumentation la Commission⁶⁵⁷ ainsi que l'avocat général dans ses conclusions⁶⁵⁸, tous deux bien conscients des possibles répercussions de l'affaire.

Ce glissement est le produit d'une situation argumentative sur laquelle pèse des contraintes juridiques, c'est-à-dire produites par des normes juridiques⁶⁵⁹. Dans le cadre de la procédure de question préjudicielle de l'article 177 CEE, l'alinéa 1 dispose que la Cour n'est compétente que pour statuer sur l'interprétation du Traité, non sur son application. Le caractère fictif de cette distinction entre « interprétation » et « application », qui repose sur des présupposés intenable, nous semble évident dans la réponse que formule la Cour à la seconde question préjudicielle, réponse qui ne laisse en effet aucune marge de manœuvre à une Tariefcommissie qui de toute évidence, sur pareille base, ne pourra donner raison à l'entreprise *Van Gend en Loos*.

Mais quand bien même fictive, cette distinction n'en produit pas moins des effets. Aussi, il nous semble que le glissement opéré est dû à une situation argumentative où juges nationaux et CJUE sont contraints par le Traité de détacher la question de l'interprétation d'une disposition, de celle de son application, soit de détacher du cas litigieux une question qui s'en trouve comme réifiée, ou pour le dire de façon plus triviale : de détacher *le problème du problème*. C'est ce détachement qui permet la reformulation de la question, soit la requalification du cas, de sorte que peut se poser la question que tout le monde attend : l'article 12 CEE a-t-il un effet direct ?

Toutefois, ici encore la question est double comme l'atteste l'argumentation des parties. Et ce sera celle suivie par la Cour. Savoir si l'article a ou non un effet direct, implique au préalable de savoir si le Traité CEE *peut* avoir un effet direct. Et dans l'affirmative, il faut établir dans quelles conditions. Auquel cas, l'article 12 les remplit-il ? Il faut s'arrêter sur ce mode de raisonnement qui, pour répondre à une question, remonte à une seconde plus générale et dont la réponse permettra déductivement de répondre à la première. La construction de la question procède par induction, c'est-à-dire que la question de l'effet direct du Traité est induite à partir de celle de l'article 12, alors qu'au contraire le raisonnement justifiant la réponse, tel qu'il apparaît dans le discours de la Cour, est lui déductif⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

⁶⁵⁸ Conclusions de l'avocat général Karl Roemer du 12 décembre 1962.

⁶⁵⁹ TROPER M., V. CHAMPEIL-DESPLATS, et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit. ; BRUNET P. et V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie des contraintes juridiques face aux théories des sources du droit », op. cit., p. 385-425.

⁶⁶⁰ Et reproduit ainsi le modèle logico-déductif du syllogisme judiciaire décrit fameusement par WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, op. cit. C'est ce modèle qui est appliqué à la jurisprudence de la CJUE par

Ce raisonnement nous semble reproduire le mécanisme de la hiérarchie des normes tel que décrit par Hans Kelsen⁶⁶¹ : pour établir le contenu des prescriptions d'une norme N_1 , il faut établir celui de sa norme supérieure N_2 , de sorte que toute interrogation sur le contenu de N_2 remonte à N_1 , dont le contenu permettra de déduire celui de N_2 . Ces constructions sont bien connues : elles sont celles que présuppose le syllogisme judiciaire.

Construction inductive de la question	N_2 (art. 12 CEE) \rightarrow N_1
Construction déductive de la réponse	$N_1 \rightarrow N_2$ (art. 12 CEE)

Ainsi préparé, le terrain est idéal pour qu'émerge l'argument du système. Car quelle norme hiérarchiquement supérieure à l'article 12 CEE permet de savoir si ses dispositions peuvent avoir un effet direct ? Aucune. Et lorsqu'il n'est plus possible de remonter dans la hiérarchie des normes, il ne reste pour l'interprète qu'à en appeler à la nature de l'ensemble qu'elles forment, soit à ce que la Communauté européenne par son Traité *est*, à savoir « *un nouvel ordre juridique de droit international* »⁶⁶², de sorte que c'est le caractère d'ordre ou système juridique lui-même qui permet d'établir si oui ou non l'article 12 du Traité CEE a un effet direct dans le droit interne des États membres. Cette construction n'est bien entendu qu'une fiction : le système juridique ne dit rien d'autre que ce que veut lui faire dire son interprète « authentique » (c'est-à-dire ayant le dernier mot), en l'occurrence la CJUE.

II. Un choix argumentatif dans des ressources limitées

La Cour répondra à une courte majorité par l'affirmative dans la première partie de son dispositif : « *L'article 12 du traité [...] produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* »⁶⁶³.

Pour ce faire, la Cour suit l'argumentation développée par la Commission, ce qui ne doit pas étonner dans la mesure où c'est son Service juridique d'alors qui a précisément préparé la « révolution » Van Gend en Loos en amont⁶⁶⁴. Cette paternité de l'argumentation

BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*

⁶⁶¹ V. chapitre 1, p. 33.

⁶⁶² Les parties pertinentes de l'arrêt sont reproduites en annexe, v. CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, annexe n°1, p. 219-221.

⁶⁶³ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 25.

⁶⁶⁴ RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

se remarque notamment dans l'« intérêt »⁶⁶⁵ pour le cas que souligne la Commission par l'intermédiaire de la Cour, toutes deux bien conscientes de l'enjeu.

Pour comprendre les choix argumentatifs de la Cour dans le moment « Van Gend en Loos », il faut identifier au préalable les ressources argumentatives dont elle dispose. La solution voulue par la Cour est la même que celle de la Commission : arriver à la conclusion que les dispositions du Traité CEE peuvent avoir des effets immédiats en droit interne. Les stratégies argumentatives suivies, qu'illustre le choix des arguments, sont toutefois distinctes. En analysant d'abord les choix faits par les parties (A), et en particulier ceux de la Commission⁶⁶⁶, tels que ceux-ci apparaissent dans la reconstruction qu'en opère la Cour⁶⁶⁷, nous pourrions identifier une étendue des possibles élargie, laquelle permettra notamment d'expliquer les choix argumentatifs faits par la Cour en fonction de ceux qu'elle choisit de ne pas faire.

La Cour se trouve dans une situation argumentative complexe, qui ne peut être comprise qu'en fonction de la solution voulue pour le cas et des ressources argumentatives dont elle dispose (B). C'est cette situation qui, de notre avis, permet d'expliquer le recours par la Cour à l'argument du système. En outre, nous verrons que celui-ci n'est pas utilisé pour produire les mêmes inférences dans l'argumentation de la Cour et dans celle de la Commission.

A. Les stratégies argumentatives des parties

Pour la Commission, la situation est également complexe. Telle que sa stratégie argumentative apparaît dans la reconstruction de son argumentation opérée par la Cour, le choix de la Commission est clair : il faut pouvoir démontrer « *que le fait qu'une règle communautaire soit, en la forme, destinée aux États ne suffit pas à dénier aux particuliers, qui y ont intérêt, le droit d'en requérir l'application* »⁶⁶⁸. Cette stratégie est le moyen pour la Commission d'arriver à la solution qu'elle souhaite pour le cas : le Traité *doit* pouvoir avoir un effet direct en droit interne. Mais l'obstacle est de taille : l'énoncé de l'article 12 CEE ne vise que les États membres. Le moyen d'atteindre la solution voulue consiste donc à inclure dans la signification de l'article 12 ce que son énoncé ne désigne pas, à savoir les droits individuels des justiciables.

⁶⁶⁵ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

⁶⁶⁶ Nous faisons un usage extensif du mot « parties » par lequel nous entendons désigner l'ensemble des acteurs ayant présenté des observations devant de la Cour.

⁶⁶⁷ Bien entendu, nous sommes tenus de nous fier à la présentation que fait la Cour de l'argumentation des parties.

⁶⁶⁸ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

Pour cela, la Commission dispose de peu de ressources argumentatives : aucune occurrence des expressions « justiciables » ou « droits individuels » dans l'ensemble du Traité⁶⁶⁹. La situation argumentative de la Commission est donc complexe en ce sens qu'elle dispose de peu de ressources argumentatives pour suivre sa stratégie.

Les parties adverses quant à elles – soit l'ensemble des gouvernements des États membres ayant soumis des conclusions à la Cour – plaident que l'article 12 peut avoir des effets internes. En ce sens, il obligerait les États et rien que les États, mais il ne pourrait pas être invoqué par les justiciables car ses effets, bien qu'internes, ne seraient pas immédiats. Quoiqu'il en soit d'ailleurs, déterminer la nature des effets de l'article 12 « *n'entre pas dans les compétences de la Cour* »⁶⁷⁰, plaide le gouvernement des Pays-Bas.

La structure du raisonnement des gouvernements est simple : d'une analyse de la nature de l'article 12 et de l'intention des parties déduite de sa lettre (« *obligation internationale* », selon le gouvernement allemand, qui « *n'oblige que les États membres* », selon le gouvernement néerlandais, et qui n'est « *pas une norme juridique de caractère générale* » selon le gouvernement belge⁶⁷¹) se déduit la nature des effets en droit interne : directs, mais non immédiats. Et c'est précisément parce que le raisonnement des États membres ne conclut pas à l'effet immédiat que ses prémisses ne sont tirées que de l'énoncé normatif de l'article 12.

Afin de contrer cet argument et, d'une manière générale, le problème de l'énoncé de l'article 12 qui ne dit pas explicitement ce qu'elle entend lui faire dire, la Commission recourra à ladite théorie de l'acte clair. La structure de l'argument de l'acte clair se résume à peu de choses : les dispositions d'un traité international créant des obligations suffisamment claires et précises, ou inconditionnelles et non équivoques, doivent être appliquées directement en droit interne sans besoin de transposition préalable par les organes d'application et de création du droit interne. Cela suggère une représentation moniste, plutôt que dualiste⁶⁷², des relations entre droit international et droit national, mais surtout : cela implique qu'un Traité *puisse* avoir des effets directs et immédiats, et donc *de facto* s'imposer aux organes juridiques des parties signataires au Traité.

Il s'agit donc d'un puissant outil rhétorique pour faire signifier à quelconque énoncé normatif ce qui n'y est pas dit explicitement, en s'appuyant sur l'ensemble auquel il appartient.

⁶⁶⁹ À l'exception de l'article 3 du Protocole sur le statut de la Cour de Justice où « justiciable » est employé comme adjectif, et non comme substantif, dans un énoncé sans rapport concernant l'immunité de juridiction des juges de la Cour.

⁶⁷⁰ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 16.

⁶⁷¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. Rec., p. 17.

⁶⁷² Sur la distinction « monisme » et « dualisme », v. p. 262.

C'est d'ailleurs pourquoi la Cour elle-même l'empruntera. Dès lors, l'enjeu se situe sur un terrain argumentatif en-dehors du strict énoncé de l'article 12, afin d'atteindre l'objectif argumentatif devenu essentiel : comment le Traité CEE peut-il avoir un effet direct ?

La seule stratégie argumentative possible consiste à établir une hiérarchie interne au Traité et de se référer, lorsqu'il n'est plus possible de remonter dans la hiérarchie des normes, à la nature de l'ensemble qu'elles forment. Dans ce contexte, l'argument de l'effet direct implique donc de penser le droit communautaire comme formant un ensemble singulier, et conduit à bâtir des arguments tirés de la considération de ce que ce droit est bien un ensemble singulier.

C'est particulièrement le cas dans les choix argumentatifs faits par la Commission. Voici, tel qu'il apparaît dans la décision de la Cour⁶⁷³, le raisonnement emprunté afin de justifier sa réponse positive à la première question préjudicielle relative à l'effet interne des dispositions de l'article 12 CEE :

- (§.A) Recours à une méthode d'interprétation systématique : « *analyse de la structure juridique du traité et de l'ordre juridique qu'il institue* », première ressource argumentative utilisée.

La conjonction de coordination « et » pourrait ne pas être pas innocente et suggérer que « structure juridique du traité » et « ordre juridique institué » sont distincts. Si l'on s'en tient toutefois à une définition minimaliste où « ordre juridique » dénote le tout organisé des parties qui sont des normes et/ou institutions juridiques, alors le Traité précède ces normes et/ou institutions puisqu'il les *institue*. Ce que la structure du Traité a de juridique est donc nécessairement présupposé puisque ne découlant ni des normes ni des institutions composant l'ordre juridique.

- (§.B) De cette analyse, déduction de l'intention *interprétée*⁶⁷⁴ des parties et première conclusion : institution d'un « *droit communautaire* »⁶⁷⁵.

L'argument de la Commission nous semble creux : que pourrait instituer un ordre juridique institué par un Traité si ce n'est du droit ? En réalité, les références à la structure du Traité, à l'ordre juridique ou encore au caractère de droit sont à prendre ensemble comme formulant toute une même prémisse : le caractère nécessairement contraignant des dispositions du Traité.

- (§.C) Sur cette base, création d'une norme générale : « *le droit communautaire doit*

⁶⁷³ Cf. Annexe n° 1, p. 220.

⁶⁷⁴ On sait que l'intention véritable des États membres est toute autre que celle interprétée par la Cour du moment « Van Gend en Loos », v. RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

⁶⁷⁵ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

recevoir une application effective et uniforme dans l'ensemble de la Communauté ».

En d'autres termes, puisque c'est du droit communautaire qui est institué, celui-ci doit être effectif. L'argument présuppose que droit et effectivité ne peuvent aller que de paire.

- (§.D) Sur cette base, seconde conclusion : c'est précisément *parce que* le droit communautaire doit recevoir une telle application que c'est aux organes juridiques qu'il institue de déterminer son effet en droit interne et que les juges nationaux sont tenus d'appliquer le droit communautaire, qui prévaut. La CJUE se trouve ainsi dotée de la compétence juridique de déterminer l'effet des dispositions du Traité, et les organes juridiques des États membres se trouvent contraints de « *faire prévaloir les règles du droit communautaire sur les lois nationales contraires* »⁶⁷⁶.
- (§.E) Enfin, recours à la théorie de l'acte clair : l'article 12 est « *susceptible d'application effective par le juge national* »⁶⁷⁷ car son énoncé est clair et complet.

Le cœur de l'argumentation de la Commission tient donc dans son recours à l'effectivité des dispositions du Traité, qui ne formeraient plus un « ordre juridique » ou un « droit communautaire » si ses normes ne pouvaient être effectives. Effectivité et caractère d'ordre juridique vont de paire, nous y reviendrons.

Il est intéressant de noter que dans ses conclusions, l'avocat général arrivera précisément à la conclusion inverse sur la base des mêmes prémisses : soit la même stratégie argumentative pour atteindre une solution opposée, et conclure que l'article 12 a un effet direct qui oblige les États membres, mais pas d'effets immédiats en ce sens qu'il serait invocable par les justiciables devant le juge national, au risque sinon d'une atteinte à l'uniformité et l'effectivité du droit communautaire⁶⁷⁸. Pour ce faire, l'avocat général se réfère pareillement à la nature du Traité CEE et à la volonté des parties signataires. On voit ainsi que l'ensemble dit ce que son interprète veut lui faire dire. En définitive, il n'a que la voix de son maître, celle de la Cour.

B. La stratégie argumentative de la Cour

La construction par la Cour de sa réponse à donner à la première question posée commence par une reformulation de celle-ci. Alors que le tribunal néerlandais s'interroge sur l'« *effet interne* » qu'il définit par les trois conséquences normatives qui s'y attacheraient (création de droits individuels ; droits invocables devant le juge national ; juge contraint de les

⁶⁷⁶ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

⁶⁷⁷ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 220.

⁶⁷⁸ Notons que l'avocat général Karl Roemer utilise les termes « internes » et « directs » pour désigner respectivement les caractères directs et immédiats que nous évoquons, v. *supra* note n°658.

sauvegarder), la Cour choisit quant à elle de se demander si l'article 12 a un « *effet immédiat* », expression qu'elle définit par les trois mêmes conséquences normatives.

Le choix des mots est ici un véritable enjeu qui a tout à voir avec l'argumentation développée par les États membres. Ces derniers se réfèrent précisément à la différence entre effets immédiats et effets directs pour justifier un schéma dualiste où le droit communautaire obligerait seulement les États et ne saurait donc créer *immédiatement* des droits pour les justifiants.

Par conséquent, lorsque la Cour se réfère à « effet immédiat » plutôt qu'à l'expression « effet interne » employée par le juge de renvoi, celle-ci brise toute la pertinence d'une partie de l'argumentation des États membres. Dans le discours de la Cour, « effet interne » et « effet immédiat » ont strictement la même signification, étant admis que la signification de ces expressions est donnée par les inférences qu'elles permettent d'opérer.

Sur cette base, on voit que l'objectif argumentatif de la Cour est de parvenir à créer une norme qui prendra la forme suivante :

Si « effet interne » ou « effet immédiat »	→ alors trois conséquences normatives.
--	--

La réponse affirmative de la Cour à la première question est surprenante : l'article 12 « *produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* ». Le dispositif ne précise pas que les justiciants peuvent invoquer ces droits devant le juge national à l'encontre de la décision d'un organe juridique nationale. Nous avons vu pourtant que la question, telle que reformulée par la Cour, attache trois conséquences normatives à « effet immédiats ». La réponse n'en attache plus que deux. Pourtant, l'effet d'une disposition de droit communautaire qui oblige en droit interne tout organe d'application du droit a pour conséquence pratique, précisément, que les justiciants peuvent invoquer ladite disposition devant le juge national. Seulement, la Cour ne le dit pas. Mais le souhaite-t-elle ? Car le dire, c'est obliger le juge national à recevoir un moyen de légalité fondé sur le droit communautaire à l'encontre d'une décision nationale. Or, si un autre moyen fondé cette fois-ci sur le droit national conduit à la conclusion inverse à l'égard d'une même décision, le juge national devra trancher et donc décider lequel des deux moyens prime l'autre. De notre avis, la CJUE entend laisser cette marge de manœuvre au juge national, lequel est tenu de sauvegarder les droits individuels et non pas (encore) de faire systématiquement prévaloir le droit communautaire sur le droit national, comme le préconisait

la Commission⁶⁷⁹.

Par ailleurs, indépendamment du nombre des conséquences normatives attachées à « effet immédiat », la réponse de la Cour appelle une remarque importante : sur la base d'un même énoncé normatif, l'interprétation de la Cour produit ce que l'on peut appeler une chaîne normative à deux étapes. Dans un premier temps, la Cour attribue à l'article 12 la signification d'un acte qui produit des effets immédiats. Dans un second temps, ces effets immédiats doivent être compris comme *conférant* des droits individuels aux ressortissants européens et comme *contraignant* les juges nationaux qui sont par conséquent tenus de les sauvegarder. Cette chaîne normative peut être schématisée de la façon suivante :

Article 12	→ Effets immédiats	→ création de droits individuels au profit des justiciables
		→ juge national tenu de sauvegarder ces droits

Si l'on s'en tient à l'examen de ce qui a pu être appelé ailleurs la « *rationalité interne de la décision* »⁶⁸⁰, laquelle postule que la solution apportée par la Cour est la conclusion de prémisses nécessaires et suffisantes qui la justifient, nous pouvons reconstituer la solution donnée par la Cour comme la conclusion d'un syllogisme dont la prémisse majeure **P_m** est la suivante :

P_m : si les conditions **C** réunies dans les dispositions **D** du Traité → alors les dispositions **D** ont la signification d'une norme produisant des effets immédiats.

Cette prémisse majeure revêt la forme d'une norme juridique. Elle est celle nécessaire que doit présupposer la Cour dans son discours pour arriver à la conclusion que l'article 12 produit des effets immédiats. On remarque ainsi que la CJUE, saisie d'une question préjudicielle, ne fait pas qu'interpréter les dispositions du Traité : en dépit de l'alors article 177 du Traité, elle en dégage également des normes, qu'elle applique ensuite. En l'occurrence, cette prémisse majeure est une norme générale que la Cour *applique* à l'article 12 du Traité CEE.

Il est remarquable de constater que cette prémisse majeure n'est jamais explicitement formulée. Elle est une norme implicite, qui est présupposée dans le raisonnement. Sans doute est-ce pour cela que cet aspect de l'arrêt *Van Gend en Loos* a été le plus commenté en doctrine. Or, c'est précisément dans la construction de cette prémisse majeure que la Cour mobilise l'argument du système. Il est donc essentiel de s'y arrêter. Cet argument est une ressource

⁶⁷⁹ Ce sera le cas l'année suivante avec l'arrêt CJUE, 15 juillet 1964, *Costa E.N.E.L.*, C-6/64, v. p. 242s.

⁶⁸⁰ WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, op. cit., p. 210-211.

argumentative du discours, afin de justifier *a posteriori* que les dispositions du Traité CEE *doivent pouvoir* produire des effets immédiats en droit interne.

Pour construire la prémisse majeure, la Cour opte pour une stratégie argumentative qui peut être décomposée en diverses étapes si nous nous tenons au déroulement de ses justifications tel qu'il apparaît dans son discours⁶⁸¹ :

1. Interprétation de ce qu'est le Traité :

- Recours à une méta-norme assurant une fonction de « *directive d'interprétation de deuxième niveau* »⁶⁸² : pour savoir si les dispositions d'un Traité ont un effet immédiat en droit interne, il faut se référer à « *l'esprit, l'économie et les termes* »⁶⁸³ dudit Traité. C'est le recours classique aux méthodes d'interprétation historique, téléologique, systématique et littérale⁶⁸⁴. La construction de cette méta-norme par la Cour repose au moins sur deux présupposés : sa validité est extra-communautaire puisqu'elle vaudrait pour *tout* traité international, le traité CEE est un système cohérent dont il est possible d'établir *un* (et non pas *des*) esprit, *une* économie et *un* objectif.
- Résultat de l'interprétation : ce que le traité CEE *est*. En l'espèce, il « *concerne directement les justiciables de la Communauté [...] vise les peuples [...] affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens [...] appelés à collaborer* »⁶⁸⁵.
- Appel à l'intention des États signataires, interprétée par la Cour, pour corroborer ce qu'est le traité : « *les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions [nationales]* »⁶⁸⁶. Nous savons aujourd'hui que cette prémisse factuelle est fautive⁶⁸⁷, elle n'en produit pas moins des effets.

2. Première déduction : de ce qu'est le Traité, la Cour déduit que la Communauté « *constitue un nouvel ordre juridique de droit international* »⁶⁸⁸.

3. Seconde déduction et construction de la prémisse majeure : le droit communautaire engendre pour les particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir devant les juridictions internes. On remarque ainsi, au passage, que c'est chacune des dispositions

⁶⁸¹ Cf. Annexe n°1, p. 221.

⁶⁸² WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁸³ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁶⁸⁴ Sur ces différentes méthodes d'interprétation, on peut notamment consulter WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, *op. cit.* ; ATIENZA M., *El derecho como argumentación*, *op. cit.* Sur le mélange de ces méthodes dans la jurisprudence de la Cour, v. BENGOTXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, *op. cit.*

⁶⁸⁵ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

⁶⁸⁷ RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

⁶⁸⁸ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

du droit communautaire qui peut avoir un effet direct. Ce faisant, la Cour se crée le pouvoir de décider des conditions dans lesquelles les dispositions produisent ou non des effets directs.

4. Construction d'une « directive d'interprétation de premier niveau »⁶⁸⁹, permettant d'établir si oui ou non l'article 12 produit des effets immédiats, soit les conditions C de la prémisse majeure **P_m** : attribution explicite de droits par les textes, ou contrepartie nécessaire à des obligations claires et précises (théorie de l'acte clair).

Sur cette base, il est possible de reconstruire schématiquement les inférences que permet d'effectuer l'utilisation de l'argument du système (comprise comme un recours au concept de système juridique⁶⁹⁰). Soit le schéma :

1. Ce qu'est le Traité (conditions A)
2. Conclusion A : « *qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ; que, partant, le droit communautaire [...]* »⁶⁹¹ :
3. Conclusion B, soit la prémisse majeure.

On voit ainsi que la conclusion A fournit les conditions de la conclusion B. Soit le schéma inférentiel suivant :

Conditions A → Conclusion A = « la Communauté constitue un ordre juridique » ;
 « La Communauté constitue un ordre juridique » = Conditions B → Conclusion B.

Dans cette configuration, le concept de système juridique employé dénote ce qui a pu être appelé ailleurs un « *concept normatif intermédiaire* »⁶⁹².

Conditions	→ Concept de système juridique →	Conclusions
------------	----------------------------------	-------------

⁶⁸⁹ WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law, op. cit.*, p. 94.

⁶⁹⁰ Où la présence du concept de système juridique se repère à l'occurrence de l'argument du système, v. SARTOR G., « The nature of legal concepts : inferential nodes or ontological categories ? » in AJANI G., G. PERUGINELLI, G. SARTOR, et D. TISCORNIA (dir.), *The multilanguage complexity of European law : methodologies in comparison*, Florence, European Press Academic Publishing, 2007, p. 41-75. C'est cela que nous avons expliqué dans la conclusion de la première partie, v. p. 185.

⁶⁹¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁶⁹² SARTOR G., « Understanding and applying legal concepts : an inquiry on inferential meaning » in HAGE J.C. et D. von der PFORDTEN (dir.), *Concepts in law, op. cit.*, p. 38.

L'argument du système est donc mobilisé en tant que concept normatif intermédiaire. Il se présente comme un argument déduit à partir d'autres, et qui permet d'en déduire de nouveaux. Son emploi dans le discours de la Cour est donc plus complexe que dans celui de la Commission où il n'est que ressource de laquelle opèrent des déductions en cascades. En somme, l'argument peut être employé pour opérer tout type d'inférence, en fonction de l'objectif voulu et des choix argumentatifs faits.

Comme on l'a expliqué⁶⁹³, l'argument du système instancie dans le discours du droit le concept de système juridique. Son occurrence présuppose donc qu'un droit particulier ou le droit en général est compris comme une unité autonome, c'est-à-dire comme un ensemble de normes et/ou institutions juridiques déterminant elles-mêmes le principe de leurs relations avec l'extérieur. C'est en ce sens qu'il est permis de dire que l'argument du système constitue un recours argumentatif par lequel la Cour, tout comme la Commission que sur ce point elle suit, déduit de la nature juridique de la Communauté le principe de ses relations juridiques avec les États membres. Le recours est argumentatif, c'est-à-dire qu'il a pour fonction de justifier une décision particulière.

Sur la base des inférences normatives opérées par la Cour dans le moment « Van Gend en Loos », nous pouvons à présent identifier quelle est sa compréhension du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique, quelles caractéristiques elle lui prête, ou pour le dire autrement : sa conception du concept de système juridique.

Section 2. Conception du concept de système dans le moment « Van Gend en Loos »

Dans son fameux article intitulé « Tûtû »⁶⁹⁴, Alf Ross analyse les conditions dans lesquelles l'expression linguistique « Tûtû » est employée par une tribu d'îles du Pacifique Sud ainsi que les conséquences tirées de l'emploi de cette expression. Comme dans notre exemple de l'argument du système dans le moment « Van Gend en Loos », « Tûtû » est employée comme un concept normatif intermédiaire. Alf Ross ajoute que l'expression ne renvoie à aucun objet réel, qu'elle n'a pas de référent dans la réalité. Il explique que sa signification n'est par conséquent pas référentielle mais inférentielle, c'est-à-dire contenue dans les conditions qui permettent d'inférer l'expression ainsi que les conclusions que cette

⁶⁹³ V. conclusion de la première partie, v. p. 185.

⁶⁹⁴ ROSS A., « Tûtû », *op. cit.*

expression permet d'inférer⁶⁹⁵.

La méthode de l'analyse inférentielle que nous appliquons ne suit pas exactement le schéma d'Alf Ross. En effet, nous avons expliqué que le recours à l'argument du système, quelles que soient les inférences opérées avec, renvoie à une compréhension de l'objet « droit » en tant que système juridique⁶⁹⁶. L'argument instancie donc dans le discours de la CJUE le concept de système juridique. Et l'analyse des inférences opérées avec cet argument nous permet d'identifier les caractéristiques de cette compréhension du droit en tant que système juridique, soit la conception du concept que mobilise la Cour dans un moment particulier.

Dans le moment « Van Gend en Loos », l'argument du système opère à la façon d'un concept normatif intermédiaire. Nous en avons analysé les inférences. Celles-ci donnent les indices révélateurs de la compréhension qu'à la Cour de l'alors droit communautaire en tant que système juridique. Elles fournissent deux grandes caractéristiques de la conception de la Cour : de ce que la Communauté est un ordre ou système juridique, est déduit ce que doivent être ses relations avec les États membres⁶⁹⁷, à savoir des relations où peut s'appliquer un principe d'effet direct du droit communautaire sur le droit interne. La conception du concept de système juridique de la Cour porte donc sur ce qu'est le système juridique de l'UE, ou SJUE (I), ainsi que sur ce que doivent être ses rapports avec les systèmes juridiques des États membres, ou SJEMs (II).

I. Ce qu'est le système juridique de l'Union européenne (SJUE)

Tout d'abord, il apparaît qu'avec la formule « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international* »⁶⁹⁸, la Cour mobilise l'argument du système pour différencier le droit communautaire d'une part du droit des États membres, et d'autre part du droit international. Nous allons en expliquer les raisons.

Dans le discours de la Cour, le droit communautaire est certes compris comme tout ordre juridique de droit international puisque que s'y applique une méta-norme qui vaut pour tout traité international, à savoir la directive d'interprétation de deuxième niveau identifiée plus haut⁶⁹⁹. En effet, l'affirmation selon laquelle un traité doit être interprété d'une certaine

⁶⁹⁵ Sur ces points, on peut consulter BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *op. cit.*

⁶⁹⁶ V. conclusion de la première partie, v. p. 185.

⁶⁹⁷ C'est ce que nous caractériserons plus loin comme étant le « coup du système », v. chapitre 8, p. 305s.

⁶⁹⁸ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁶⁹⁹ V. p. 208.

façon, et cela indépendamment de la solution voulue pour le cas (effet direct ou non des dispositions), implique que le Traité CEE ne se distingue pas par nature d'autres actes juridiques instituant des organisations internationales.

Cependant, c'est un *nouvel* ordre juridique de droit international, qui se distingue par conséquent de tous les autres : le Traité constitue en effet « *plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants* »⁷⁰⁰. En outre, les dispositions qui le composent, parce qu'elles peuvent aussi s'adresser directement aux individus qui pourront les faire valoir devant un juge national, ont la signification de normes juridiques qui doivent être appliquées par les organes d'application du droit des États membres.

C'est donc le principe de l'effet direct qui fait le caractère distinctif de ce nouvel ordre juridique. Or, comme on l'a vu à l'occasion de notre analyse inférentielle de l'argument du système, c'est précisément du caractère d'ordre juridique du droit communautaire que la Cour déduit la possibilité d'un effet direct. Comme d'autres l'ont remarqué⁷⁰¹, il y a là une circularité du raisonnement, l'effet direct étant et la condition et la conséquence du caractère d'ordre juridique droit communautaire.

On voit ici que, pour la Cour du moment « Van Gend en Loos », la spécificité du SJUE tient à une certaine caractéristique (effet direct) possédée par ses normes juridiques. Il est l'ensemble des normes qui contraignent les organes d'application du droit des États membres et pouvant être invoquées par les individus lorsqu'elles sont dotées d'un effet direct. La possession de cette caractéristique par une norme du SJUE dépendra de son énoncé ou de sa place au sein de l'ensemble des normes du SJUE. Dans ces conditions, le SJUE est compris comme se composant de normes juridique. La conception du concept de système de la Cour du moment « Van Gend en Loos » est donc sur ce point normativiste.

Pour autant, la CJUE fait aussi au référence « *à l'objectif du traité CEE qui est d'instituer un marché commun* »⁷⁰². Ici le SJUE se définit aussi par la poursuite d'un objectif qui confère son unité au droit communautaire, tout orienté vers sa réalisation. On s'approche ainsi considérablement de la conception institutionnaliste du concept de système juridique de Neil MacCormick. La référence au marché commun entend montrer que les individus sont concernés par la poursuite de cet objectif, que par conséquent ils doivent pouvoir invoquer directement certaines des dispositions du Traité CEE. Mais surtout, il est fait référence à la

⁷⁰⁰ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁷⁰¹ ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, op. cit., p. 119 ; LINDHAL H., « The Paradox of constituent power. The ambiguous self-constitution of the European Union », op. cit., p. 492s.

⁷⁰² CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

« création d'organes qui institutionnalisent »⁷⁰³ les pouvoirs transférés par les États au SJUE, lequel ne se compose donc pas que de normes. Le SJUE s'organise ainsi en un ensemble de normes mais aussi d'institutions, qui sont habilitées par le Traité à veiller à la réalisation de l'objectif poursuivi. La conception du concept est sur ce point institutionnaliste.

Si le SJUE se distingue du droit international classique, la Cour le conçoit aussi comme se distinguant clairement du droit des États membres. Elle y fait explicitement référence lorsqu'elle mentionne « le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres »⁷⁰⁴. Le SJUE apparaît alors comme un entre-deux, une troisième voie possible à l'alternative entre droit national et droit international. Il est un droit de nature *sui generis*. De notre avis, cette nature particulière explique l'ambiguïté de l'argumentation de la Cour, qui entend à la fois établir que le droit communautaire est bien du droit international car issu d'un Traité qui contraint les parties qui en sont signataires, mais également que son effectivité ne doit pas s'arrêter à la porte des bonnes volontés des organes juridiques des États membres, qui se trouvent d'autant plus contraints que tout justiciable peut faire valoir, à l'encontre d'un acte juridique national, un moyen de légalité tiré de la violation du droit communautaire. Pour cette raison par ailleurs, l'argument de l'effectivité du droit communautaire est au cœur de l'argumentation de la Commission, mais il n'est pas repris par la Cour.

Pour qualifier cet entre-deux, un adjectif permet d'échapper à l'alternative du national ou de l'international : « supranational ». Or, dans ces années, son emploi et la qualification de l'alors Communauté en tant qu'ordre juridique supranational sont notamment portés par des juristes soutenant le projet européen tel que le luxembourgeois Pierre Pescatore⁷⁰⁵, qui en 1963 sera bientôt juge à la Cour⁷⁰⁶. De même pour la Cour du moment « Van Gend en Loos », on voit que le concept de système est utilisé pour penser le droit à une échelle qui n'est pas nécessairement nationale.

Quoi qu'il en soit, droit communautaire et droit interne sont pensés par la Cour comme des systèmes distincts. La question de leurs relations est donc celle de leurs rapports de systèmes. Remarquons sur ce point que la Cour utilise systématiquement dans son discours « droit interne » pour désigner les droits des États membres. Simplificatrice, cette vue permet de penser les rapports juridiques comme des rapports entre deux blocs, rapports classiquement compris comme monistes ou dualistes, comme on va le voir.

⁷⁰³ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ PESCATORE P., *Le droit de l'intégration*, op. cit. La première publication de l'ouvrage est datée de 1972.

⁷⁰⁶ Pierre Pescatore sera juge à la Cour entre 1967 et 1985.

II. Ce que doivent être ses rapports avec les système juridiques des États membres (SJEMs)

Dans le champ du droit international public, l'opposition entre modèle dualiste et modèle moniste des relations entre droit international et droit national est utile pour décrire la compréhension que la Cour a des rapports entre SJUE et SJEMs dans le moment « Van Gend en Loos ». Celle-ci opte pour un modèle moniste, où les normes juridiques du SJUE *peuvent* s'imposer directement aux organes d'application du droit des États membres. Surtout, le pouvoir de décider d'un effet direct n'appartient pas aux organes juridiques des États : c'est la Cour elle-même qui, tout en prétendant découvrir ce pouvoir dans le Traité CEE (alors qu'elle le crée), s'investit elle-même de la capacité de l'exercer. C'est en ce sens qu'il peut être dit que la CJUE du moment « Van Gend en Loos » s'auto-habilite⁷⁰⁷.

Du point de vue des relations de système, cet élément est essentiel : c'est l'organe d'application habilité par les normes du système qui détermine lui-même le principe de ses rapports avec l'extérieur. La CJUE détermine elle-même si l'effet est ou n'est pas direct, non pas les organes d'application du droit interne comme le plaidaient les gouvernements des États membres, lesquels défendaient une vision dualiste des rapports de systèmes. L'affirmation de cette autonomie du SJUE est précisément le changement d'importance qu'introduit le moment « Van Gend en Loos » dans les relations juridiques entre Union et États membres⁷⁰⁸. Elle est la marque d'une conception institutionnaliste du concept de système, où l'autonomie du SJUE consiste en la capacité de ses propres institutions à décider de l'effet des normes du système.

Si le rapport entre SJUE et SJEMs est de type moniste, il ne semble pas juste de prétendre que la Cour du moment « Van Gend en Loos » conçoit le droit communautaire et les droits nationaux comme des parties appartenant à un seul et unique système juridique. Ce monisme n'est donc pas celui de Hans Kelsen, bien au contraire : les effets du droit communautaire en droit interne sont pensés dans un schéma selon lequel il existe une pluralité de systèmes juridiques.

Du reste, il peut être défendu que droits communautaire et interne font partie d'un unique méta-système qui intégrerait chacun de ces droits comme des sous-systèmes. Des constructions doctrinales sur ce point existent bien⁷⁰⁹. Néanmoins, l'apport explicatif d'une analyse qui considère un méta-système incluant des droits composés chacun de leurs propres

⁷⁰⁷ LINDHAL H., « The Paradox of constituent power. The ambiguous self-constitution of the European Union », *op. cit.*, p. 492.

⁷⁰⁸ DE WITTE B., « The continuous significance of *Van Gend en Loos* » in MADURO M.P. et L. AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law*, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁹ Cf. notamment CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne*, *op. cit.* ; RICHMOND C., *Perspectives on law*, *op. cit.*

normes et/ou institutions nous semble faible. De notre avis, le modèle du méta-système n'a d'intérêt que s'il affirme que le contenu de ce méta-système n'est pas réductible à la somme de celui des sous-systèmes le composant, sans quoi il n'est qu'une coquille inutile. Le méta-système de l'Union devrait donc contenir des normes juridiques qui ne sont ni communautaires ni nationales. Nous ne voyons pas lesquelles. Surtout, cette vision ne nous semble pas correspondre à la compréhension que la Cour du moment « Van Gend en Loos » a du droit communautaire. Aussi, le modèle du méta-système ne nous semble pas refléter la conception qu'a la Cour du concept de système juridique⁷¹⁰.

Par ailleurs, la possibilité d'un effet direct des dispositions du droit communautaire en droit interne implique que le juge national est contraint d'appliquer ce droit communautaire et, le cas échéant, de faire primer ses dispositions sur celles du droit interne⁷¹¹. Toutefois, la Cour ne se prononce pas explicitement sur ce point : elle pose seulement qu'il y a entre le SJUE et les SJEMs le principe d'une supériorité consistant en une obligation pour le juge national d'accueillir le moyen tiré de la violation d'une disposition du Traité CEE.

Toutefois, cette supériorité du SJUE trouve son origine dans les SJEMs. C'est précisément parce que les organes de création du droit des États membres ont créé et habilité des organes juridiques communautaires à produire et à appliquer des normes contraignantes que le SJUE exerce une supériorité sur les SJEMs. La Cour est très claire sur ce point : « *les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains* »⁷¹². La supériorité du SJUE trouve donc son origine dans un acte juridique d'habilitation créé par les SJEMs, soit le Traité CEE.

Quant à l'origine de la validité du Traité CEE, et par conséquent celle des actes produits et appliqués par les organes institués par ce Traité, elle repose sur le pouvoir créateur des organes de création du droit des États membres, pouvoir dont la validité n'est jamais discutée. C'est donc précisément ce consentement des États membres à se contraindre qui justifie que le droit communautaire les contraigne. Pour la Cour, c'est ce consentement qui apparaît comme la norme fondamentale du SJUE, origine commune de la validité des normes composant le SJUE.

Sur la base de ces éléments, la compréhension qu'a la Cour des relations entre SJUE et SJEMs nous semble ainsi se baser sur un principe de relations hiérarchiques multiples. C'est

⁷¹⁰ D'un point de vue méthodologique, l'emploi de ce modèle contient par ailleurs le risque de dissimuler, pour penser des relations entre sous-systèmes, des normes qui ne sont pas en réalité juridiques mais les propres jugements de valeur de l'observateur.

⁷¹¹ Corollaire du principe de l'effet direct, la CJUE posera l'année suivante le principe de la primauté à l'occasion du moment « Costa », étudié dans le chapitre suivant, p. 223s.

⁷¹² CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 221.

un pluralisme qui conduit à penser les relations de systèmes comme débouchant sur des relations hiérarchiques, comme dans la conception du concept de système de Raz. Dans le moment « Van Gend en Loos », ces relations sont comprises par la Cour comme obéissant à deux principes de hiérarchie distincts⁷¹³.

D'une part, l'origine de la validité du Traité CEE repose sur le pouvoir créateur de normes des organes juridiques des États membres (hiérarchie dynamique), qui habilite par conséquent la CJUE à veiller à l'application du droit communautaire en droit interne. D'autre part, les organes de création et d'application du droit des États membres sont contraints par les prescriptions des dispositions du droit communautaire (hiérarchie statique)⁷¹⁴. L'autorité qui habilite est ainsi elle-même placée, par le fait même de cette habilitation, dans une position d'infériorité hiérarchique. C'est cela que se propose de résumer le schéma suivant :

SJUE	→ <i>SUPÉRIEUR</i> → (hiérarchie statique)	SJEMs
	← <i>SUPÉRIEURS</i> ← (hiérarchie dynamique)	

Dans ce schéma, la construction de ces relations hiérarchiques multiples montre bien que l'argument du système n'est pas là pour affirmer une disparition des SJEMs au sein d'un SJUE qui les inclurait tous. Au contraire, dans les besoins circonstanciels du moment « Van Gend en Loos », l'argument est là pour justifier le principe d'un effet direct qui affirme le caractère autonome d'un SJUE distinct des SJEMs⁷¹⁵.

Conclusion du chapitre

Conformément au tableau des conceptions du concept de système juridique présenté en première partie⁷¹⁶ et à partir des éléments présentés dans ce chapitre, nous pouvons à présent identifier par recoupements les caractéristiques suivantes de la conception du concept

⁷¹³ Sur le modèle de ce que nous avons expliqué dans le chapitre 3, v. p. 136s.

⁷¹⁴ Les termes « statique » et « dynamique » sont empruntés au principes hiérarchiques décrits par Kelsen, v. chapitre 1, p. 33.

⁷¹⁵ L'année suivante, le moment « Costa » (v. chapitre 6, p. 223s) viendra compléter cette construction consistant plus en « une déclaration d'indépendance plutôt que l'affirmation d'une suprématie », v. AZOULAI L., DUBOUT É., « Repenser la primauté » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 572.

⁷¹⁶ V. tableau page 110.

qu'a la Cour du moment « Van Gend en Loos » :

Système juridique	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
Composition	X	X	X	X
Organisation				X
Unité	X			X
Autonomie			X	X
Existence ⁷¹⁷	-	-	-	-
Échelle	X	X		X
Relations			X	

Il apparaît que l'analyse de l'utilisation faite par la Cour de l'argument du système ne conduit pas à identifier des caractéristiques issues d'une même conception du concept de système juridique. En outre, la Cour emprunte des éléments issus des conceptions normativistes comme de celles institutionnalistes. Concernant certaines caractéristiques comme la compréhension de la composition des systèmes juridiques, nous relevons même des contradictions : ainsi le droit communautaire est tantôt compris comme se composant exclusivement de normes, tantôt comme se composant aussi d'institutions.

En somme, à l'occasion d'un même moment jurisprudentiel, la Cour n'a pas une conception cohérente du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique. Aussi, les grandes caractéristiques de sa compréhension du droit semblent être affirmées de façon opportune afin de justifier une décision particulière tenant aux circonstances du moment, c'est-à-dire à l'affirmation dans son discours du principe de l'effet direct.

Tout de même, on remarque que les caractéristiques identifiées tendent à rapprocher grandement la conception de la Cour de celle de Neil MacCormick. Avant d'en tirer quelque conclusion, il nous appartient d'abord de vérifier si ces éléments se retrouvent dans le discours de la Cour du moment « Costa », objet du chapitre suivant.

⁷¹⁷ Il ne nous est pas apparu possible d'identifier dans le moment « Van Gend en Loos » des éléments relatifs à la compréhension qu'a la Cour des conditions d'existence des systèmes juridiques.

Annexe n°1

CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62.⁷¹⁸

[Extraits pertinents]

Dans l'affaire 26-62

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177, alinéa 1, *a*, et alinéa 3, du traité instituant la Communauté économique européenne, par la Tariefcommissie, tribunal administratif néerlandais statuant en dernier ressort sur les recours contentieux en matière fiscale et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant ledit tribunal,

entre

la société N.V. Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos,

[...]

et

l'administration fiscale néerlandaise,

[...]

une décision à titre préjudiciel sur les questions de savoir :

1° Si l'article 12 du traité C.E.E. a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder ;

2° Dans l'affirmative, si l'application d'un droit d'entrée de 8% à l'importation aux Pays-Bas, par la requérante au principal, d'urée-formaldéhyde en provenance de la république fédérale d'Allemagne a représenté une augmentation illicite au sens de l'article 12 du traité C.E.E. ou bien s'il s'est agi en l'espèce d'une modification raisonnable du droit d'entrée applicable avant le 1^{er} mars 1960 qui, bien que constituant une augmentation du point de vue arithmétique, ne doit pas être considérée comme interdite aux termes de l'article 12,

LA COUR

[...]

II - Arguments et observations

Attendu que les arguments contenus dans les observations présentées, conformément à l'article 20, alinéa 2, du protocole sur le statut de la Cour de justice de la C.E.E., par les parties en cause, les États membres et la Commission peuvent être résumés comme suit :

A - SUR LA PREMIÈRE QUESTION

⁷¹⁸ Source : recueil de la jurisprudence de la Cour, 1963, pp. 7-28.

[...]

Quant au fond

[...]

La *Commission* souligne l'intérêt qui s'attache à la réponse que la Cour apportera à la première question : elle aura des conséquences non seulement sur l'interprétation, dans un cas particulier, de la disposition en cause et sur l'effet qui lui sera reconnu dans l'ordre juridique des États membres, mais aussi sur certaines autres dispositions du traité, aussi claires et aussi complètes que l'article 12.

§.A De l'analyse de la structure juridique du traité et de l'ordre juridique qu'il institue, il ressort, selon la Commission, d'une part, que les États membres n'ont pas entendu seulement contracter des engagements mutuels, **§.B** mais instituer un droit communautaire, d'autre part, qu'ils n'ont pas voulu soustraire l'application de ce droit à la compétence normale des instances judiciaires nationales.

§.C Or, le droit communautaire doit recevoir une application effective et uniforme dans l'ensemble de la Communauté.

§.D Il en résulte, tout d'abord, que l'effet du droit communautaire sur le droit interne des États membres ne peut être déterminé par ce droit interne, mais le seul droit communautaire, ensuite, que les juridictions nationales sont tenues d'appliquer directement les règles du droit communautaire, enfin, que le juge national est tenu de faire prévaloir les règles du droit communautaire sur les lois nationales contraires, même postérieures.

§.E La Commission fait observer dans ce contexte que le fait qu'une règle communautaire soit, en la forme, destinée aux États ne suffit pas à dénier aux particuliers, qui y ont intérêt, le droit d'en requérir l'application devant le juge national.

En ce qui concerne plus particulièrement la question soumise à la Cour, la Commission est d'avis que l'article 12 contient une règle de droit susceptible d'application effective par le juge national.

Il s'agit d'une disposition parfaitement claire, en ce sens qu'elle fonde, pour les États membres, une obligation concrète et dépourvue d'ambiguïté, portant sur l'élaboration de leur droit interne en une matière qui touche directement leurs ressortissants ; et elle n'est pas affectée ou atténuée par une autre disposition du traité.

Il s'agit aussi d'une disposition complète et qui se suffit à elle-même, en ce qu'elle n'exige, sur le plan communautaire, aucune mesure nouvelle pour concrétiser l'obligation qu'elle définit.

[...]

Motifs

I - Quant à la procédure

Attendu que la régularité de la procédure de la demande de décision préjudicielle adressée en vertu de l'article 177 du traité C.E.E. à la Cour par la Tariefcommissie, juridiction au sens de cet article, ne fait l'objet d'aucune objection ;

que par ailleurs la demande à cet égard ne donne lieu à aucune critique d'office.

II - Quant à la première question

A – DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

[...]

B – QUANT AU FOND

Attendu que la Tariefcommissie pose en premier lieu la question de savoir si l'article 12 du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des États membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder ;

1. attendu que pour savoir si les dispositions d'un traité international ont une telle portée il faut en envisager l'esprit, l'économie et les termes ;

attendu que l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants ;

que cette conception se trouve confirmée par le préambule du traité qui, au-delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens ;

qu'il faut d'ailleurs remarquer que les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen et du Comité économique et social, au fonctionnement de cette Communauté ;

qu'en outre le rôle de la Cour de justice dans le cadre de l'article 177, dont le but est d'assurer l'unité d'interprétation du traité par les juridictions nationales, confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions ;

2. qu'il faut conclure de cet état de choses que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ;

3. que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ;

4. que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires ;

Chapitre 6. Le moment « Costa »

Nul doute que l'arrêt *Costa E.N.E.L.*⁷¹⁹ de 1964 constitue un moment jurisprudentiel. Structurant dans les relations entre l'alors droit communautaire et le droit des États membres, le principe de la primauté du premier sur le second y est posé pour la première fois par la Cour. L'importance du moment est telle qu'un ouvrage italien en a récemment célébré la survenance, soit le cinquantième l'anniversaire⁷²⁰.

Le moment « Costa » est un cas d'étude particulièrement intéressant pour nous car la Cour y mobilise l'argument du système (soit l'argument tiré de ce que le droit de l'alors Communauté forme un ordre ou système juridique) selon une formule qui sera reprise dans nombre de ses arrêts ultérieurs. Nous verrons notamment que l'argument joue un rôle essentiel dans l'affirmation du principe de primauté. Aussi, sur la base d'une analyse du contexte au sein duquel l'argument émerge, nous analyserons les inférences qu'opère la Cour avec cet argument (**Section 1**). Nous serons alors en mesure d'identifier la conception du concept de système juridique que la Cour exprime au moyen de l'argument du système (**Section 2**), soit la réponse à la question : quel est le système juridique de l'Union européenne pour la Cour du moment « Costa » ?

Section 1. Contexte d'émergence et analyse de l'argument du système

Nous tâcherons ici de comprendre dans quelle mesure le recours à l'argument du système peut être considéré comme un choix argumentatif stratégique pour la Cour (**III**). Pour cela, il va falloir d'abord nous arrêter sur le contexte particulier (**I**) et les contraintes (**II**) au sein desquels l'argument émerge. Ce n'est qu'alors qu'il nous sera possible d'identifier les inférences qu'opère la Cour du moment « Costa » avec l'argument du système (**IV**).

I. Le contexte d'une possible antinomie

En décembre 1962, les autorités italiennes procèdent par voie législative à la nationalisation des entreprises de distribution et de production d'électricité dont le patrimoine est transféré à une unique entité publique, dite « E.N.EL. ». Excipant la non validité de la loi sur laquelle se base la décision individuelle le concernant, un justiciable italien actionnaire

⁷¹⁹ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. pp. 1149-1168.

⁷²⁰ NASCIMBENE B., *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, coll. « Collana di testi e documenti di diritto europeo », n° 18, 2015.

d'une des compagnies privées nationalisées, M. Costa, fait valoir devant le « Giudice Conciliatore »⁷²¹ de Milan l'argument tiré de ce que la loi de nationalisation viole un certain nombre de dispositions constitutionnelles et communautaires relatives aux monopoles nationaux dans le cadre du marché commun.

La Cour constitutionnelle (CC) italienne est saisie la première de l'affaire, par ordonnance du « Giudice » en date du 10 septembre 1963. Elle se prononcera le 7 mars 1964 dans un arrêt concluant à la constitutionnalité de la loi⁷²², rejetant ainsi l'argument allégué par le défendeur : selon ladite métarègle *lex posterior*, la validité d'une loi postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Rome ne peut pas être contestée sur la base du droit communautaire, lequel n'a qu'autorité de rang législatif en droit italien. Quant bien même serait établie une violation du droit communautaire par une loi nationale postérieure, une telle situation n'emporte pas la conséquence automatique d'une violation de la Constitution italienne et de ses dispositions portant sur l'incorporation du droit international en droit interne⁷²³. En d'autres termes, la violation du droit communautaire ne peut être invoquée en l'espèce devant la Cour constitutionnelle, qui se refuse à saisir la CJUE au moyen de la procédure de question préjudicielle. Partant, c'est toute la jurisprudence du moment « Van Gend en Loos » qui s'effondre.

Sans attendre le prononcé du jugement, le « Giudice » de Milan décide quelques semaines auparavant, par ordonnance en date du 16 janvier 1964, de saisir la CJUE d'une question préjudicielle portant sur « *l'allégation que la loi [de nationalisation] ... et les décrets présidentiels pris en exécution ... violent les articles 102, 93, 53 et 37 du traité* »⁷²⁴. Il estime que le justiciable peut, en l'espèce, invoquer le droit communautaire à l'encontre de la validité d'une loi italienne, quand bien même postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Rome et validée par l'organe juridictionnel constitutionnel de droit interne.

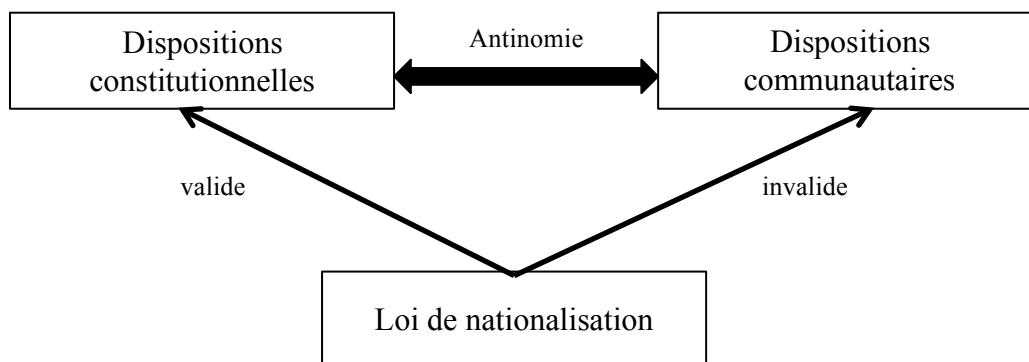
Dans cette configuration, un conflit de normes juridiques (ou antinomie) devient possible entre d'une part les dispositions constitutionnelles italiennes (telles qu'interprétées par la CC) validant la loi de nationalisation et d'autre part les dispositions communautaires (telles qu'interprétées par la CJUE) invoquées par M. Costa qui conduiraient au résultat opposé. Cette configuration peut être schématisée comme suit :

⁷²¹ Plus loin désigné par le terme « Giudice ».

⁷²² Cour constitutionnelle italienne, 24 février 1964, n°14/1964.

⁷²³ L'article 11 de la Constitution italienne et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne organise un système dualiste, v. *Ibid*, §6.

⁷²⁴ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. p. 1150.



Cette possibilité de conflit donne à l'affaire tout son enjeu pour l'avocat général Lagrange, lequel ne manque pas de le remarquer dès le début de ses conclusions⁷²⁵, et d'énoncer clairement le problème de la « *coexistence de deux normes juridiques contraires [...] et également applicables dans l'ordre interne* »⁷²⁶. Qui du droit constitutionnel national ou du droit primaire communautaire prime l'autre ? C'est précisément dans ce contexte que la CJUE, bien consciente de l'enjeu⁷²⁷, va devoir se prononcer.

Le gouvernement italien soumet en mai 1964 un mémoire qui conclut sans surprise à l'irrecevabilité absolue de la question préjudicielle. Son argumentation consiste à contester le principe même de ce recours qui, dans le cadre de la procédure de la question préjudicielle, se résumerait à un examen de la validité du droit interne italien par rapport au droit communautaire, de sorte que le gouvernement italien fait le choix qui fut celui du gouvernement néerlandais à l'occasion du moment « Van Gend en Loos » : la CJUE n'est compétente, dans le strict cadre de l'alors article 177 CEE portant sur la question préjudicielle, que pour connaître des questions tendant à l'interprétation des dispositions du Traité et non à leur application en droit interne. En l'espèce, le juge italien est tenu d'appliquer le droit interne, duquel ne peut être excipée la non conformité d'un acte juridique au regard du droit communautaire⁷²⁸.

⁷²⁵ Conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange du 25 juin 1964 dans l'arrêt CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. p. 1171.

⁷²⁶ Conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange, *op. cit.*, p. 1174.

⁷²⁷ La Cour est bien consciente de cet état potentiel de conflit, se référant elle-même à l'arrêt de la CC italienne à l'occasion de la présentation des observations soumises par les parties : « *une décision comportant des répercussions certaines pour l'avenir du droit communautaire tout entier* », v. CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. p. 1152.

⁷²⁸ Il faut remarquer que la pertinence de l'argument du gouvernement italien repose en bonne partie sur l'énoncé de l'ordonnance de saisine de la CJUE par le « Giudice » de Milan qui, ne formule *stricto sensu* aucune question.

II. Les contraintes nées de la distinction « interprétation – application »

L'argumentation des parties s'articule autour d'une alternative binaire bien connue dérivant de dispositions de droit primaire toujours en vigueur, à savoir l'actuel article 267 TFUE portant sur la question préjudicielle (alors article 177 CEE) : interprétation contre application du Traité. La première permet de conclure à la compétence de la Cour. C'est le choix fait par M. Costa. La seconde permet de conclure à l'irrecevabilité de la demande de question préjudicielle. C'est évidemment le choix du gouvernement italien.

Pour ce dernier, il est clair que le « Giudice » est tenu d'appliquer la loi de nationalisation en conformité avec la décision rendue par la Cour constitutionnelle quelques mois auparavant. Saisir la CJUE revient à s'y refuser, et la compétence que se reconnaîtrait la CJUE serait équivalente à une immixtion non seulement dans l'application du droit communautaire, mais également dans l'application de normes de droit interne. Pour les défendeurs, tout se passe donc comme si la situation n'était que de pur droit interne, base sur laquelle il devient possible de conclure que la validité d'une disposition législative conforme à la Constitution ne saurait être discutée vis-à-vis du droit communautaire, manière de rappeler à la Cour qu'il ne peut être dérogé à la Constitution qui est la norme positive suprême en droit interne.

La distinction « interprétation – application » modèle ainsi l'argumentation des parties⁷²⁹, de sorte que toute conclusion portant sur la recevabilité de la question préjudicielle doit se fondre dans le moule de cette alternative binaire. Par ce mécanisme, l'enjeu du contrôle du droit interne par rapport au droit communautaire (et de la possible antinomie qui en résulterait) est déplacé à l'endroit d'une question d'apparence toute théorique : la question préjudicielle relève-elle en l'espèce d'une interprétation ou d'une application du droit communautaire ?

Ce mécanisme nous semble proche de ce que dans un contexte distinct Gunther Teubner a pu appeler « *re-entry* »⁷³⁰ : les problèmes d'un environnement A sont reconvertis dans le langage de l'environnement B qui devra les résoudre. Mais ce mécanisme n'opère pas qu'une simple reversion du problème, il le modifie : car ce qui se présente d'abord comme une question de légalité interne à l'endroit d'un acte juridique (de type l'acte A est-il conforme à l'acte B ?) se pose désormais comme une question de compétence (l'interprète de

⁷²⁹ Elle devient un passage obligatoire de l'argumentation juridique, une « *source contraignante* » sur laquelle l'argumentation doit se baser, v. GOLTZBERG S., « La définition comme procédé stratégique », *Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2015, 2015/6, p. 10.

⁷³⁰ TEUBNER G., « *Altera pars audiatur* : le droit dans la collision des discours », *Droit et Société*, 1997, n° 35, p. 99-123.

l'acte B peut-il se prononcer sur la conformité de A par rapport à B ?).

De même pour l'avocat général Lagrange, c'est avec la distinction « interprétation – application » que se joue la répartition des compétences entre les organes d'application du droit des États membres et de l'Union⁷³¹. La distinction devient ainsi un point de passage obligatoire du discours, une contrainte autour de laquelle doivent s'articuler les stratégies argumentatives non seulement des parties, mais aussi de la Cour.

C'est du fait de cette configuration que l'avocat général estime qu'une « *collaboration nécessaire* »⁷³² doit avoir lien entre les juridictions des États membres et la CJUE. En réalité, la CJUE a ici bien plus besoin de la collaboration des juges nationaux que l'inverse. Car si un conflit de normes est bien possible, la CJUE n'est pas placée dans la position de l'organe juridictionnel pouvant le résoudre.

Effectivement, la CJUE n'est pas compétente pour se prononcer sur la validité du droit interne, en l'espèce de la loi italienne de nationalisation⁷³³. Par conséquent, elle ne peut ni résoudre, ni même identifier⁷³⁴ quelque antinomie entre les dispositions italiennes et communautaires. Si une antinomie doit apparaître, ce ne sera que dans un second temps, si et seulement si le juge de renvoi estime que les interprétations de la Cour constitutionnelle et de la CJUE vis-à-vis de la loi nationalisation sont incompatibles. Alors, c'est le juge national qui sera dans la position de résoudre l'antinomie, et la CJUE restera impuissante.

Au stade de la question préjudicielle, le seul moyen pour la CJUE de résoudre en faveur du droit communautaire une antinomie qui ne s'est pas encore présentée est de s'assurer que la signification qu'elle aura attribuée au droit communautaire soit le fondement de la validité de la loi de nationalisation, quoiqu'en ait pu dire la Cour constitutionnelle. Il lui faut donc contraindre le juge de l'application du droit communautaire, tout en ne faisant qu'interpréter le droit communautaire.

Dans ce qui se présente comme « *une décision comportant des répercussions certaines*

⁷³¹ « *La délimitation de la frontière entre l'application et l'interprétation est certainement un des problèmes les plus délicats que pose le maniement de l'article 177 et il l'est d'autant plus que cette frontière est celle de la compétence respective de la juridiction communautaire et des juridictions nationales, qu'aucun juge n'a reçu la mission de régler* », v. Conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange, *op. cit.*, p. 1172.

⁷³² Prémisse de ce qui sera appelé le « dialogue des juges » sous la plume de celui qui n'est pas encore avocat général à la Cour, Bruno Genevoix. V. conclusions de l'avocat général Maurice Lagrange, *op. cit.*, p. 1172.

⁷³³ C'est d'ailleurs ce que la Cour répète à plusieurs reprises dans le moment « Costa ».

⁷³⁴ Dans une approche réaliste de l'interprétation, une antinomie ne peut être identifiée que par l'interprète authentique habilité à la résoudre, c'est-à-dire à interpréter les deux énoncés normatifs comme ayant la signification de normes juridiques antinomiques. Cf. BOBBIO N., « Des critères pour résoudre les antinomies », in BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 89-103 ; GUASTINI R., « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *op. cit.*, p. 96.

pour l'avenir du droit communautaire tout entier »⁷³⁵, il faut pour la CJUE trouver un moyen argumentatif de ne faire qu'interpréter le Traité tout en obligeant les juges récalcitrants à en reconnaître l'autorité, s'assurant ainsi d'être suivie. L'argument du système est ce moyen. Car si la Cour ne peut pas conclure que, dans un cas précis, une norme de droit national est incompatible avec une norme de droit communautaire, elle peut en revanche poser pour règle que le système des normes de droit communautaire prime ceux des droits nationaux et que par conséquent en cas de conflit, dans une situation particulière, le juge national est contraint de faire primer la norme de droit communautaire. Ce faisant, l'appel au système permet de construire une hiérarchie et de résoudre, à l'avance, une éventuelle antinomie.

III. L'appel au système ou le recours à l'argument du système

Il est bien connu que la décision de la Cour est à comprendre dans la continuité de celle prise à l'occasion du moment « Van Gend en Loos ». La composition de la Cour dans le moment « Costa » étant quasiment identique⁷³⁶, il ne semble par surprenant d'analyser cette évolution sur le mode du *continuum*.

Sous la plume de Bruno de Witte, l'arrêt *Costa* adresse aux systèmes dualistes ce que l'arrêt *Van Gend en Loos* tient pour conséquence nécessaire dans les systèmes monistes tels que celui des Pays-Bas : dans un système moniste, l'effet direct d'une disposition du Traité va de paire avec sa primauté sur toute disposition de droit interne en cas de conflit, sans besoin de transposition⁷³⁷. En d'autres termes, l'effet du droit communautaire en droit interne n'est pas déterminé par les organes juridiques des États membres.

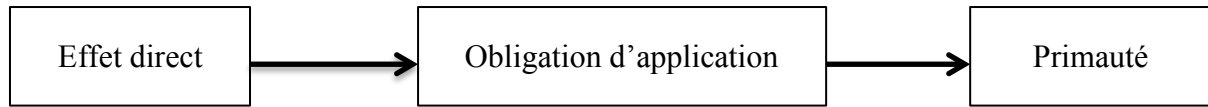
Ainsi, on passe d'une situation où la primauté du droit communautaire découle de ce qu'une de ses dispositions produit en droit interne des effets directs que le juge national est tenu d'appliquer (moment « Van Gend en Loos ») à une situation où, celle du moment « Costa », l'obligation d'appliquer le droit communautaire découle de sa primauté de principe sur le droit interne, laquelle peut conduire à une invocabilité par les individus des dispositions communautaires produisant des effets directs. Schématiquement, le changement peut être illustré comme suit :

⁷³⁵ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. p. 1152.

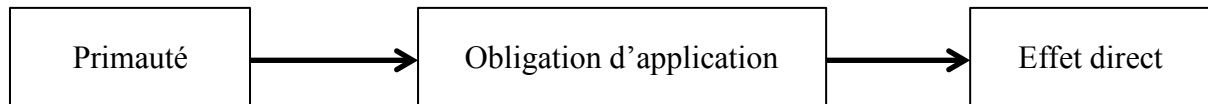
⁷³⁶ Un seul juge diffère, Strauss ayant été nommé à la suite de Riese.

⁷³⁷ DE WITTE B., « Direct effect, primacy, and the nature of the legal order », *op. cit.*

Moment « Van Gend en Loos »



Moment « Costa »



Dans ce schéma, l'effet direct n'a plus les mêmes conséquences normatives. Là où il entraînait la primauté d'une disposition communautaire sur une disposition du droit national contraire (moment « Van Gend en Loos »), l'effet direct dans le moment « Costa » n'intervient plus qu'en bout de chaîne et n'a de rôle que celui de synonyme pour désigner l'invocabilité par les individus d'une disposition communautaire. Or, si les inférences qu'il produit ne sont plus les mêmes, alors le concept d'effet direct dans le moment « Costa » n'a plus la même signification que dans le moment « Van Gend en Loos ». Il est même court-circuité plus loin dans l'arrêt lorsque que la Cour n'emploie pas même l'expression « effet direct » alors qu'elle attribue à des dispositions communautaires la signification de normes pouvant être invoquées par des individus⁷³⁸.

Mise de côté l'analyse de ces arrêts sur le mode du *continuum*, nous proposons de nous arrêter sur le moment « Costa » pris en tant que moment isolé, et d'analyser le ressort interne de l'argumentation suivie par la Cour à l'occasion de son recours à l'argument du système. Celui-ci intervient en réponse au moyen invoqué par le gouvernement italien au stade de la recevabilité et tiré de l'obligation pour le juge d'appliquer la loi interne.

La décision de la Cour a le mérite de la clarté : non seulement celle-ci se déclare bel et bien compétente – en somme la question préjudicielle porte bien sur l'interprétation du Traité – mais surtout elle précise quant au moyen soulevé par le gouvernement italien : pour être valide, la loi italienne postérieure ou non doit être conforme au droit communautaire que tout juge national est tenu d'appliquer, quoiqu'en dise la Constitution nationale par l'entremise de son interprète authentique⁷³⁹. Dès lors, dans le cadre de l'alors article 177 CEE, la primauté

⁷³⁸ À propos d'une disposition ayant un effet direct, la Cour recourt en effet à la formule « intégrée au système juridique des États membres », v. p. 235.

⁷³⁹ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. pp. 1163-1164.

du droit communautaire a pour corollaire l'obligation pour le juge national de l'appliquer. Et si une disposition produit des effets directs en droit interne, elle est invocable par tout justiciable. Dans tous les cas, tout organe juridique des États membres est tenu d'appliquer le droit communautaire, qu'il produise ou non des effets directs.

Pour ce faire, la Cour en appelle à divers arguments que nous présentons ici par ordre de pertinence pour notre propos, indépendamment de leur place respective dans le déroulement de l'argumentation. Cette partie de son discours est reproduite en annexe⁷⁴⁰.

L'argument d'importance pour la Cour consiste à en appeler classiquement⁷⁴¹ à la nature du Traité : « *à la différence des autres traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* ». Pour le dire autrement : « *issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire...* »⁷⁴².

En outre, précise la Cour, « *cette intégration [...] et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure* ». Est ainsi établie une « *prééminence du droit communautaire* » qui s'exprime, du point de vue des relations de système, sous la forme d'un « *transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité* »⁷⁴³.

En somme, on trouve dans le discours de la Cour divers arguments d'importance pour la justification de son affirmation tenant au caractère de système ou d'ordre du droit communautaire. Précisions dès à présent qu'il faut écarter la pertinence d'une distinction entre les expressions « ordre juridique » et « système juridique » dans le discours de la Cour. Notre analyse les tient pour synonymes et, comme le montre l'analyse diachronique de ses discours, la CJUE en fait autant. Ces expressions ne sont que les variantes possibles d'une seule et même chose : l'argument du système, soit l'argument tiré de ce que le droit communautaire forme une unité autonome.

Il faut plutôt voir de la pertinence dans ce que ces expressions sont interchangeables. Cela nous permet d'écarter une conception du concept de système juridique renvoyant

⁷⁴⁰ V. annexe n°2, p. 29-250.

⁷⁴¹ Comme on l'a vu, c'était déjà son choix dans le moment « Van Gend en Loos », v. chapitre 5, p. 237.

⁷⁴² Pour toutes les citations de ce paragraphe, v. annexe n°2, p. 250.

⁷⁴³ *Ibidem*.

exclusivement aux propriétés formelles de cohérence et de complétude entre les normes juridiques d'un même système. Si la CJUE du moment « Costa » considère bien le droit communautaire comme un ensemble, ce qui tient cet ensemble est à rechercher ailleurs que dans les caractéristiques logiques des parties qui le composent.

Ce que l'argument du système présuppose de compréhension du droit communautaire en tant que système est à rechercher dans les inférences normatives prenant pour condition ou pour conclusion l'expression « système juridique » ou « ordre juridique », soit les inférences qu'opère la Cour au moyen de l'argument du système.

IV. Les inférences du concept de système juridique

L'identification des inférences réalisées dans le moment « Costa » à partir du concept de système juridique oblige à analyser les arguments de la Cour susmentionnés selon leur ordre dans le déroulement de l'argumentation. Cela implique de ne pas perdre de vue la solution souhaitée par la Cour et de suivre les étapes successives de ses justifications.

La solution voulue pour le moyen examiné à l'occasion duquel la CJUE mobilise l'argument du système est de conclure à l'obligation pour tout juge national d'appliquer le droit primaire, quand bien même ce dernier serait contraint par la décision d'un interprète authentique portant sur une norme juridique nationale postérieure à l'entrée en vigueur du Traité. Pour ce faire, la Cour utilise un raisonnement qui par inférences normatives dérive des conséquences sur la base de conditions.

Le concept de système juridique est en l'espèce employé pour réaliser une inférence conclusive (A). Il est donc la condition d'une inférence dont nous verrons qu'elle est décisive (B) pour le point de l'argumentation de la Cour qui nous intéresse. Sur cette base, nous listerons les fonctions qu'assure l'argument du système dans l'argumentation de la Cour du moment « Costa » (C).

A. Une inférence conclusive

De l'argument du système, condition parmi d'autres, est inféré une conclusion normative. Conditions et conclusions sont repérées au moyen de marqueurs de l'articulation du raisonnement indiqués entre parenthèses⁷⁴⁴. Cette partie du discours de la Cour est

⁷⁴⁴ Sur la notion de marqueur de l'argumentation ou « marqueur argumentatif », v. GOLTZBERG S., *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique: présomption et argument a fortiori*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Penser le droit », n° 16, 2012, p. 39s ; GOLTZBERG S., « Esquisse de typologie de l'argumentation juridique », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, décembre 2008, vol. 21, n° 4, p. 371-374.

reproduite en annexe (§ 1, 2 et 3)⁷⁴⁵.

1) Conditions

- (§.1) Nature du Traité : « le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre ». Quelles en sont les caractéristiques ? Cet ordre est *sui generis* : il se distingue du droit international ordinaire car il est « intégré au système juridique des États membres » et « s'impose à leurs juridictions ».
- (§.2) Reformulation de la nature du Traité (« qu'en effet »), qui est aussi une « Communauté » composée de : institutions à pouvoirs et capacités propres, dont les sujets sont d'une part les États membres qui ont limité leurs droits souverains dans des « domaines restreints » mais pour une « durée illimitée », et d'autre part leurs ressortissants.

2) Conclusion

- (§.3) Reformulation de la condition en une formule unique : « cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire », corroborée par les « termes et l'esprit du traité ». La CJUE donne au Traité la signification qu'ont voulu lui donner les États signataires. Il s'agit d'un appel classique à la volonté du législateur, dont on sait qu'elle est celle, et seulement celle⁷⁴⁶, de son interprète authentique.
- (§.3) conclusion (« pour corollaire ») : « impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure ».

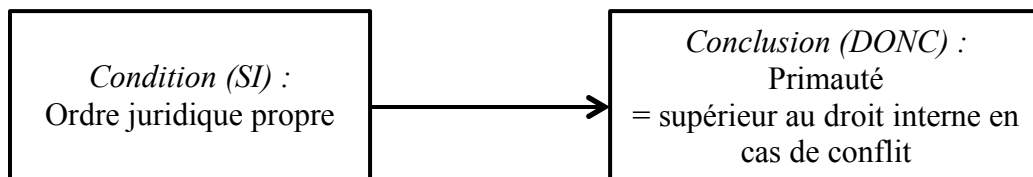
L'appel à l'argument du système permet donc à la Cour de justifier l'impossibilité pour les organes de création et d'application du droit des États membres d'édicter, après l'entrée en vigueur du Traité, des actes qui auraient la signification de normes contraires à des normes juridiques communautaires. Autrement dit, la métarègle *lex posterior* ne peut être opposée par le juge interne à l'occasion de résoudre un conflit entre une norme de droit national et une norme de droit communautaire. C'est la seconde qui doit prévaloir.

Le concept de système juridique est donc mobilisé par la CJUE pour conclure à la

⁷⁴⁵ Cf. annexe n°2, p. 250.

⁷⁴⁶ On sait aujourd'hui que la volonté des États signataires de 1957 n'a jamais été de donner à la CJUE le pouvoir de décider de l'effet direct des dispositions du Traité. Cf. RASMUSSEN M., « From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome : a brief history of a legal revolution », in MADURO M.P. et L. AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law*, op. cit., p. 69s.

primauté du droit communautaire sur toute norme juridique nationale en cas de conflit, y compris les normes postérieures à l'entrée en vigueur du Traité, de sorte que :



Quel est cet « ordre juridique propre » ? Il est un ordre juridique dont les normes imposent à tout organe de création et d'application du droit des États membres de ne pas en contredire les dispositions. Ces organes doivent donc s'y conformer et ne peuvent y déroger. L'ordre juridique est ainsi non pas tant défini par sa nature que par sa fonction exogène, à savoir la primauté de ses normes sur celles des ordres juridiques des États membres.

Toutefois, la CJUE en dit un peu plus sur la nature de cet ordre. Et pour savoir ce que dénote « ordre juridique » sous la plume de la Cour, il suffit de relever quelques points éclairants dans sa propre argumentation. Ainsi, il est dit que le Traité a « institué » et un ordre juridique, et une communauté.

Pris comme une communauté, le droit communautaire est doté d'institutions aux pouvoirs et capacité propres, et dont les sujets sont à la fois les États membres et leurs ressortissants. Pris comme un ensemble de normes, le droit communautaire est un ordre « intégré au système juridique des États membres » et dont la volonté ne doit pas être contredite par les organes juridiques des États membres.

On voit ainsi que la nature du droit communautaire – la réponse à la question « qu'est-il ? » – est toujours envisagée par rapport au droit des États membres et à ce qu'ils ne peuvent faire à son encontre. Ce rapport est de nature hiérarchique, avec primauté du droit communautaire en cas de conflit avec une disposition de droit interne. La justification de ce rapport hiérarchique repose toujours en dernière instance, sur la volonté même de ceux qui s'y sont soumis, à savoir celle des États membres.

B. Une inférence décisive

Cette inférence conclusive opérée par la Cour à l'occasion de sa réponse quant à la recevabilité de la question préjudicielle est proprement déterminante : c'est la conclusion que la CJUE infère à partir de l'argument de système qui lui permet de déterminer la solution voulue, à savoir que le cas entre dans son champ de compétence, soit le champ d'application

de l'article 177 CEE⁷⁴⁷.

Pourtant, ce n'est pas ce qu'indique la structure apparente de l'arrêt : le recours à l'argument du système et ce que cet argument permet d'inférer n'apparaissent dans le déroulé de l'argumentation que comme des prémisses parmi d'autres. En effet, pour appuyer sa décision de recevabilité, la CJUE fait aussi valoir l'uniformité d'application et l'effectivité du droit communautaire (soit sa « force exécutive ») ainsi que « la prééminence du droit communautaire » qu'elle corrobore par les dispositions même du Traité, ceci afin d'apporter, en apparence, la conclusion finale (« attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments ») de laquelle sera déduite la recevabilité (« qu'en conséquence il y a lieu de faire application de l'article 177 ») :

- « le droit né du traité » est « issu d'une source autonome ».
- le transfert des droits souverains « de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire » est définitif.
- Aucune dérogation postérieure n'est possible, ni d'opposition judiciaire (le message semble clairement adressée à la Cour constitutionnelle italienne), ni aucun « acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté »⁷⁴⁸.

La Cour en appelle donc à la nature du Traité et de la Communauté (à sa « base juridique »), à laquelle les États ont transféré définitivement des compétences desquelles découlent à leur égard des droits et des obligations auxquels ils ne peuvent plus déroger. Or, toutes ces informations ont déjà été données par la Cour en début de raisonnement et la CJUE ne fait que répéter ce qu'elle a déjà inféré à parti de l'argument du système (« impossibilité pour les États de faire prévaloir [...] une mesure unilatérale ultérieure »). Cela fait de cette première inférence conclusive l'inférence véritablement décisive du moment « Costa ».

C. Les fonctions de l'argument du système

La circularité apparaît alors de façon évidente : la conclusion finale est déjà contenue dans les prémisses d'un raisonnement qui apparaît alors comme rhétorique⁷⁴⁹. Dans la mesure où, comme on le voit, c'est de l'argument du système que sont dérivés les éléments de la solution à la question de la recevabilité, on peut dire que cet argument joue dans

⁷⁴⁷ On voit ainsi que l'extension du champ d'application équivaut à une extension du champ des compétences. C'est l'argument de Hans Lindhal à propos du moment « Van Gend en Loos », v. LINDHAL H., « The Paradox of constituent power. The ambiguous self-constitution of the European Union », *op. cit.*, p. 492.

⁷⁴⁸ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, v. annexe n°2, p. 250.

⁷⁴⁹ C'est une semblable circularité du raisonnement qui se retrouve également dans le moment « Van Gend en Loos », v. p. 212.

l'argumentation de la Cour une fonction rhétorique ou persuasive, en l'occurrence déterminante dans la mesure où elle détermine la solution donnée.

Cette circularité interdit de penser la solution comme la conséquence nécessaire d'un constat qui ne serait que factuel. Quand bien même s'accorderait-on sur le fait que l'Union européenne est un système juridique, rien ne permet de conclure que les normes juridiques qui le composent doivent nécessairement primer le droit des États membres. Si la Cour conclut à la primauté – en somme à la supériorité⁷⁵⁰ du droit communautaire sur le droit interne dans ses domaines de compétence – c'est parce que la CJUE l'a introduite elle-même dans les prémisses de son raisonnement, et le concept de système juridique donne un caractère cognitif à ce qui n'est en fait qu'une décision. À ce titre, on peut parler d'une fonction neutralisante de l'argument du système⁷⁵¹.

Les fonctions qu'assure l'argument du système sont aussi à rechercher plus loin dans le raisonnement de la Cour. En effet, au stade de l'examen de l'effet direct des dispositions invoquées par le requérant, on remarque l'emploi itératif d'une expression : « intégrée au système juridique des États membres », à propos des obligations des États membres découlant des dispositions du Traité et produisant un effet direct en droit interne⁷⁵². L'expression fonctionne comme ce qui peut être appelé une formule du système ayant pour fonction immédiate de remplacer l'occurrence « effet direct » employée dans le moment « Van Gend en Loos ». L'effet direct est ainsi court-circuité⁷⁵³. Ce n'est pas sans conséquence car, désormais, à chaque fois que la Cour du moment « Costa » conclut à l'effet direct d'une disposition, elle se réfère aux caractéristiques de son intégration dans un système juridique plutôt qu'à celles de cette disposition même, de sorte que la conséquence normative de cette formule, à savoir l'invocabilité par les individus de cette disposition, découle non plus des caractéristiques internes de la disposition (son effet direct) mais de son appartenance au système juridique des États membres.

⁷⁵⁰ Sur la relation entre primauté et supériorité, v. p. 242s.

⁷⁵¹ Au sens de « rendre neutre », soit dissimuler l'acte de volonté par lequel le juge n'est pas que « la bouche de la loi » mais aussi créateur de droit, conformément à une théorie réaliste de l'interprétation notamment défendue par Michel Troper, v. TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État, op. cit.*, p. 69-84.

⁷⁵² CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. pp. 1163-1164.

⁷⁵³ Dans le sens où la Cour du moment « Costa » ne s'y réfère plus pour attribuer à des énoncés normatifs communautaires la signification de normes produisant des effets immédiats, sans transposition, en droit interne. Pour autant, en tant qu'objet d'étude, l'effet direct demeure tout à fait pertinent à analyser en tant que tel. Nous n'adhérons donc pas à la thèse défendue par Pierre Pescatore selon laquelle l'effet direct serait l'état normal de toute règle de droit, v. PESCATORE P., « Classics of the First 40 Years. The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law », *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 2, p. 135-153. Plus récemment, v. PRECHAL S., « Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union », in BARNARD C., *The fundamentals of EU law revisited: assessing the impact of the constitutional debate*, Oxford University Press, 2007, p. 35-69.

C'est là toute la force de la formule de la Cour : le système juridique des États membres habilite lui-même les individus à invoquer des normes juridiques de source communautaire. Le recours à l'argument du système est d'une force persuasive plus efficace sur le juge national que l'appel aux caractéristiques internes d'une disposition à l'encontre de laquelle de nombreuses objections peuvent surgir quant à son origine externe, car c'est ce même système qui habilite le juge national et le contraint.

Néanmoins, ce qui fait la force de l'argument de la Cour est aussi sa faiblesse : car c'est le système juridique des États membres tel qu'interprété par la CJUE qui contraint le juge national. L'immixtion de l'interprète authentique du droit communautaire dans le champ de compétence des interprètes authentiques du droit national n'en devient que plus évidente. De « inter »-national, ce droit communautaire tend vers une forme « supra »-nationale plus évidente.

D'ailleurs, avec cette formule du système, la CJUE introduit un basculement du champ lexical : plutôt que « effet direct » qui est l'expression d'une compréhension de droit international classique des relations de système ouvrant le champ à des variations argumentatives selon la nature dualiste ou moniste de ces relations, la CJUE du moment « Costa » s'écarte de celle du moment « Van Gend en Loos » en empruntant une voie discursive distincte pour parvenir aux mêmes résultats (invocabilité ou non des dispositions par les individus) tout en réaffirmant le caractère distinctif d'un droit communautaire marquant sa « *différence des traités internationaux ordinaires* »⁷⁵⁴. La formule assure ainsi une fonction performative de différenciation par répétition.

L'ensemble des fonctions et inférences réalisées par l'argument du système est à présent suffisamment déterminé pour que nous soyons en mesure d'identifier les différentes caractéristiques de la conception qu'a la Cour du moment « Costa » du concept de système juridique.

Section 2. Conception du concept de système dans le moment « Costa »

Il s'agit à présent d'identifier quelle conception du concept de système juridique est mobilisée par la CJUE dans le moment « Costa ». Notre analyse est donc synchronique, elle ne vaut que pour ce moment. Pour ce faire, ce sont les inférences conclusives auxquelles procède la Cour par son recours à l'argument du système qui nous permettront de dire à quel

⁷⁵⁴ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, v. annexe n°2, p. 250.

système juridique celle-ci fait référence. Nous procéderons par recoupement avec les catégories des conceptions du concept de système juridique identifiées en première partie⁷⁵⁵.

L'information majeure pour notre analyse peut être résumée ainsi : de l'affirmation que le droit de l'Union européenne est un ordre ou système juridique, la Cour conclut que les normes juridiques qui le composent priment sur celles des systèmes juridiques des États membres, c'est-à-dire qu'elles contraignent leurs organes d'application du droit (en l'espèce la Cour constitutionnelle italienne et le « Giudice ») à les appliquer en cas de conflit avec une norme du droit interne.

Cette inférence procède donc selon une structure similaire à celle rencontrée dans notre analyse du moment « Van Gend en Loos » : à partir d'une certaine compréhension de la nature du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique **(I)** est inféré le principe des relations **(II)** de ce système juridique de l'UE (ou SJUE) avec les systèmes juridiques des États membres (ou SJEMs).

I. Nature du SJUE

Nous verrons que la conception du concept de système juridique qu'emploie la Cour dans le moment « Costa » relève d'un institutionnalisme **(A)** qui s'explique notamment par le rôle particulier que joue la Cour dans le cadre de la procédure de question préjudicielle **(B)**.

A. Une conception institutionnaliste du concept de système juridique

À la question de savoir s'il existe ou non un système juridique de l'Union européenne pour la Cour du moment « Costa », la réponse est sans équivoque : l'alors droit communautaire constitue bien un « ordre juridique propre ». On notera que, à l'endroit des États membres, l'expression « système juridique » est employée. Toutefois, comme cela a été expliqué précédemment⁷⁵⁶, les deux expressions sont interchangeables en ce que toutes deux font référence à la qualité d'unité autonome que forme le droit communautaire ou les droits des États membres. En outre, l'expression « système » ne nous semble pas être ici employée par la Cour pour désigner plus spécifiquement les propriétés formelles de cohérence et de complétude qu'auraient entre elles les normes composant les SJEMs.

En tout état de cause, il apparaît que le droit communautaire est compris comme se composant de normes juridiques. Le SJUE est donc un ensemble de normes, tout comme le sont les SJEMs. On voit alors que l'approche de la Cour est en somme pluraliste : elle considère qu'existent, non pas un comme dans la conception de Kelsen, mais plusieurs

⁷⁵⁵ Cf. Tableau résumant les conceptions du concept de système juridique, p. 110.

⁷⁵⁶ V. introduction, p. 15.

systèmes juridiques séparés (ce qui ne présage rien quant au principe de leurs relations).

Toutefois, si le droit né du Traité crée un système juridique composé de normes juridiques, il institue également une « Communauté [...] dotée d'institutions propres », dont les compétences doivent être exercées en vue de la réalisation de certains objectifs, à savoir selon la Cour « la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 »⁷⁵⁷. Le système juridique de l'UE se compose donc aussi d'institutions dont l'action, encadrée par des normes juridiques, s'oriente vers la réalisation d'un certain projet de nature économique et politique. Ce projet confère son unité au SJUE, dont l'organisation œuvre alors à la réalisation de ce projet au moyen du droit, c'est-à-dire au moyen de normes et d'institutions juridiques propres.

Cette idée d'un projet qu'il appartient au SJUE de réaliser, proche de ce qu'un premier institutionnalisme chez le juriste français Hauriou a pu appeler une « idée d'œuvre »⁷⁵⁸, rapproche grandement la conception de la Cour de celle de Neil MacCormick. Dans ses œuvres⁷⁵⁹, le théoricien écossais semble être en effet celui qui a su le mieux résumer cette compréhension du droit qui tente de lier et la qualité d'unité des normes juridiques et l'existence d'institutions autonomes qui, pour parvenir à des fins politiques et économiques (portant, dans le cas de l'Union, sur le marché commun, la libre circulation des capitaux et des personnes, etc.), produisent et mettent en œuvre ces normes juridiques.

Dans ce schéma, normes et institutions juridiques sont intrinsèquement liées et participent toutes de la qualité d'unité autonome du droit communautaire, de sorte que la Cour du moment « Costa » mobilise une conception institutionnaliste du concept de système juridique. En outre, ces institutions sont de véritables acteurs juridiques, dont la présence importe particulièrement dans le SJUE puisque leurs relations avec le droit des États membres ne peuvent pas être seulement conflictuelles. L'affirmation du principe de primauté du droit communautaire implique en effet que le juge national soit enclin à l'appliquer. Il doit donc y avoir, selon les mots de l'avocat général, une « collaboration nécessaire » entre CJUE et juge

⁷⁵⁷ CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, v. annexe n°2, p. 250.

⁷⁵⁸ « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir d'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures », in HAURIOU M., « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *op. cit.*, p. 96. Pour un commentaire critique de l'institutionnalisme chez Hauriou, v. MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.* L'idée d'un rapprochement entre l'idée d'œuvre chez Hauriou et le projet européen est à trouver chez Pierre Pescatore, v. PESCATORE P., *Le droit de l'intégration*, *op. cit.* ; AZOULAI L., « The force and forms of European legal integration », *European University Institute Working Papers*, 2011, 2011/06, p. 11. Pour une approche par laquelle la dite « cohérence » du système juridique passe par le projet commun que ses institutions s'assignent, v. MAULIN É., « Cohérence et ordre juridique » in MICHEL V. (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 9-24.

⁷⁵⁹ MACCORMICK N., *Questioning sovereignty*, *op. cit.* ; MACCORMICK N., *Institutions of law*, *op. cit.*

interne, soit un « dialogue judiciaire » dit-on plus communément⁷⁶⁰. Cette conception du concept de système est nécessairement institutionnaliste, car des normes juridiques ni ne collaborent, ni ne dialoguent, seulement des institutions le peuvent⁷⁶¹.

Par conséquent, le SJUE est compris comme se composant et de normes juridiques (droit primaire et droit dérivé) et d'institutions juridiques (organes de création et d'application du droit). Une institution fait partie du système juridique auxquelles appartiennent les normes juridiques qui l'habilitent. Pour cette raison, même si les juges nationaux sont chargés d'appliquer le droit communautaire, ils ne sont pas pour autant des organes d'application du SJUE car cette qualité leur est attribuée par les SJEMs. En effet, ils ne tiennent leur pouvoir normatif que des normes des SJEMs : ce sont celles-ci qui les habilitent à appliquer d'autres normes juridiques, dont les sources peuvent être internes ou externes⁷⁶². Les normes du SJUE ne les habilitent pas, en revanche elles les contraignent en ce sens qu'ils sont tenus de les appliquer.

Du reste, pour la Cour du moment « Costa », il apparaît que le caractère de système juridique du droit communautaire naît du Traité CEE. Il est l'acte juridique de départ assurant le rôle de norme suprême positive, il est en somme un droit « primaire ». La compréhension qu'en a la Cour montre que l'unité du SJUE tient aussi à une origine commune de ses composants. En effet, la validité du système juridique de l'UE tient à des éléments répétés à plusieurs reprises par la Cour dans son discours : il s'agit d'une part du consentement des États, et d'autre part de l'idée d'une Communauté qui, se composant d'États comme d'individus, est animée d'une volonté visant à réaliser un certain nombre d'objectifs.

L'existence de cette Communauté et du consentement des États à sa création sont les deux éléments qui confèrent au droit communautaire sa validité ou, pour le dire comme Joseph Raz, qui lui confèrent son caractère de droit qui « *se revendique d'une autorité légitime* »⁷⁶³. Ces deux éléments, dont la validité est supposée, jouent le rôle d'une norme fondamentale qui confère au SJUE son socle stable, résistant aux changements internes et autorisant à dire qu'il est encore le même malgré le bouleversement des parties qui le composent.

Mais la validité du SJUE tient avant tout chose à son interprète authentique, à savoir la

⁷⁶⁰ Pour une critique du recours à l'expression « dialogue judiciaire », v. HEYNING van de C., « The European perspective : from *lingua franca* to a common language », in CLAES M., M. DE VISSER, P. POPELIER, et C. van de HEYNING (dir.), *Constitutional conversations in Europe*, op. cit., p. 181-204. V. aussi chapitre 3, pp. ???

⁷⁶¹ C'est l'argument que nous développons dans le chapitre 3, v. p. 117s.

⁷⁶² Les SJEMs ont donc la caractéristique d'ouverture des systèmes juridiques décrite par Joseph Raz : une norme de source « A » peut produire des effets dans « non-A », v. chapitre 2, p. 85s.

⁷⁶³ V. chapitre 2, p. 72.

CJUE. En effet, c'est elle qui donne un contenu à cette norme fondamentale en vue de justifier sa décision dans le moment « Costa ». Et sa conception du concept de système juridique s'explique aussi, comme on va le voir à présent, par la particularité de son office dans le cadre de la procédure de question préjudicielle.

B. La particularité de la procédure de question préjudicielle

Pour qu'un système juridique existe, il faut au minimum que ses normes soient efficaces, c'est-à-dire suivies en général par ses destinataires. Le système juridique habilite pour cela des organes chargés de veiller à la bonne application du droit. Au sein du SJUE, la CJUE est un organe juridictionnel d'application du droit communautaire. Toutefois, dans le cadre de la procédure de question préjudicielle⁷⁶⁴, on sait que la Cour n'est que l'interprète authentique du droit communautaire, elle ne l'applique pas. Aussi, la distinction « interprétation – application » joue un rôle central dans la définition de son office lorsqu'elle se trouve saisie d'une question préjudicielle.

Dans ce cadre, la CJUE ne peut plus jouer le rôle d'un organe d'application du droit puisque la norme juridique qui l'habilite lui attribue un unique rôle d'interprète. L'application du droit communautaire dépend donc du juge interne. Pour cette raison, le principe de primauté s'exprime dans le moment « Costa » comme une obligation pour le juge interne d'appliquer le droit communautaire.

Toutefois, on pourrait soutenir que le rôle de la Cour ne relève pas *vraiment* d'une seule pratique interprétative et, puisque c'est la Cour qui a le dernier mot, la validité de ses décisions n'est jamais inquiétée par le rôle qu'elle joue *vraiment*. L'interprétation semble en outre toujours impliquer une application du droit. La distinction « interprétation – application » soulève un certain nombre de difficultés sur lesquelles il nous faut dire quelques mots, éclairant quant l'office de la CJUE dans le cadre de cette procédure particulière.

On peut distinguer deux étapes distinctes dans processus d'application juridictionnelle du droit à des faits. Si l'on s'en tient au modèle du syllogisme judiciaire, appliquer le droit à des faits consiste à établir une prémisse majeure sous laquelle sont subsumés des faits afin de tirer une conclusion qui est la solution donnée pour le cas⁷⁶⁵. Mise de côté la solution dont on présuppose alors qu'elle n'est que la conséquence nécessaire d'un raisonnement de pure logique, il faut donc distinguer deux étapes dans le processus d'application du droit :

⁷⁶⁴ Actuel article 267 TFUE, ancien article 177 CEE durant le moment « Costa ».

⁷⁶⁵ WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, op. cit., p. 190s.

- établissement de la prémisse majeure à partir d'un énoncé juridique interprété, soit la création d'une norme juridique *via* l'interprétation⁷⁶⁶ ;
- subsumption des faits sous cette norme juridique.

L'application du droit désigne donc deux étapes distinctes : et l'interprétation d'un énoncé juridique et la subsumption des faits sous une signification de cet énoncé. L'interprétation est une étape de l'application du droit. Appliquer le droit c'est donc aussi l'interpréter.

Sous cet angle, la distinction « interprétation – application » semble trompeuse car appliquer à des faits un énoncé juridique ne dispense pas de devoir l'interpréter, c'est-à-dire de lui attribuer une signification de norme juridique. Interprétation et application ne semblent pas séparables. Seulement, cette distinction produit bel et bien des effets dans le contexte de l'Union : entre juge communautaire et juge interne, il y a une « collaboration nécessaire » pour que dans le cadre de la procédure de question préjudicielle le droit communautaire soit efficace, c'est-à-dire interprété de façon uniforme par la CJUE et appliqué par le juge interne⁷⁶⁷. La distinction n'a donc de sens qu'à l'aune du contexte très particulier de la question préjudicielle en droit de l'Union. Pour en rendre compte, on peut distinguer deux emplois de l'expression « application du droit » :

- au sens large, elle désigne le processus d'interprétation d'un énoncé normatif et de subsumption des faits sous une norme ;
- au sens restreint, elle ne désigne plus que la subsumption des faits sous une norme.

Au sens large, le juge communautaire et juge national participent ensemble à l'application du droit communautaire. Au sens restreint, c'est seulement le juge communautaire qui interprète le droit communautaire alors que le juge national se contente de l'appliquer. La distinction « interprétation – application » fait alors sens. On comprend aussi sous un autre angle en quoi consiste le principe de primauté dans le moment « Costa » : il consiste à obliger le juge national dans la construction de la prémisse majeure. Le juge national est tenu de subsumer les faits sous la prémisse majeure fournie par le juge communautaire. Du moins, la solution que le juge national souhaite pour le cas devra être argumentée par le biais de la prémisse fournie par le juge national.

C'est de cette nature que nous semble être la « collaboration nécessaire » dans le cadre

⁷⁶⁶ On raisonne ici dans le cadre d'une théorie réaliste de l'interprétation, v. p. 189.

⁷⁶⁷ « Interprétation » et « application » se définissent ainsi par un jeu d'opposition mutuelle où chacun peut être soutenu par un complexe d'arguments opposé à l'autre. La distinction articule alors des manières d'argumenter qui ont tout l'air de ce que Duncan Kennedy nomme des « argument-bites », v. KENNEDY D., « A semiotics of legal argument », *Syracuse Law Review*, 1991, n° 42, p. 75s.

de la procédure de question préjudicielle. En réalité, plutôt qu'une « collaboration », il y a une division des tâches. Ainsi, dans le cadre de la procédure de question préjudicielle, l'efficacité du SJUE est fonction de ce que la prémisse majeure établie par le juge communautaire est effectivement employée par le juge interne dans son raisonnement syllogistique. La question préjudicielle suppose donc un rôle important joué par les acteurs des systèmes juridiques, d'où la conception institutionnaliste du concept de système qu'a la Cour dans le moment « Costa ».

Le principe de primauté est donc un instrument essentiel de l'efficacité et, par conséquent, une condition de l'existence d'un SJUE. Pour être efficaces dans le cadre de la procédure de question préjudicielle, les dispositions du SJUE doivent primer celles du droit interne en ce sens que le juge national est tenu d'employer comme prémisse de son raisonnement la norme juridique produite par l'interprétation de la Cour, et non pas une norme nationale qui serait conflictuelle. L'affirmation de ce principe par la Cour nous semble donc impliquer une certaine conception de l'existence des systèmes juridiques tenant à leur nécessaire efficacité générale. De plus, on voit ainsi que la compréhension de la nature du SJUE est intimement liée à celle de ses relations avec les SJEMs.

II. Relations du SJUE avec les SJEMs

La Cour du moment « Costa » a une compréhension des relations entre SJUE et SJEMs dominée par l'importance du principe de primauté qu'elle pose à cette occasion. Cette primauté nous semble consister en une supériorité très nuancée, qui ne vaut qu'en cas de conflit de normes (**A**). En outre, elle n'est pas à sens unique, ce qui nous permettra de mettre en évidence des interactions entre SJUE et SJEMs, interactions que se proposera de schématiser un modèle (**B**).

A. La primauté : une supériorité en cas de conflit

Notre analyse des inférences opérées dans le moment « Costa » a montré que la Cour conclut, à partir de ce que le droit communautaire est un « ordre juridique propre », que les normes du SJUE doivent être appliquées par les organes d'application des SJEMs, lesquels doivent les faire primer en cas de conflit avec le droit interne. La primauté s'analyse donc ici en une certaine supériorité du SJUE sur les SJEMs qui ne vaut qu'en cas de conflit de normes. Elle ne s'analyse pas en une suprématie puisque cette supériorité n'est pas complète⁷⁶⁸. Les

⁷⁶⁸ Par conséquent, « suprématie » et « primauté » doivent donc être distingués. Bruno de Witte relève toutefois que les termes sont souvent utilisés de façon interchangeables dans la littérature anglophone, v. DE WITTE B., « Direct effect, primacy, and the nature of the legal order », *op. cit.*, p. 323. Il s'en trouve toutefois de nombreux

SJEMs ne disparaissent pas au sein d'un SJUE qui les engloberaient tous. Le discours de la Cour montre que celle-ci comprend chaque système comme restant bien distinct.

Entre SJUE et SJEM existe donc une supériorité au bénéfice du premier qui est limitée. En outre, si des compétences propres ont été confiées de façon définitive aux institutions de l'Union, celles-ci ne s'exercent que dans des domaines restreints, de sorte que la supériorité du SJUE s'exerce dans un cadre qui interdit de conclure, à la façon de Joseph Raz, que le système juridique « revendique son autorité à réguler tout type de comportement »⁷⁶⁹. En ce sens, le système ne peut pas être complet⁷⁷⁰. Pour la Cour du moment « Costa », si le SJUE est supérieur aux SJEMs ce n'est que dans le cadre de la mise en œuvre de ses compétences, ce qui donne à cette supériorité un sens spécifique : en cas de conflit avec les dispositions de droit interne, le juge national est tenu de faire primer celles de droit communautaire.

À ces éléments, on pourrait toutefois formuler une objection tenant à « la compétence de la compétence » : qui a le dernier mot pour choisir ce qui relève ou non du domaine de compétences des organes du SJUE ? S'il s'agit de savoir quel organe est compétent pour définir en dernière instance le champ d'application du Traité – et donc l'ampleur des compétences des organes que le Traité institue – c'est la CJUE. Si, en revanche, il s'agit d'identifier qui dispose de la compétence pour modifier le Traité en ce point particulier des compétences dévolues aux organes du SJUE, ce sont les États membres⁷⁷¹, bien que la Cour se déclarera bien après le moment « Costa » compétente pour examiner la validité d'un acte juridique autorisant la modification des traités⁷⁷².

Il semble donc que la Cour joue bien un rôle décisif, mais l'idée selon laquelle le

autres entendant précisément les distinguer, v. notamment AZOULAI L., DUBOUT É., « Repenser la primauté » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 572 ; AVBELJ M., « Supremacy or primacy of EU law - (Why) Does it matter ? », op. cit. En outre, pour le Tribunal constitutionnel espagnol qui s'est fameusement emparé de la distinction dans une décision de 2004, la primauté du droit communautaire laisse intacte la validité d'une norme nationale contraire, à la différence de la suprématie. Sur cet aspect de la décision, v. BENGOETXEA J., « Rethinking EU law in the light of pluralism and practical reason » in MADURO M.P., K. TUORI, et S. SANKARI (dir.), *Transnational law: rethinking European law and legal thinking*, Cambridge, United Kingdom ; New York, Cambridge University Press, 2014, p. 163s.

⁷⁶⁹ V. chapitre 2, p. 83s.

⁷⁷⁰ Pour une thèse inverse où le caractère complet d'un système juridique est entendu en un sens faible qui le rend compatible avec des normativités non étatiques telles que le droit de l'Union, v. PRIMMER J.W., « Beyond the Law-State: the adequacy of Raz's account of legal systems in explaining intra-State and supra-State legality », op. cit., p. ???

⁷⁷¹ Comme aujourd'hui en dispose l'article 48 TUE, la révision des traités prévue à l'ancien article 236 du Traité de Rome est soumise au consentement des États membres.

⁷⁷² Cf. CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12. L'étendue de la compétence de la Cour est toutefois peu claire, et il n'est pas certain qu'à l'avenir elle se déclare compétente pour un contrôle de tout type d'acte autorisant la révision des traités, ce qui la placerait dans la position d'un organe constituant. Sur ce point, v. GIORGI F., « Le pouvoir constituant européen, l'"Arlésienne" du constitutionnalisme européen ? Quelques réflexions à propos de l'arrêt *Pringle* », in KRONENBERGER V., M.T. D'ALESSIO, et V. PLACCO (dir.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

SJUE serait suprême par rapport aux SJEMs ne correspond pas à la compréhension qu'a la Cour dans le moment « Costa », tel que nous en avons analysé la teneur. S'il y avait une suprématie, elle ne pourrait être que limitée. On emploiera donc plutôt le terme « supériorité ».

Par ailleurs, il ne semble pas que la Cour comprenne les SJEMs comme étant les sujets d'une prétendue suprématie du SJUE. Plutôt, chacun des systèmes semble être compris comme les partenaires indispensables d'une « collaboration nécessaire » entre la CJUE et les juges nationaux en vue de la réalisation d'objectifs communs. Les systèmes sont donc contraints de s'entendre et de coexister. Bien sûr, des conflits peuvent surgir au stade de l'application du droit communautaire au sein des SJEMs. Et c'est la fonction du principe de primauté d'affirmer en ce cas la supériorité du SJUE. Mais il ne faut pas négliger que ces rivaux potentiels sont contraints de fonctionner ensemble pour la réalisation des buts du Traité CEE, auxquels se réfère la Cour. Ainsi, leurs relations semblent être comprises par la Cour comme pouvant déboucher sur un dialogue comme sur un conflit, lequel est alors une hypothèse tout à fait plausible, comme dans le cadre de l'actuelle Union⁷⁷³.

L'existence d'une supériorité entre SJUE et SJEMs prenant la forme d'une primauté en cas de conflit ne semble donc pas poser de problème particulier. En revanche, la question de la supériorité pose problème sur un aspect que nous avons rencontré dans notre analyse du moment « Van Gend en Loos » : comment le SJUE peut-il être supérieur aux SJEMs si ce sont précisément ces derniers qui ont consenti à cette supériorité ? Pour la CJUE du moment « Costa », tout se passe en effet comme si les États membres avaient transféré une *chose* à l'UE et, tel le mécanisme des vases communicants, ce que perdent les États est acquis par l'alors Communauté⁷⁷⁴.

Sur cette base, on se trouve face à une alternative binaire : ou bien l'on conclut à la supériorité de l'un ou de l'autre, ou bien l'on reconnaît à la façon de Neil MacCormick qu'il existe une irréductible divergence des points de vue de laquelle personne ne sort vainqueur⁷⁷⁵. Cependant, il ne semble pas que la Cour considère le point de vue des juges nationaux. En revanche elle se réfère bien au consentement des États pour justifier la supériorité du SJUE sur les SJEMs.

Aussi, ce que nous avons dit dans le moment « Van Gend en Loos » vaut également ici.

⁷⁷³ L'exemple de l'arrêt *OMT* de la Cour constitutionnelle allemande nous semble en avoir démontré la plausibilité, v. BVerfG, 14 janvier 2014, 2 BvR 2728/13.

⁷⁷⁴ En effet pour la CJUE, la suprématie du droit communautaire sur le droit national repose notamment sur « *le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité* », in CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, v. annexe n°2, p. 250.

⁷⁷⁵ V. chapitre 2, p. 105.

D'un côté, les organes juridiques de l'Union tiennent leurs pouvoirs de création et d'application du droit de l'habilitation opérée par le Traité les constituant, dont les créateurs sont les États membres de 1957. Ils sont à l'origine de la validité du SJUE et *habilitent* ses organes juridiques de création et d'application. D'un autre côté, la possible antinomie entre des dispositions du droit communautaire et des dispositions du droit interne doit se résoudre en faveur du SJUE. En ce sens et uniquement dans leurs domaines de compétence, les actes juridiques des institutions du SJUE ont la signification de normes primant celles des SJEMs en cas de conflit.

Plutôt que de suprématie, on peut donc parler d'une supériorité dissociée en deux fonctions : le SJUE a une supériorité prenant la forme d'une primauté sur les SJEMs, qui ont quant à eux une supériorité que l'on peut qualifier d'habilitation à l'endroit du premier.

B. Modèles d'interaction du SJUE avec les SJEMs

À partir du discours de la Cour pris d'un point de vue diachronique, Julie Dickson a établi trois différents modèles de relations entre les SJEMs et le SJUE : ou bien il n'existe qu'un seul et unique méta-système de l'UE dont les États membres sont chacun des sous-systèmes juridiques, ou bien États membres et UE sont chacun des systèmes juridiques distincts, ou bien enfin le droit de l'UE est intégré à chaque SJEM⁷⁷⁶.

Il faut reconnaître à cet exercice théorique l'importance de l'enjeu qu'il s'assigne : identifier une compréhension des relations entre l'UE et les États membres correspondant au point de vue des organes juridiques qui les composent. L'exercice nous semble toutefois problématique s'il doit être appliqué à la jurisprudence de la CJUE sur une longue période de temps. En effet, même si par convention de langage l'article singulier est de mise, il n'y pas *une* CJUE mais *des* formations de jugement distinctes, composées de juges distincts et changeants. Il y a plus de raisons de penser que sur une période de temps donnée la compréhension des relations de systèmes soit incohérente et objet de divergences.

Aussi, de notre avis, ce n'est que d'un point de vue synchronique que les références de la Cour à la qualité de système juridique du droit de l'UE peuvent être comprises comme des recours argumentatifs lui permettant de justifier une décision, à partir de laquelle il est possible d'induire des modèles-types de relations entre systèmes juridiques qui ne vaudront que pour le cas considéré. Un modèle ne rend alors compte que d'un état momentané.

Quoi qu'il en soit, en l'espèce dans le moment « Costa », aucun des trois modèles de

⁷⁷⁶ DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *op. cit.*, p. 1-2.

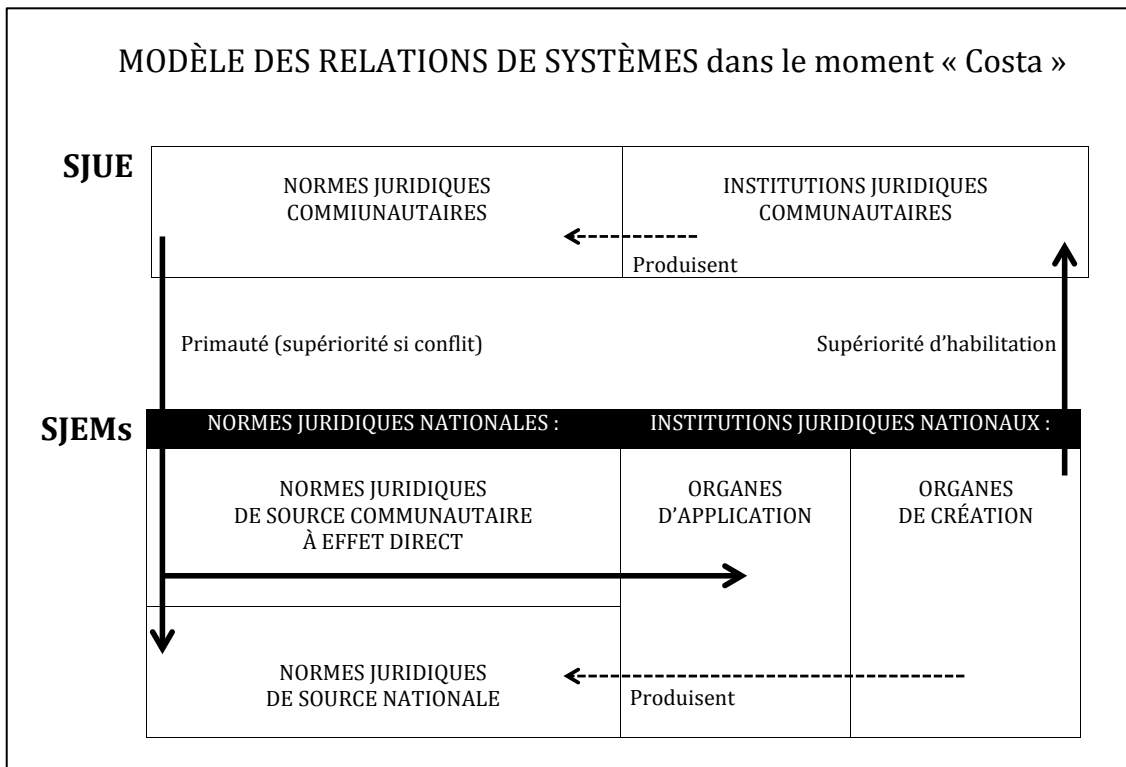
Dickson ne nous semble rendre compte de la compréhension identifiée ici dans le discours de la Cour : le droit communautaire forme un ordre juridique à la fois distinct (puisqu'il est « propre ») *et* « intégré » aux SJEMs, sans pour autant que l'on puisse parler d'un seul et unique méta-système. SJUE et SJEMs sont donc des systèmes distincts mais certaines normes communautaires sont intégrées dans les SJEMs en ce sens qu'elles sont de source communautaire mais appartiennent aux SJEMs car elles y produisent des effets directs. Au sein des SJEMs, il est donc possible de parler d'une coexistence de normes juridiques de sources distinctes⁷⁷⁷.

Aussi, pour rendre compte des interactions entre SJUE et SJEMs du point de vue de la Cour dans le moment « Costa », il faut un modèle qui inclut les trois éléments suivants :

- droit communautaire et droits nationaux forment chacun des systèmes juridiques distincts composés chacun d'institutions et de normes juridiques ;
- les institutions des SJEMs habilite celles des SJUE, dont les normes priment les normes nationales en cas d'antinomie ;
- les dispositions de droit communautaire ayant la signification de normes produisant des effets directs en droit interne appartiennent aux SJEMs.

Modélisé, ce schéma apparaît comme étant le suivant :

⁷⁷⁷ Et non de la « coexistence, dans chaque État membre, des deux ordres juridiques, l'ordre interne et l'ordre communautaire », comme le soutient l'avocat général Maurice Lagrange dans ses conclusions, v. *op. cit.*, p. 1176. Si, sur la question de la recevabilité de la demande, la Cour arrive au même résultat que celui préconisé par l'avocat général, elle le fait donc *via* un raisonnement distinct.



Dans ce schéma, la distinction « interprétation – application » joue un rôle décisif pour comprendre la place occupée par les normes juridiques à effet direct. Elles sont de source communautaire et leur interprétation est assurée par la CJUE qui décide en dernière instance de leur appartenance aux SJEMs. Leur application est quant à elle assurée par les SJEMs.

Conclusion du chapitre

Les éléments présentés dans ce chapitre quant à la conception du concept de système juridique qu'a la Cour dans le moment « Costa » nous permettent de procéder, par rapport aux conceptions présentées en première partie⁷⁷⁸, aux recoupements suivants :

⁷⁷⁸ V. tableau page 110.

Système juridique	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
Composition			X	X
Organisation				X
Unité	X			X
Autonomie			X	X
Existence	X			
Échelle	X	X		X
Relations	-	-	-	-

Il apparaît ainsi que la conception de la Cour se compose de multiples éléments empruntant à diverses conceptions du concept de système, normativistes comme institutionnalistes. On ne relève pas de contradiction entre ces différents éléments, qui peuvent bien coexister au sein d'une même conception. Celle-ci ne relève toutefois pas d'une conception connue bien identifiable. La Cour emprunte plutôt divers éléments en fonction des choix argumentatifs qui lui permettent de justifier sa décision dans le moment « Costa ».

Tout de même, on remarque que les caractéristiques de sa conception du concept de système juridique sont particulièrement liées à celles introduites dans le champ de la théorie du droit par Neil MacCormick. L'institutionnalisme semble donc être le trait qui caractérise le mieux, bien que non intégralement, la conception de la Cour.

Il est en revanche un point sur lequel la conception de la Cour ne nous semble pouvoir être rattachée à aucun des éléments connus des conceptions du concept : la question des relations entre systèmes juridiques. L'analyse du discours de la Cour révèle sur cet aspect une conception unique et pour tout dire *sui generis*. Ce n'est pas une surprise dans la mesure où, précisément, l'Union s'est notamment construite sur la base de l'affirmation de son caractère singulier par rapport aux droits international ou national. Il apparaît donc normal que les inflexions qu'a pu prendre la jurisprudence de la Cour ait également emprunté cette voie.

Annexe n°2

CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64⁷⁷⁹

[Extraits pertinents]

Motifs

Attendu que, par ordonnance du 16 janvier 1964, régulièrement transmise à la Cour, le Giudice Conciliatore de Milan, « vu l'article 177 du traité du 25 mars 1957 instituant la C.E.E., incorporé dans la législation italienne par la loi n° 1203 du 14 octobre 1957 et, vu l'allégation que la loi n° 1643 du 6 décembre 1962 et les décrets présidentiels pris en exécution de cette loi... violent les articles 102, 93, 53 et 37 du traité », a sursis à statuer et ordonné la transmission du dossier à la Cour.

SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 177

Moyen tiré du libellé de la question

Attendu qu'il est fait grief à la question dont s'agit de tendre à faire juger, par le moyen de l'article 177, la conformité d'une loi avec le traité ;
attendu cependant qu'aux termes de cet article les juridictions nationales dont les décisions sont, comme en l'espèce, sans recours, doivent saisir la Cour pour statuer à titre préjudiciel sur « l'interprétation du traité » lorsqu'une telle question est soulevée devant elles ;
que, par la voie de cette disposition, la Cour ne peut, ni appliquer le traité à une espèce déterminée, ni statuer sur la validité d'une mesure de droit interne au regard de celui-ci, comme il lui serait possible de le faire dans le cadre de l'article 169 ;
qu'elle peut toutefois dégager du libellé imparfaitement formulé par la juridiction nationale les seules questions relevant de l'interprétation du traité ;
qu'il y a donc lieu, pour elle, non de statuer sur la validité d'une loi italienne par rapport au traité, mais seulement d'interpréter les articles sus-visés eu égard aux données juridiques exposées par le Giudice Conciliatore.

Moyen tiré de l'absence de nécessité d'une interprétation

Attendu qu'il est fait grief à la juridiction de Milan d'avoir demandé une interprétation du traité qui ne serait pas nécessaire à la solution du litige porté devant elle ;
attendu cependant que l'article 177, basé sur une nette séparation de fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, ne permet à celle-ci ni de connaître des faits de l'espèce, ni de censurer les motifs et objectifs de la demande d'interprétation.

Moyen tiré de l'obligation pour le juge d'appliquer la loi interne

Attendu que le gouvernement italien soulève « l'irrecevabilité absolue » de la demande du Giudice Conciliatore, au motif que la juridiction nationale, tenue d'appliquer une loi interne

⁷⁷⁹ Source : recueil de la jurisprudence de la Cour, 1964, pp. 1149-1168.

ne peut faire usage de l'article 177 ;

§.1 attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ;

§.2 qu'en effet, 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 pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ;

§.3 attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ;

que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5 (2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7 ;

que les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires ;

que, lorsque le droit d'agir unilatéralement est reconnu aux États, c'est en vertu d'une clause spéciale précise (articles 15, 93-3, 223 à 225 par exemple) ;

que, d'autre part, les demandes de dérogation des États sont soumises à des procédures d'autorisation (articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3e alinéa, et 226 par exemple) qui seraient sans objet s'ils avaient la possibilité de se soustraire à leurs obligations au moyen d'une simple loi ;

attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre » ;

que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires ;

attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ;

que le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ;

qu'en conséquence il y a lieu de faire application de l'article 177, nonobstant toute loi nationale, au cas où se pose une question d'interprétation du traité ;

attendu que les questions posées par le Giudice Conciliatore au sujet des articles 102, 93, 53 et 37 tendent à savoir en premier lieu si ces dispositions produisent des effets immédiats et engendrent dans le chef des justiciables des droits que les juridictions internes doivent sauvegarder et, dans l'affirmative, quel est le sens de ceux-ci.

Conclusion du titre

Notre analyse de l'argument du système dans les moments « Van Gend en Loos » et « Costa » nous a permis d'identifier les grandes caractéristiques de la conception que la Cour a du concept de système juridique. Rappelons que dans ces deux moments celle-ci est quasiment composée des mêmes juges, si bien que l'on peut examiner la cohérence de la conception de la Cour en écartant l'influence de sa composition sur les éventuelles différences constatées à chacun des moments analysés.

À partir de la comparaison des tableaux dressés pour chacun des moments étudiés⁷⁸⁰, on peut additionner les éléments caractéristiques de la conception de la Cour et les regrouper selon chaque auteur étudié. On obtient alors le tableau suivant :

Moments	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
« Van Gend en Loos »	3	2	3	5
« Costa »	3	1	2	5

Il apparaît nettement que la Cour n'a pas *une* mais bien *des* conceptions du concept de système juridique. Ces conceptions ne sont pas nécessairement cohérentes entre elles. Ainsi, il semble difficile de tenir pour compatibles les assertions selon lesquelles « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international [...] indépendant de la législation des États membres* »⁷⁸¹ alors qu'une disposition de droit communautaire peut être cependant « *intégrée au système juridique des États membres* »⁷⁸². Par ailleurs, le droit communautaire est parfois compris comme se composant exclusivement de normes juridiques, parfois comme se composant aussi d'institutions juridiques. Parfois normativiste, parfois institutionnaliste, la Cour conçoit de façon différente le droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique. Elle a donc des conceptions différentes du concept et, de notre avis, il n'y a pas de cohérence entre les caractéristiques composant chacune de ces conceptions car elles se contredisent, parfois entre deux moments, parfois au sein d'un même moment.

⁷⁸⁰ V. p. 217 et 248.

⁷⁸¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, v. annexe n°1, p. 250.

⁷⁸² CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec. pp. 1163-1164.

En revanche, notre analyse montre qu'il y a de nombreux éléments redondants entre les caractéristiques composant les conceptions de la Cour. Ainsi, entre les moments « Van Gend en Loos » et « Costa », nous pouvons identifier quelques constantes en comparant les résultats des deux tableaux. Tout d'abord, il est manifeste que droit communautaire et droit des États membres sont à chaque fois compris comme des systèmes distincts, ce qui montre bien que la qualité de système juridique n'est pas considérée comme étant le propre d'une certaine échelle de légalité, que celle-ci soit nationale ou internationale. Ainsi, droit national comme droit supranational sont compris comme formant des systèmes distincts.

Toutefois, bien que distincts, SJUE et SJEMs sont intimement liés. Et la Cour insiste dans chacun des moments sur le rôle des États dans la construction de la Communauté. Il s'agit alors pour elle de mettre en évidence la place du consentement des États dans l'origine de la validité du Traité CEE. Cette référence nous semble souligner la commune origine du droit communautaire, dont la validité tient à ce consentement, qui quant à lui est supposé être valide. Du moins, sa validité n'est jamais démontrée par la Cour, ce qui rapproche sa conception de celle de la norme fondamentale chez Kelsen.

Mais surtout, il apparaît que la conception du concept de système juridique de Neil MacCormick est celle qui influence le plus le discours de la Cour, en particulier sur la question du projet que porte la Communauté. L'idée que le droit communautaire œuvre à la réalisation de certaines finalités est utilisée à chaque fois par la Cour afin de justifier les décisions particulières qu'elle a à prendre dans les moments considérés. De cela naît une autre constante dans son discours, qui tient quant à elle à l'importance de l'autonomie du droit communautaire : il est un ordre juridique propre, instituant ses propres organes en vue de produire ses propres normes orientées vers la réalisation de ses propres objectifs. S'affirme ainsi une volonté indépendante de celle des États membres.

Pour justifier les moyens de son exercice (tel que le principe de l'effet direct dans le moment « Van Gend en Loos » ou le principe de primauté dans le moment « Costa »), cette volonté emprunte des voies argumentatives dont l'analyse révèle, *in fine*, une compréhension parfois contradictoire du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique. Aussi, si l'argument du système ne semble pas s'accompagner d'une même conception du concept de système, il demeure le moyen par lequel cette Cour de 1963-1964 affirme l'autonomie d'une volonté propre, distincte et supranationale, entendant déterminer son action par ses propres moyens, bien que dépendante de ceux des États membres.

En somme, il n'y a pas une mais des conceptions diverses de la Cour sur ces deux moments. Des éléments redondants permettent d'identifier les caractéristiques communes de

ces conceptions. Il nous appartient à présent de voir si on les retrouve dans une période plus récente de la jurisprudence de la Cour et d'établir si la continuité de l'argument du système s'accompagne de celle de ces conceptions du concept de système que mobilise la Cour.

Titre 2. L'argument du système dans la jurisprudence récente

Introduction

Après avoir examiné les moments majeurs des débuts de la jurisprudence de la Cour, il nous appartient d'analyser à présent des moments pris dans une période plus récente afin d'établir l'éventuelle permanence des conceptions du concept de système juridique identifiées dans le premier titre. Au sein de cette jurisprudence récente, nous choisirons des moments jurisprudentiels relativement éloignés dans le temps, de sorte que nous pourrions établir la propre permanence des conceptions entre ces deux moments d'abord, puis entre ces deux périodes de la jurisprudence de la Cour ensuite.

Par ailleurs, après nous être concentré sur les relations entre le droit de l'Union et le droit des États membres, il nous faut désormais analyser des moments jurisprudentiels qui nous permettront d'aborder la question des rapports entre le droit international et le droit de l'Union. La question de ces rapports est en effet au cœur de la compréhension de l'UE en tant qu'entité *sui generis*, c'est-à-dire irréductible à un phénomène juridique national ou international. L'affirmation de la singularité de l'Union passe donc aussi par une opposition vis-à-vis du droit international ou de droits régionaux. Elle s'articule en outre en des moments jurisprudentiels à l'occasion desquels la Cour a mobilisé l'argument du système.

L'arrêt *Kadi* de 2008 et l'avis 2/13 de 2014 quant à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁷⁸³ nous semblent constituer des moments jurisprudentiels pertinents pour une pareille analyse. Ils mettent respectivement en jeu la question des rapports du droit de l'Union avec le droit des Nations unies et avec le droit de la CEDH.

L'analyse de ces deux moments nous permettra d'aborder le discours de la Cour dans le cadre de procédures distinctes de celle de la question préjudicielle. L'arrêt *Kadi* concerne en effet le contrôle de légalité d'un acte de l'alors droit communautaire affectant des personnes. C'est la procédure du recours en annulation de l'actuel article 263 TFUE. L'avis 2/13 concerne quant à lui une dite « prise de position » de la Cour quant à la compatibilité d'un accord international avec les traités. C'est la procédure de consultation facultative et

⁷⁸³ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P et CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13.

d'avis conforme prévue à l'article 218§11 TFUE. Aussi, il importe d'analyser des cas où les contextes argumentatifs sont distincts, c'est-à-dire que la Cour ne met ni en œuvre la même compétence ni ne dispose des mêmes pouvoirs, car alors l'argument du système qui y est à chaque fois mobilisé exprime possiblement des conceptions du concept de système juridique distinctes. Il nous appartient de le vérifier.

Enfin, dans la mesure où ces moments sont plus récents et que les vifs débats qu'ils ont suscité sont parfois encore à chaud, nous nous efforcerons de présenter notre analyse en lien avec les principaux commentaires qu'a fait de ces moments la doctrine dans le champ du droit de l'Union européenne.

Chapitre 7. Le moment « Kadi »

L'affaire dite « Kadi » présente d'évidence le caractère de ce que nous avons appelé un « moment jurisprudentiel ». Entre 2005 et 2009, elle a suscité en doctrine un nombre si important de commentaires que la description de ce corpus propre est devenue à elle seule un enjeu scientifique. Ainsi, Sara Poli et Maria Tzanou⁷⁸⁴ dressent jusqu'à mai 2009 le portrait d'une doctrine essentiellement européenne se positionnant autour de grands enjeux contemporains perçus comme opposés, à savoir : la protection internationale des droits fondamentaux des individus contre la protection de la sécurité et de la paix dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international. Il faut dire que l'affaire Kadi n'agite pas seulement les grands enjeux politiques de l'époque, mais également ceux, classiques dans le champ des études de droit, tenant à la compréhension des relations entre droit international, droit régional et droit national en tant que rapports de systèmes. Le terrain est donc propice pour que surgisse l'argument du système. Nous allons voir que c'est bien ici le cas.

L'affaire « Kadi » consiste plus exactement en une série de moments jurisprudentiels, une « *saga* » qui suscite d'autant plus l'intérêt que chaque épisode fournit un nouveau matériau pour la discussion⁷⁸⁵. Mieux, le sentiment répandu que s'écrivaient alors d'importantes lignes dans la construction du droit de l'Union a pu conduire des observateurs à rapprocher cette saga d'autres grands moments de l'histoire jurisprudentielle de l'Union, quitte à en célébrer conjointement la signifiante⁷⁸⁶. En particulier, le rapprochement entre l'affaire « Kadi » et le moment « Van Gend en Loos », esquissé notamment par l'alors avocat général à la CJUE Miguel Poiares Maduro⁷⁸⁷, nous invite à arrêter notre attention sur l'affaire « Kadi », laquelle ne peut qu'être incluse dans la présente étude dans la mesure où l'argumentation juridique qui en a justifié les inflexions tient, précisément, à une certaine compréhension de la nature des relations entre différents systèmes juridiques.

Au sein de cette série de moments jurisprudentiels constituée par l'affaire « Kadi », un

⁷⁸⁴ POLI S. et M. TZANOU, « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *Yearbook of European Law*, 2009, n° 28, p. 533-558.

⁷⁸⁵ « La saga Kadi assure à chacun de ses épisodes au chroniqueur de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne une réflexion décapante consacrée aux problématiques afférentes aux relations sensibles entre lutte contre le terrorisme et protection des droits » in BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Nécessité, intensité et procédé du contrôle des mesures de lutte contre le terrorisme à l'aune des principes de protection des droits », *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 septembre 2013.

⁷⁸⁶ MARTINICO G., « The Autonomy of EU Law: A Joint Celebration of Kadi II - Van Gend en Loos », M. AVBELJ, F. FONTANELLI et G. MARTINICO (dir.), *Kadi on trial: a multifaceted analysis of the Kadi judgment*, Abingdon, Oxon, Routledge, coll. « Routledge research in European Union law », 2014, p. 157s.

⁷⁸⁷ Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro, 16 et 23 janvier 2008, dans CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P.

seul moment nous intéressera ici en particulier. Il est à comprendre dans la perspective de l'ensemble auquel il appartient, et sur lequel il nous faut dire à présent quelques mots. Entre 2005 et 2013, l'affaire « Kadi » concerne un ensemble de décisions des organes juridictionnels de l'Union européenne⁷⁸⁸ portant sur des règlements du Conseil de l'UE appliquant en droit de l'Union des résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ONU). Ces résolutions mettent en œuvre des sanctions financières à l'égard d'individus et entités liés au terrorisme international et identifiés comme tels par la liste que dresse le comité des sanctions du Conseil de sécurité. En 2001, Yassin Abdullah Kadi est inclus par le comité des sanctions dans la liste des individus liés au financement du terrorisme international. La même année, les sanctions financières requises sont mises en œuvre dans l'ère géographique de l'Union au moyen d'un règlement du Conseil de l'UE, lequel se borne à reproduire les sanctions financières onusiennes et dresse en annexe une liste des individus et entités visées correspondant à celle établie par le comité des sanctions. Kadi, visé par le règlement en question, décide de former devant l'alors Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE)⁷⁸⁹ un recours en examen de la légalité du règlement en question sur le fondement de l'article 230 du traité de l'alors Communauté européenne (TCE), actuel article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Dans un arrêt retentissant de 2005⁷⁹⁰, le TPICE décide de contrôler la légalité de la résolution onusienne, que le règlement se borne à mettre en œuvre, par rapport au *jus cogens*. Visé par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, ce *jus cogens* consiste, selon l'interprétation qu'en donne le Tribunal, en des principes du droit international général incluant un standard minimal de protection des droits fondamentaux liant toute organisation internationale, et notamment l'ONU. Sur cette base, le Tribunal décide de rejeter la requête de Kadi au motif que la résolution – et par voie de conséquence le règlement visé – satisfait aux réquisits du *jus cogens*. Kadi ainsi que, dans une affaire similaire, la fondation Al Barakaat International forment un pourvoi devant la CJUE, laquelle joint les affaires et statue en 2008 quant à la légalité des arrêts du Tribunal attaqués⁷⁹¹. La Cour décide d'annuler les deux arrêts et statue sur le fond en examinant la légalité interne du règlement en question par rapport au seul droit de l'alors Communauté. Elle conclut que le règlement viole les réquisits

⁷⁸⁸ Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il fallait bien entendu distinguer entre l'Union européenne et la Communauté européenne. Par commodité de langage toutefois, nous employons ici l'expression « Union européenne » pour désigner la période avant et après 2009.

⁷⁸⁹ Depuis Lisbonne, actuel Tribunal de l'Union européenne, que nous désignerons toutefois dans ce chapitre par son ancien acronyme « TPICE ».

⁷⁹⁰ TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01.

⁷⁹¹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P.

élémentaires de la protection des droits fondamentaux dans le système juridique de la Communauté (notamment en ce qui concerne la possibilité pour Kadi de se défendre judiciairement face aux accusations du comité des sanctions) et décide de l'annuler après un délai de trois mois à compter du rendu du jugement. L'arrêt provoque une réaction internationale, la Cour ayant préféré la protection des libertés individuelles à la lutte contre le terrorisme international. Comprenant qu'il lui appartient de renforcer son mécanisme de protection des libertés, le Conseil de sécurité met en œuvre une nouvelle procédure plus respectueuse, sur la base de laquelle le même Kadi sera de nouveau inscrit sur la liste du comité des sanctions, ainsi que sur un nouveau règlement du Conseil de l'UE. Suite à un nouveau recours, le Tribunal décide en 2010 d'annuler de nouveau le règlement litigieux⁷⁹². Il est formé un nouveau pourvoi et en 2013, quand bien même le nom de Kadi a déjà été effacé des listes du comité des sanctions l'année précédente, la Cour est amenée à se prononcer de nouveau. Les pourvois des différentes affaires jointes sont rejetés⁷⁹³, la CJUE confirme sa jurisprudence selon laquelle tout acte juridique de l'Union doit satisfaire aux droits fondamentaux, quand bien même cet acte mettrait en œuvre une résolution du Conseil de sécurité.

Au sein de cette saga « Kadi », c'est dans l'arrêt de 2008 que la CJUE posera ce principe qui conduira à l'annulation des différents règlements litigieux : « *les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions* »⁷⁹⁴. C'est par conséquent ce moment de la saga qui importe particulièrement, et sera l'objet d'étude du présent chapitre. Pour nous y référer, nous parlerons du moment « Kadi ». Étant donné que l'arrêt est rendu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, nous emploierons les expressions « Communauté » et « droit communautaire » afin de mieux coller au discours de la Cour.

La décision que prend la CJUE dans le moment « Kadi » est à comprendre comme s'opposant à l'arrêt du TPICE à un double titre : d'abord, en tant qu'elle conclut à l'annulation du règlement litigieux, mais surtout en tant qu'elle se pose la question des rapports entre la lutte internationale contre le terrorisme *via* les sanctions dites « ciblées »

⁷⁹² TPICE, 30 septembre 2010, *Kadi II*, T-85-09.

⁷⁹³ CJUE, 18 juillet 2013, *Kadi II*, C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P.

⁷⁹⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 326.

(c'est-à-dire visant des individus) et la protection des droits fondamentaux sur le plan du droit communautaire. Ainsi, la Cour n'examine pas, comme le fait le TPICE, la légalité de la résolution onusienne vis-à-vis du *jus cogens* mais bien la légalité du règlement mettant en œuvre la résolution vis-à-vis du seul droit communautaire (en l'occurrence le droit primaire issu du TCE). Le renversement de perspective est complet : le droit des Nations unies ne lie la Communauté qu'en tant qu'il est transposé par des dispositions de droit communautaire, lesquelles sont tenues en toute circonstance de respecter le droit primaire tel que la Cour l'interprète. À la différence du TPICE, la Cour conclut donc qu'une résolution ne saurait lier directement la Communauté.

L'argumentation mobilisée par la Cour pour justifier son contrôle de légalité – et par voie de conséquence l'annulation du règlement litigieux – se place sur le terrain théorique des rapports de système entre le droit des Nations unies et le droit communautaire. C'est pourquoi une partie de la doctrine a pu opposer le schéma moniste du TPICE à celui dualiste de la CJUE⁷⁹⁵. Une autre partie de la doctrine nuance quant à elle l'apparent caractère dualiste du raisonnement de la Cour⁷⁹⁶, quand d'autres encore le qualifie de pluraliste⁷⁹⁷. Dans cette représentation schématique des rapports de systèmes, le terrain est propice au surgissement de l'argument du système. Ainsi, la CJUE du moment « Kadi » déclare : « *le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte* »⁷⁹⁸.

Aussi, dans ce chapitre, notre analyse ne portera que sur une partie de l'argumentation de la CJUE du moment « Kadi ». Reproduite en annexe⁷⁹⁹, elle concerne l'appréciation de la Cour quant aux moyens relatifs à la violation de certains droits fondamentaux. Ce focus exclusif nous conduira automatiquement à écarter du champ de notre analyse l'examen par la Cour de la recevabilité des pourvois ainsi que de la pertinence de la base légale choisie par le Conseil de l'UE pour adopter le règlement litigieux. De nombreux débats ont été suscités en

⁷⁹⁵ C'est, de l'avis de Sara Poli et Maria Tzanou, la compréhension la plus répandue de l'affaire « Kadi » en doctrine, v. POLI S. et M. TZANOU, « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *op. cit.*, p. 535.

⁷⁹⁶ Par exemple, v. DE WITTE B., « European Union Law: How Autonomous is its Legal Order? », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, mars 2010, vol. 65, n° 1, p. 154 ; PELLET A., « Constitutionnalisation du droit des Nations unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 415s ; AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, *op. cit.*, p. 62-63.

⁷⁹⁷ Par exemple, v. BESSON S., « European Legal Pluralism after Kadi », *European Constitutional Law Review*, juin 2009, vol. 5, n° 2, p. 237 ; DE BÚRCA G., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Jean Monnet Working Paper. NYU School of Law*, 2009, 01/09.

⁷⁹⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 316.

⁷⁹⁹ V. Annexe n°3, p. 285-291.

doctrine sur ces points⁸⁰⁰, toutefois leur examen ici nous éloignerait trop de l'objet de la présente étude.

Dans ce chapitre, nous commencerons par analyser le contexte d'émergence de l'argument du système dans le moment « Kadi » (**Section 1**). Nous verrons que cet argument permet à la Cour de justifier les modalités particulières de son contrôle de légalité. Puis, conformément à la méthodologie suivie dans cette seconde partie, notre analyse de ce que fait la Cour avec ce qu'elle dit nous conduira à identifier la ou les conceptions du concept de système mobilisée(s) au moyen de l'argument du système (**Section 2**). Nous identifierons ainsi la compréhension du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique que mobilise la Cour à travers l'argument du système.

Section 1. Contexte d'émergence de l'argument du système

Le moment « Kadi » interroge plus largement la question des relations entre le droit issu de la Charte des Nations unies de 1945 et le droit né des traités constituant des organisations internationales telles que l'alors Communauté européenne. Puisqu'elle naît d'un traité, la Communauté est bien une organisation internationale. Puisqu'elle n'est pas un État, elle n'est pas partie à la Charte des Nations unies et ne devrait donc pas être liée par ses dispositions. Toutefois, les États membres de la Communauté le sont bel et bien. Or, en vertu de l'article 103 de ladite Charte : « *en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* ». Par conséquent, en cas de conflit entre des normes du droit né de la Charte et le droit communautaire, les États membres de la Communauté seraient tenus d'appliquer des dispositions contradictoires parce que priment et le droit international et le droit communautaire sur leurs propres normes juridiques. C'est dans ce contexte d'ambiguïté des relations entre droit international et droit communautaire (**I**) que l'argument tiré de ce que la Communauté constitue un système juridique autonome va permettre à la Cour de trouver une solution pour le cas qui lui est présenté, sans pour autant avoir à se prononcer directement sur la nature de ces relations problématiques de systèmes (**II**).

⁸⁰⁰ On peut trouver un résumé succinct de leur teneur ici : POLI S. et M. TZANOU, « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *op. cit.*, p. 544.

I. L'ambiguïté des relations entre droit international et droit communautaire

Une description de l'enjeu des rapports de système entre droit international et droit communautaire (A) nous permettra de comprendre comment la solution apportée par la Cour dans le moment « Kadi » laisse planer un certain nombre d'incertitudes (B). On identifiera ainsi le terrain propice sur lequel l'argument du système est mobilisé.

A. L'enjeu des rapports de systèmes

Tenus d'appliquer le droit issu de la Charte de 1945 – et par conséquent les résolutions du Conseil de sécurité – les États membres ont décidé en 2011 d'agir dans le cadre du Conseil de l'UE par le biais d'une position commune qui les a conduit à mettre en œuvre au moyen des instruments juridiques de la Communauté la résolution portant sur les sanctions financières. C'est sur cette base qu'est pris par le Conseil le règlement litigieux contesté devant la CJUE. Par conséquent, les obligations des États membres s'exercent à travers les institutions de la Communauté. C'est pourquoi il a pu être argué que les obligations des États membres préalables au Traité de Rome de 1957 deviennent aussi celles de la Communauté, tenue de ne pas les entraver⁸⁰¹.

Quoi qu'il en soit, la question des relations externes de la Communauté concernant l'effet en droit communautaire des traités ratifiés par celle-ci est une toute autre question car il est clair que la Communauté n'a pas ratifié la Charte des Nations unies. Le problème qui se pose pour la Cour est donc bien celui des relations entre le droit international et le droit communautaire.

Sur ce point, la CJUE a déjà eu l'occasion de se prononcer avant le moment « Kadi ». On sait notamment, comme le rappelle la Cour, que « *les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international* »⁸⁰². C'est notamment pourquoi, rappelle Valérie Michel⁸⁰³, la validité du droit dérivé peut être affectée par le droit international. Aussi, le moment « Kadi » est l'occasion d'une nouvelle question, dont l'enjeu est résumé ainsi par Jean Paul Jacqué : « *le cœur de l'affaire réside dans la définition de la nature des rapports entre les résolutions du Conseil de sécurité [...] et l'ordre juridique communautaire, plus particulièrement en ce qui concerne le droit primaire* »⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ C'est l'argument développé par le TPICE, v. TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01, point 197.

⁸⁰² CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 291.

⁸⁰³ Citant l'arrêt CJUE, 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, affaires jointes n°21-24/72, v. THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *Petites affiches*, 2010, n° 22, p. 11s.

⁸⁰⁴ JACQUÉ J.P., « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, 1/2009, p. 161s.

Dans la doctrine traditionnelle du droit international public, la définition de ces rapports est fonction d'un cadre général d'analyse des rapports de systèmes. Selon le cadre choisi, la définition donnée sera différente. En particulier, importe la distinction entre une compréhension moniste et une compréhension dualiste des rapports de systèmes entre le droit international et le droit national.

Dans le cadre dualiste, le droit national intègre dans son système juridique le droit international au moyen de ses propres normes. Les organes de création du droit de ce système décident donc eux-mêmes de l'effet du droit international à l'intérieur du système. Le droit international peut donc primer le droit national, mais seulement en vertu de ce dernier. Dans un cadre moniste en revanche, le droit international s'applique directement dans le système juridique national sans besoin de transposition par ses organes juridiques⁸⁰⁵.

La Communauté n'est certes pas un État, mais c'est notamment face à cette alternative que peut être comprise l'affaire « Kadi ». En 2005, le choix que fait le TPICE est moniste : la Communauté est tenue par les obligations qui s'imposent à ses États membres et le Tribunal ne peut contrôler ni la validité du règlement litigieux ni celle de la résolution par rapport au droit communautaire⁸⁰⁶. Sur cette base, la résolution est dotée d'une immunité juridictionnelle vis-à-vis, seulement, du droit communautaire. C'est pourquoi le Tribunal recourt au *jus cogens* lequel, s'imposant à tous, s'impose aussi au droit des Nations unies.

C'est un choix bien différent qu'opère la Cour du moment « Kadi » : elle décide de contrôler la légalité de l'acte transposant la résolution par rapport au seul droit communautaire, en l'occurrence le droit primaire⁸⁰⁷. Le cadre de compréhension des rapports de système semble donc résolument dualiste, et c'est ainsi qu'il a généralement été compris par la doctrine⁸⁰⁸. Quoiqu'il en soit, on remarque que ces cadres d'analyse sont indépendants du nombre des systèmes juridiques considérés. Tels qu'ils sont appliqués ici, ils présupposent toujours qu'existe une pluralité de systèmes juridiques⁸⁰⁹.

De l'avis de certains en doctrine toutefois⁸¹⁰, ces cadres monistes ou dualistes

⁸⁰⁵ DAILLIER P., M. FORTEAU, et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2009, p. 106.

⁸⁰⁶ « L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par l'ordre juridique communautaire, soit aux principes de cet ordre juridique ne saurait affecter la validité d'une résolution du Conseil de sécurité », v. TPICE, 21 septembre 2005, *Kadi*, T-315/01, point 224.

⁸⁰⁷ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 326.

⁸⁰⁸ « In general, writers epitomize the CFI's ruling as internationalist and monist and the ECJ's judgment as sharply dualist », v. POLI S. et M. TZANOU, « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *op. cit.*, p. 535.

⁸⁰⁹ À la différence, par exemple, du monisme défendu par Hans Kelsen, v. chapitre 1, p. 43s.

⁸¹⁰ Par exemple, v. FORTEAU M., « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 397s.

conduisent à négliger les véritables problèmes tenant aux enjeux de la protection des droits fondamentaux face aux impératifs de la lutte contre le terrorisme international. C'est pourquoi la décision de la Cour du moment « Kadi » a pu décevoir, car elle laisse en suspens en grand nombre d'incertitudes quant à la nature des rapports entre le droit primaire et le droit international issu des Nations unies.

B. Les incertitudes de la solution « Kadi »

Dans le contexte européen, il y avait bien en 2008 un enjeu quant à déterminer l'effet des résolutions du Conseil de sécurité sur les systèmes juridiques régionaux. Dans sa décision *Behrami* de 2001⁸¹¹, la Cour européenne des droits de l'homme a, de l'avis de certains⁸¹², littéralement abdiqué face à l'enjeu de la protection des droits fondamentaux opposables aux impératifs de la sécurité internationale, en déclarant irrecevables des requêtes déposées contre une résolution du Conseil de sécurité.

De son côté, la CJUE du moment « Kadi » se déclare compétente pour contrôler la légalité du règlement mettant en œuvre une résolution par rapport au seul droit communautaire. En ne se prononçant que sur la légalité du règlement, la Cour laisse sans réponse la question de savoir quels effets produisent les actes du Conseil de sécurité pris en vertu du chapitre 7 de la Charte des Nations unies (auxquels appartient la résolution litigieuse) dans le système juridique communautaire. De même, elle n'affronte pas directement la question de la balance à opérer entre protection des droits fondamentaux et lutte internationale contre le terrorisme. En contrôlant la légalité d'un acte communautaire par rapport au seul droit primaire, la Cour transforme une question internationale en une pure question interne.

Si la Cour indique bien que « *les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE* », parmi lesquels figurent le respect des droits fondamentaux par tout acte juridique communautaire, la Cour s'empresse d'ajouter au point suivant que « *le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire* » et que, en tout état de cause, une décision d'annulation « *n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international* »⁸¹³.

Dans la mesure où le règlement litigieux se borne à reproduire les dispositions de la résolution du Conseil de sécurité, il peut être conclu que les dispositions onusiennes relevant

⁸¹¹ CEDH, 2 mai 2001, *Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège*, respectivement n° 71412/01 et 78166/01.

⁸¹² FORTEAU M., « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *op. cit.*

⁸¹³ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, respectivement points 285, 286 et 288

du chapitre 7 de la Charte ne jouissent pas d'une immunité juridictionnelle dans le système juridique communautaire⁸¹⁴. Pour autant, la Cour laisse planer une possibilité dans un point extrêmement ambigu de son raisonnement : « *une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle* »⁸¹⁵. Pour de nombreux auteurs tels que Juliane Kokott⁸¹⁶, la CJUE laisse ainsi planer la possibilité d'une solution *Solange*.

« *Solange* » désigne la solution trouvée par la Cour constitutionnelle allemande, suite à l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de la CJUE de 1970⁸¹⁷, quant aux rapports entre les droits constitutionnellement protégés en droit allemand et le niveau, alors jugé trop faible, de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire⁸¹⁸. Aussi longtemps que cette protection du droit communautaire ne serait pas au niveau de celle du droit allemand, le juge constitutionnel allemand ne présumait pas d'équivalence des protections et accueillait toute requête contre un acte du droit communautaire qui violerait un de ces droits constitutionnellement protégés. Dans ce cadre, la primauté du droit communautaire n'est donc pas inconditionnelle. Plus tard, la même Cour constitutionnelle estimera que les niveaux de protection étant devenus équivalents, elle n'exerçait plus son contrôle⁸¹⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme procédera de même dans son fameux arrêt *Bosphorus*⁸²⁰ quant au rapport entre les niveaux européen et communautaire : présumant un niveau de protection équivalent des droits fondamentaux, elle exclut l'hypothèse d'un contrôle d'un acte de droit communautaire par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

De même dans le moment « *Kadi* », la CJUE justifie en partie son contrôle par le fait qu'une protection juridictionnelle n'est pas garantie. Ainsi, son cadre de compréhension dualiste des rapports de système laisse la porte entre-ouverte à un monisme peut-être plus convenable sur le plan des relations internationales. Pour autant, les niveaux de protection des droits entre le droit international et le droit communautaire sont encore loin d'être équivalents lorsqu'en 2013, la Cour de « *Kadi II* » confirme la décision du Tribunal d'annuler de

⁸¹⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 321.

⁸¹⁵ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 322.

⁸¹⁶ KOKOTT J. et C. SOBOTTA, « The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance? », *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, n° 4, p. 1018.

⁸¹⁷ CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70.

⁸¹⁸ BVerfG, 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271 - *Solange I*.

⁸¹⁹ En l'espèce, il s'agissait d'actes du droit communautaire dérivé, v. BVerfG, 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 - *Solange II*.

⁸²⁰ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, n° 45036/98.

nouveaux règlements mettant en œuvre des résolutions qui s'étaient pourtant efforcées de renforcer les droits de la défense dans le cadre de la procédure d'inscription sur les listes du comité de sanctions.

La possibilité d'une solution *Solange* n'est qu'une hypothèse, qui ne semble pas décider véritablement le cas dans le moment « Kadi ». C'est plutôt un argument *a fortiori*, qui affirme à plus forte raison qu'un contrôle de légalité doit d'autant plus avoir lieu que les niveaux de protection sont loin d'être équivalents. Aussi, l'essentiel de la justification du contrôle de légalité opéré par la Cour tient à ce que celui-ci porte exclusivement sur le règlement litigieux, non pas sur la résolution. Pour cette raison, la CJUE n'a pas besoin de se prononcer quant à l'effet de la résolution sur le droit communautaire primaire. Sa décision n'a pas besoin d'être justifiée sur ce terrain.

La solution choisie par la Cour du moment « Kadi » laisse donc planer un certain nombre d'incertitudes. Son raisonnement semble bien relever d'une compréhension dualiste des rapports de systèmes, mais il n'exclut pas l'hypothèse d'une future solution *Solange*, laquelle repose sur un cadre de compréhension de ces rapports plus monistes. De notre avis, cette ambiguïté est voulue. Il s'agissait pour la Cour de trouver une solution au cas tout en évitant de se prononcer trop fermement sur la nature des rapports entre droit international et droit communautaire. Il y avait là une difficulté à contourner. Son choix de ne raisonner que dans le cadre du droit communautaire, en ne contrôlant que le règlement par rapport au droit primaire, est là pour articuler ce contournement. C'est notamment l'argument du système qui permettra à la Cour du moment « Kadi » de le justifier.

II. L'argument du système dans le moment « Kadi » : répondre sans répondre

Une analyse précise de la structure des points pertinents de la décision de la Cour nous permettra de montrer que l'argument du système mobilisé dans le moment « Kadi » contribue à justifier le bien fondé d'un contrôle de légalité reposant uniquement sur le règlement litigieux et par rapport aux seules normes du droit communautaire (A). L'argument du système peut être ainsi compris comme un recours qui permet à la Cour, au milieu d'un certain nombre de contraintes, d'articuler un raisonnement qui consiste à trouver une solution pour le cas sans pour autant répondre sur l'essentiel des enjeux en présence (B).

A. Un argument contribuant à justifier un contrôle propre de légalité

C'est à l'occasion de l'examen des moyens relatifs à la violation de certains droits

fondamentaux⁸²¹ que la Cour mobilise à plusieurs reprises l'argument du système. Notre analyse de la structure de cette partie de son discours montrera qu'une occurrence particulière de l'argument joue un rôle déterminant pour articuler la solution voulue par la Cour.

Tout d'abord, il faut remarquer qu'aux points 278 et 279 de l'arrêt, la CJUE décide d'inclure la partie des arguments de Kadi consacrée à la compétence de la Cour pour contrôler la légalité de tout acte du droit communautaire dans le moyen relatif au nécessaire respect des droits fondamentaux par ces actes, respect qui est la condition de leur légalité. De cette façon, l'enjeu du respect des droits fondamentaux dans la Communauté est mis sur le même plan que celui de la compétence de la Cour. Ainsi, il apparaît clairement que la protection des droits fondamentaux a tout à voir avec la détermination du champ de la compétence de la Cour.

Au point suivant, la Cour formule le problème qui se pose à elle dans les termes de la solution donnée au cas par le TPICE, lequel s'était référé au *jus cogens*. L'objectif de la Cour est de ne surtout pas emprunter cette voie argumentative. Dans la suite de l'arrêt, on ne trouvera donc aucune autre occurrence de l'expression « *jus cogens* »⁸²². La Cour prend donc pour point de départ une toute autre compréhension de l'affaire « Kadi », qui explique que la solution apportée soit différente de celle du Tribunal.

Cette compréhension est introduite dans des considérations générales aux points 281 à 284. La Cour y affirme que la « *Communauté est une communauté de droit* »⁸²³ dont les institutions et les États membres – par conséquent tous inclus dans cette Communauté – sont soumis au respect de principes constitutionnels qui ont tout à voir avec ceux de l'État de droit : respect des droits fondamentaux que partagent principes généraux du droit communautaire, traditions constitutionnelles des États membres et CEDH, respect qui est la condition de la légalité de tout acte communautaire que contrôle la CJUE. La Cour alors apparaît comme la véritable gardienne de « *l'autonomie du système juridique communautaire* », contre lequel « *les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE* »⁸²⁴. Cette première occurrence de l'argument du système est là pour délimiter une frontière entre un intérieur constitué d'un droit communautaire doté de sa propre « *charte constitutionnelle* »⁸²⁵ et un extérieur qui ne saurait l'affecter.

Immédiatement après toutefois, la Cour nuance sa position dans les points 286 à 289 :

⁸²¹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 278-330, annexe n°3, p. 285-291.

⁸²² À part lorsqu'il s'agira pour la Cour de caractériser l'erreur de droit commise par le Tribunal pour justifier l'annulation de ses arrêts, v. CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 327.

⁸²³ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 281.

⁸²⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, respectivement points 282 et 285.

⁸²⁵ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 281.

elle rappelle que son contrôle de légalité porte exclusivement sur les actes communautaires, qu'en conséquence son contrôle ne porte en l'espèce que sur le règlement litigieux et non sur la résolution que celui-ci met en œuvre. Ainsi, quand bien même serait annulé ce règlement, ne serait pas remise en cause « *la primauté de cette résolution au plan du droit international* »⁸²⁶. Le droit des Nations unies est ainsi examinée comme une espèce quelconque de droit international. Et la Cour cite l'exemple similaire de l'annulation d'une décision du Conseil mettant en œuvre un accord international⁸²⁷.

Sur cette base, la Cour reformule complètement, par rapport au TPICE, la nature du problème qui se présente : elle examinera si « *les principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire impliquent* » (c'était l'expression du Tribunal) que la légalité du règlement en question ne soit pas examinée, malgré les principes constitutionnels que la Cour vient à l'instant d'énoncer. Par cette reformulation du problème, la Cour écarte toute référence au *jus cogens* et présente le cas comme une déclinaison du problème plus général des relations entre droit international et droit communautaire.

Aussi, il n'est pas surprenant que la Cour examine aux points suivants, 291 à 298, l'état de sa jurisprudence quant à ces relations. Elle commence par rappeler que « *les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international* », ce qui inclut aussi « *le respect des engagements pris dans le cadre des Nations unies* », et en particulier dans le « *domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationale* » où les résolutions du Conseil de sécurité sont d'une « *importance particulière* » que la Cour n'ignore pas⁸²⁸. Toutefois, la Cour se garde bien de préciser l'effet exact de ces résolutions sur le droit communautaire. Plutôt, elle précise qu'en l'espèce ses États membres ont adopté une position commune en vue d'agir par l'intermédiaire de la Communauté ; que s'ils sont bien tenus de mettre en œuvre ces résolutions en tant que membre des Nations unies, ils restent libres de choisir les modalités de cette mise en œuvre. Et s'ils choisissent d'agir au moyen des instruments juridiques de la Communauté, cette mise en œuvre se fait aux conditions du droit communautaire. Par conséquent, il faut que la Communauté « *tienne dûment compte* » de cette résolution⁸²⁹, mais la Cour n'en dit pas plus, se contentant de conclure au point suivant que les relations entre droit international et droit communautaire n'excluent pas un contrôle de la légalité d'un règlement mettant en œuvre une résolution.

⁸²⁶ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 288.

⁸²⁷ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 289.

⁸²⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, respectivement points 291, 292, 293 et 294.

⁸²⁹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 296.

De notre avis, l'examen des principes de ces relations par la Cour ne démontre rien, sinon sa volonté de contrôler en tout cas la légalité du règlement litigieux. Rien n'est dit quant à l'effet des résolutions du Conseil de sécurité sur le système juridique communautaire. Plutôt, aux points 300 à 308, la Cour se borne à corroborer sa conclusion quant à l'absence d'immunité juridictionnelle du règlement litigieux. Elle précise que cette immunité ne trouverait aucun fondement en droit communautaire. Il est mentionné des espèces où il a été fait dérogation à l'application du droit primaire mais en aucun cas un raisonnement par analogie ne permettrait « *la remise en cause des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire* »⁸³⁰, à savoir le respect des droits fondamentaux et le contrôle de légalité effectué par la Cour. D'ailleurs, quand bien même ces résolutions occuperaient une place dans « *la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire* », la Cour raisonne par pure hypothèse et indique que cette « *prétendue primauté absolue des résolutions* » ne vaudrait que pour le droit communautaire dérivé⁸³¹. Le droit communautaire ne fonderait donc aucune primauté des résolutions du Conseil de sécurité sur le droit primaire.

De notre avis, l'argument du système contribue ici à affirmer le caractère *sui generis* du droit communautaire par rapport au droit international, à appuyer sa spécificité d'ensemble hiérarchisé au sein duquel le droit primaire doit rester intact face aux contingences politiques du moment. La Cour en est la protectrice et rappelle que son avis négatif quant à la compatibilité d'un accord international avec le traité CE en empêche l'entrée en vigueur.

Remarquons toutefois que la Cour ne se prononce pas fermement sur l'effet des résolutions en droit communautaire. Elle ne raisonne que dans l'hypothèse improbable où la Charte des Nations unies serait un accord conclu avec la Communauté dans les conditions de l'article 300 TCE⁸³². Rien n'est dit de plus. Plutôt, la Cour examine aux points suivants 310 à 314 certaines observations des parties entendant montrer le bien fondé du choix fait par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Behrami* en 2001⁸³³, laquelle s'était déclarée incompétente pour contrôler une résolution du Conseil de sécurité. De toute évidence, la CJUE n'entend pas suivre cette solution et insiste sur la nature fondamentalement distincte de ces espèces. Elle rappelle plutôt la compétence que la Cour européenne s'est reconnue en 2005 à contrôler dans l'affaire *Bosphorus*⁸³⁴ un règlement communautaire mettant en œuvre une résolution. Par analogie avec cette décision, la CJUE conclut que le règlement litigieux

⁸³⁰ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 304.

⁸³¹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 305.

⁸³² CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 306-308.

⁸³³ V. *supra* note n°811.

⁸³⁴ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, n° 45036/98.

dans le moment « Kadi » n'est pas « *un acte directement imputable à l'ONU* »⁸³⁵. C'est un point important dans le raisonnement de la Cour, car pour le contrôler la Cour est contrainte de faire de ce règlement un acte détachable de la résolution, quand bien même ne fait-il qu'en reproduire les dispositions.

Au point suivant, la Cour amorce un raisonnement qui explique tout le ressort de l'affaire. La Cour met en avant la spécificité du droit communautaire par rapport au droit de la CEDH : « *la question de la compétence de la Cour pour se prononcer sur la validité du règlement litigieux se pose dans un cadre fondamentalement différent* »⁸³⁶. Il y a donc bien une *façon de comprendre* qui explique les arguments choisis. Et c'est bien entendu la définition de ce cadre qui conditionne la solution que donnera la Cour. Celle-ci condense alors les considérations générales des points 281 à 284 : « *le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte* »⁸³⁷.

La Cour se contente donc de réaffirmer ce qui a déjà été dit, mais elle laisse subsister une certaine ambiguïté aux points suivants 319 et 320. Après avoir examiné une série de contre-arguments qu'elle rejette systématiquement pour conclure que, « *en tout état de cause* », tout acte du droit communautaire doit être soumis au contrôle de légalité, la Cour envisage la possibilité d'une solution *Solange*, expliquée plus haut⁸³⁸. Face à l'absence de protection équivalente des droits fondamentaux, la Cour confirme et conclut au point 326 que son contrôle de légalité doit bien avoir lieu. En conséquence, les arrêts du Tribunal sont annulés et, par économie de moyens, la Cour n'examine pas même les arguments soulevés par les parties portant sur le *jus cogens*, qui avait suscité tant de débats en doctrine après la décision du TPICE.

La Cour du moment « Kadi » a donc analysé les relations entre droit international et droit communautaire exclusivement du point de vue de ce dernier. Cela relève d'une stratégie argumentative sur laquelle il nous faut à présent dire quelques mots.

⁸³⁵ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 314.

⁸³⁶ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 315.

⁸³⁷ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 316.

⁸³⁸ V. p. 264.

B. Un argument contribuant à contourner les contingences politiques du moment

Nous avons vu que derrière l'examen des moyens tirés de la violation de certains fondamentaux, se cache le problème juridique majeur de la détermination de l'effet des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU sur les dispositions du droit communautaire. Seulement, la CJUE ne se prononce pas fermement sur ce terrain et se place plutôt sur celui du contrôle de la légalité d'un règlement par rapport au droit primaire. Or, en 2008, il est entendu que la Cour veille au contrôle de la légalité de tout acte juridique communautaire (à l'exception notable de ceux de la PESC⁸³⁹) et que ce contrôle s'exerce par rapport au droit primaire qui inclut la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire.

Par conséquent, lorsque la Cour du moment « Kadi » se borne à déclarer que le règlement litigieux mettant en œuvre une résolution ne saurait jouir d'une immunité juridictionnelle, elle ne dit en réalité rien de nouveau. Et, lorsqu'elle laisse ouverte la possibilité future d'une solution *Solange*, la Cour fait le choix de ne pas choisir entre deux options s'offrant aux organes d'un système juridique réceptionnant les normes d'un autre : application directe ou nécessaire transposition des résolutions en droit communautaire.

Aussi, il n'est pas si certain que la décision de la Cour s'explique exclusivement par le choix d'un cadre d'analyse des rapports de systèmes. Si la décision de la Cour peut se lire dans un cadre dualiste, la possibilité d'une solution *Solange* suggère également un cadre moniste. Le choix du cadre ne semble donc pas déterminant dans le raisonnement de la Cour.

De l'avis de Mathias Forteau, la question même des rapports de systèmes est un leurre qui cache les véritables enjeux de nature politique de l'affaire : si la Cour ne contrôle pas la légalité de la résolution c'est parce que les relations extérieures de la Communauté sont largement du ressort des exécutifs au sein desquels la Cour n'ose s'immiscer⁸⁴⁰. Quoi qu'il en soit, la compréhension du moment « Kadi » en une pure question de rapports de systèmes ne nous semble pas expliquer la décision de la Cour.

De notre avis, toute sa stratégie consiste précisément à contourner la question des rapports de système par la reformulation de l'affaire « Kadi » en une pure question de droit communautaire. Il s'agit d'affirmer le caractère fondamentalement intérieur du problème que soulève cette affaire. Quel que soit l'état des relations entre le droit communautaire et le droit

⁸³⁹ Politique étrangère et de sécurité commune (PESC), article 275 TFUE.

⁸⁴⁰ FORTEAU M., « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *op. cit.*

international d'une manière générale, ou entre le droit primaire et une résolution du Conseil de sécurité en particulier, il est avant tout question dans cette affaire du contrôle de la légalité d'un règlement communautaire et de la protection des droits fondamentaux garantis par ce droit communautaire.

La reformulation de l'affaire « Kadi » en un problème purement interne permet ainsi à la Cour de contourner la contrainte d'une définition des rapports de systèmes, lourde de conséquences politiques. C'est à ce niveau que l'argument du système nous semble jouer un rôle important : il contribue à cette reformulation d'un problème international en un problème local et, par voie de conséquence, au contournement des contingences du champ des relations internationales. Il permet de placer le cas en isolation de ces contraintes. Ainsi, la Cour peut faire face à l'enjeu de la protection des droits fondamentaux, manifestement violés dans l'affaire « Kadi », tout en négligeant de répondre à l'essentiel quant aux relations entre le droit des Nations unies et le droit primaire. Aussi, de notre avis, c'est volontairement que l'effet du premier sur le second reste indéterminé.

On se rendra mieux compte de ce rôle de l'argument du système par l'analyse de ce à partir de quoi il est inféré. Comme on l'a vu, au point 315 de l'arrêt, la Cour se pose la question de sa compétence dans un « *cadre fondamentalement différent* »⁸⁴¹ : ce cadre ne repose pas sur les relations entre droit international et droit communautaire mais bien plutôt sur la nature du droit communautaire en tant que système juridique. En effet, au point suivant, la Cour résume l'ensemble de ses arguments (formulés au points 281 à 284) relatifs à la structure constitutionnelle du droit communautaire et à la place des droits fondamentaux : « *le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte* »⁸⁴².

Il y a ici une inférence importante : c'est parce qu'existe un « système juridique autonome » qu'existe une garantie constitutionnelle qui d'une part habilite la Cour à contrôler la légalité de tout acte communautaire et d'autre part empêche un accord international de porter atteinte à la possibilité de ce contrôle. L'argument du système nous semble donc condenser tout le cœur de l'argumentation de la Cour : il affirme la singularité juridique de la Communauté et rejette toute influence externe sur son fonctionnement.

Ainsi, de la nature du droit communautaire, la Cour infère le principe d'une

⁸⁴¹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 315.

⁸⁴² CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 316.

compétence qui n'est pas sujette aux contingences extérieures. Cela n'illustre un état des rapports entre droit international et droit communautaire que par incidence. Et cet état est largement indéterminé comme on l'a vu. En conséquence, la Cour fait un coup argumentatif consistant à exercer son contrôle sans se prononcer sur l'essentiel. L'argument du système contribue à l'articuler. Dans pareil contexte, on devine que ce que la Cour fait avec cet argument porte une certaine compréhension de ce qu'est la Communauté. C'est ce que l'on va voir à présent.

Section 2. Analyse de l'argument du système dans le moment « CEDH »

À partir de notre analyse du contexte d'émergence de l'argument du système dans le moment « Kadi », nous pouvons identifier la compréhension du droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique qu'exprime la Cour dans son discours. D'une part, il apparaît clairement dans notre analyse des inférences de l'argument du système que celui-ci s'accompagne d'une affirmation de l'autonomie du système juridique communautaire (I). D'autre part, la compréhension qu'a la Cour de ce système révèle une conception plutôt normativiste du concept de système juridique (II).

I. Un système juridique autonome

Les occurrences de l'argument du système dans le moment « Kadi » s'accompagnent de références au caractère autonome du droit communautaire. Nous allons voir que cette autonomie que porte le discours de la Cour n'est autre que celle de la Cour elle-même (A), laquelle demeure libre de choisir le mode de ses relations avec l'extérieur (B).

A. L'autonomie du système ou l'autonomie de la Cour

À plusieurs reprises dans le moment « Kadi », la Cour se réfère au « *système juridique autonome* » ou encore à l'« *ordre juridique interne et autonome de la Communauté* »⁸⁴³. Comme l'explique Valérie Michel, la référence à l'autonomie n'est pas nouvelle dans le discours de la CJUE⁸⁴⁴. Par exemple, dans le cadre des relations externes, la Cour y a fait référence à de multiples reprises dans ses avis quant à la compatibilité de certains accords

⁸⁴³ V. par exemple, CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 316 et 317. Au passage, on remarque que les expressions « système juridique » et « ordre juridique » sont bien utilisées comme des expressions interchangeables, ce qui confirme l'hypothèse de départ de la présente étude, v. Introduction, p. 15.

⁸⁴⁴ THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *op. cit.*

ratifiés par la Communauté et créant des organes juridictionnels propres⁸⁴⁵. L'affirmation de cette autonomie permet alors à la Cour d'affirmer son autorité sur ces derniers, de sorte que son rôle d'interprète authentique des traités (c'est-à-dire d'interprète devant avoir le dernier mot) ne soit pas remis en cause. Aussi, l'autonomie revendiquée semble être d'abord celle de la Cour elle-même.

Dans les relations avec les États membres, on sait que l'autonomie est un argument important du moment « Costa » permettant entre autres à la Cour d'affirmer la spécificité du droit communautaire vis-à-vis du droit interne⁸⁴⁶. Ici, la référence à l'autonomie s'accompagne d'un positionnement du droit communautaire par rapport à ce qu'il n'est pas, en l'occurrence le droit des États membres. Encore une fois, l'affirmation de l'autonomie est là pour placer la Cour dans la position d'un interprète autonome ne se préoccupant que du seul droit communautaire, indépendamment des prescriptions du droit national.

Dans le moment « Kadi » qui nous intéresse, cette référence à l'autonomie nous semble plus ambiguë dans le discours de la Cour. Par exemple, il peut s'agir pour elle de caractériser « *le traité CE en tant que système juridique autonome* », mais également « *l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté* »⁸⁴⁷, si bien que ce qui est caractérisé comme étant autonome apparaît comme étant constitué et par le droit primaire et par l'ensemble des actes juridiques communautaires.

De notre avis, la référence à l'autonomie du traité CE s'explique par l'existence, avant le traité de Lisbonne, d'une Union européenne juridiquement distincte de la Communauté. Or, dans le moment « Kadi », la Cour contrôle la légalité du règlement litigieux par rapport au droit primaire constitué par le TCE. La référence à l'autonomie nous semble donc exprimer, comme dans le moment « Costa », le caractère de source autonome du TCE dont la Cour est tenue de veiller à l'application. D'ailleurs, c'est toujours « *le contrôle par la Cour* » ou encore « *la question de la compétence de la Cour* »⁸⁴⁸ qui se pose lorsqu'il est fait mention de ce « *sujet autonome* » indéterminé⁸⁴⁹. Il apparaît donc que ce qu'a d'autonome le droit communautaire en général ou le traité CE en particulier tient avant toute chose à l'autonomie de leur interprète authentique, qui dans tous les cas est la CJUE elle-même. L'autonomie du système juridique communautaire permet donc à la Cour d'affirmer sa propre autonomie

⁸⁴⁵ Par exemple, quant au projet de création d'un système de contrôle juridictionnel dans le cadre de l'Espace économique européen, v. CJUE, 14 décembre 1991, Avis 1/91.

⁸⁴⁶ Cf. notre analyse du moment « Costa » dans le chapitre 6, p. 223s.

⁸⁴⁷ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 315 et 316.

⁸⁴⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, points 315 et 316.

⁸⁴⁹ L'expression est de Valérie Michel, v. THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *op. cit.*

d'organe juridictionnel suprême au sein de ce système juridique.

En outre, la référence à l'autonomie permet à la Cour de représenter le droit communautaire comme étant un ensemble distinct du droit international et au sein duquel des principes tels que la protection des droits fondamentaux et le contrôle de légalité sont protégés par une juridiction suprême. Cela dit, l'enjeu pour la Cour n'est pas tant d'affirmer que le droit communautaire est ou n'est pas une instance de droit international⁸⁵⁰, il s'agit plutôt d'affirmer que, quel qu'il soit, il doit demeurer autonome en déterminant lui-même, c'est-à-dire par l'intermédiaire de ses propres organes, l'effet de ses propres actes juridiques. N'oublions pas en effet que le contrôle de la Cour ne porte que sur le règlement litigieux, non pas sur la résolution que celui-ci met en œuvre. Aussi, la référence à l'autonomie a une vertu rhétorique qui contribue d'autant plus à situer l'affaire « Kadi » dans un contexte exclusivement communautaire, et ainsi à contourner les contingences politiques de l'affaire.

Autonome au sein d'un système juridique autonome, il apparaît que la Cour configure sur cette base un système juridique dont les relations varient, selon qu'il s'agit du droit international ou du droit des États membres.

B. Une Cour configurant un système à relations extérieures multiples

Lorsque la Cour du moment « Kadi » affirme, au point 281 de son discours, que le traité CE est la dite « charte constitutionnelle » qui s'impose aux institutions de la Communauté comme aux États membres, il apparaît assez nettement que la relation entre le droit communautaire et le droit des États membres est comprise dans un cadre moniste.

Pour autant, dans le champ des relations avec le droit international, la Cour semble instaurer une relation dualiste entre le droit primaire et le droit des Nations unies lorsqu'elle décide de ne contrôler que la légalité du règlement litigieux, sans pour autant se prononcer sur celle de la résolution que ce règlement se contente de mettre en œuvre. Mais ce dualisme supposé a ses limites : nous avons vu que la Cour n'exclut pas à l'avenir une possible solution *Solange* et envisage même, du moins en hypothèse, une primauté des résolutions sur le seul droit dérivé. La question des relations entre le système juridique communautaire et l'extérieur suscite donc de nombreuses interrogations. Elle est indéterminée.

En doctrine, de nombreux auteurs ont souligné la crainte que suscitent pareils rapports

⁸⁵⁰ C'est l'argument développé par Bruno de Witte : « *in Kadi, which is rightly hailed as a strong confirmation of the autonomy of EC law, the ECJ discussed what it called 'the relationship between the international legal order under the United Nations and the Community legal order', and although this formula might suggest that the Community legal order is not one of international law, it does not actually say this, and the outcome of the case did not depend on the legal qualification of the EC* », v. DE WITTE B., « European Union Law », *op. cit.*, p. 147.

de système à configurations multiples vis-à-vis des réactions à venir des Cours suprêmes des États membres⁸⁵¹. En effet, il est expliqué que ces dernières pourraient s'inspirer du raisonnement suivi par la Cour du moment « Kadi » pour limiter la primauté du droit primaire sur le droit interne lorsqu'est mis en cause des droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Du moins, celles-ci pourraient être à l'avenir moins enclines à admettre une primauté de principe du droit communautaire.

Il apparaît donc que le principe des relations du système juridique communautaire varie selon qu'il s'agit du droit des États membres ou du droit international. Pour autant, il nous semble qu'une même idée contribue à articuler ces relations multiples autour d'une même logique. De notre avis, cette idée est très clairement exprimée par l'avocat général Miguel Poiares Maduro dans ses conclusions. Celui-ci commence par se poser la question des rapports entre « *l'ordre juridique international et l'ordre juridique communautaire* » à partir, « *bien entendu* », du moment « Van Gend en Loos ». À l'occasion de ce moment la Cour affirme, explique-t-il, « *l'autonomie de l'ordre juridique communautaire* »⁸⁵². Bien qu'alors formulée en 1963 dans le cadre des rapports entre le droit des États membres et le droit communautaire, cette autonomie a encore une signification dans le cas présent. Pour le moment « Kadi », elle consiste en une idée simple : « *le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté* »⁸⁵³. Par conséquent, la seule raison pour laquelle la Cour, qui précisément veille au respect de cette architecture constitutionnelle, serait incompétente pour contrôler la légalité du règlement litigieux tiendrait au fait que le droit communautaire accorde à un pareil règlement mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité un « *statut supra-constitutionnel* »⁸⁵⁴. Or ce n'est, bien entendu, pas le cas.

Il est vrai que la Cour du moment « Kadi » ne fait pas le choix d'une argumentation aussi claire. Néanmoins, il nous semble que son discours exprime une compréhension proche de celle de l'avocat général Maduro. Le discours de la Cour montre en effet que l'autonomie du système juridique communautaire s'exprime en la compétence exclusive de son interprète authentique (soit la CJUE) pour déterminer le principe des relations de ce système avec

⁸⁵¹ Par exemple, v. KOKOTT J. et C. SOBOTTA, « The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance? », *op. cit.*, p. 1019 ; JACQUÉ J.P., « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *op. cit.*

⁸⁵² Conclusions de l'avocat général Miguel Poiares Maduro, 16 et 23 janvier 2008, dans CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 21.

⁸⁵³ *Ibid.*, point 24.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, point 25.

l'extérieur. C'est donc aussi la Cour qui est autonome en tant qu'elle est libre de déterminer ces relations à partir de l'interprétation des traités. Et les modalités de ces relations peuvent varier selon qu'il s'agit du droit international ou du droit des États membres. L'autonomie exprime donc une liberté de choix⁸⁵⁵. Par conséquent, en tant que la Cour en est l'interprète authentique, le système juridique communautaire interagit avec l'extérieur à ses propres conditions.

On reconnaît ici une compréhension du droit en tant qu'unité autonome. C'est la preuve supplémentaire de ce que le moment « Kadi » est l'occasion par laquelle s'affirme, à travers le discours de la CJUE, une certaine compréhension de l'alors droit communautaire en tant qu'ordre ou système juridique. En d'autres termes : s'affirme une certaine conception du concept de système juridique, sur laquelle nous allons nous arrêter à présent.

II. Une conception plutôt normativiste du concept de système juridique

Nous avons identifié une inférence au point 316 du discours de la Cour du moment « Kadi ». Notre analyse a montré que la Cour infère le caractère de système juridique à partir d'une dite « garantie constitutionnelle » consistant en la réunion de deux éléments : contrôle juridictionnel de la légalité des actes appartenant au système (notamment par rapport aux droits fondamentaux) ; aucun acte n'appartenant pas au système ne peut compromettre ce contrôle. Le premier élément porte sur un aspect interne du système juridique, le second sur ses relations avec l'extérieur. Aussi, conformément à ce qui a été fait jusqu'à présent dans cette étude, nous présenterons la conception du concept de système juridique qu'a la Cour en deux temps : elle consiste en une compréhension de qu'est le système juridique communautaire (**A**) et de ce que doivent être ses relations avec l'extérieur (**B**).

A. Ce qu'est le système juridique communautaire

Tout d'abord, il apparaît que ce système juridique dispose d'une garantie constitutionnelle. Il est frappant de constater que le lexique du droit constitutionnel, traditionnellement employé à propos des légalités étatiques, est de même mobilisé dans un contexte non-étatique tel que celui de l'alors Communauté. À plusieurs reprises dans le discours de la Cour du moment « Kadi » apparaissent en effet les occurrences d'expressions telles que « principes constitutionnels » ou encore « charte constitutionnelle »⁸⁵⁶. Cela

⁸⁵⁵ C'est notamment ce qu'explique Valérie Michel, v. THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *op. cit.*

⁸⁵⁶ Par exemple, v. CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, respectivement points 285 et 281.

démontre, de notre avis, que cette dite « *rhétorique constitutionnelle* »⁸⁵⁷ n'est pas le propre des systèmes juridiques nationaux, qu'en outre les traits de ces derniers peuvent être aussi caractéristiques des systèmes juridiques non nationaux.

Aussi, le système juridique communautaire apparaît comme revêtant certains aspects de l'État. Notamment, lorsque la Cour se réfère au point 281 à la Communauté en tant que « *communauté de droit* » pour faire valoir l'importance du contrôle de légalité des actes communautaires, il nous semble que l'expression a tout à voir avec celle d'« État de droit ». Remplaçant « État » par « Communauté », la Cour semble prêter au système juridique communautaire les traits caractéristiques des systèmes juridiques des États constitutionnels. De même, il a pu être avancé en doctrine que l'importante de l'autonomie dans le discours de la Cour est à rapprocher de celle de la souveraineté dans les contextes étatiques. Valérie Michel constate notamment une « *convergence matérielle entre les conséquences de l'autonomie brandie par les autorités communautaires et la défense de la souveraineté, même remaniée, par les instances nationales* »⁸⁵⁸. Aussi cette charte constitutionnelle que constitue le traité CE s'articule comme une garantie contre les conséquences d'actes n'appartenant pas au système juridique.

Mais le système juridique communautaire n'est pas pour autant un État, puisque notamment il n'est pas membre de l'Organisation des Nations unies. Et lorsque la Cour analyse les relations de ce système avec le droit international, il n'est pas non plus compris comme une instance du droit international. De ce point de vue, le système juridique communautaire apparaît donc comme un entre-deux, situé entre le droit national et le droit international⁸⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, le système juridique communautaire est d'abord un ensemble hiérarchisé au sommet duquel se trouve le traité CE, dont les dispositions habilitent elles-mêmes la Cour à en contrôler la position de suprématie. Cette organisation du système juridique semble donc obéir à un principe de hiérarchie dynamique par lequel un ensemble de normes supérieures (soit la dite « charte constitutionnelle ») règlent la validité de toutes les autres et habilitent un organe à veiller à sa bonne application au moyen du contrôle de légalité.

⁸⁵⁷ BENLOLO-CARABOT M., « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 380s.

⁸⁵⁸ THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *op. cit.*

⁸⁵⁹ On sait que Robert Schütze a défendu cette idée d'un « middle-ground », où la Communauté apparaît comme un moyen par lequel le droit international public s'incorpore dans les systèmes juridiques de ses États membres, v. SCHÜTZE R., « On "Middle ground". The European Community and Public International Law », *European University Institute Working Papers*, 2007, LAW 2007/13.

Cette configuration du système juridique communautaire correspond à une conception kelsénienne du concept de système juridique.

Toutefois, nous avons aussi vu l'importance du rôle joué par la Cour. On a dit que, veillant à l'autonomie du système juridique, c'est elle qui en devient le véritable sujet autonome. Or, c'est précisément la Cour qui affirme l'existence d'une charte constitutionnelle et dessine une hiérarchie correspondante à l'intérieur du système juridique communautaire. Par conséquent, lorsqu'elle pose que pareille charte inclut le contrôle de légalité de tout acte communautaire, c'est la Cour qui définit les critères selon lesquels les normes sont ou non valides (par exemple, par rapport au respect des droits fondamentaux). La Cour construit donc véritablement le droit constitutionnel communautaire. Elle est en position d'une cour constitutionnelle qui pose les principes d'une origine commune des normes, découlant toute de cette charte constitutionnelle. La Cour définit ainsi une règle de reconnaissance, qui rapproche considérablement sa conception du concept de système juridique de celle de Hart.

Pour autant, les raisons pour lesquelles cette charte constitutionnelle est valide ne sont pas avancées. Il n'est pas fait référence, comme ailleurs dans les moments « Van Gend en Loos » ou « Costa », aux raisons pour lesquelles le TCE est valide. De notre avis, sa compréhension en un ensemble de normes au sommet du système juridique communautaire n'est pas contestée, si bien que la validité de cet ensemble de normes constitutionnelles apparaît comme présupposée, sur le mode de la norme fondamentale portée par la conception kelsénienne du concept de système juridique.

En tout état de cause, il apparaît que le système juridique communautaire est compris comme un ensemble hiérarchisé étant exclusivement constitué de normes ou règles juridiques. Dans ce système, le juge n'est qu'un organe qui joue le rôle d'interface entre la création et l'application du droit. Il en va ainsi pour la Cour du moment « Kadi », qui entend seulement appliquer la charte constitutionnelle constituée par le traité CE qui l'a créée. La compréhension de ce qu'est le système juridique communautaire pour la Cour relève donc d'une conception normativiste du concept de système juridique.

B. Ce que doivent être ses relations avec l'extérieur

Premièrement, il apparaît que les multiples occurrences de « ordre juridique » et de « système juridique » dans le discours de la Cour du moment « Kadi » caractérisent tout à tour le droit communautaire et le droit international né de la Charte des Nations unies. La Cour comprend donc ces droits comme des ensembles distincts. Quel que soit le caractère international ou non international du droit communautaire, sur lequel la Cour ne se prononce

pas, son discours montre qu'existe un système juridique communautaire indépendant du système juridique du droit des Nations unies. La Cour conçoit donc le concept de système juridique sous un angle pluraliste qui exclut d'emblée la conception de Kelsen sur ce point : il existe bien pour elle une pluralité de systèmes juridiques distincts.

De leur côté, le droit des États membres de la Communauté constituent eux aussi des systèmes juridiques distincts du système juridique communautaire. La compréhension qu'en a la Cour est de notre avis sans équivoque, lorsque celle-ci mentionne dans son discours « *l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU* »⁸⁶⁰, dont font bien entendu partie les États membres de la Communauté. Par conséquent, il existe pour la Cour du moment « Kadi » une pluralité de systèmes juridiques aux niveaux national comme international, pluralité au sein de laquelle le droit communautaire existe en tant que système juridique propre.

Ensuite, nous avons vu que cette pluralité peut s'articuler, du point de vue de la Cour du moment « Kadi », en des relations diverses selon les systèmes juridiques considérés. Ainsi, la relation entre le droit communautaire et le droit international semble être comprise dans un cadre d'analyse dualiste, qui laisse toutefois la place à une éventuelle solution *Solange* à venir, laquelle relève d'un cadre plus moniste en tant que les résolutions du Conseil de sécurité s'appliqueraient alors directement dans le système juridique communautaire sans besoin de transposition. Pour autant, dans ses relations avec le droit des États membres de la Communauté, la Cour ne laisse pas de doute quant à la primauté du TCE, « charte constitutionnelle » qui s'impose également à ces derniers. Ses relations semblent ainsi relever d'un cadre d'analyse plus moniste.

Par conséquent, le pluralisme qu'exprime la Cour ne s'articule pas en des relations hiérarchiques univoques. Le principe de ces relations varie selon les différents systèmes juridiques considérés. Il est tantôt moniste, tantôt dualiste. Aussi, la prétention à la suprématie d'un système sur l'autre n'est pas, comme dans la conception de Raz, une qualité de tout système juridique. Elle dépend avant tout de la relation qui s'instaure entre chaque système juridique. Le droit communautaire produit des effets directs dans le droit des États membres, mais le droit international n'en produit dans le droit communautaire qu'aux conditions fixées par celui-ci. Pour cette raison, une norme extérieure au système juridique communautaire (telle que la résolution litigieuse) ne peut affecter le contrôle de légalité d'une norme qui elle lui appartient (telle que le règlement litigieux). Cette différence de relations s'explique par un pluralisme à géométrie variable qui consiste en une autonomie par laquelle les organes du

⁸⁶⁰ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 298.

système juridique communautaire demeurent libres de choisir le principe de leurs relations avec l'extérieur.

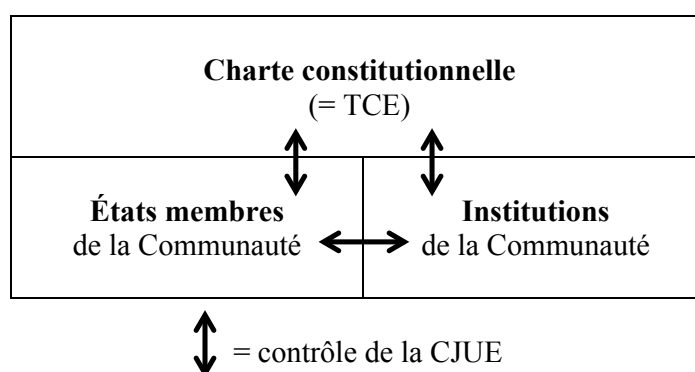
Ce pluralisme nous semble particulièrement liée à la conception de MacCormick. Il est un pluralisme non hiérarchisant dans la mesure où l'affirmation tirée de ce qu'existent divers systèmes juridiques n'entraîne pas de conséquence quant à la relation, hiérarchique ou non, qui liera chacun de ces systèmes juridiques. Cette relation est fonction de ce que partagent d'ores et déjà des systèmes juridiques entre eux. Cela dépend en somme de circonstances particulières. Aussi, les points de vue (moniste ou dualiste) entre les systèmes peuvent varier. Et c'est ce que partagent ces systèmes entre eux qui fait le principe de leurs relations, et non l'inverse. Ainsi, les États membres et la Communauté partagent une dite « charte constitutionnelle », que ne partage pas l'ONU. En conséquence les relations entre système juridique communautaire et système juridique international ne peuvent pas obéir au même principe que celles entre système juridique communautaire et système juridique des États membres.

Du reste, comme l'explique MacCormick, des conflits peuvent surgir de ce qu'existe une divergence des points de vue entre systèmes juridiques. Ainsi, du point de vue du droit des Nations unies, la résolution litigieuse doit être mise en œuvre dans tous les ordres juridiques des États membres de l'ONU mais, du point de vue du système juridique communautaire, cette résolution ne peut être mise en œuvre dans la Communauté qu'à condition qu'une procédure garantisse la protection des droits de la défense des personnes inscrites sur la liste du comité des sanctions. Toutefois, il n'y a pas en l'espèce de conflits de systèmes à proprement parler, puisque la CJUE se contente de contrôler la légalité du règlement mettant en œuvre la résolution par rapport au seul droit communautaire. Elle ne se prononce donc pas quant à la légalité de la résolution. Quoi qu'il en soit et indépendamment de la question des rapports de systèmes, le conflit entre protection des libertés fondamentales et lutte contre le terrorisme international trouvera une fin dans l'espace européen lorsque les niveaux international et communautaire de protection des droits convergeront vers un même standard⁸⁶¹.

Au niveau de la Communauté, ces niveaux de protection sont compris par la Cour comme étant nécessairement équivalents puisque celle-ci affirme, au point 281 de son discours, que « *la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres*

⁸⁶¹ On sait sur ce point que les nouvelles mesures prises par le Conseil de sécurité suite au moment « Kadi » et mises en œuvre par un nouveau règlement du Conseil de l'UE ne trouveront pas grâce aux yeux de la CJUE, qui en 2013 annulera ce règlement, v. CJUE, 18 juillet 2013, *Kadi II*, C-584/10 P, C-593/10 P & C-595/10 P.

ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE »⁸⁶², laquelle inclut le respect des droits fondamentaux. On devine ainsi une relation spécifique entre le système juridique communautaire et les systèmes juridiques des États membres qu'unit une même Communauté, rassemblée autour d'un même objectif de protection des droits fondamentaux. Ici, les systèmes sont compris par la Cour comme se composant aussi d'institutions, puisqu'elle y fait explicitement référence. Dans ce schéma, droit communautaire et droits des États membres sont pris dans un même ensemble, la Communauté, que surplombe le traité CE qui en est la dite « charte constitutionnelle » :



Enfin, il ne faut pas oublier qu'avec le TCE figurent les principes généraux du droit communautaire, qui ont rang de droit primaire et dont la Cour rappelle que les droits fondamentaux font partie intégrante⁸⁶³. Or, la Cour en interprète le contenu en s'inspirant des « *traditions constitutionnelles communes aux États membres* » mais aussi de la CEDH⁸⁶⁴. Par conséquent, bien qu'elle ne le dise pas explicitement, la Cour n'envisage pas cette charte constitutionnelle comme contenant exclusivement des dispositions de droit communautaire. Celle-ci s'alimente en effet aussi de dispositions du droit des États membres et du droit de la CEDH. Toutefois, c'est la CJUE, elle seule, qui interprète le contenu et les limites de cette charte, confirmant ainsi son rôle d'artisan du droit constitutionnel de l'alors Communauté mais aussi de l'actuelle Union européenne.

⁸⁶² CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 281.

⁸⁶³ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 283.

⁸⁶⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, point 283.

Conclusion du chapitre

Conformément à la méthodologie suivie dans la présente étude, nous pouvons recouper ces différents aspects de la conception du concept de système juridique qu'exprime la Cour dans le moment « Kadi » avec les conceptions présentées en première partie⁸⁶⁵. On obtient alors le tableau suivant :

Système juridique	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
Composition	X	X	X	X
Organisation	X			
Unité	X	X		X
Autonomie	X	X		
Existence⁸⁶⁶	-	-	-	-
Échelle	X	X		X
Relations				X

Par conséquent, il apparaît que la conception de la Cour relève plutôt d'une conception normativiste du concept de système juridique. Par certains aspects, elle s'approche plus de la conception de Kelsen que de celle de Hart. Toutefois, par la référence à la Communauté au point 281 de son discours ainsi qu'à la centralité en son sein d'un objectif tenant à la protection des droits, la Cour s'approche des conceptions institutionnalistes. C'est en revanche sur la question des relations entre systèmes juridiques que la Cour s'approche le plus d'une conception institutionnaliste, en l'occurrence celle portée par Neil MacCormick à travers sa compréhension du pluralisme.

Notre analyse du moment « Kadi » révèle donc une conception plurielle du concept de

⁸⁶⁵ Cf. Tableau en conclusion de la première partie page 110.

⁸⁶⁶ Il ne nous est pas apparu possible d'identifier dans le moment « Van Gend en Loos » des éléments relatifs à la compréhension qu'a la Cour des conditions d'existence des systèmes juridiques.

système juridique, qui emprunte à de nombreux aspects des conceptions ayant été développées dans le champ de la théorie du droit. En ce qu'elle mélange des aspects normativistes comme institutionnalistes, cette conception n'est pas cohérente. Aussi, à travers ce moment jurisprudentiel, l'analyse synchronique du discours de la Cour montre que sa conception du concept de système n'est pas rattachable à une conception du champ de la théorie du droit mais bien plutôt à des fragments divers de plusieurs de ces conceptions.

Annexe n°3

CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P⁸⁶⁷

[Extraits pertinents]

Les moyens d'annulation des arrêts attaqués

116 M. Kadi soulève deux moyens tirés, le premier, du défaut de base juridique du règlement litigieux et, le second, de la violation de plusieurs règles de droit international qu'aurait commise le Tribunal et des conséquences que cette violation aurait engendrées quant à l'appréciation des moyens relatifs à la violation de certains de ses droits fondamentaux qu'il avait invoqués devant le Tribunal.

117 Al Barakaat soulève trois moyens tirés, le premier, du défaut de base juridique du règlement litigieux, le deuxième, de la violation de l'article 249 CE et, le troisième, de la violation de certains de ses droits fondamentaux.

118 Dans le cadre de son pourvoi incident, le Royaume-Uni soulève un moyen unique relatif à l'erreur de droit qu'aurait commise le Tribunal en concluant dans les arrêts attaqués qu'il était compétent pour examiner la compatibilité des résolutions du Conseil de sécurité en cause avec les règles du jus cogens.

Sur les pourvois

119 Par ordonnance du 13 novembre 2007, le président de la Cour a ordonné la radiation du nom de Ahmed Ali Yusuf du registre de la Cour à la suite du désistement de celui-ci du pourvoi qu'il avait introduit conjointement avec Al Barakaat dans l'affaire C-415/05 P.

120 Les parties et M. l'avocat général ayant été entendus sur ce point, il y a lieu, pour cause de connexité, de joindre les présentes affaires aux fins de l'arrêt, conformément à l'article 43 du règlement de procédure de la Cour.

[...]

Sur les moyens relatifs à la violation de certains droits fondamentaux

[...]

Appréciation de la Cour

278 À titre liminaire, il y a lieu de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Royaume-Uni quant à l'argumentation avancée par M. Kadi dans son mémoire en réplique, selon laquelle la légalité de toute réglementation adoptée par les institutions communautaires, y compris celle visant à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, demeure soumise, en vertu du droit communautaire, au contrôle intégral de la Cour, indépendamment de son origine.

279 En effet, ainsi que le fait valoir M. Kadi, il s'agit d'un argument supplémentaire constituant l'ampliation du moyen, énoncé antérieurement, à tout le moins implicitement, dans le pourvoi et présentant un lien étroit avec ce moyen, selon lequel la Communauté était tenue, lors de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité, de veiller, en tant que condition de la légalité de la législation qu'elle entendait ainsi instaurer, à ce que celle-ci

⁸⁶⁷ Source : EUR-Lex.

respecte les critères minimaux en matière de droits de l'homme (voir en ce sens, notamment, ordonnance du 13 novembre 2001, Dürbeck/Commission, C-430/00 P, Rec. p. I-8547, point 17).

280 Il convient d'examiner les griefs par lesquels les requérants reprochent au Tribunal d'avoir jugé, en substance, qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement litigieux, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies ne laissant place à aucune marge à cet effet, ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel quant à sa légalité interne, sauf pour ce qui concerne sa compatibilité avec les normes relevant du jus cogens, et bénéficie donc dans cette mesure d'une immunité juridictionnelle.

281 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions (arrêt du 23 avril 1986, Les Verts/Parlement, 294/83, Rec. p. 1339, point 23).

282 Il convient de rappeler également qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considérée comme relevant des fondements mêmes de la Communauté (voir, en ce sens, avis 1/91, du 14 décembre 1991, Rec. p. I-6079, points 35 et 71, ainsi que arrêt du 30 mai 2006, Commission/Irlande, C-459/03, Rec. p. I-4635, point 123 et jurisprudence citée).

283 En outre, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière (voir, notamment, arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, Rec. p. I-5305, point 29 et jurisprudence citée).

284 Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires (avis 2/94, précité, point 34) et que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect de ceux-ci (arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 73 et jurisprudence citée).

285 Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité.

286 À cet égard, il importe de souligner que, dans un contexte tel que celui de l'espèce, le contrôle de légalité devant ainsi être assuré par le juge communautaire porte sur l'acte communautaire visant à mettre en œuvre l'accord international en cause, et non sur ce dernier en tant que tel.

287 S'agissant plus particulièrement d'un acte communautaire qui, tel le règlement litigieux, vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, il n'incombe donc pas au juge communautaire, dans le cadre de la compétence exclusive que prévoit l'article 220 CE, de contrôler la légalité d'une telle

résolution adoptée par cet organe international, ce contrôle fût-il limité à l'examen de la compatibilité de cette résolution avec le jus cogens.

288 Par ailleurs, un éventuel arrêt d'une juridiction communautaire par lequel il serait décidé qu'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une telle résolution est contraire à une norme supérieure relevant de l'ordre juridique communautaire n'impliquerait pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international.

289 Ainsi, la Cour a déjà annulé une décision du Conseil approuvant un accord international après avoir examiné la légalité interne de celle-ci au regard de l'accord en cause et avoir constaté une violation d'un principe général du droit communautaire, en l'occurrence le principe général de non-discrimination (arrêt du 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, C-122/95, Rec. p. I-973).

290 Il y a dès lors lieu d'examiner si, comme l'a jugé le Tribunal, les principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire impliquent qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux est en principe exclu, nonobstant le fait que, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence rappelée aux points 281 à 284 du présent arrêt, un tel contrôle constitue une garantie constitutionnelle relevant des fondements mêmes de la Communauté.

291 À cet égard, il convient d'abord de rappeler que les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international (arrêts précités Poulsen et Diva Navigation, point 9, ainsi que Racke, point 45), la Cour ayant en outre précisé, au même point du premier de ces arrêts, qu'un acte adopté en vertu de ces compétences doit être interprété, et son champ d'application circonscrit, à la lumière des règles pertinentes du droit international.

292 De plus, la Cour a jugé que les compétences de la Communauté prévues aux articles 177 CE à 181 CE en matière de coopération et de développement doivent être exercées dans le respect des engagements pris dans le cadre des Nations unies et des autres organisations internationales (arrêt du 20 mai 2008, Commission/Conseil, C-91/05, non encore publié au Recueil, point 65 et jurisprudence citée).

293 Le respect des engagements pris dans le cadre des Nations unies s'impose tout autant dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, lors de la mise en œuvre par la Communauté, par l'adoption d'actes communautaires pris sur le fondement des articles 60 CE et 301 CE, de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies.

294 Dans l'exercice de cette dernière compétence, la Communauté se doit en effet d'attacher une importance particulière au fait que, conformément à l'article 24 de la charte des Nations unies, l'adoption, par le Conseil de sécurité, de résolutions au titre du chapitre VII de cette charte constitue l'exercice de la responsabilité principale dont est investi cet organe international pour maintenir, à l'échelle mondiale, la paix et la sécurité, responsabilité qui, dans le cadre dudit chapitre VII, inclut le pouvoir de déterminer ce qui constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales ainsi que de prendre les mesures nécessaires pour les maintenir ou les rétablir.

295 Il convient ensuite de constater que les compétences prévues aux articles 60 CE et 301 CE ne peuvent être exercées qu'à la suite de l'adoption d'une position commune ou d'une action commune en vertu des dispositions du traité UE relatives à la PESC qui prévoit une action de la Communauté.

296 Or, si, du fait de l'adoption d'un tel acte, la Communauté est tenue de prendre, dans le cadre du traité CE, les mesures qu'impose cet acte, cette obligation implique, lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, que, lors de l'élaboration de ces mesures, la Communauté tienne dûment compte des termes et des objectifs de la résolution concernée ainsi que des

obligations pertinentes découlant de la charte des Nations unies relatives à une telle mise en œuvre.

297 Par ailleurs, la Cour a déjà jugé que, aux fins de l'interprétation du règlement litigieux, il y a également lieu de tenir compte du texte et de l'objet de la résolution 1390 (2002), que ce règlement, selon son quatrième considérant, vise à mettre en œuvre (arrêt Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, précité, point 54 et jurisprudence citée).

298 Il y a toutefois lieu de relever que la charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions.

299 Il découle de l'ensemble de ces considérations que les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliquent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies.

300 Une telle immunité juridictionnelle d'un acte communautaire tel que le règlement litigieux, en tant que corollaire du principe de primauté au plan du droit international des obligations issues de la charte des Nations unies, en particulier de celles relatives à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de cette charte, ne trouve par ailleurs aucun fondement dans le traité CE.

301 Il est certes exact que la Cour a déjà admis que l'article 234 du traité CE (devenu, après modification, article 307 CE) pouvait, si ses conditions d'application étaient réunies, permettre des dérogations même au droit primaire, par exemple à l'article 113 du traité CE, relatif à la politique commerciale commune (voir, en ce sens, arrêt Centro-Com, précité, points 56 à 61).

302 Il est également vrai que l'article 297 CE permet implicitement des entraves au fonctionnement du marché commun qui seraient causées par des mesures qu'un État membre adopterait pour mettre en œuvre des engagements internationaux qu'il a contractés en vue de maintenir la paix et la sécurité internationales.

303 Toutefois, ces dispositions ne sauraient être comprises comme autorisant une dérogation aux principes de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés à l'article 6, paragraphe 1, UE en tant que fondement de l'Union.

304 L'article 307 CE ne pourrait en effet en aucun cas permettre la remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux, qui inclut le contrôle par le juge communautaire de la légalité des actes communautaires quant à leur conformité avec ces droits fondamentaux.

305 Une immunité juridictionnelle du règlement litigieux quant au contrôle de la compatibilité de celui-ci avec les droits fondamentaux qui trouverait sa source dans une prétendue primauté absolue des résolutions du Conseil de sécurité que cet acte vise à mettre en œuvre ne pourrait pas non plus être fondée sur la place qu'occuperaient les obligations découlant de la charte des Nations unies dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique communautaire si ces obligations étaient classifiées dans cette hiérarchie.

306 En effet, l'article 300, paragraphe 7, CE prévoit que les accords conclus selon les conditions fixées à cet article lient les institutions de la Communauté et les États membres.

307 Ainsi, en vertu de cette disposition, si elle était applicable à la charte des Nations unies,

cette dernière bénéficierait de la primauté sur les actes de droit communautaire dérivé (voir, en ce sens, arrêt du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06, non encore publié au Recueil, point 42 et jurisprudence citée).

308 Toutefois, cette primauté au plan du droit communautaire ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux.

309 Cette interprétation est corroborée par le paragraphe 6 du même article 300 CE, selon lequel un accord international ne peut entrer en vigueur si la Cour a rendu un avis négatif sur sa compatibilité avec le traité CE, à moins que celui-ci n'ait été modifié au préalable.

310 Il a cependant été soutenu devant la Cour, notamment lors de l'audience, que, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, dans plusieurs décisions récentes, s'est déclarée incompétente pour contrôler la conformité de certains actes intervenus dans le cadre de la mise en œuvre de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, les juridictions communautaires devraient s'abstenir de contrôler la légalité du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux, dès lors que cet acte vise également à mettre en œuvre de telles résolutions.

311 À cet égard, il convient de constater que, ainsi que l'a d'ailleurs relevé la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, une différence fondamentale existe entre la nature des actes concernés par lesdites décisions, à l'égard desquels cette juridiction s'est déclarée incompétente pour exercer un contrôle de conformité par rapport à la CEDH, et celle d'autres actes pour lesquels sa compétence apparaît incontestable (voir Cour eur. D. H., décision *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège* du 2 mai 2007, non encore publiée au *Recueil des arrêts et décisions*, § 151).

312 En effet, si, dans certaines affaires dont elle a été saisie, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclarée incompétente *ratione personae*, celles-ci concernaient des actions directement imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective, en particulier des actions d'un organe subsidiaire de l'ONU instauré dans le cadre du chapitre VII de la charte des Nations unies ou des actions se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre, et non des actions imputables aux États défendeurs devant ladite Cour, ces actions n'ayant par ailleurs pas eu lieu sur le territoire de ces États et n'ayant pas découlé d'une décision des autorités de ceux-ci.

313 En revanche, au paragraphe 151 de la décision *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, précitée, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que, dans l'affaire ayant donné lieu à son arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, précité, concernant une mesure de saisie mise en œuvre par les autorités de l'État défendeur sur son territoire national à la suite d'une décision d'un ministre de cet État, elle a reconnu sa compétence, notamment *ratione personae*, vis-à-vis de l'État défendeur, bien que la mesure en cause eût été décidée sur la base d'un règlement communautaire pris lui-même en application d'une résolution du Conseil de sécurité.

314 En l'espèce, il y a lieu de constater que le règlement litigieux ne saurait être considéré comme constituant un acte directement imputable à l'ONU en tant qu'action relevant de l'un des organes subsidiaires de celle-ci instaurés dans le cadre du chapitre VII de la charte des Nations unies ou se situant dans le cadre de l'exercice de pouvoirs valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre.

315 En outre, et en tout état de cause, la question de la compétence de la Cour pour se prononcer sur la validité du règlement litigieux se pose dans un cadre fondamentalement différent.

316 En effet, ainsi qu'il a déjà été rappelé aux points 281 à 284 du présent arrêt, le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie

constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte.

317 La question de la compétence de la Cour se pose en effet dans le cadre de l'ordre juridique interne et autonome de la Communauté, dont relève le règlement litigieux, et dans lequel la Cour est compétente pour contrôler la validité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux.

318 Il a en outre été soutenu que, eu égard à la déférence s'imposant aux institutions communautaires à l'égard des institutions des Nations unies, la Cour devrait renoncer à exercer un contrôle de la légalité du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux, même si un tel contrôle était possible, dès lors que, dans le cadre du régime de sanctions instauré par les Nations unies, compte tenu en particulier de la procédure de réexamen telle qu'elle a été récemment améliorée de manière significative par plusieurs résolutions du Conseil de sécurité, les droits fondamentaux sont suffisamment protégés.

319 Selon la Commission, tant que, dans ledit régime de sanctions, les particuliers ou entités concernés ont une possibilité acceptable d'être entendus grâce à un mécanisme de contrôle administratif s'intégrant dans le système juridique des Nations unies, la Cour ne devrait intervenir d'aucune façon.

320 À cet égard, il convient tout d'abord de relever que, si, effectivement, à la suite de l'adoption par le Conseil de sécurité de plusieurs résolutions, des modifications ont été apportées au régime des mesures restrictives instauré par les Nations unies pour ce qui concerne tant l'inscription sur la liste récapitulative que la radiation de celle-ci [voir, spécialement, les résolutions 1730 (2006), du 19 décembre 2006, et 1735 (2006), du 22 décembre 2006], ces modifications sont intervenues postérieurement à l'adoption du règlement litigieux, de sorte que, en principe, elles ne sauraient être prises en compte dans le cadre des présents pourvois.

321 En tout état de cause, l'existence, dans le cadre de ce régime des Nations unies, de la procédure de réexamen devant le comité des sanctions, même en tenant compte des modifications récentes apportées à celle-ci, ne peut entraîner une immunité juridictionnelle généralisée dans le cadre de l'ordre juridique interne de la Communauté.

322 En effet, une telle immunité, qui constituerait une dérogation importante au régime de protection juridictionnelle des droits fondamentaux prévu par le traité CE, n'apparaît pas justifiée, dès lors que cette procédure de réexamen n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle.

323 À cet égard, s'il est désormais possible pour toute personne ou entité de s'adresser directement au comité des sanctions en soumettant sa demande de radiation de la liste récapitulative au point dit «focal», force est de constater que la procédure devant ce comité demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique, les personnes ou entités concernées n'ayant pas de possibilité réelle de défendre leurs droits et ledit comité prenant ses décisions par consensus, chacun de ses membres disposant d'un droit de veto.

324 Il ressort à cet égard des directives du comité des sanctions, telles que modifiées en dernier lieu le 12 février 2007, que le requérant ayant présenté une demande de radiation ne peut en aucune manière faire valoir lui-même ses droits lors de la procédure devant le comité des sanctions ni se faire représenter à cet effet, le gouvernement de l'État de sa résidence ou de sa nationalité ayant seul la faculté de transmettre éventuellement des observations sur cette demande.

325 En outre, lesdites directives n'imposent pas au comité des sanctions de communiquer audit requérant les raisons et les éléments de preuve justifiant l'inscription de celui-ci sur la liste récapitulative ni de lui donner un accès, même limité, à ces données. Enfin, en cas de rejet de la demande de radiation par ce comité, aucune obligation de motivation ne pèse sur ce dernier.

326 Il découle de ce qui précède que les juridictions communautaires doivent, conformément aux compétences dont elles sont investies en vertu du traité CE, assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies.

327 Partant, le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant, aux points 212 à 231 de l'arrêt attaqué Kadi ainsi que 263 à 282 de l'arrêt attaqué Yusuf et Al Barakaat, qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement litigieux, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies ne laissant aucune marge à cet effet, doit bénéficier d'une immunité juridictionnelle quant à sa légalité interne sauf pour ce qui concerne sa compatibilité avec les normes relevant du jus cogens.

328 Les moyens des requérants sont donc fondés sur ce point, de sorte qu'il y a lieu d'annuler les arrêts attaqués à cet égard.

329 Il en découle qu'il n'y a plus lieu d'examiner les griefs dirigés contre la partie des arrêts attaqués relative au contrôle du règlement litigieux au regard des règles de droit international relevant du jus cogens et, partant, il n'est pas non plus nécessaire d'examiner le pourvoi incident du Royaume-Uni sur ce point.

330 En outre, dès lors que, dans la partie subséquente des arrêts attaqués relative aux droits fondamentaux spécifiques invoqués par les requérants, le Tribunal s'est limité à examiner la légalité du règlement litigieux au regard de ces seules règles, alors qu'il lui incombait d'effectuer un examen, en principe complet, au regard des droits fondamentaux relevant des principes généraux du droit communautaire, il y a également lieu d'annuler cette partie subséquente desdits arrêts.

Chapitre 8. Le moment « CEDH »

Un « entêtement » ? Un « choc épistémologique et méthodologique »⁸⁶⁸ ? Une « expression forte et ferme de la volonté de la Cour de justice de défendre l'acquis communautaire »⁸⁶⁹ ? « Un travail de Pénélope »⁸⁷⁰ ? L'illustration d'un « protectionnisme contentieux »⁸⁷¹ ? La liste est longue des critiques négatives qu'a suscité en doctrine, tant francophone qu'anglophone⁸⁷², la réception de l'inattendu avis 2/13 qu'a rendu le 18 décembre 2014 la Cour de justice de l'Union européenne à propos du projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Nous ne caractériserons pas ici dans leur exhaustivité les manifestations du choc produit. L'analyse quantitative nous apprendrait peu sur *ce qu'il s'est passé*.

En revanche, la quasi invariable constance avec laquelle ces réactions condamnent l'avis 2/13 manifeste l'évidence d'un changement qualitatif dans la jurisprudence de la Cour. Il s'est passé *quelque chose*, un événement singulier dans la construction du droit de l'Union européenne, un accroc dans ses relations avec le droit de la CEDH. Et c'est bien là le propre de ce que nous avons appelé jusqu'à présent un « moment jurisprudentiel » : les cartes semblent être rebattues, les règles du jeu bouleversées et l'évidence de la discontinuité unanimement répandue. C'est dans ces grands moments, tels qu'ici le moment « CEDH », lorsque la Cour de justice fait un « coup », qu'une analyse fine de son argumentation importe. Elle est à mettre en perspective, car le récit du changement est complexe.

L'histoire se déroule en au moins trois temps. Le 28 mars 1996, dans son avis 2/94, la CJUE avait déjà pris position contre l'adhésion de l'Union à la CEDH au motif que le traité de l'alors « Communauté » ne confiait aucune compétence à ses institutions pour y adhérer. En outre, les compétences subsidiaires de l'actuel article 352 TFUE⁸⁷³ (ex-article 235 TCE⁸⁷⁴)

⁸⁶⁸ DUBOUT E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 73 et 110.

⁸⁶⁹ PERNICE I., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 71.

⁸⁷⁰ BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *Revue trimestrielle de droit européen*, septembre 2015, 3/2015, p. 593.

⁸⁷¹ DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2016, 3/4, p. 513.

⁸⁷² EECKHOUT P., « Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue autonomy or autarky? », *Jean Monnet Working Paper. NYU School of Law*, 2015, 01/15 ; ISIKSEL T., « European Exceptionalism and the EU's Accession to the ECHR », *European Journal of International Law*, 2016, vol. 27, n° 3, p. 565-589 ; DE WITTE B. et Š. IMAMOVIC, « Opinion 2/13 on accession to the ECHR : defending the EU legal order against a Foreign Human Rights Court », *European law review*, 2015, vol. 40, p. 683-705. À cela, il faut ajouter un numéro spécial du *German Law Journal*, n°16, 2015.

⁸⁷³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

permettant, précisément, à l'Union de mettre en œuvre des actions visant à la réalisation de ses objectifs sans que les traités n'articulent de compétence correspondante, ne constituaient pas une base légale suffisante. Un changement des traités était nécessaire pour rendre possible l'adhésion de l'Union à la Convention. Et c'est cela qu'opère le Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, lequel, constitutionnalisant à cette occasion la Charte des droits fondamentaux, introduit un nouvel article 6§2 TUE⁸⁷⁵ disposant que « *l'Union adhère à la Convention* »⁸⁷⁶. Aussi, le 4 juillet 2013, alors que la Commission décide de soumettre, sur la base de l'article 218 TFUE, le nouveau projet d'accord d'adhésion à l'avis (contraignant) de la CJUE, cette étape aurait pu passer pour une simple formalité, d'autant que l'alors Président de la Cour, Vassilios Skouris, s'était déjà prononcé en faveur de pareille construction⁸⁷⁷. C'est donc à la surprise générale que, dans son avis 2/13, la Cour de justice conclut à l'incompatibilité de l'accord avec l'article 6§2 TUE⁸⁷⁸, ne suivant pas les recommandations formulées par l'avocat général Juliane Kokott.

Les arguments que mobilise la CJUE pour justifier sa décision sont d'une technicité certaine. Aussi, dans un premier temps, il nous faudra en faire l'analyse détaillée. C'est elle qui nous permettra d'identifier le contexte au sein duquel émerge un argument déterminant dans le raisonnement de la Cour, à savoir : l'argument tiré de ce que l'Union constitue un ordre ou système juridique, autrement dit l'argument du système (**Section 1**). Ce faisant, nous identifierons deux séries d'arguments de la Cour reposant sur l'interprétation qu'elle donne des conditions posées par les traités pour une adhésion de l'Union à la CEDH (soit l'article 6§2 TUE et le protocole n°8⁸⁷⁹). Cette interprétation apparaît dans le dispositif de l'avis, dont la lecture révèle que toute l'issue de l'affaire tient à la signification que donne la Cour aux « *caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union* »⁸⁸⁰. C'est parce qu'elle estime que ces dernières sont menacées que la Cour conclut à l'incompatibilité de l'accord

⁸⁷⁴ Traité instituant la Communauté européenne (TCE).

⁸⁷⁵ Traité sur l'Union européenne (TUE).

⁸⁷⁶ Précisons que, en anglais, ce présent indicatif de l'article 6§2 est un impératif : « *the Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* ». Nous reviendrons plus loin sur l'enjeu de la traduction anglaise, v. *infra* p. 9.

⁸⁷⁷ Selon le compte-rendu de la réunion du 17 septembre 2002 d'un groupe de travail de la Convention chargée de préparer le traité établissant une Constitution pour l'Europe : « *M. Skouris a qualifié comme un malentendu l'interprétation parfois donnée à l'avis 2/94 de la Cour ; en réalité, la Cour n'aurait pas de problème avec le contrôle externe qu'une adhésion à la CEDH établirait* », cité par BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *op. cit.*, p. 594.

⁸⁷⁸ Ainsi que le protocole n°8 relatif à l'application de l'article 6§2 TUE.

⁸⁷⁹ Rappelons que selon l'article 51 TUE « *les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante* ».

⁸⁸⁰ Avis 2/13, point 258. Les nombreuses itérations de cette formule dans l'avis montre qu'elle est en réalité double : il s'agit pour la Cour de désigner et les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit, et l'autonomie du droit de l'Union.

d'adhésion. Or, dans de dites « *considérations liminaires* »⁸⁸¹, la Cour détaille la portée de cette formule. C'est donc sur ce point qu'une analyse fine de l'argumentation de la Cour doit porter.

Ces considérations liminaires (reproduites plus loin⁸⁸²) sont le support logique nécessaire du raisonnement de la Cour. Elles constituent la prémisse majeure du syllogisme qu'elle met en œuvre. En particulier, les points 156 à 159 soulignent une circonstance en considération de laquelle « *les traités soumettent cette adhésion [à la CEDH] au respect de diverses conditions* », à savoir : « *la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau* », soit « *d'un nouvel ordre juridique* » pour reprendre la formule bien connue de 1963 du moment « *Van Gend en Loos* »⁸⁸³ cité par la Cour. C'est donc, selon la Cour, parce que l'Union européenne est un « *nouvel ordre juridique* » que les traités soumettent son adhésion à la CEDH à des conditions.

La formule employée est surprenante. En bonne logique, comment l'ordre juridique de 2014 peut-il être encore caractérisé par la nouveauté de 1963 ? Car si ses parties changent – soit le nombre de ses normes et de ses institutions – alors l'ordre juridique ne devrait plus être le même. Par quel miracle le bouleversement des parties laisse intacte l'identité de l'ensemble ? De toute évidence, le concept de système juridique joue ici un rôle, qui n'est pas nouveau. Et ce qui nous frappe, c'est d'abord la constance avec laquelle la CJUE recourt à la formule selon laquelle l'Union est un « *nouvel ordre juridique* ». Mais est-il pour autant nouveau ? Quelle est la signification de cette formule ? Que permet-elle à la Cour de faire ? Elle est pour la Cour cet argument que nous avons dénommé « *argument du système* », et dont l'analyse révèle, à la différence de l'apparente discontinuité que crée l'avis 2/13 dans la construction du droit de l'Union, une grande continuité : l'argument du système est une ressource classique du jeu argumentatif de la Cour, une carte habituellement jouée qui lui permet de faire des « *coups* », manifestant ainsi une compréhension du droit de l'Union en tant que système juridique (**Section 2**).

Section 1. Contexte d'émergence de l'argument du système

Les arguments de la CJUE dans l'avis 2/13 peuvent être regroupés en deux séries (**I**), dont on se rendra compte qu'aucune n'a de lien évident avec les conditions à l'accord

⁸⁸¹ Avis 2/13, points 153 à 177.

⁸⁸² V. Annexe n°4, p. 323-325.

⁸⁸³ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62. L'arrêt est cité point 157 de l'avis 2/13.

d'adhésion posées par les traités (soit l'article 6§2 TUE et le protocole n°8). Comme nous le verrons plus loin, c'est l'argument du système qui permet à la Cour de tisser ce lien. Aussi, notre explication du choix de cet argument par la Cour consistera à montrer ce que celui-ci lui permet de faire. En l'occurrence, il lui permet de faire ce que nous appelons un « coup argumentatif » (II).

I. Le contexte : les arguments de la Cour

Dans sa prise de position, la Cour mobilise divers arguments pour justifier sa décision. Plusieurs typologies ont été proposées pour en ordonner la diversité. Il a pu s'agir de distinguer les arguments selon leur impact sur le processus d'adhésion de l'Union à la CEDH⁸⁸⁴ ou bien selon l'aspect qu'ils traduisent de la nature du droit de l'Union⁸⁸⁵. Pour notre part, nous proposons une typologie qui ne suppose ni jugement de valeur quant au processus d'adhésion, ni de lien immédiat entre la nature permanente du droit de l'Union et les arguments que la CJUE mobilise à un instant donné. Aussi, nous proposons de les présenter en deux catégories tenant à la conception que la Cour a de son propre rôle, selon qu'elle estime que son rôle exclusif d'interprète « authentique »⁸⁸⁶ (c'est-à-dire *ayant le dernier mot*) du droit de l'Union est directement menacé par des dispositions de l'accord d'adhésion (A) ou indirectement menacé par des pratiques juridictionnelles que l'accord pourrait supposément faire naître (B).

A. Une menace directe à la compétence exclusive de la Cour

Une première série d'arguments peut être comprise comme une réponse à des menaces directes que feraient peser certains aspects de l'accord d'adhésion sur le principe de la compétence exclusive de la Cour en tant qu'interprète authentique du droit de l'Union. C'est l'importance de cette exclusivité qui amène la Cour à déclarer incompatibles avec les traités les dispositions de l'accord d'adhésion qui supposent une interprétation du droit de l'Union par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH).

Un premier problème est posé par deux mécanismes introduits par l'accord d'adhésion

⁸⁸⁴ Ainsi Bruno de Witte et Sejla Imamovic distinguent les arguments soulevant des problèmes non liés à l'accession de ceux qui y sont liés et de ceux rendant toute adhésion future impossible, v. DE WITTE B. et Š. IMAMOVIC, « Opinion 2/13 on accession to the ECHR », *op. cit.*, p. 694.

⁸⁸⁵ Ainsi Édouard Dubout distingue les arguments liés à l'autorité externe du système de l'Union de ceux liés à sa spécificité interne, v. DUBOUT E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 77.

⁸⁸⁶ L'expression, bien connue, est de Hans Kelsen, v. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, Titre VIII « L'interprétation ». Précisons que l'interprétation authentique désigne aussi bien l'interprétation d'une disposition (soit la signification attribuée à son énoncé) que le jugement quant à sa validité (soit sa conformité par rapport à une disposition supérieure).

dans le droit de la CEDH. Il s'agit d'une part du mécanisme du codéfendeur, dont l'objectif est de s'assurer que les recours devant la Cour EDH formés contre le droit de l'Union européenne ou l'acte d'application d'un État membre soient correctement dirigés contre l'une ou l'autre. Dans cette hypothèse, la Cour EDH peut être amenée à inviter l'Union ou l'un de ses États membres à devenir codéfendeur. Or, les conditions dans lesquelles l'Union ou les États membres peuvent devenir codéfendeurs sont examinées par la Cour EDH, de même que celles dans lesquelles il peut être fait exception au principe de leur coresponsabilité. L'appréciation de ces conditions porte sur la répartition des compétences entre Union et États membres, ce qui « *présuppose nécessairement une appréciation du droit de l'Union* » selon la Cour⁸⁸⁷.

D'autre part, il s'agit du mécanisme de l'implication préalable. Paradoxalement, celui-ci a été précisément pensé pour permettre à la CJUE de se prononcer dans le cas d'un litige porté devant la Cour EDH et qui concernerait une disposition du droit de l'Union à propos de laquelle la CJUE ne se serait pas encore prononcée. C'est pourquoi la Cour EDH peut inviter la CJUE à se prononcer *via* la procédure de l'implication préalable. Seulement, la détermination par la Cour EDH de ce sur quoi la CJUE s'est ou non déjà prononcée « *reviendrait à lui attribuer la compétence pour interpréter la jurisprudence de la Cour* », d'autant qu'il n'est pas certain que la CJUE puisse être « impliquée » dans le cas de l'interprétation du droit dérivé⁸⁸⁸. On le voit, la CJUE entend rester l'interprète exclusif du droit de l'Union.

Un deuxième problème est posé par la possibilité d'un contrôle externe des actes de mise en œuvre par les États membres de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), dont tous les actes sont exclus du champ du contrôle de la CJUE par les traités (sauf actes énumérés à l'article 275 TFUE mettant en œuvre des mesures restrictives à l'encontre des personnes). Sur ce point, la Cour rappelle que le contrôle d'actes de l'Union ne peut être confié exclusivement à une juridiction internationale qui lui est externe⁸⁸⁹.

De même, selon le protocole n°8 relatif à l'application de l'article 6§2 TUE, l'accord d'adhésion doit être en particulier compatible avec l'article 344 TFUE, lequel interdit tout règlement externe des conflits au sein de l'Union, qu'il s'agisse de celle-ci ou de ses États membres. Or, la Cour EDH est compétente, en vertu de l'article 33 CEDH, pour connaître des affaires interétatiques entre parties contractantes concernant le droit de la Convention. La

⁸⁸⁷ Avis 2/13, point 221.

⁸⁸⁸ Avis 2/13, points 239 et 246.

⁸⁸⁹ Avis 2/13, point 255.

CJUE craint donc que la Cour EDH se déclare compétente pour régler un conflit concernant un État membre et portant sur le droit de l'Union, malgré le fait que l'accord d'adhésion limite pourtant la compétence exclusive de la Cour EDH, prévue à l'article 55 CEDH, pour connaître des litiges entre États signataires concernant la Convention⁸⁹⁰. On devine ainsi une méfiance de la CJUE vis à vis de la Cour EDH et des cours suprêmes des États membres, lui faisant craindre une menace vis à vis de son pouvoir d'interprétation du droit de l'Union, dont elle fait de sa compétence exclusive un principe.

B. Une menace indirecte à la compétence exclusive de la Cour

C'est une pareille méfiance qui inspire à la CJUE une seconde série d'arguments tenant à la mise en évidence d'un défaut de coordination entre des mécanismes du droit de l'Union et d'autres du droit de la CEDH, défaut qu'aurait dû savoir combler l'accord d'adhésion selon la Cour, qui craint de possibles conflits jurisprudentiels remettant en cause le principe de sa compétence exclusive. Ces mécanismes sont d'une technicité certaine mais révélateurs de ce que la Cour ne cherche pas à formuler, comme l'avocat général dans ses conclusions, des réserves d'interprétation rendant possible un accord. Aussi, nous allons en voir le détail.

Premièrement, la Cour relève une absence de coordination entre la question préjudicielle de l'article 267 TFUE et le mécanisme similaire (mais non contraignant) que prévoit le protocole n°16 de la CEDH pour ses États signataires. De son avis, une fois l'accord d'adhésion entré en vigueur, rien n'empêchera un État membre de l'Union signataire de la CEDH de requérir l'avis de la Cour EDH à propos d'un droit également protégé par la Charte des droits fondamentaux. Le cas échéant, l'interprétation de ce droit par la CJUE au regard du droit de l'Union pourrait être requis par l'intermédiaire de la procédure d'implication préalable, et non plus celle de la question préjudicielle. Or, informe la Cour, pareille pratique serait un contournement de cette « *clef de voute du système juridictionnel institué par les traités* »⁸⁹¹ et partant, d'un dispositif central pour la mise en œuvre de son rôle d'interprète authentique. Cette hypothèse semble peu probable, mais elle est suffisante pour retenir l'incompatibilité de l'accord selon la Cour.

Deuxièmement, l'accord d'adhésion aurait dû aussi s'inquiéter des possibles conséquences antagonistes entre l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux (tel qu'interprété par la Cour dans son arrêt *Melloni*⁸⁹²) et l'article 53 de la CEDH portant tous

⁸⁹⁰ Avis 2/13, point 205.

⁸⁹¹ Avis 2/13, point 198.

⁸⁹² CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11. L'arrêt est cité au point 188 de l'avis 2/13.

deux sur la possibilité de standards nationaux de protection des droits fondamentaux. La jurisprudence de la CJUE indique que si les législations des États membres peuvent prévoir des standards nationaux, ils ne doivent en aucun cas limiter, entre autres, « *la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »⁸⁹³. Or, explique la CJUE dans l'avis 2/13, l'article 53 de la CEDH laisse libres les États signataires de mettre en œuvre des standards de protection plus élevés que ceux de la Convention, ce qui rend possible que des standards portant sur des droits également reconnus par la Charte ne soient pas identiques entre des États membres de l'Union. Cela fait craindre à la Cour une menace quant au principe posé dans l'arrêt *Melloni* (en particulier sur la question de l'unité du droit de l'Union) et fournit à son discours un argument supplémentaire pour conclure à l'incompatibilité de l'accord d'adhésion face à cette conséquence indirecte de l'accord qui remettrait en cause, de son avis, le principe de sa compétence exclusive.

Enfin, la Cour relève de possibles soucis de coordination entre le principe de la confiance mutuelle entre États membres et les conséquences encore en développement de la jurisprudence *Bosphorus* de la Cour EDH⁸⁹⁴. Selon cette dernière, les niveaux de protection des droits fondamentaux de la CEDH et de la Charte des droits fondamentaux sont présumés être équivalents, si bien qu'une mesure nationale de mise en œuvre du droit de l'Union est présumée satisfaisante aux exigences de protection des droits de la CEDH. Mais la présomption est réfragable. Et, comme l'a précisé par la suite la Cour EDH⁸⁹⁵, des États signataires peuvent s'assurer, en l'espèce dans le cadre du renvoi d'un demandeur d'asile dans le pays d'entrée en Europe, que le niveau de protection des droits fondamentaux accordé dans ce pays est conforme au minimum prévu par la CEDH⁸⁹⁶. Mais, s'il s'agit de deux États membres de l'Union⁸⁹⁷, la CJUE s'inquiète de ce que ceux-ci ne seraient alors plus tenus par un principe de confiance mutuelle dont la Cour rappelle qu'il a « *une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures* »⁸⁹⁸. On devine en creux la possibilité de divergences jurisprudentielles importantes entre la CJUE et

⁸⁹³ Avis 2/13, point 188.

⁸⁹⁴ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, n° 45036/98.

⁸⁹⁵ CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

⁸⁹⁶ Après l'affaire *Tarakhel* (CEDH, 4 novembre 2011, *Tarakhel c/ Suisse*, n° 29217/12), cette possibilité pour les États signataires devient une obligation d'examen des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile prévues dans le pays d'arrivée en Europe, lequel est chargé de prendre en charge le demandeur d'asile selon le règlement Dublin (Règl. (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013).

⁸⁹⁷ Ce qui est précisément le cas dans l'affaire *M.S.S.* concernant la Belgique et la Grèce, v. *supra* note n°895.

⁸⁹⁸ Avis 2/13, point 191. Quelques mois après l'affaire *M.S.S.* (v. *supra* note n°895), la CJUE avait pourtant adopté dans ce contentieux une solution similaire à celle de la Cour EDH (CJUE, 21 décembre 2011, *N. S.*, C-411/10).

la Cour EDH⁸⁹⁹, divergences que ferait indirectement naître l'accord d'adhésion et cela en dépit d'une longue histoire de rapprochement qui a permis d'aboutir à l'affirmation de l'article 53 de la Charte⁹⁰⁰, pas même cité par la CJUE dans le moment « CEDH ».

Ces deux séries d'arguments avancées par la Cour trahissent une méfiance certaine⁹⁰¹ de celle-ci vis à vis de la Cour EDH ainsi que des juridictions des États membres, lesquelles sont pourtant elles aussi juges du droit de l'Union. Tout semble tenir à la conception que la CJUE a de sa propre compétence en tant qu'organe d'application du droit de l'Union devant avoir le dernier mot. Aussi, en doctrine⁹⁰², nombre d'auteurs relèvent une contradiction en rappelant qu'à travers sa jurisprudence, la Cour EDH interprète d'ores et déjà le droit de l'Union⁹⁰³. Seulement, il importe pour la CJUE de conserver le dernier mot. Aussi, ses arguments gravitent autour de la défense du principe de sa compétence exclusive d'interprète authentique, que celle-ci soit, de son avis, directement ou indirectement menacée par les dispositions de l'accord d'adhésion.

C'est en tant que prémisse sur la base de laquelle sont formulés ces arguments que la CJUE mobilise l'argument du système. Celui-ci lui permet de tisser un lien entre ces deux séries d'arguments que nous avons identifiés et les conditions que posent l'article 6§2 TUE et le protocole n°8 à l'accord d'adhésion de l'Union à la CEDH. Comme le montre le dispositif de l'avis, ces conditions tiennent principalement au respect de l'article 344 TFUE ainsi que des « caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union »⁹⁰⁴. En ce qui concerne l'article 344 TFUE, nous avons vu que la Cour s'y réfère explicitement. En revanche, le lien entre les dites « caractéristiques spécifiques », essentielles dans le dispositif de l'avis, et les deux séries d'arguments de la CJUE n'est pas du tout évident. C'est le recours à l'argument du système qui permettra de l'établir. Dans ce contexte, ce recours peut être compris comme

⁸⁹⁹ C'est autour de ces divergences jurisprudentielles possibles entre le niveau de protection des droits fondamentaux de la Charte des droits fondamentaux et celui de la CEDH que Patrick Dollat construit son commentaire de l'avis 2/13, v. DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *op. cit.*

⁹⁰⁰ « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, [...] et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

⁹⁰¹ C'est cette méfiance qui est au cœur du commentaire de Jean Paul Jacqué sur l'avis 2/13, v. JACQUÉ J.P., « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 19-45.

⁹⁰² Par exemple, v. BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *op. cit.*, p. 599 ; DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *op. cit.*, p. 527.

⁹⁰³ En dépit de ce que les requêtes dirigées contre les institutions de l'Union, qui n'est pas partie à la CEDH, ont été très tôt déclarées irrecevables, v. Comm. EDH, 10 juillet 1978, *CFDT*, n°8030/77.

⁹⁰⁴ Avis 2/13, point 42.

un choix audacieux de la part de la Cour. C'est cela que nous appelons un coup argumentatif.

II. Le recours à l'argument du système : un coup argumentatif

Conformément à l'approche de l'explication des choix argumentatifs expliquée en introduction du présent titre⁹⁰⁵, nous soutenons que la CJUE ne se contente pas de déduire ses conclusions à partir de prémisses contenues dans les traités. Plutôt, elle *choisit* les arguments pertinents afin de justifier la solution voulue. Ce choix peut être caractérisé par une certaine audace, c'est pourquoi nous parlons de « coup ». En l'espèce, c'est ce qui se produit avec le recours à l'argument du système.

On pourrait nous opposer que le rôle de cet argument est bien moindre, que la CJUE l'emploie simplement parce qu'il est *vrai*. Seulement, pour des raisons que nous allons détailler, il semble difficile d'expliquer que la Cour déclare incompatible l'accord d'adhésion à la CEDH parce que l'Union est en 2014 ce même « nouvel ordre juridique » qu'en 1963 (**A**). En outre, plutôt que déduit de prémisses que contiendraient les traités, on peut envisager l'argument du système autrement : il est d'abord un argument que la Cour *choisit* afin de justifier sa décision d'écarter l'accord d'adhésion (**B**). Ainsi, pour expliquer le choix de cet argument, on ne se demande plus si ce « nouvel ordre » est toujours le même, mais ce que l'affirmation de son existence permet à la Cour de faire.

A. La difficile explication par la continuité de l'ordre juridique

Une explication du recours à l'argument tiré de ce que l'Union forme un « nouvel ordre juridique » peut consister à montrer que l'Union est, en effet, encore en 2014 cet ordre juridique qu'il était en 1963. On montrerait ainsi que sa fonction est moindre car la Cour l'emploie simplement parce qu'il est un argument vrai. Il ne serait qu'un énoncé descriptif du droit de l'Union. Cette idée nous semble être erronée.

Tout d'abord, il est difficile de montrer que, en 2014, il s'agit encore du même ordre juridique. De toute évidence, les normes et institutions qui composent le droit de l'Union ont bien changé depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*. Le seul moyen possible pour le montrer consiste à défendre une idée familière pour la présente étude : si l'ensemble se maintient malgré le bouleversement de ses parties, c'est que *quelque chose* demeure, ses *caractéristiques essentielles* se maintiennent. On reconnaît là une compréhension du droit en tant que système juridique, laquelle permet d'identifier une entité juridique mouvante comme

⁹⁰⁵ V. p. 187s.

étant encore la même par référence à ce autour de quoi elle se stabilise⁹⁰⁶. Alors, pour déterminer s'il s'agit encore ou non du même ordre juridique, il suffirait d'apprécier la qualité du changement. Les caractéristiques essentielles du nouvel ordre juridique de 1963 se maintiennent-elles en 2014 ?

Il n'y a pas un point de vue unique quant à la réponse à donner à cette question. En ce qui concerne celui de la Cour, tel qu'il apparaît dans son discours, nous montrerons qu'elle y répond positivement dans la section suivante. Mais le fait que la Cour mobilise le concept de système juridique n'explique pas les raisons pour lesquelles elle recourt à l'argument du système. Rappelons que son discours n'a pas pour fonction de décrire le droit de l'Union, mais plutôt d'en justifier les inflexions. On s'en rendra compte en montrant que, quand bien même serait-elle descriptive, l'affirmation de la Cour pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

En effet, à l'occasion de son premier avis quant à l'adhésion de l'Union à la Convention, en 1996, la Cour avait fait valoir qu'un « *changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme* [tel qu'une adhésion à la CEDH] *revêtirait une envergure constitutionnelle* »⁹⁰⁷, que par conséquent le droit de l'Union ne serait plus *le même* après l'adhésion, en conséquence de quoi la compétence de l'Union pour adhérer à la CEDH ne peut être introduite que par la volonté d'une autorité d'envergure constitutionnelle, à savoir le pouvoir constituant. C'est précisément ce à quoi s'emploie le Traité de Lisbonne avec la révision de l'article 6 TUE qui confie pareille compétence à l'Union. Or, en 2014, la Cour conclut que les « *caractéristiques spécifiques du droit de l'Union* »⁹⁰⁸ la conduisent à rejeter l'accord d'adhésion à la CEDH.

Par conséquent, malgré un changement substantiel d'envergure constitutionnelle, certaines caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union demeurent. Malgré un changement substantiel, quelque chose n'a pas changé. Ces « caractéristiques spécifiques » interrogent, car que seraient-elles sinon constitutionnelles ? Seraient-elle de nature supra-constitutionnelle ?

On voit que l'affirmation selon laquelle l'ordre juridique en 1963, en 1996 ou en 2014 est encore et toujours le même pose un certain nombre de problèmes. Quand bien même n'y en aurait-il pas, la démonstration de ce que l'ordre juridique est encore le même n'explique

⁹⁰⁶ C'est l'analyse que fait des systèmes le théoricien argentin Ernesto Garzón Valdés, pour qui l'ensemble qui se maintient autour de ses caractéristiques essentielles est un ensemble dit « stable ». Cf. GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, op. cit., p. 20.

⁹⁰⁷ Avis 2/94, points 34 et 35.

⁹⁰⁸ Avis 2/13, en particulier point 258.

pas pour quelles raisons la CJUE le choisit. Aussi, ce n'est pas parce que c'est toujours le même ordre juridique que la Cour emploie l'argument. Il faut prendre le problème à l'envers : c'est parce que la Cour l'emploie que nous pouvons établir par la suite que c'est toujours le même ordre juridique. Mais ce travail *ex post* relève de l'analyse scientifique. La justification des arguments juridiques se meut sur un autre plan. Un argument juridique sert avant toute chose à justifier une décision. Pour expliquer le recours à l'argument du système, il faut donc regarder ce que ce choix permet à la Cour de faire. C'est essentiel pour la présente étude, qui se revendique d'une méthode inférentielle par laquelle *ce qui est dit* est expliqué au moyen de *ce qui est fait avec ce qui est dit*.

Par conséquent, nous n'expliquerons pas la conclusion à laquelle arrive la Cour par la définition de cet « ordre juridique nouveau », mais plutôt par la démonstration de ce que fait la Cour avec cette formule à l'occasion du moment « CEDH ». En l'occurrence, elle fait un choix argumentatif particulièrement audacieux car ce sont précisément les traités (article 6§2 TUE) qui habilite l'Union à adhérer à la CEDH. En somme, la Cour fait un coup argumentatif.

B. L'explication possible : un coup argumentatif.

La compréhension du choix de l'argument comme coup argumentatif est fonction d'une théorie réaliste de l'interprétation⁹⁰⁹. En l'espèce, l'explication réaliste est bien plus pertinente pour décrire *ce qu'il se passe* dans l'argumentation de l'avis 2/13, car l'explication formaliste⁹¹⁰ est incapable de montrer que la décision de la CJUE découle du sens des traités. Et pour cause : comme le relève Bruno de Witte, ce sont précisément les traités qui *imposent* à l'Union d'adhérer à la Convention. La version anglaise de l'article 6§2 TUE est sans l'équivoque qu'une lecture mal informée pourrait voir dans la version française⁹¹¹ : « *the Union shall accede to the European Convention* ». Par quel miracle la Cour de l'avis 2/13 peut-elle alors conclure que les traités empêchent une adhésion de l'Union à la CEDH ?

Face à cette impasse, un ultime recours pour l'explication formaliste consiste à voir dans l'avis 2/13 une décision *contra legem*. Seulement, contre la loi ou non, il n'en demeure pas moins qu'en l'état la décision *devient* la loi, qu'elle produit par conséquent des effets juridiques et qu'une explication satisfaisante des raisons qui la motivent doit être trouvée ailleurs. De son côté, l'explication réaliste des choix argumentatifs suppose de considérer les

⁹⁰⁹ TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation » in TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, p. 69-84 ; TROPER M., « Argumentation et explication », *op. cit.* V. aussi p. 189.

⁹¹⁰ Sur l'opposition entre explications formaliste et réaliste, v. p. 188.

⁹¹¹ Version française selon laquelle « *l'Union adhère à la Convention* ». Habituellement en français, le présent de l'indicatif a valeur d'impératif dans le discours du droit.

arguments disponibles comme des ressources du discours justificatif. Le juge y pioche comme dans une boîte à outils. Aussi, l'article 6§2 TUE comme son protocole n°8, la jurisprudence de la Cour comme les « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union et de son autonomie » sont autant de ressources disponibles permettant à la Cour de l'avis 2/13 de justifier sa décision.

Mais si les choix argumentatifs de la Cour dépendent de ces ressources, ils sont aussi fonction d'un certain nombre de contraintes : en l'espèce, lesdites « caractéristiques spécifiques » sont au nombre des conditions impératives que fixe le protocole n°8 à l'adhésion de l'Union à la CEDH. Une décision d'incompatibilité ou de compatibilité ne peut pas ignorer cette formule : l'accord rejeté ne peut l'être qu'au motif que ces « caractéristiques » sont ignorées. Elles sont une contrainte textuelle. Or, on l'a vu, les deux séries d'arguments déroulés par la Cour tiennent avant toute chose à la défense de sa compétence exclusive et à ses relations avec les juridictions externes. Comment rattacher ces arguments aux « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union » ?

Autrement dit, comment la Cour peut-elle faire de sa compétence exclusive dont le protocole n°8 ne dit rien la condition d'une adhésion de l'Union à la CEDH ? Le moyen qu'elle choisit consiste à inclure sa jurisprudence de constitutionnalisation (laquelle inclut le principe de sa compétence exclusive) dans les conditions mêmes que pose le protocole, soit dans les dites « caractéristiques spécifiques », de sorte que ces conditions deviennent nettement plus restrictives pour une adhésion à la CEDH. Comme on va le voir, cet appel à sa jurisprudence classique est réalisé par la Cour au moyen d'un argument déterminant, ressource essentielle de son discours justificatif : l'argument du système. C'est le choix de cette carte de son jeu argumentatif qui lui permet d'articuler son raisonnement. En l'occurrence, le choix est particulièrement audacieux, mais habituel : il est un coup argumentatif classique, révélant une certaine conception du droit de l'Union européenne en tant que système juridique.

Section 2. Analyse de l'argument du système dans le moment « CEDH »

Malgré l'évidente discontinuité qu'il produit dans le processus d'adhésion de l'UE à la CEDH, l'avis 2/13 frappe par la continuité de son argumentation au regard de la jurisprudence de constitutionnalisation de la Cour. « *Van Gend en Loos a-t-il poignardé l'adhésion à la*

CEDH ? Ou était-ce plutôt la Cour ? »⁹¹², s'interroge-t-on. De notre avis, c'est assurément les deux, car le recours à l'argument du système dans le moment « CEDH » n'est pas un nouveau coup argumentatif de la Cour. L'analyse des ressources et contraintes au sein desquelles l'argument émerge révèle qu'il est une carte habituelle dans son jeu argumentatif, lui permettant de faire un coup argumentatif, qu'en l'espèce nous appelons « coup du système » (I). Sa mise en œuvre dans le moment « CEDH » révèle, de la part de la CJUE, une conception paradoxale du droit de l'Union européenne (II).

I. Le coup du système : un coup classique

L'argument du système est utilisé par la Cour pour réaliser un coup argumentatif consistant à déduire les modalités des relations de l'Union avec l'extérieur (en l'occurrence le droit de la CEDH) au moyen de l'affirmation de ce que l'Union est, à savoir un ordre ou système juridique. C'est ce que nous nommons le « coup du système » (A), lequel est un coup classique dans le jeu argumentatif de la Cour permettant d'attester d'une continuité certaine dans le moment « CEDH » (B).

A. De la nature aux relations externes : le coup du système

L'analyse de l'utilisation faite de l'argument du système dans le moment « CEDH » est fonction des contraintes auxquelles est soumise la Cour et des ressources dont elle dispose pour justifier sa décision. Nous l'avons vu, l'enjeu pour elle consiste à rattacher ses deux séries d'arguments aux « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union » que vise le protocole n°8, de sorte qu'elle puisse conclure que, en effet, l'accord d'adhésion n'est pas conforme aux conditions que posent les traités.

Le moyen choisi par la Cour consiste à montrer, dans un premier temps, que l'autonomie du droit de l'Union est une de ses caractéristiques spécifiques⁹¹³. Puis, dans un second temps, qu'elle est garantie par son système juridictionnel, au sommet duquel se trouve la CJUE⁹¹⁴. Si bien qu'une modification substantielle de ses compétences est une atteinte à l'autonomie même du droit de l'UE⁹¹⁵. Par ce procédé, la Cour parvient à faire de sa propre autonomie celle du droit de l'Union dans son ensemble, en prêtant aux « caractéristiques

⁹¹² PEREGO A., « Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (avis 2/13) », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2015, n° 1, chron. 1, p. 145.

⁹¹³ Avis 2/13, point 166.

⁹¹⁴ Avis 2/13, point 174.

⁹¹⁵ Avis 2/13, point 183 : « la Cour a également précisé qu'un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ». C'est la jurisprudence de l'arrêt *Kadi*, cité par la Cour, v. CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P.

spécifiques » du protocole n°8 les traits de sa jurisprudence de constitutionnalisation (dont les grands arrêts sont cités). Aussi, ces « caractéristiques » qui apparaissaient comme des contraintes deviennent des ressources grâce à la généralité de leur énoncé.

Dès lors, il apparaît que le respect de la jurisprudence de constitutionnalisation est une des conditions visées par le protocole n°8 (et par voie de conséquence une condition à l'adhésion à la CEDH). Seulement, comment le protocole n°8 annexé au Traité de Lisbonne (entré en vigueur en 2009) peut-il contenir une jurisprudence qui lui est antérieure et à laquelle il ne se réfère pas ? Les propos liminaires sont l'occasion pour la Cour d'opérer ce miracle :

CJUE, ass. plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13

[extraits]

156. Or, ces modifications [article 6§2 TUE, protocole n°8 et modifications de la CEDH depuis l'avis 2/94] se justifient précisément par la circonstance que, contrairement à toute autre Partie contractante, l'Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État.

157. En effet, comme la Cour l'a itérativement constaté, les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants (voir, notamment, arrêts van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, et Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, ainsi que avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65).

158. Or, **la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau**, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, **entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH.**

159. C'est précisément en considération de cette circonstance que les traités soumettent cette adhésion au respect de diverses conditions [article 6§2 TUE et protocole n°8].

On voit que la Cour fait de l'argument du système le socle sur lequel reposent les limites d'une adhésion de l'Union à la CEDH : « *c'est précisément en raison de cette circonstance que les traités soumettent cette adhésion au respect de diverses conditions* » (§159). Tout se passe comme si les conditions posées par le protocole n°8 étaient déduites de la « *circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau* » (§158). Aussi, contrainte par le petit nombre des dispositions que contiennent l'article 6§2 et le protocole n°8, la Cour mobilise sa jurisprudence de constitutionnalisation afin d'élargir le champ de ses interprétations possibles des conditions de l'accord d'adhésion. Elle le fait au

moyen de l'argument du système, lequel est alors une ressource argumentative qui lui permet de faire un coup : de déduire les modalités des relations du droit de l'Union avec l'extérieur (en l'occurrence avec le droit de la CEDH) à partir de sa nature d'ordre juridique. C'est cela le coup du système. Il est un classique du jeu argumentatif de la Cour.

B. Un coup classique dans le jeu argumentatif de la Cour

Le moment « CEDH » est-il un événement discontinu dans la jurisprudence de la Cour ? Pour répondre à cette question, il nous semble que la doctrine a principalement discuté l'avis 2/13 sous l'angle de la discontinuité produite dans le processus d'adhésion de l'Union à la CEDH. En outre, la plupart des auteurs relèvent que certains motifs de l'avis, en particulier celui tiré de ce que les actes de la PESC non contrôlés par la CJUE ne sauraient l'être par la Cour EDH, mettent un frein définitif à la possibilité même d'un accord sans révision préalable des traités⁹¹⁶. Nombre des débats portent alors sur les conséquences de pareille situation vis à vis de la protection des droits fondamentaux au sein de l'espace européen⁹¹⁷. La perspective d'une équivalence des protections de la CEDH et de la Charte s'éloigne, au profit d'un dédoublement de standards de protection des droits fondamentaux possiblement antagonistes⁹¹⁸. Cette « dissociabilité »⁹¹⁹ du droit de l'Union et du droit de la Convention, qui aurait pu être aisément évitée par la Cour⁹²⁰, laisse intacte l'autonomie de la Cour, mais n'augure rien de bon quant à ses relations à venir avec la Cour EDH.

De notre avis, l'explication réaliste des choix argumentatifs dans le moment « CEDH » montre que la Cour utilise une carte bien connue de son jeu argumentatif. Le

⁹¹⁶ JACQUÉ J.P., « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *op. cit.* ; PEREGO A., « Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (avis 2/13) », *op. cit.* ; POPOV A., « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 24 février 2015 ; SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Jurisclasseur Europe*, Février 2015, n° 2, p. 4-9. Bruno de Witte parle d'une « objection [de la Cour] radicale (mais injustifiée), qui ne peut pas être corrigée par simple modification de l'accord d'adhésion et qui rend l'adhésion presque impossible », v. DE WITTE B. et Š. IMAMOVIC, « Opinion 2/13 on accession to the ECHR », *op. cit.*, p. 694.

⁹¹⁷ V. en particulier BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *op. cit.* ; DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *op. cit.*

⁹¹⁸ Dans ce contexte, ce sont en particulier les développements possiblement antagonistes des jurisprudences *Melloni* (CJUE) et *Bosphorus* (Cour EDH) qui inquiètent, v. *supra* notes n°892.

⁹¹⁹ BERGÉ J.-S. et S. TOUZÉ, « Chronique Interactions du droit international et européen : 5 Les rapports droit international et droit européen : entre dissociabilité et indissociabilité », *Journal du droit international*, 2015, vol. 142, n° 3, p. 915-933.

⁹²⁰ En suivant, par exemple, les réserves d'interprétation suggérées par l'avocat général Juliane Kokott dans ses conclusions publiées le 13 juin 2014, où l'argument du système est aussi mobilisé (point 159). Cela rappelle qu'un même argument peut être utilisé en soutien de thèses opposées, d'où la nécessité pour la présente étude d'analyser ce qu'un argument permet de faire pour comprendre ce qu'il signifie.

recours à cette carte (l'argument du système) lui permet de faire le coup du système. Or, c'est un coup classique dans la jurisprudence de la CJUE, que l'on retrouve, précisément, dans sa jurisprudence de constitutionnalisation. En effet, son argumentation procédait déjà de même dans le moment « Van Gend en Loos » : c'est parce que l'UE est un ordre juridique que ses dispositions peuvent produire un effet direct en droit interne⁹²¹. De même dans le moment « Costa » : c'est parce qu'il est un ordre juridique que le droit de l'Union prime celui des États membres⁹²². À chaque fois le processus est le même : de la nature de l'ensemble est déduite les modalités de ses relations avec l'extérieur.

Cette logique traduit une certaine conception du droit. Mis de côté quelque instant le discours de la Cour dans le moment « CEDH », on retrouve dans cette logique les traits généraux du concept de système juridique défini en début de la présente étude⁹²³ : le droit est un système juridique en tant qu'il est une unité autonome, soit un irréductible ensemble (unité) déterminant lui-même les règles de son propre fonctionnement (autonomie), lequel inclut ses relations avec l'extérieur.

Nous avons vu que, en théorie du droit, unité et autonomie peuvent être conçues de bien des façons. Aussi, il n'y aucune raison de supposer que le coup du système dans la jurisprudence de la Cour reflète une même conception du droit en tant que système juridique. Seule l'analyse d'une espèce donnée le permet. Elle conduit à identifier une conception qui ne vaudra que pour le cas. Le moment « CEDH » est l'occasion d'en identifier une, en l'occurrence paradoxale.

II. Une conception paradoxale du droit de l'Union

En dépit de ce que la Cour affirme que l'Union n'est pas un État, on remarque que son droit revêt dans le discours de la Cour un certain nombre d'aspects caractéristiques des systèmes juridiques étatiques (**A**). Aussi, la Cour mobilise bien le concept de système juridique à l'occasion du moment « CEDH ». Reste à identifier quelle conception mobilise-t-elle. On verra en outre que l'analyse des inférences opérées au moyen de l'argument du système révèle une conception plutôt institutionnaliste du concept de système juridique (**B**).

A. Un système juridique aux accents étatiques

Entre le moment « Van Gend en Loos » et le moment « CEDH », la continuité de la jurisprudence de la Cour repose dans *ce que fait* la CJUE avec l'affirmation tirée de ce que ce

⁹²¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., p. 23. V. Chapitre 5, p. 196s.

⁹²² CJUE, 15 juillet 1964, *Costa / E.N.E.L.*, C-6/64, Rec., pp. 1158-1159. V. Chapitre 6, p. 223s.

⁹²³ V. p. 28s.

droit est, à savoir un « nouvel ordre juridique ». Pour autant, ce que fait la Cour ne laisse pas vaine toute tentative d'explication du droit de l'Union. Ce qu'elle fait à un moment précis peut nous renseigner sur sa conception de ce qu'est le droit de l'Union à ce moment précis. Et, si le coup du système traduit une conception du droit en tant que système, alors l'analyse de ce que la Cour de l'avis 2/13 fait avec l'argument du système permet d'identifier sa compréhension momentanée du système que le droit de l'Union est.

Aussi, il nous faut une méthode d'identification de ces aspects de son discours. D'une manière générale, il s'agit d'identifier la compréhension qu'un locuteur a d'une chose à partir du discours qu'il tient sur cette chose. Pareil exercice est toujours une reconstruction du discours. En l'espèce, nous ne sommes pas dans l'esprit de la Cour du moment « CEDH ». Identifier sa compréhension du droit en tant que système suggère de reconstruire son discours en y identifiant des indices saillants. Pour cela, nous disposons de la méthode de l'analyse inférentielle. Comme nous l'avons vu précédemment⁹²⁴, cette analyse montre que certaines expressions peuvent avoir une signification dite « inférentielle », c'est-à-dire déterminée par les conditions dans lesquelles l'expression est inférée et les conséquences qui sont inférées avec elle⁹²⁵.

On peut procéder de même pour l'argument du système dans le moment « CEDH ». En l'occurrence, la compréhension qu'a la Cour de l'ordre juridique est déterminée par la signification inférentielle de « ordre juridique », soit les conséquences tirées de la qualification du droit de l'Union en tant qu'ordre juridique. Au point 158 de l'avis 2/13, la Cour déclare que « *la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau [...] entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH* ». L'énoncé peut être compris comme réalisant une inférence de nature conclusive : l'Union a un ordre juridique, alors certaines conséquences sont inférées. Aussi, la signification de « ordre juridique » dans le discours de la Cour est à rechercher dans ces conséquences. En l'espèce, celles-ci portent sur la procédure et les conditions de l'adhésion de l'Union à la CEDH, soit les dispositions de l'article 6§2 TUE et du protocole n°8.

Nous avons vu que l'interprétation que donne la Cour de ces dispositions lui permet de formuler les deux séries d'arguments qui ont été présentés plus haut, à savoir : le principe de la compétence exclusive de la Cour en tant qu'interprète authentique du droit de l'Union et la nécessité d'une coordination effective des systèmes juridictionnels permettant de garantir

⁹²⁴ V. p. 185.

⁹²⁵ SARTOR G., « Legal validity : an inferential analysis », *op. cit.*

cette exclusivité. La compréhension qu'a la Cour de l'ordre juridique de l'Union est par conséquent caractérisée par sa compréhension de sa propre compétence. Elle doit avoir le dernier mot pour déterminer la signification de toute règle du droit de l'Union. Elle en est l'interprète authentique. Et les règles de l'ordre juridique doivent primer toute autre qui les contredirait, qu'il s'agisse du droit interne ou du droit de la CEDH.

De notre avis, le droit de l'Union est ainsi compris selon le modèle classique du système juridique étatique : le droit né de sa Constitution (« *les traités fondateurs* »⁹²⁶) est « *un ensemble complet de règles juridiques* » accompagné d'une « *structure institutionnelle* »⁹²⁷ qui en assure l'effectivité. En outre, les « caractéristiques spécifiques » que la Cour déduit de la nature *sui generis* de l'Union sont aussi celles des États membres⁹²⁸. Ces derniers ne se préoccupent-ils pas, eux-aussi, de l'autonomie de leur droit garantie par la compétence exclusive de leurs cours suprêmes ? Aussi, comme le relève certains⁹²⁹, il y a là un paradoxe car la Cour insiste précisément sur le fait que l'Union « *ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État* »⁹³⁰. Elle semble pourtant en prêter les attributs à son ordre juridique.

Aussi, en dépit de cette affirmation contradictoire, les inférences qu'opère la Cour dans son raisonnement au moyen de l'argument du système sont susceptibles d'être rapprochées de conceptions traditionnelles du concept de système juridique, lesquelles sont précisément liées à la compréhension du droit étatique. Ce rapprochement révèle en l'espèce une conception plutôt institutionnaliste du droit de l'Union européenne.

B. Une conception plutôt institutionnaliste du concept de système juridique

Nous l'avons vu, l'argument du système est mobilisé par la Cour dans ses dites « considérations liminaires ». C'est à cette étape de son raisonnement que nous avons identifié une compréhension du droit de l'Union en tant que système juridique, à partir de ce

⁹²⁶ Avis 2/13, point 157.

⁹²⁷ Avis 2/13, point 158.

⁹²⁸ « *However, one merely needs leaf through European newspapers or highest court decisions, to see that autonomy in the context of the ECHR is hardly limited to the EU. Rather, it is a common concern to all Contracting Parties. Domestic systems are autonomous, and they care about the interpretative monopoly of their highest courts and the effectiveness of their legal rules* », v. KRENN C., « *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13* », *German Law Journal*, 2015, n° 16, p. 162.

⁹²⁹ « *Certains vont même jusqu'à reprocher à la Cour de revenir à une conception westphalienne de la souveraineté alors même que celle-ci insiste sur le fait que l'Union n'est pas un État* », v. BENOÎT-ROHMER F., « *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice* », *op. cit.*, p. 603-604. « *L'autonomie, l'efficacité et les autres caractéristiques de mentionnées par la Cour, sont en effet également des caractéristiques des États-nations et de leurs systèmes juridiques* », v. PEREGO A., « *Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (avis 2/13)* », *op. cit.*, p. 149.

⁹³⁰ Avis 2/13, point 156.

que fait la Cour avec l'argument du système, à savoir le coup du système.

Une analyse inférentielle a révélé une compréhension paradoxale du droit de l'Union, auquel la qualification « État » est refusée bien que son ordre juridique en revête tous les attributs. Pour ce faire, nous avons procédé selon une méthode habituelle pour la présente étude : la signification de *ce qui est dit* est identifiée à partir de *ce qui est fait* avec *ce qui est dit*.

Il nous appartient à présent de subsumer les éléments caractéristiques du discours de la Cour sous les catégories des différentes conceptions du concept de système juridique identifiées en première partie. Une analyse plus affinée de la structure des considérations liminaires (1) montrera que le système auquel se réfère l'argument du système revêt précisément le contenu de ce que la Cour désigne par « caractéristiques spécifiques du droit de l'Union ». Celles-ci peuvent être subsumées sous les catégories, non pas d'une, mais de plusieurs conceptions du concept de système juridique (2).

1) Les caractéristiques spécifiques : la nature systémique du droit de l'Union

Notre analyse de l'argument du système a souligné le caractère décisif de l'inférence conclusive qu'il permet de réaliser : il est un moyen permettant à la Cour d'intégrer sa jurisprudence de constitutionnalisation dans les conditions de l'accord d'adhésion à la CEDH. Ce faisant, nous avons établi que le concept de système était employé par la Cour. Reste à identifier précisément quelle conception. À cette fin, l'analyse de la structure des considérations liminaires nous fournira une méthode utile : elle montre que l'identification de la conception du concept de système mobilisée passe par l'identification des « caractéristiques spécifiques » visées par la Cour.

Pour s'en rendre compte, il nous faut détailler cette structure. C'est ce à quoi nous allons nous employer à présent, en identifiant les étapes successives du raisonnement de la Cour dans ses considérations liminaires. Son discours est ainsi structuré :

- Points 153 à 159 : quand bien même le Traité de Lisbonne a confié aux institutions de l'Union compétence pour adhérer à la CEDH, la Cour explique que l'Union est « *un nouvel ordre juridique* », en conséquence de quoi pareille adhésion ne peut qu'être soumise à des conditions. La Cour précise ce dont est doté cet ordre : « *un cadre constitutionnel et des principes fondateurs* », « *une structure institutionnelle* », « *un ensemble complet de règles juridiques* ».
- Points 160 à 162 : la Cour corrobore son affirmation (« *ainsi* ») par le fait que, précisément, l'article 6§2 TUE et le protocole n°8 soumettent l'adhésion à des

conditions. Pour la Cour, c'est surtout la nature de l'Union qui explique qu'existent des conditions, et non pas tant la volonté des auteurs de l'article 6§2 TUE et du protocole n°8.

- Points 163 et 164 : la Cour définit ensuite ce sur quoi portera son examen, son objet. Bien entendu, l'accord d'adhésion doit respecter les conditions posées par l'article 6§2 TUE et le protocole n°8. Mais surtout, ajoute-t-elle, l'accord d'adhésion doit être en accord avec la « *charte constitutionnelle de base de l'Union* », soit sa nature. L'expression employée renvoie au « *cadre constitutionnel et [...] principes fondateurs* » désignés en première partie de raisonnement (point 158). Il s'agit en particulier de protéger les « *caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit* », lesquelles apparaissent dès lors comme intégrées à ladite charte constitutionnelle alors qu'elles ne sont visées que par le Protocole n°8.
- Points 165 à 169 : la Cour s'emploie à définir le contenu de ces « caractéristiques spécifiques ». Alors que le protocole n°8 est peu disert sur la question, ces caractéristiques prennent une ampleur conséquente : elles se rapportent d'une part à la « *structure constitutionnelle de l'Union* », reflétée, explique la Cour, dans la répartition des compétences au sein de l'Union ainsi qu'entre celle-ci et les États membres, et d'autre part à « *la nature même du droit de l'Union* », lequel est « *issu d'une source autonome* » et prime le droit interne. Elles forment « *un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes* », en un mot : elles forment système. Pour la Cour du moment « CEDH », l'ordre juridique de 2014 doit être caractérisé par les mêmes traits que ceux définis dans la jurisprudence de constitutionnalisation. Sans surprise, il est fait appel aux arrêts *Costa* et *Van Gend en Loos*⁹³¹. Le droit de l'Union est ainsi compris comme configuré autour de principes structurels, dont la Cour définit les objectifs et les prémisses : un ensemble de « *valeurs communes* », au centre desquelles se trouvent « *les droits fondamentaux* ». La Cour indique ainsi que, adhésion ou non, le droit de l'Union vise d'ores et déjà à garantir ces droits, qui font partie de sa nature. Avec son contrôle, l'enjeu n'est donc pas tant de garantir la protection de droits que de protéger la nature de l'Union en tant que construction juridique reposant sur des caractéristiques spécifiques.
- Points 170 à 173 : la Cour clôt la circularité de son argumentation en montrant que si

⁹³¹ V. *supra* notes n°921 et 922.

la nature du droit de l'Union vise à garantir la protection des droits fondamentaux alors cette protection doit s'articuler dans le cadre de « *la structure et des objectifs de l'Union* », dont la Cour précise par ailleurs le contenu par référence à l'article 3 TUE. De cette façon, il apparaît que garantir les droits fondamentaux revient à garantir le respect des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union.

- Points 174 à 176 : la Cour se proclame protectrice de ces caractéristiques spécifiques, en rappelant que « *les traités ont institué un système juridictionnel* », dont il s'avère que la Cour est au sommet de la hiérarchie, en collaboration avec les juridictions nationales avec lesquelles la Cour « *dialogue* ». La Cour affirme l'importance de son rôle, base sur laquelle elle pourra par la suite articuler ses arguments structurés autour de la défense du principe de sa compétence exclusive d'interprète authentique du droit de l'Union.
- Point 175 : la Cour définit l'ensemble de ces caractéristiques spécifiques comme le « *cadre constitutionnel* » à l'intérieur duquel les droits fondamentaux doivent être garantis, qu'il soit question d'une adhésion à la CEDH ou non. Par conséquent, si l'accord d'adhésion ne respecte pas le contenu de ce cadre, la Cour ne pourra qu'en constater l'incompatibilité sans pour autant que n'en découle, en apparence, de conséquence quant à la garantie des droits fondamentaux au sein de l'Union.

On voit ainsi que, après interprétation par la Cour, les conditions à une adhésion de l'Union à la CEDH sont nettement plus restrictives que ce que la lettre de l'article 6§2 TUE ou du protocole n°8 pouvait suggérer. La structure de ces considérations liminaires montre que la définition par la Cour des caractéristiques spécifiques repose sur la définition de la nature même de l'Union, laquelle repose sur la circonstance tirée de ce que l'Union forme un système juridique.

Par conséquent, pour définir le système que vise l'argument du système dans son discours, il nous faut prendre en compte tout ce que la Cour a défini comme faisant partie des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union. Alors, la compréhension du droit en tant que système juridique porté par ce discours peut être définie par la définition de ces caractéristiques. En l'espèce, cette compréhension révèle, non pas une, mais des conceptions du concept de système juridique.

2) Les conceptions du concept de système juridique dans le moment CEDH

Pour la Cour du moment « CEDH », le droit de l'Union européenne forme de toute évidence un ordre ou système juridique. Comment peut être défini ce système juridique de

l'Union européenne (SJUE) ? À quelle(s) conception(s) du concept de système juridique peut-il être rattaché ?

Les paragraphes précédents nous ont indiqué une méthode : la définition de ce système passe par la définition de ce que sont, pour la Cour, les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union définies dans les considérations liminaires de l'avis 2/13. En accord avec l'analyse qui a été faite de la structure de ces considérations, les caractéristiques spécifiques sont définies par la Cour aux points 165 à 169 et dont la teneur peut être succinctement résumée. Les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union portent sur trois aspects :

- « la structure constitutionnelle » : le droit de l'Union habilite des organes juridiques et organise le champ et les limites de leurs compétences ;
- « la nature même » : la validité du droit de l'Union ne repose que sur lui-même, c'est-à-dire sur les traités, et prime le droit interne en cas de conflit ;
- « un réseau structuré » : le droit de l'Union est un ensemble cohérent de règles et d'institutions juridiques orientées vers la réalisation de valeurs communes à l'Union et aux États membres.

Ces dites « caractéristiques spécifiques » du droit de l'Union correspondent aux inférences qu'opère la Cour avec l'expression « ordre juridique » aux points 157 et 158. En effet, si le droit de l'Union est un ordre juridique c'est parce qu'il est « *doté d'institutions propres* » dont la volonté prime celle des États membres (point 157), d'une nature « *spécifique* » (point 158) composée d'éléments propres (règles, principes, cadre constitutionnel, etc.). En bref, la spécificité du droit de l'Union tient à sa systématité, à son caractère de système juridique qui permet à la Cour d'affirmer, *in fine*, le principe de sa compétence exclusive d'interprète authentique du droit de l'Union.

Ces éléments ne sont pas étrangers à de nombreux aspects des conceptions du concept de système juridique étudiées en première partie. Nous allons à présent les subsumer sous les différentes catégories identifiées en première partie. Ils portent sur deux aspects : ce qu'est le SJUE **(a)**, ce que doivent être ses relations avec l'extérieur **(b)**.

a) Ce qu'est le SJUE

Tel qu'elle apparaît dans son discours, la compréhension que la Cour a du droit de l'Union européenne a trait au concept de système juridique. Nous l'avons montré précédemment, le coup du système est bien l'illustration de ce que ce droit est compris comme une unité autonome, c'est-à-dire un ensemble singulier qui détermine au moyen de ses propres composants le mode de ses relations avec l'extérieur. Le langage de la Cour n'est pas

trompeur : l'Union est bel et bien qualifiée d'« ordre juridique », distinct du droit interne comme du droit de la CEDH.

Il se compose et de règles juridiques et d'institutions propres, répète la Cour à plusieurs reprises, organisées selon une interdépendance supposée et indéterminée, comme chez Joseph Raz. La conception du concept de système juridique de la Cour s'éloigne donc, sur cet aspect, de celles normativistes. Institutionnaliste, sa conception attribue une grande importance aux institutions chargées de l'application du droit. Leur fonction n'est pas uniquement réductible à celles de création et d'application du droit, puisqu'elles sont des organes entre lesquels s'instaure « *un dialogue de juge à juge* » (point 175).

La compréhension du caractère d'unité du droit de l'Union se rapproche, en revanche, d'un aspect essentiel des conceptions normativistes : il est un ordre juridique que « *les traités fondateurs de l'Union ont [...] instauré* » (point 157). Les traités et leurs multiples modifications sont donc l'origine commune des normes et institutions du droit de l'Union. Leur validité tient à la volonté même des États membres, lesquels ont « *limité [...] leurs droits souverains* » (point 157). C'est dans cette volonté que réside l'origine de la validité du SJUE. Elle est cette norme dont la validité est présupposée, comme chez Hans Kelsen.

L'unité du SJUE conduit la Cour à penser le droit de l'Union comme tout orienté vers la réalisation d'objectifs pratiques, tels que l'ensemble des valeurs communes que partagent Union et États membres et dont les droits fondamentaux sont parties. Cette compréhension s'approche clairement de la conception institutionnaliste de MacCormick. En outre, elle est dans le discours de la Cour un argument lui permettant de rejeter l'accord d'adhésion tout en s'affirmant, paradoxalement, garant de la protection des droits fondamentaux.

Cet aspect affirme l'importance de la Cour dans son propre discours. Ainsi, l'autonomie du SJUE est avant tout comprise comme celle de la Cour elle-même, laquelle se place en position d'interprète authentique du droit de l'Union. Ses décisions ne sont en effet pas susceptibles de recours et s'imposent à tout autre organe habilité par l'ordre juridique de l'Union. Partant, la Cour se place en position de « *garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de cet ordre juridique* » (point 174). Elle apparaît comme la cour constitutionnelle du SJUE, garante de son efficacité générale, une cour dont les actes ont des conséquences qui ne peuvent être modifiées que par le pouvoir constituant. C'est pourquoi, à défaut de modification de l'accord d'adhésion, seule une révision des traités rendra possible une adhésion à l'Union.

Seulement, le pouvoir constituant ne peut pas tout vouloir sans certaines conditions, l'adhésion de l'Union à la CEDH que prévoit le TUE n'est possible qu'à condition que soit

respecté le caractère de système juridique du droit de l'Union. Ce faisant, cette condition est une limite à l'exercice de son pouvoir. Pour autant, il ne nous semble pas que la Cour se conçoive comme la protectrice d'une supra-constitutionnalité, sans quoi elle ne se référerait pas sans cesse au caractère constituant des traités fondateurs. Plutôt, son discours suggère l'existence d'une hiérarchie au sein même des traités, d'une Constitution à plusieurs étages. Au sommet, se trouvent les dispositions tenant à la nature du SJUE. Si le pouvoir constituant veut véritablement adhérer à la CEDH, il doit en vouloir toutes les conséquences et les inscrire à chaque étage des traités, sans quoi la Cour protégera ce sommet constitutionnel.

Enfin, le caractère d'interprète authentique de la CJUE s'affirme par rapport à l'extérieur de l'Union : les décisions des organes d'application du droit externes au SJUE ne peuvent contraindre la Cour. Aussi, quand bien même la Cour EDH interprète d'ores et déjà le droit de l'Union, ses décisions ne peuvent contraindre la CJUE. On comprend ainsi que la compréhension que cette dernière a de ce qu'est l'Union n'est pas sans implication sur ce que doivent être ses relations avec l'extérieur.

b) Ce que doivent être ses relations avec l'extérieur

De façon non équivoque, le discours de la CJUE montre que le concept de système juridique est opérationnel dans les contextes juridiques non étatiques. La Cour mobilise une compréhension du droit de l'Union en tant que système juridique tout en affirmant que l'Union n'est pas et « *ne peut pas [...] être considérée comme un État* » (point 156). Dans ces conditions, sa conception est d'échelle non étatique.

Paradoxalement, comme nous l'avons vu, si l'Union n'est pas un État la Cour semble pourtant prêter au SJUE les traits des systèmes juridiques étatiques. De notre avis, cela montre bien que des entités juridiques étatiques comme non étatiques peuvent être comprises sur le modèle du concept de système juridique.

Aussi, si la Cour mobilise ce concept, c'est donc qu'elle comprend le droit de l'Union comme une unité autonome. Mais il faut ajouter une chose essentielle du discours de la Cour quant à cette autonomie : elle est à comprendre, nous semble-t-il, comme l'affirmation d'une singularité qui n'exclut pas que d'autres entités juridiques puissent revêtir pareille autonomie. En effet, sans accord d'adhésion, il est clair que droits de l'Union et de la CEDH sont deux ensembles distincts. Néanmoins, quand bien même y aurait-il adhésion et qu'alors, indique la Cour, le droit né de la CEDH « *ferait, dès lors, partie intégrante du droit de l'Union* » (point 180), l'interprétation du droit de l'Union doit toujours être du ressort des organes que celui-ci habilite. Et la CJUE doit demeurer en toute circonstance l'interprète authentique du droit de

l'Union, remarque-t-elle (point 186). C'est là sa compétence exclusive. Pour autant, la Cour n'affirme pas le caractère exclusif de l'autonomie caractérisant l'ordre auquel elle appartient. Si la CJUE est l'interprète authentique du droit de l'Union, il est clair que la Cour EDH l'est également en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux de la CEDH (point 181).

Aussi, la CJUE affirme non seulement l'autonomie du droit de l'Union mais aussi celle du droit né de la CEDH. Elle comprend ces droits comme deux unités autonomes, comme deux systèmes juridiques pourvus de mêmes caractéristiques et qui, pour ne pas avoir à entrer en conflit, doivent demeurer distincts, c'est-à-dire que la nature de chacun doit demeurer intacte. C'est pourquoi la Cour insiste sur la préservation des caractéristiques spécifiques de l'Union.

De cela, il nous semble que deux conséquences peuvent être tirées quant à la compréhension que la Cour du moment « CEDH » a des relations du SJUE avec l'extérieur. Premièrement, la Cour opte pour une conception qui est d'ordre pluraliste, mais d'un pluralisme qui n'est pas par nature hiérarchisant. Il est l'affirmation d'une pluralité de systèmes indépendants. La Cour affirme l'autonomie du droit de l'Union qui n'est autre que celle de tout système juridique. Il s'agit pour elle d'affirmer sa singularité, qui peut bien être aussi celle du droit de la CEDH. Dans ce schéma, tout système juridique est par nature indépendant et il existe une pluralité de systèmes indépendants. Ces systèmes peuvent, à l'image des États membres, décider de limiter au bénéfice d'un autre système une partie de leurs droits souverains. C'est bien entendu ce dont bénéficie le droit de l'Union, dont la Cour rappelle qu'il prime, pour cette raison, le droit des États membres (points 157 et 166). Mais cette relation verticale entre Union et États membres est aussi justifiée par la nécessité de bonnes relations horizontales entre ces derniers⁹³². C'est pourquoi la Cour insiste sur la dite « *importance fondamentale* » du principe de confiance mutuelle⁹³³.

Dans ces conditions, le pluralisme peut devenir hiérarchisant, mais il ne l'est pas par nature. Aussi, tout système n'entend pas nécessairement primer tout autre. Et la CJUE n'entend pas primer la volonté de la Cour EDH mais plutôt préserver sa compétence exclusive en tant qu'interprète authentique habilité par un système juridique.

Deuxièmement, pareille conception du pluralisme fragilise l'idée selon laquelle les

⁹³² Pour Édouard Dubout, cette justification est inhabituelle dans le discours de la Cour. Elle illustre, de son avis, un dit « fédéralisme horizontal » : « *l'autorité du droit de l'Union sur les droits nationaux se justifie en dernier ressort par la nécessité d'assurer le respect des instruments de confiance mutuelle qui assurent le décloisonnement des droits nationaux et leur progressive interdépendance* », v. DUBOUT E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 93.

⁹³³ Avis 2/13, point 191.

droits fondamentaux pourraient être le patrimoine commun de divers systèmes juridiques. Chaque Cour est souveraine quant à l'interprétation des droits fondamentaux qu'elle protège. Par conséquent, l'Union et le droit de la CEDH ne sont pas les deux sous-systèmes d'un ensemble qui contiendrait les droits fondamentaux comme valeurs communes. En outre, le discours de la Cour montre que la poursuite d'objectifs similaires, tels que la protection des droits fondamentaux, ne fait pas exception à la séparation de ces deux droits en des ensembles distincts. Les droits fondamentaux sont donc protégés en Europe par des systèmes distincts, qui en proposent des interprétations distinctes. En dépit de l'affirmation de l'article 52§3 de la Charte⁹³⁴, que la Cour du moment « CEDH » ne cite à aucun moment, ces droits fondamentaux ne sont pas une seule et même chose.

Conclusion du chapitre

Le moment « CEDH » est l'occasion pour la Cour de mobiliser l'argument du système. Cet argument tiré de ce que l'Union constitue un ordre ou système juridique est une carte habituelle de son jeu argumentatif. En l'espèce, il lui permet de réaliser ce que nous avons appelé le coup du système : de ce qu'il existe un SJUE, la Cour déduit le mode de ses relations avec l'extérieur. Les arguments que bâtit la Cour sur cette base lui permettent de justifier sa décision de déclarer incompatible avec les traités l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH.

Argument du système et coup du système indiquent qu'une compréhension du droit en tant que système juridique peut être identifiée dans le discours de la CJUE. De toute évidence, cette compréhension ne correspond pas nécessairement à une conception bien définie du concept de système juridique. Aussi, en accord avec les différentes conceptions présentées dans la première partie du présent travail, les éléments présentés dans ce chapitre nous permettent d'identifier les grands traits de la conception de la Cour du moment « CEDH » :

⁹³⁴ Lequel suggère que droits de l'Union et de la CEDH convergeraient vers la réalisation de valeurs qui leur seraient communes : « 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. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

Système juridique	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
Composition			X	X
Organisation			X	
Unité	X			X
Autonomie			X	X
Existence ⁹³⁵	-	-	-	-
Échelle	X	X		X
Relations		X		X

On voit en somme qu'il n'est pas possible d'identifier une seule et unique conception du concept de système juridique dans le moment « CEDH ». Plutôt, la Cour mobilise une compréhension plurielle du droit de l'Union en tant que système juridique, laquelle emprunte des traits à la fois aux conceptions normativistes ainsi qu'à celles institutionnalistes.

Tout de même, notre analyse du discours de la Cour révèle que celle-ci tend à comprendre le droit de l'Union selon un modèle institutionnaliste plus proche de celui de Neil MacCormick. Cet aspect rapproche grandement la conception du moment « CEDH » de celle du moment « Van Gend en Loos », bien que l'argument du système ne serve pas, dans les deux cas, à produire les mêmes effets (principe de la compétence exclusive pour le premier, effet direct pour le second).

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que les objectifs assignés à l'Union occupent une place importante dans le discours de la Cour. Les fins vers lesquelles entend tendre un système juridique sont un élément central de la conception de MacCormick. En outre, pour la Cour du moment « CEDH », ces objectifs ne sont pas propres à l'Union. L'appel aux valeurs communes partagées entre, d'une part, les États membres et l'Union et, d'autre part, entre celle-ci et la CEDH lorsque ces valeurs concernent les droits fondamentaux,

⁹³⁵ Il ne nous est pas apparu possible d'identifier dans le moment « Van Gend en Loos » des éléments relatifs à la compréhension qu'a la Cour des conditions d'existence des systèmes juridiques.

est là pour le rappeler.

Cet horizon commun partagé par plusieurs ensembles distincts ne doit toutefois pas masquer la nature singulière et exclusive de chacun. En ce qui concerne le droit de l'Union, la validité de la volonté fondatrice des États membres d'habiliter par traité des organes juridiques supranationaux dont la volonté prime la leur est la norme fondamentale, bel et bien supposée⁹³⁶, d'un SJUE qui ne se confond pas avec le droit né de la CEDH, quand bien même celui-ci tend à la réalisation d'objectifs similaires.

De cette façon, le caractère de système juridique du droit de l'Union s'affirme positivement par référence à l'acte de sa fondation. Mais, dans le moment « CEDH », elle s'affirme aussi négativement par rejet des contraintes externes et en particulier juridictionnelles. La Cour entend demeurer l'interprète authentique du SJUE, notamment sur la question de la protection des droits fondamentaux. Aussi, il semble pertinent de voir dans le moment « CEDH » l'illustration d'un « *protectionnisme contentieux* »⁹³⁷, qui rappelle que la protection des droits fondamentaux n'est pas une en Europe. À chaque système juridictionnel son propre contentieux.

La Cour affirme ainsi la singularité du SJUE en opposant des limites aux volontés externes⁹³⁸. Mais les volontés internes, portées par les propres organes du SJUE, sont elles aussi contraintes. De notre avis, la Cour montre dans le moment « CEDH » que le pouvoir constituant, exercé à l'occasion de la révision de Lisbonne, ne peut pas tout vouloir sans condition, que l'article 6§2 TUE est en lui insuffisant pour permettre une adhésion de l'Union à la CEDH. Aussi, la nature du SJUE, ses principes structurels vont jusqu'à limiter la portée de certaines dispositions du Traité. « The Union shall accede to the ECHR »⁹³⁹, et pourtant l'Union ni accèdera pas cette fois-ci. Sous cet aspect, il semble que la CJUE identifie une hiérarchie à l'intérieur même des traités, une constitutionnalité à plusieurs étages construite sur l'affirmation de ce que l'Union doit invariablement être et qui peut être opposée à la volonté même du pouvoir constituant. Il s'agit bien de « *défendre l'acquis communautaire* »⁹⁴⁰, comme on le rappelle en doctrine, mais ici contre la volonté même de la

⁹³⁶ Car il est certain que les États signataires du Traité de Rome n'entendaient pas créer l'effet direct qu'a rendu possible l'arrêt *Van Gend en Loos*, v. RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law », *op. cit.*

⁹³⁷ DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *op. cit.*, p. 513.

⁹³⁸ Pour Fabrice Picod, c'est le cœur du raisonnement de la Cour, laquelle « *a magnifié la spécificité du droit de l'Union et s'est focalisée sur les atteintes à sa compétence exclusive* », v. PICOD F., « Union européenne - La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg - Libres propos », *La Semaine Juridique Édition Générale*, février 2015, n° 6, p. 145s.

⁹³⁹ V. *supra* note n° 911.

⁹⁴⁰ PERNICE I., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est

communauté des États membres de l'Union, dont il faut rappeler que la quasi-totalité soumet à la Cour du moment « CEDH » des observations concluant toutes à l'adhésion de l'Union à la CEDH.

Aussi, c'est la CJUE qui véritablement *construit* le droit constitutionnel de l'Union. Cette construction se fait au moyen de l'affirmation d'une autonomie qui, en l'état actuel de l'Union, peut passer pour surprenante. Tout peut bien avoir changé quant à la possibilité d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples » et pourtant, dans le discours de la CJUE, rien ne change. Aussi, l'argument du système et la compréhension du droit de l'Union qu'il véhicule permettent d'attester d'une continuité qui tranche avec la discontinuité que produit le moment « CEDH » dans le processus d'adhésion de l'Union à la CEDH. On voit ainsi que le concept de système juridique joue encore un rôle, que les principes structurels du droit de l'Union conservent en 2014 une centralité certaine dans la construction jurisprudentielle du SJUE.

Prenant à présent quelque peu de distance avec le moment « CEDH » en le situant dans le contexte actuel de l'Union, il nous semble que les arguments de la Cour reflètent non pas tant l'autonomie d'une Union qui est en prise à de multiples contingences socio-économiques et politiques (*Grexit, Brexit, etc.*), mais plutôt l'autonomie d'une construction discursive par rapport à ces contingences. Cette construction affirme le caractère d'unité autonome du droit de l'Union, soit son caractère de système juridique. Dans le discours de la CJUE, elle prend la forme de l'argument du système. Seulement, en tant qu'il intervient dans la justification des grandes orientations du projet européen (telles que l'adhésion à la CEDH), cet argument ne semble convaincre que la Cour⁹⁴¹. Aussi faut-il distinguer deux choses : l'affirmation d'une certaine autonomie du droit et l'autonomie de cette affirmation. La première témoigne d'une culture juridique propre qui, indique-t-on en doctrine, devra bien tôt ou tard s'adapter à son environnement immédiat⁹⁴². Quant à la seconde, elle est ignorante de l'état d'études juridiques européennes qui, de l'avis de certains, sont en pleine recomposition quant à l'idée d'un droit moteur de l'intégration européenne⁹⁴³.

suspendue », *op. cit.*, p. 71.

⁹⁴¹ Qui raisonne, relèvent Henri Labayle et Frédéric Sudre, avec « *une logique dépassée, celle d'un droit daté d'avant Lisbonne. Les maîtres des traités que sont les États membres n'y avaient pas encore accepté l'adhésion et rendu justiciable la Charte des droits fondamentaux* », v. LABAYLE H. et F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 3s, point 106.

⁹⁴² « *S'il est normal que la CJUE ait ses propres analyses et s'appuie sur une culture juridique distincte, elle devra tôt ou tard accepter d'analyser autrement l'autonomie du droit de l'Union dans son dialogue avec la Cour EDH qu'avec les juridictions des États membres de l'UE* », v. POPOV A., « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *op. cit.*, p. 9.

⁹⁴³ AZOULAI L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique », *op. cit.*

Annexe n°4

CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13⁹⁴⁴

[Extraits pertinents]

VIII – Prise de position de la Cour

[...]

B – Sur le fond

1. Considérations liminaires

153. Avant même d’entamer l’analyse de la demande de la Commission, il importe de relever, à titre liminaire, que, à la différence de l’état du droit communautaire en vigueur à la date à laquelle la Cour a rendu son avis 2/94 (EU:C:1996:140), l’adhésion de l’Union à la CEDH dispose, depuis l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, d’une base juridique spécifique dans l’article 6 TUE.
154. Cette adhésion resterait cependant caractérisée par d’importantes particularités.
155. En effet, depuis l’adoption de la CEDH, seules des entités étatiques pouvaient y être parties, ce qui explique que, à ce jour, cette convention ne lie que des États. Cela est d’ailleurs corroboré par la circonstance que, afin de permettre l’adhésion de l’Union, non seulement l’article 59 de la CEDH a été modifié, mais l’accord envisagé lui-même contient une série de modifications de cette convention pour rendre cette adhésion opérationnelle dans le cadre du système qu’elle-même établit.
156. Or, ces modifications se justifient précisément par la circonstance que, contrairement à toute autre Partie contractante, l’Union, du point de vue du droit international, ne peut pas, en raison de sa nature même, être considérée comme un État.
157. En effet, comme la Cour l’a itérativement constaté, les traités fondateurs de l’Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d’institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants (voir, notamment, arrêts van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, et Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, ainsi que avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65).
158. Or, la circonstance que l’Union est dotée d’un ordre juridique d’un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu’un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d’une adhésion à la CEDH.
159. C’est précisément en considération de cette circonstance que les traités soumettent cette adhésion au respect de diverses conditions.
160. Ainsi, tout d’abord, après avoir disposé que l’Union adhère à la CEDH, l’article 6, paragraphe 2, TUE précise d’emblée, dans sa seconde phrase, que «[c]ette adhésion ne modifie pas les compétences de l’Union telles qu’elles sont définies dans les traités».

⁹⁴⁴ Source : EUR-Lex.

161. Ensuite, le protocole n° 8 UE, qui a la même valeur juridique que les traités, prévoit notamment que l'accord d'adhésion doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union et garantir que l'adhésion n'affecte ni les compétences de l'Union, ni les attributions de ses institutions, ni la situation particulière des États membres à l'égard de la CEDH, non plus que l'article 344 TFUE.
162. Enfin, par la déclaration ad article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne a convenu que l'adhésion doit être effectuée selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union.
163. C'est à la lumière notamment de ces dispositions qu'il incombe à la Cour, dans le cadre de la mission qui lui est confiée par l'article 19, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, de contrôler que les modalités juridiques selon lesquelles l'adhésion de l'Union à la CEDH est envisagée soient en conformité avec les prescriptions indiquées et, de manière plus générale, avec la charte constitutionnelle de base de l'Union que sont les traités (arrêt *Les Verts/Parlement*, 294/83, EU:C:1986:166, point 23).
164. Afin d'effectuer un tel contrôle, il importe de relever que, ainsi qu'il ressort des points 160 à 162 du présent avis, les conditions auxquelles les traités subordonnent l'adhésion visent, tout particulièrement, à garantir que celle-ci n'affecte pas les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit.
165. À cet égard, il convient de rappeler que, parmi ces caractéristiques figurent celles relatives à la structure constitutionnelle de l'Union, qui se reflète dans le principe d'attribution des compétences visé aux articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphes 1 et 2, TUE, ainsi que dans le cadre institutionnel défini aux articles 13 TUE à 19 TUE.
166. À cela s'ajoutent les caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union. En particulier, comme la Cour l'a relevé à maintes reprises, le droit de l'Union se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres (voir, en ce sens, arrêts *Costa*, EU:C:1964:66, p. 1159 et 1160, ainsi que *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, point 3; avis 1/91, EU:C:1991:490, point 21; 1/09, EU:C:2011:123, point 65, et arrêt *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, point 59) ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes (arrêt *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, p. 23, et avis 1/09, EU:C:2011:123, point 65).
167. Ces caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1^{er}, deuxième alinéa, TUE, dans un « processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ».
168. Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre.
169. Figurent d'ailleurs au cœur de cette construction juridique les droits fondamentaux, tels que reconnus par la Charte – laquelle, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, TUE, a la même valeur juridique que les traités –, le respect de ces droits constituant une condition de la légalité des actes de l'Union, de sorte que ne sauraient être admises dans l'Union

- des mesures incompatibles avec ces mêmes droits (voir arrêts ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, point 41; Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254, point 14; Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, point 73, ainsi que Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, EU:C:2008:461, points 283 et 284).
- 170.Or, l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union (voir, en ce sens, arrêt Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, point 4, ainsi que Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, EU:C:2008:461, points 281 à 285).
- 171.S'agissant de la structure de l'Union, il importe de souligner que le respect de la Charte s'impose non seulement aux institutions, organes et organismes de l'Union, mais également aux États membres lorsque ces derniers mettent en œuvre le droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, points 17 à 21).
- 172.La poursuite des objectifs de l'Union, tels que rappelés à l'article 3 TUE, est, pour sa part, confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence. Ces dispositions, s'insérant dans le cadre d'un système propre à l'Union, sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières, à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même.
- 173.De même, il incombe aux États membres, notamment, en vertu du principe de coopération loyale, énoncé à l'article 4, paragraphe 3, premier alinéa, TUE, d'assurer, sur leurs territoires respectifs, l'application et le respect du droit de l'Union. En outre, en vertu du deuxième alinéa du même paragraphe, les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union (avis 1/09, EU:C:2011:123, point 68 et jurisprudence citée).
- 174.Pour garantir la préservation des caractéristiques spécifiques et de l'autonomie de cet ordre juridique, les traités ont institué un système juridictionnel destiné à assurer la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'Union.
- 175.Dans ce cadre, il appartient aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit (avis 1/09, EU:C:2011:123, point 68 et jurisprudence citée).
- 176.En particulier, la clef de voute du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23), permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités (voir, en ce sens, avis 1/09, EU:C:2011:123, points 67 et 83).
- 177.C'est dès lors dans le respect de ce cadre constitutionnel, rappelé aux points 155 à 176 du présent avis, que les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union.

Conclusion du Titre

À partir de notre analyse du discours de la CJUE dans les moments « Kadi » et « CEDH », nous avons identifié les caractéristiques de sa conception du concept de système juridique dans chacun de ces moments. Les tableaux résumant ces caractéristiques⁹⁴⁵ peuvent être regroupés en un unique qui montre à quelle(s) conception(s) de la théorie du droit correspond le plus celle de la Cour. En additionnant le nombre des caractéristiques correspondant à chacun des auteurs étudiés, on obtient ceci :

Moments	CONCEPTIONS NORMATIVISTES		CONCEPTIONS INSTITUTIONNALISTES	
	KELSEN	HART	RAZ	MACCORMICK
« Kadi »	5	4	1	4
« CEDH »	2	2	3	5

Il apparaît clairement que la CJUE n'a pas *une* mais *des* conceptions du concept de système, lesquelles s'expriment différemment selon le moment considéré. Ainsi, entre deux moments, on passe d'une conception constituée majoritairement de caractéristiques normativistes (« Kadi ») à une autre majoritairement constituée de caractéristiques institutionnalistes (« CEDH »). Entre le moment « Kadi » et le moment « CEDH », il n'y a donc pas de conception cohérente du concept.

De plus, nous avons vu qu'au sein d'un même moment (en l'occurrence « Kadi »), la Cour pouvait concevoir le droit de l'Union comme se composant exclusivement de normes et parfois comme se composant aussi d'institutions. Les conceptions de la Cour ne sont donc ni cohérentes sur un même moment, ni cohérentes entre deux moments. Du moins, les caractéristiques de ses différentes conceptions ne peuvent pas être rattachées à une même conception existante dans le champ de la théorie du droit.

Tout de même, on relève de grandes tendances : la Cour semble parfois concevoir le droit de l'Union selon une conception plus proche de celle de Hans Kelsen, parfois selon une autre plus proche de celle de Neil MacCormick. En tout état de cause, cette tendance ne correspond pas à celle que nous avons observé dans les résultats obtenus par notre analyse des

⁹⁴⁵ V. p. 282 et 319.

moments « Van Gend en Loos » et « Costa ». En effet, à la différence de notre analyse de la jurisprudence de constitutionnalisation, nous n'avons pas identifié dans la jurisprudence récente de conception du concept plus influente qu'une autre.

Par ailleurs, on remarque dans les moments « Kadi » et « CEDH » quelques caractéristiques communes. Il y a dans les deux cas une même conception de l'unité du système juridique de l'Union. D'une part, elle tient à l'idée d'une origine commune du système, dont la validité repose sur le consentement des États membres auquel se réfère systématiquement la Cour. C'était déjà le cas dans les moments « Van Gend en Loos » et « Costa ». D'autre part, cette unité repose sur le projet commun auquel entend œuvrer l'Union. Dans les moments « Van Gend en Loos » et « Costa », ce projet (plus économique) tenait au développement du marché commun. Dans les moments « Kadi » et « CEDH » en revanche, ce projet (plus politique) est autrement caractérisé : il tient à un objectif de protection des droits fondamentaux dans l'espace européen.

À la différence du marché commun, cet espace européen semble plus inclusif. La Cour se réfère en effet plus explicitement à d'autres acteurs ainsi qu'à ce qu'ils partagent entre eux, tels que les États membres *via* leurs « traditions constitutionnelles » ou le juge de la CEDH *via* la Charte des droits fondamentaux. Toutefois, là où l'argument de l'autonomie du système juridique de l'Union joue en faveur d'une meilleure protection des droits dans le moment « Kadi », c'est le mouvement inverse qui semble être opéré dans le moment « CEDH » : l'autonomie du droit de l'Union semble jouer contre cet objectif d'une meilleure protection des droits. Pour le dire en une formule concise : le projet politique passe après l'autonomie du processus juridique nécessaire à sa réalisation. Aussi, le droit ne semble plus être d'évidence à son service.

Du reste, alors que la référence à la jurisprudence de constitutionnalisation persiste dans la jurisprudence récente, l'analyse de l'argument du système montre que la compréhension qu'a la Cour du droit de l'Union n'est pas pour autant identique. La norme fondamentale du système juridique semble bien rester la même, mais l'objectif poursuivi change de nature. Bien entendu, cela s'explique par les différentes circonstances entourant les moments jurisprudentiels considérés. Il nous semble y retrouver une tendance de fond par laquelle le droit de l'Union n'entend pas seulement favoriser le développement économique, ce qui est un aspect aujourd'hui très débattu dans l'espace public, mais aussi œuvrer à présenter la face d'une Union qui ne soit pas qu'économique, en somme une Union plus protectrice de certaines valeurs communes, telles que les droits fondamentaux.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Dans cette seconde partie, nous avons analysé le rôle que joue l'argument du système dans le discours de la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion de quatre moments qui importent particulièrement dans la construction de sa jurisprudence. À partir des conditions desquelles la Cour infère cet argument et des conclusions qu'elle en tire avec, nous avons pu identifier différentes conceptions du concept de système juridique mobilisées par la Cour. Pour chaque moment, nous avons analysé les caractéristiques de ces conceptions, comparé les résultats entre chacun de ces moments et identifié les tendances de fond se retrouvant dans les différentes périodes considérées.

Ce travail nous semble avoir clairement montré qu'il y a bien dans le discours de la Cour une compréhension du droit de l'Union en tant qu'ordre ou système juridique, c'est-à-dire en tant qu'unité autonome. Ce droit est bien compris par la Cour comme un ensemble distinct déterminant par ses propres composants le principe de ses relations avec l'extérieur, droit des États membres comme droit international. Il y a sur ce point une constante.

En revanche, il est clair que les modalités particulières autour desquelles s'articulent unité et autonomie varient grandement selon les moments jurisprudentiels considérés. D'une part, la Cour n'a pas une mais des conceptions du concept de système. D'autre part, celles-ci se contredisent, parfois au sein d'un même moment, parfois entre deux moments distincts. En tout état de cause, il n'a pas été possible pour nous de rattacher ces conceptions à une de celles existantes dans le champ de la théorie du droit. Plutôt, on constate que certaines caractéristiques appartenant à des conceptions différentes de la théorie du droit sont mobilisées de façon opportune, c'est-à-dire selon les circonstances du moment.

Si certains contextes favorisent l'emploi de l'argument du système, ce recours ne s'accompagne donc pas nécessairement d'une même conception du concept de système. Sur une longue période de temps toutefois, on peut détecter quelques constantes : les conceptions de la Cour tendent à se rapprocher de celle normativiste de Hans Kelsen, en particulier sur la question de la norme fondamentale, ainsi que de celle institutionnaliste de Neil MacCormick, en particulier sur la question des objectifs pratiques poursuivis par un système.

Par conséquent, il est possible de détecter dans un discours *du* droit, tel que celui de la Cour, des instanciations du discours *sur* le droit, tel que celui des auteurs considérés dans la présente étude. La compréhension du droit s'exprimant en théorie du droit participe à la construction du droit et permet d'en justifier les inflexions. La présente étude nous semble

avoir contribué à le montrer. En revanche, il n'est pas possible d'identifier dans le discours du droit une compréhension cohérente correspondant à une même compréhension développée dans le champ du discours sur le droit. On identifie au mieux des fragments, qui sont toujours liés à des circonstances particulières. Aussi, si le concept de système juridique fait bien partie du logiciel de base des juristes, son emploi par la Cour de justice de l'Union est fragmentaire. La continuité de l'argument du système dans son discours ne s'accompagne pas de la continuité d'une certaine conception du droit de l'Union en tant qu'ordre ou système juridique. Il y a des conceptions, qui varient selon les cas considérés.

En outre, ce qui se maintient dans ces conceptions a beaucoup à voir avec les circonstances au sein desquelles l'argument du système émerge. Ces circonstances sont de nature politique, économique, etc. En bref, elles ne sont jamais purement juridiques. Ce constat, qui est un truisme, rappelle qu'un système juridique est toujours le système *de quelque chose*, c'est-à-dire d'une entité politique et économique historiquement située⁹⁴⁶. Aussi, si le droit de l'Union est bien compris par la Cour comme une unité autonome, c'est-à-dire comme un système juridique, l'affirmation de ce caractère ne prend une forme ni unique, ni autonome par rapport au contexte politique et économique de l'Union.

Comprendre *le* droit ou *un* droit comme une unité autonome est bien un outil pour l'activité de connaissance comme pour l'activité de justification, mais cette compréhension reste une abstraction, un exercice de pensée au-dessus du réel, en somme « *une certaine idée confuse de Rome* »⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ DICKSON J., « Towards a Theory of European Union Legal systems » in DICKSON J. et P. ELEFThERiADiS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, op. cit., p. 38.

⁹⁴⁷ V. la citation d'ouverture de la présente étude, p. 5.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En introduction de la présente étude, nous avons proposé de répondre à la question suivante : le recours par la Cour de justice de l'Union européenne à l'argument du système dans son discours traduit-il de sa part une conception cohérente du concept de système juridique ? Dans des conditions que nous avons pris soin de définir, nous avons apporté une réponse négative. Si l'analyse du discours de la Cour montre bien une acquisition par celle-ci du concept de système, sa conception du concept est changeante, et parfois même contradictoire, selon les moments jurisprudentiels considérés.

L'exercice aura pour le moins permis d'apporter des éléments corrélant notre hypothèse de départ : la Cour de justice mobilise bien dans son discours, à travers l'argument du système et les inférences qu'elle y attache, l'idée selon laquelle le droit de l'Union européenne forme une unité autonome, c'est-à-dire un ensemble propre et distinct du droit des États membres comme du droit international. Et nous nous sommes employé à démontrer que cette idée correspond bien en effet au concept de système juridique, tel que nous l'avons défini.

Ces résultats peuvent paraître tout à fait surprenants sous un certain angle, moins considéré par la présente étude. En effet, de prime abord, il semble que la compréhension du droit en tant qu'unité autonome est peu évidente à l'endroit d'une Union européenne qui dépend largement du comportement de ses États membres, d'une Union dont l'existence se justifie aussi dans les discours par le projet politique et économique commun auquel elle entend faire parvenir ses États membres et leurs peuples (marché intérieur, « union sans cesse plus étroite entre les peuples » selon le TUE, citoyenneté européenne, etc.), pris ensemble dans ce que la Cour désigne comme une « Communauté de droit ».

Aussi, il y a un aspect très moniste dans cette idée d'une totalité englobant à la fois l'Union, les États membres et les citoyens européens. Cela est d'autant plus vrai que, en ce qui concerne un aspect juridique qui nous intéresse plus particulièrement, l'existence du droit de l'Union européenne dépend, comme celle de tout système juridique, de son effectivité, laquelle passe par l'application effective de ses dispositions au niveau du droit des États membres.

Par conséquent, l'existence du droit de l'Union dépend notamment de l'attitude des cours nationales, qui sont les juges de première instance de son application. Mais cela va au-delà des cours car, contre la résistance initiale des États membres à l'endroit de l'alors droit

communautaire, les acteurs économiques privés ont su jouer un rôle important par l'intermédiaire de la procédure de la question préjudicielle, acteurs qui ont fait « *une utilisation stratégique des prétoires* » par laquelle la Cour de justice a pu s'immiscer, *en disant le droit*, au cœur des intérêts économiques liés à la construction du marché intérieur⁹⁴⁸. Ce droit que dit la Cour n'est donc pas isolé des contingences politiques et économiques qui en influencent effectivement les inflexions. Il en est même, pour les études historiques et sociologiques qui s'intéressent au processus de l'intégration européenne, l'instrument privilégié, moteur de celle qui a pu être nommée une « *Union par le droit* »⁹⁴⁹.

De ces éléments, il ressort que la caractérisation dans le discours de la CJUE de l'Union ou de la Communauté en tant qu'entité juridique *sui generis*, propre et distincte des États membres, semble largement contraster avec les objectifs que s'est fixée cette Communauté et que se fixe désormais cette Union, ainsi qu'avec les conditions nécessaires à la réalisation de ces objectifs.

Dans ce cadre, l'idée selon laquelle le droit de l'Union forme un ordre ou système juridique et qu'exprime la Cour à travers son recours à l'argument du système semble être plus un moyen qu'une fin. On remarque ici une sorte de paradoxe, car c'est l'idée d'un *droit distinct* qui sert de véhicule à la réalisation de l'objectif de produire un *tout commun*. Dans ce double mouvement qui semble ici contradictoire, l'argument du système apparaît alors comme un instrument pour fabriquer du commun, alors qu'il porte en lui le caractère du distinctif. On peut résumer ceci en une formule concise : un droit distinct pour parvenir à un projet commun.

Aussi, dans les moments jurisprudentiels qui ont été étudiés dans le cadre de la présente étude, l'argument du système est mobilisé par la Cour à l'occasion de l'affirmation de principes (tels que l'effet direct, l'autonomie, la compétence exclusive de la Cour) perçus comme nécessaires à la réalisation d'une Communauté ou Union économique et de droit (marché intérieur, protection des droits fondamentaux). C'est donc, paradoxalement, dans cette construction d'un commun partagé réunissant États membres, institutions de l'Union et citoyens européens que s'affirme le rôle de l'argument du système qui tend à justifier ce commun, tout en énonçant le caractère distinctif du droit de l'Union et séparé du droit des

⁹⁴⁸ DEHOUSSE R., « L'Europe par le droit », *Critique Internationale*, 1999, vol. 2, n° 2, p. 140.

⁹⁴⁹ Où le concept de système joue bien un rôle : « *placé sous l'égide de la Cour et partiellement débarrassé de la tutelle politique des États, il [le droit communautaire] s'impose comme un savoir intersectoriel capable de penser l'ensemble des institutions, positions et groupes que font exister les traités communautaires comme un "système" (ou ordre juridique) mû par une logique propre* », VAUCHEZ A., *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll.« Références. Gouvernances », 2013, p. 215.

États membres.

Cette fonction jouée par l'argument du système démontre une certaine capacité du concept de système juridique (que l'argument véhicule) à *produire* une compréhension du droit plutôt qu'à *décrire* un certain état de la réalité du droit, lequel est soumis aux contingences politiques et économiques dont il est seulement le véhicule. Aussi, par notre analyse du concept de système juridique dans le contexte de l'argumentation de la CJUE, on voit que les concepts sur le droit (à l'image du concept de système) jouent une fonction importante dans la construction du droit comme dans la production d'une certaine compréhension de ce droit. Par ailleurs, cela démontre que le concept de système juridique est bel et bien opérationnel à l'intérieur du contexte de l'Union puisqu'il d'ores et déjà acquis par sa Cour de justice. Il participe à la construction du droit mais aussi plus largement à cette idée, développée en introduction du présent travail, que l'Union forme un tout et dont le concept n'est que le visage juridique, visage qui ne fonctionne pas en isolation du reste comme on espère avoir su le montrer.

Le concept de système juridique joue bien un rôle dans la justification des grandes orientations, perçues comme nécessaires, du projet européen. Et, par son enracinement dans les cultures juridiques nationales où le droit, l'État et le système juridique ne sont qu'une seule et même chose, le concept semble être bien l'outil pertinent pour reproduire au niveau supranational une entité politique de type fédéral telle qu'en connaît le niveau national. Toutefois, c'est désormais devenu un lieu commun, de nos jours, de décrire l'état de crise aigüe de ce projet fédéral européen, entre *Grexit* et *Brexit*.

Si le droit a pu être un outil au service de l'intégration européenne, la justification par le droit de cette idée d'un tout commun, d'un horizon commun, ne semble plus être suffisante. Le visage juridique du projet européen n'en justifie plus les postures, à mesure qu'il apparaît que les contingences politiques du moment sont trop fortement orientées vers un retour à la pertinence politique du niveau national, à mesure peut-être aussi que le juriste européen n'apparaît plus comme le porteur légitime de ce projet.

Aussi, l'argument du système dans le discours de la Cour de justice de l'Union de l'avis 2/13 pourrait sembler bien anachronique, sinon du moins largement ignorant de ce que le caractère d'unité autonome du droit de l'Union semble bien moins importer qu'avant. Sur un plan de politique jurisprudentielle d'abord, nombreux en doctrine sont les auteurs à avoir déploré le frein mis à l'adhésion de l'Union à la CEDH, adhésion qui, respectueuse ou non de l'acquis communautaire, semblait être une finalité axiologiquement souhaitée et tout à fait souhaitable.

Sur le plan théorique enfin, les constructions élaborées dans le champ de la théorie du droit aujourd'hui ne manquent pas pour favoriser une compréhension plus éclatée du droit où l'idée d'ensemble fait défaut, et voire même pousser à se débarrasser définitivement du concept de système juridique⁹⁵⁰, responsable d'une compréhension du droit jugée datée, quand bien même le droit de l'Union semble bien être encore compris par sa Cour comme une unité autonome. Quoiqu'il en soit, c'est la continuité de cette compréhension du droit de l'Union que nous nous sommes efforcé d'illustrer dans cette étude.

Du reste, en tant que cadre général de compréhension du phénomène juridique, il est certain que le concept de système est bel et bien en train de perdre de son influence en doctrine⁹⁵¹. Et, alors que dans le champ académique du droit de l'Union les études juridiques semblent être aussi dans un mouvement de recomposition⁹⁵², il appartient à la théorie du droit de s'interroger également : les concepts de la théorie du droit sont-ils pertinents pour rendre compte des évolutions contemporaines du droit en général et du droit de l'Union en particulier ? De l'avis de la théoricienne britannique Julie Dickson⁹⁵³, les concepts doivent être capables de rendre compte fidèlement de la compréhension qu'ont du droit ceux-là mêmes qui y participent et en sont d'ores et déjà les acteurs. C'est une vue que nous partageons. Aussi, tant que la Cour de justice de l'Union européenne le mobilise à travers son recours à l'argument du système, il y a de l'avenir pour le concept de système juridique dans le contexte de l'Union européenne.

⁹⁵⁰ FRYDMAN B., « Repenser la science du droit. Penser le droit global sans l'ordre juridique » in BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 279-282.

⁹⁵¹ Dans le champ du droit de l'Union européenne, Keith Culver et Michael Giudice semblent être les auteurs ayant le mieux décrit et contribué à ce mouvement. Leurs propositions sont présentées et discutées dans le chapitre 3, v. p. 120.

⁹⁵² AZOULAI L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique », *op. cit.*

⁹⁵³ DICKSON J., « Ours is a broad church : indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *op. cit.*, p. 225s.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

ABDEREMANE K. et A. ONDOUA (dir.), *Entre les ordres juridiques: mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers, France, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, 2015.

AJANI G., G. PERUGINELLI, G. SARTOR, et D. TISCORNIA (dir.), *The multilanguage complexity of European law: methodologies in comparison*, Florence, European Press Academic Publishing, 2007.

ALCHOURRÓN C.E. et E. BULYGIN, *Normative systems*, Wien, Springer, coll.« Library of exact philosophy », n° 5, 1971.

ALEXY R., *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford [England] : New York, N.Y, Clarendon Press ; Oxford University Press, 2010.

ALTER K.J., *Establishing the supremacy of European law: the making of an international rule of law in Europe*, 1^{re} éd., Oxford ; New York, Oxford University Press, coll.« Oxford studies in European law », 2002.

ARNAUD A.J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

ARNAULD A. et P. NICOLE, *La logique de Port-Royal*, Paris, Librairie classique d'Eugène Belin, 1878.

ARNULL A. et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford handbook of European Union law*, 1^{re} éd., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015.

ATIENZA M., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006.

ATIENZA M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, 2^e éd., Mexico, Universidad Autónoma de México, 2005.

ATRIA F. et N. MACCORMICK (dir.), *Law and legal interpretation*, 2^e éd., Ashgate/Dartmouth, coll.« The international library of essays in law and legal theory », 2003.

AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll.« Thèmes & commentaires. Études », 2010.

AUSTIN J., *The province of jurisprudence determined*, Cambridge ; New York, NY, Cambridge University Press, coll.« Cambridge texts in the history of political thought »,

1995.

AVBELJ M., F. FONTANELLI et G. MARTINICO (dir.), *Kadi on trial: a multifaceted analysis of the Kadi judgment*, Abingdon, Oxon, Routledge, coll.« Routledge research in European Union law », 2014.

AVBELJ M. et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford ; Portland, Or, Hart Publishing, coll.« Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law », 2012.

BARNARD C., *The fundamentals of EU law revisited: assessing the impact of the constitutional debate*, Oxford University Press, 2007.

BÉCHILLON D. de, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, et É. MILLARD (dir.), *L'architecture du droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.

BENGOETXEA J., *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford : New York, Clarendon Press; Oxford University Press, coll.« Oxford European Community law series », 1993.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 1985.

BERNAL PULIDO C., C. HUERTA, T. MAZZARESE, J.J. MORESO, P.E. NAVARRO et S.L. PAULSON (dir.), *Essays in legal philosophy*, 1^{re} éd., Oxford, Oxford University Press, 2015.

BLUMANN C. et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, Litec, coll.« Manuel », 2013.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit: recueil de textes*, Paris : Bruxelles, LGDJ ; Bruylant, coll.« La pensée juridique », 1998.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico: Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1979.

BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960.

BONNET B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ, Lextenso éditions, 2016.

BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll.« Forum », 2013.

BOUTAYEB C., Y. DAMOUN, et A. GUILLEMET, *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne: droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2014.

BOY L., J.-B. RACINE, et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, coll.« Droit économie international », 2011.

BRUNET P., É. MILLARD, et J. MERCIER (dir.), *La fabrique de l'ordre juridique. Les juristes et la hiérarchie des normes*, *Revus*, n° 21, 2013.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, coll.« Cahiers européens », n° 1, 2011.

CAUNES K., *Le principe de primauté du droit de l'Union Européenne: contribution à l'étude de la nature juridique de l'Union européenne et des rapports de système européens*, thèse, European University Institute, Florence, 2009.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll.« Méthodes du droit », 2014.

CHANDLER D., *Semiotics The Basics*, 2^e éd., Hoboken, Taylor & Francis, coll.« The Basics », 2007.

CHEVALLIER J. et CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.), *Le droit en procès*, PUF, 1983.

CLAES M., M. DE VISSER, P. POPELIER, et C. van de HEYNING (dir.), *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, coll.« Ius commune europaeum », n° 107, 2012.

COLEMAN J.L., S. SHAPIRO, et K.E. HIMMA (dir.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002.

COMANDUCCI P., R. GUASTINI, et J. FERRER BELTRÁN (dir.), *Analisi e diritto*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

CRAIG P. et G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011.

CRAIG P. et G. DE BÚRCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011.

CULVER K. et M. GIUDICE, *Legality's borders: an essay in general jurisprudence*, New York, N.Y, Oxford University Press, 2010.

DAILLIER P., M. FORTEAU, et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2009.

DE BÚRCA G. et J. WEILER, *The European Court of Justice*, Florence [Italy] : Oxford ; New York, Academy of European Law, European University Institute ; Oxford University Press, coll.« The collected courses of the Academy of European Law », 2001.

DEHOUSSE R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Montchrestien, 1994.

DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*, Paris, France, Éditions du Seuil, 2006.

DICKSON J., *Evaluation and legal theory*, Oxford ; Portland, Or, Hart, coll.« Legal theory today », 2001.

DICKSON J. et P. ELEFTHERIADIS (dir.), *Philosophical foundations of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

DUBOUT E. et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, coll.« Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme série », 2010.

DUNOFF J.L. et J.P. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 2009.

FASSÒ G., *Histoire de la philosophie du droit. XIX^e et XX^e siècles*, traduit par Catherine ROUFFET, L.G.D.J., coll.« Bibliothèque de philosophie du droit », n° 20, 1974.

FREEMAN M.D.A. et F. SMITH (dir.), *Law and language*, 1^{re} éd., Oxford, United Kingdom ; New York, Oxford University Press, coll.« Current legal issues », n° 2011, vol. 15, 2013.

GARZÓN VALDÉS E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, 3^e éd., Distribuciones Fontamara, coll.« Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política », 1999.

GAUDIN H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, et F. FINES (dir.), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, vol. 1 Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne Paris, Éditions Dalloz, coll.« Grands arrêts », 2014.

GIUDICE M., *Understanding the nature of law: a case for constructive conceptual explanation*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, coll.« Elgar studies in legal theory », 2015.

GOLDING M.P. et W.A. EDMUNDSON (dir.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Malden, MA, Blackwell, coll.« Blackwell philosophy guides », n° 18, 2005.

GOLTZBERG S., *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique: présomption et argument a fortiori*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Penser le droit », n° 16, 2012.

GREIMAS A.J. et J. COURTÈS, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, vol. 1, Paris, France, Classiques Hachette, 1979.

GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto. Serie teorica », n° 85, 2011.

HACHEZ I., CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD P., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 Théorie des sources du droit, Limal; Bruxelles, Anthemis : Université Saint-Louis, 2012.

JOUANJAN O. (dir.), *Théories réalistes du droit*, Presses universitaires de Strasbourg., Strasbourg, 2000.

HAGE J.C. et D. von der PFORDTEN (dir.), *Concepts in law*, Dordrecht ; New York, Springer, coll.« Law and philosophy library », 2009.

HAMON F. et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., LGDJ, Lextenso, 2016.

HART H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

HART H.L.A., *The concept of law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, coll.« Clarendon law

series », 1994.

HAURIU M., *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1933.

HESS B. et S. MENÉTREY (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2014.

ISAAC G. et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012.

ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto », n° 72, 2006.

JACQUÉ J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, France, Dalloz, 2015.

JACQUETTE D. (dir.), *A Companion to philosophical logic*, Malden, Mass. ; Oxford, Blackwell, coll.« Blackwell companions to philosophy », n° 22, 2006.

JAKLIC K., *Constitutional pluralism in the EU*, Oxford, Oxford University Press, coll.« Oxford studies in European law », 2013.

KARPENSCHIF M. et C. NOURISSAT, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne: les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2010.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, Paris ; Bruxelles, L.G.D.J. ; Bruylant, coll.« La Pensée juridique », 1999.

KELSEN H., *Théorie générale du droit et de l'État*, traduit par B. LAROCHE et traduit par V. FAURE, Paris, Bruylant: L.G.D.J, coll.« La pensée juridique », 1997.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Henri THÉVENAZ, Neuchatel, Editions de la Baconniere, coll.« Etre et penser », n° 37, 1953.

KELSEN H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 14, 1926.

KERCHOVE M. van de et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1^{re} éd., Paris, Presses universitaires de France, coll.« Les Voies du droit », 1988.

KOCH H.-J. et U. NEUMANN (dir.), *Legal System and Practical Reason: Proceedings of the 15th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) in Göttingen, August 1991*, Stuttgart, F. Steiner, coll.« ARSP Beiheft », vol. 4, n° 53, 1994.

KRONENBERGER V., M.T. D'ALESSIO, et V. PLACCO (dir.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 2 Il Novecento, Milano, Giuffrè, 2002.

MACCORMICK N., *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford ; New York, Oxford University Press, coll.« Law, state, and practical reason », 2007.

MACCORMICK N., *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK N. (dir.), *Constructing legal systems: « European Union » in legal theory*, Dordrecht ; Boston, Mass, Kluwer Academic, 1997.

MACCORMICK N., *H.L.A. Hart*, London, Arnold, coll.« Jurists--profiles in legal theory », 1981.

MACCORMICK N. et O. WEINBERGER, *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*, D. Reidel Pub. Co; Kluwer Academic Publishers, coll.« Law and philosophy library », 1986.

MADURO M.P. et L. AZOULAI (dir.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart, 2010.

MADURO M.P., K. TUORI, et S. SANKARI (dir.), *Transnational law: rethinking European law and legal thinking*, Cambridge, United Kingdom ; New York, Cambridge University Press, 2014.

MICHEL V. (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009.

MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle de l'État membre*, thèse, European University Institute, Florence, 2012.

NASCIMBENE B., *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, Giuffrè, coll.« Collana di testi e documenti di diritto europeo », n° 18, 2015.

PATTERSON D.M. (dir.), *A companion to philosophy of law and legal theory*, 2^e éd., Chichester, U.K. ; Malden, MA, Wiley-Blackwell, coll.« Blackwell companions to philosophy », n° 8, 2010.

PAULSON S.L. et B.L. PAULSON (dir.), *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*, Oxford : New York, Clarendon Press ; Oxford University Press, 1998.

PESCATORE P., *Le droit de l'intégration: émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Collection Droit de l'Union européenne », n° 1, 2005.

PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975.

PREBISSY-SCHNALL C., G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI (dir.), *Droit et économie: interférences et interactions: études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, LexisNexis Litec, 2009.

RATTI G.B., *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto. Serie teorica », n° 77, 2008.

RAZ J., *The authority of law: essays on law and morality*, 1^{re} éd., Oxford : New York,

Clarendon Press ; Oxford University Press, 2002.

RAZ J., *The concept of a legal system*, 2^e éd., Oxford : New York, Clarendon Press; Oxford University Press, 1980.

RICHMOND C., *Perspectives on law: system, authority and legitimacy in the European Union*, thèse, European University Institute, Florence, 2000.

ROSAS A. et L. ARMATI, *EU constitutional law : an introduction*, 2^e éd., Hart, 2012.

ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques*, traduit par Eric MILLARD et traduit par Elsa MATZNER, Bruxelles ; Paris, Bruylant ; L.G.D.J, coll.« La pensée juridique », 2004.

SALMOND J.W., *Jurisprudence or the theory of law*, London, Stevens & Haynes, 1902.

SANTI R., *L'ordre juridique*, traduit par Lucien FRANÇOIS et traduit par Pierre GOTHOT, Paris, Dalloz, coll.« Collection Philosophie du droit », n° 15, 1975.

SAUSSURE F. de, *Cours de linguistique générale*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 1995.

SCARPELLI U. et P. DI LUCIA (dir.), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 1994.

SCHULTZ T., *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

SCHÜTZE R., *European constitutional law*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 2012.

SEARLE J.R., *Making the social world: the structure of human civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

SEARLE J.R., *The construction of social reality*, London, Allen Lane, 1995.

SIMÉANT J. (dir.), *Guide de l'enquête globale en sciences sociales*, Paris, CNRS Éd, coll.« Culture & société », 2015.

SUEUR J.-J., P. RICHARD, et CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES CONTENTIEUX (TOULON) (dir.), *La transgression: actes du colloque international des 24 et 25 novembre 2011, Faculté de droit de Toulon*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

SUPIOT A., *Homo juridicus: essai sur le fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, coll.« Couleur des idées », 2005.

TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, coll.« Collezione di testi e di studi », 1988.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, coll.« Tratto di diritto civile e commerciale », n° 1, 2, 1980.

TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, coll.« Saggi », n° 135, 1974.

TEUBNER G., *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

TIZZANO A., J. KOKOTT, et S. PRECHAL (dir.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013 : actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013.

TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 2011.

TROPER M., *La philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2008.

TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 2001.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses universitaires de France, coll.« Léviathan », 1994.

TROPER M., V. CHAMPEIL-DESPLATS, et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles; Paris, Bruylant ; LGDJ, 2005.

TUORI K. et S. SANKARI (dir.), *The many constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, coll.« Edinburgh/Glasgow law and society series », 2010.

TUSSEAU G. (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll.« Collection Études juridiques », n° 31, 2009.

VARZI A.C., *Ontologia*, Roma ; Bari, Laterza, 2005.

VAUCHEZ A., *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll.« Références. Gouvernances », 2013.

VAUCHEZ A. et P. MBONGO (dir.), *Dans la fabrique du droit européen: scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Collection Droit de l'Union européenne », n° 9, 2009.

VILLA V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, G. Giappichelli, coll.« Analisi e diritto », n° 38, 1999.

VILLA V., *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali: modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, coll.« Memorie dell'Istituto giuridico / Università di Torino », 1984.

W. WALUCHOW et S. SCIARAFFA (dir.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013.

WRÓBLEWSKI J., *The judicial application of law*, traduit par Zenon BANKOWSKI et traduit par Neil MACCORMICK, Dordrecht ; Boston, Kluwer Academic Publishers, coll.« Law and philosophy library », 1992.

WALKER N. (dir.), *Sovereignty in transition*, Oxford; Portland, Or., Hart, 2006.

Articles

ÁLVAREZ ORTEGA M., « La regla hartiana de reconocimiento en el pensamiento garzoniano », *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, n° 30, p. 45-51.

D'ASPREMONT J., « Hart et le positivisme postmoderne en droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, 2009, vol. 113, n° 3, p. 635-654.

AVBELJ M., « Supremacy or primacy of EU law - (Why) Does it matter ? », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 6, p. 744-763.

AZOULAI L., « Solitude, désœuvrement et conscience critique », *Politique européenne*, 2016, n° 50, p. 82-98.

AZOULAI L., « The force and forms of European legal integration », *European University Institute Working Papers*, 2011, n° 2011/06.

BAILLEUX J., « L'Europe et ses légistes. Le Service juridique des Exécutifs européens et la promotion d'un droit communautaire autonome (1957-1964) », *Politique européenne*, mars 2013, n° 41, p. 88-117.

BASILIEU-GAINCHE M.-L., « Nécessité, intensité et procédé du contrôle des mesures de lutte contre le terrorisme à l'aune des principes de protection des droits », *Lettre « Actualité Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 septembre 2013.

BENLOLO-CARABOT M., « La CJCE et la protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 380s.

BENOÎT-ROHMER F., « L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un travail de Pénélope ? À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice », *Revue trimestrielle de droit européen*, septembre 2015, n° 3/2015, p. 593-611.

BERGÉ J.-S. et S. TOUZÉ, « Chronique Interactions du droit international et européen : 5 Les rapports droit international et droit européen : entre dissociabilité et indissociabilité », *Journal du droit international*, 2015, vol. 142, n° 3, p. 915-933.

BESSON S., « European Legal Pluralism after Kadi », *European Constitutional Law Review*, juin 2009, vol. 5, n° 2, p. 237.

BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, n° 2, p. 309-327.

BRUNET P., « Bobbio et le positivisme », *Analisi e diritto*, 2005 p. 159-170.

BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2004, n° 39, p. 197-217.

BRUNET P., « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », *Droit et société*, 2002, vol. 50, n° 1, p. 19-29.

COLEMAN J.L., « Negative and positive positivism », *The Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 11, n° 1, p. 139-164.

CRAIG P., « Once upon a time in the West: direct effect and the federalization of EEC law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, n° 4, p. 453s.

DAVID M., « The Correspondence Theory of Truth », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall edition 2016.

DE BÚRCA G., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Jean Monnet Working Paper. NYU School of Law*, 2009, n° 01/09.

DEHOUSSE R., « L'Europe par le droit », *Critique Internationale*, 1999, vol. 2, n° 2, p. 133-147.

DELACROIX S., « Du silence au bruit: possibilités de discours sur les origines fondatrices du système juridique », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2001, vol. 47, p. 153-177.

DICKSON J., « Ours is a broad church : indirectly evaluative legal philosophy as a facet of jurisprudential inquiry », *Jurisprudence*, 2015, vol. 6, n° 2, p. 207-230.

DICKSON J., « Who's afraid of transnational legal theory? Dangers and desiderata », *Transnational Legal Theory*, 2015, p. 1-21.

DICKSON J., « Directives in EU Legal Systems: Whose Norms Are They Anyway? », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, n° 2, p. 190-212.

DICKSON J., « How many legal systems? Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2008, n° 40/2008.

DOLLAT P., « L'avis 2/13 de la CJUE : autonomie ou reddition du droit de l'Union ? L'esprit de système ou les infortunes du protectionnisme contentieux », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2016, n° 3/4, p. 513-527.

DUBOUT E., « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 73-112.

EECKHOUT P., « Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue autonomy or autarky? », *Jean Monnet Working Paper. NYU School of Law*, 2015, n° 01/15.

EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, n° 11 La logique du droit, p. 25-43.

FORTEAU M., « La CJCE et la Cour européenne des droits de l'homme face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations unies. Quelques remarques iconoclastes », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 397s.

FRYDMAN B., « Comment penser le droit global ? », *Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012, n° 2012/01.

- GALLIE W.B., « Essentially contested concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 1956, vol. 56, p. 167-198.
- GERKRATH J., « L'exercice du droit de retrait au regard des droits constitutionnels britannique et européen », *Revue de l'Union européenne*, novembre 2016, n° 602, p. 541-544.
- GIUDICE M., « Conceptual analysis, legal pluralism, and EU law », *Transnational Legal Theory*, 2015, p. 1-22.
- GOLTZBERG S., « La définition comme procédé stratégique », *Workings Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2015, n° 2015/6.
- GOLTZBERG S., « Esquisse de typologie de l'argumentation juridique », *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, décembre 2008, vol. 21, n° 4, p. 363-375.
- GRZEGORCZYK C., « Ordre juridique comme réalité », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2002, n° 35/36, p. 103-118 et 183-187.
- GUASTINI R., « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 2013, n° 19, p. 113-129.
- GUASTINI R., « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *Analisi e diritto*, 2000, p. 89-96.
- HILLION C., « Le retrait de l'Union européenne. Une analyse juridique », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre 2016, p. 719-734.
- HIMMA K.E., « Conceptual Jurisprudence. An introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory », *Revus*, 2015, n° 26.
- ISIKSEL T., « European Exceptionalism and the EU's Accession to the ECHR », *European Journal of International Law*, 2016, vol. 27, n° 3, p. 565-589.
- ITZCOVICH G., « Legal order, legal pluralism, fundamental principles. Europe and its law in three concepts », *European Law Journal*, 2012, vol. 18, n° 3, p. 358-384.
- ITZCOVICH G., « Under what conditions can we speak of the law as a system of norms ? », *Analisi e diritto*, 2009, p. 225-237.
- JACQUÉ J.P., « Brexit. Une analyse factuelle », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre 2016, p. 689-703.
- JACQUÉ J.P., « Pride and/or prejudice ? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 19-45.
- JACQUÉ J.P., « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, n° 1/2009, p. 161s.
- JONES M.L., « The legal nature of the European Community: a jurisprudential analysis using H.L.A. Hart's model of law and a legal system », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, p. 1-59.

- KENNEDY D., « A semiotics of legal argument », *Syracuse Law Review*, 1991, n° 42, p. 75s.
- KOKOTT J. et C. SOBOTTA, « The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance? », *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, n° 4, p. 1015-1024.
- KRENN C., « Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13 », *German Law Journal*, 2015, n° 16, p. 147-168.
- KUMM M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 262-307.
- LABAYLE H. et F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 3s.
- LE MOIGNE J.L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? », *Revue de la Recherche Juridique*, 1985, vol. 1, p. 155-171.
- LEBEN C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2001, n° 33, p. 19-39.
- LINDHAL H., « The Paradox of constituent power. The ambiguous self-constitution of the European Union », *Ratio Juris*, 2007, vol. 20, n° 4, p. 485-505.
- LOSANO M.G., « Kelsen's theory of international law during his exile in Geneva », *Ratio Juris*, 2015, vol. 28, n° 4, p. 470-485.
- LUHMANN N., « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1994, n° 11/12, p. 53-67.
- MACCORMICK N., « Risking Constitutional Collision in Europe? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, n° 18, p. 517-532.
- MACCORMICK N., « The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now », *European Law Journal*, 1995, vol. 1, n° 3, p. 259-266.
- MACCORMICK N., « Beyond the sovereign state », *The modern law review*, 1993, vol. 56, n° 1, p. 1-18.
- MARGOLIS E. et S. LAURENCE, « Concepts », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring edition 2014.
- MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, n° 30/31, p. 381-412.
- PATTERSON D.M., « Book Review: Keith Culver and Michael Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence* », *Law and Philosophy*, 2012, vol. 31, p. 593-599.
- PATTERSON D.M., « Alexy on necessity in law and morals », *Ratio Juris*, 2012, vol. 25, n° 1, p. 47-58.

- PELLET A., « Constitutionnalisation du droit des Nations unies ou triomphe du dualisme ? », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2009, n° 529, p. 415s.
- PEREGO A., « Projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (avis 2/13) », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2015, n° 1, chron. 1, p. 145-150.
- PERNICE I., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue », *Cahiers de droit européen*, 2015, n° 1, p. 47-72.
- PESCATORE P., « Classics of the First 40 Years. The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law », *European Law Review*, 2015, vol. 40, n° 2, p. 135-153.
- PICOD F., « Union européenne - La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg - Libres propos », *La Semaine Juridique Édition Générale*, février 2015, n° 6, p. 145s.
- POLI S. et M. TZANOU, « The Kadi Rulings: A Survey of the Literature », *Yearbook of European Law*, 2009, n° 28, p. 533-558.
- POPOV A., « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 24 février 2015.
- PRIMMER J.W., « Beyond the Law-State : the adequacy of Raz's account of legal systems in explaining intra-State and supra-State legality », *Ratio Juris*, mars 2015, vol. 28, n° 1, p. 149-158.
- RASMUSSEN M., « Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment », *International Journal of Constitutional Law*, 1 janvier 2014, vol. 12, n° 1, p. 136-163.
- RATTI G.B., « La coerentizzazione dei sistemi giuridici », *Diritto & Questioni pubbliche*, , n° 7, p. 2007.
- RAZ J., « Why the State », *King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2013, n° 2014-38.
- RAZ J., « Incorporation by law », *Legal Theory*, 2004, vol. 10, n° 1, p. 1-17.
- RICHARDS D., « When judges have a hunch. Intuition and experience in judicial decision-making », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2016, vol. 2, n° 102, p. 245-260.
- ROSAS A., « The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 2.
- RUSSELL A. M. (dir.), « Brexit Supplement », *German Law Journal*, 2016, vol. 17, p. 1-142.
- SARTOR G., « Legal validity : an inferential analysis », *Ratio Juris*, 2008, vol. 21, n° 2, p. 212-247.

- SCHIAVELLO A., « Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa », *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2014, n° 37, p. 193-217.
- SCHMILL ORDÓÑEZ U., « Fundamentación alternativa al concepto de estabilidad de los sistemas políticos », *Isonomía*, 1998, n° 9, p. 11-26.
- SCHÖNBERGER C., « “Mi attendu, mi dissertation”. Le style des décisions de la Cour de justice de l’Union européenne », *Droit et société*, 2015, n° 91, p. 505-519.
- SCHULTZ T., « Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes », *The American Journal of Jurisprudence*, 1 janvier 2011, vol. 56, n° 1, p. 59-88.
- SCHÜTZE R., « On “Middle ground”. The European Community and Public International Law », *European University Institute Working Papers*, 2007, n° 2007/13.
- SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d’arrêt à l’adhésion de l’Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Jurisclasseur Europe*, Février 2015, n° 2, p. 4-9.
- SLAUGHTER A.-M., « A typology of transjudicial communication », *University of Richmond Law Review*, 1994, vol. 29, p. 99-137.
- SOLUM L.B., « Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions », *Legal Theory Blog* : http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html, 2004.
- STEIN E., « Lawyers, judges, and the making of a transnational Constitution », *The American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, n° 1, p. 1-27.
- TEUBNER G., « Altera pars audiatur : le droit dans la collision des discours », *Droit et Société*, 1997, n° 35, p. 99-123.
- THOUVENIN J.-M., I. OMARJEE, V. MICHEL, et J.-S. BERGÉ, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l’autonomie du droit de l’Union européenne en débat - Chronique de droit européen et comparé n° XXV », *Petites affiches*, 2010, n° 22, p. 11s.
- TIMMERMANS C., « The Magic World of Constitutional Pluralism. Book review: de Búrca Gráinne and Weiler J.H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge University Press 2012), Avbelj Matej and Komarek Jan (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Hart 2012) », *European Constitutional Law Review*, septembre 2014, vol. 10, n° 2, p. 349-358.
- TROPER M., « Argumentation et explication », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2011, n° 54, p. 3-26.
- TROPER M., « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 43-57.
- TUORI K., « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique*, 2013, vol. 1, n° 27, p. 9-36.
- VAUCHEZ A., « EU Law Classics in the Making Methodological Notes on Grands Arrêts at the European Court of Justice », *iCourts Working Paper Series*, 2016, n° 50.
- WALKER N., « The idea of constitutional pluralism », *The modern law review*, 2002, vol. 65,

n° 3, p. 317-359.

WEILER J.H.H., « The transformation of Europe », *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, p. 2403-2483.

WEILER J.H.H., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, n° 1, p. 267-306.

DE WITTE B. et Š. IMAMOVIC, « Opinion 2/13 on accession to the ECHR : defending the EU legal order against a Foreign Human Rights Court », *European law review*, 2015, vol. 40, p. 683-705.

DE WITTE B., « European Union Law: How Autonomous is its Legal Order? », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, mars 2010, vol. 65, n° 1, p. 141-155.

WRÓBLEWSKI J., « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, 1988, n° 8, p. 15-30.