

## Les interactions du droit international et européen

—

### Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen

Jean-Sylvestre Bergé

Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense (CEJEC)

#### Présentation

Le Journal du droit international propose de rendre compte annuellement du thème général des interactions du droit international et européen. Les espaces mondiaux, régionaux, nationaux, locaux et transnationaux sont le théâtre de rapports dynamiques entre les différentes méthodes et solutions retenues en droit international et européen. Ces méthodes et solutions sont amenées à circuler en dehors du système ou de la spécialité juridique qui les ont fait naître, selon des modes d'interaction extrêmement diversifiés.

Pour ce premier rendez-vous introductif, une approche du phénomène d'interaction est esquissée en trois étapes dans le contexte de l'Union européenne et, plus modestement, du Conseil de l'Europe. Il offre, en effet, de larges perspectives à la comparaison, la combinaison et la hiérarchisation du droit international et européen.

#### *Presentation*

The *Journal du droit international* is launching an annual study on interactions between International and European law. This study wants to draw attention on the various approaches of the dynamic relationship between European and international law at global, regional, national, local or transnational levels. Its intent is to focus on the multiple ways through which methods and solutions of European and international law are transplanted outside their native systems.

As an introduction, this first issue presents the relationship between European and international law in the European context. The paper analyses how this relationship develops within the EU and, to a smaller extent, the Council of Europe. A three-step approach is proposed: "comparison", "combination" and "hierarchy" of European and international law.

---

1. Le thème des interactions du droit international et européen est l'aveu d'un constat : celui d'une diversité croissante des espaces et des acteurs capables de définir et de mettre en œuvre des méthodes et solutions juridiques dans un contexte supranational. A une question donnée, de multiples réponses sont susceptibles d'être apportées par un droit international et européen aux innombrables combinaisons. La parcellisation du droit (public / privé, économique / non-économique, mondial / régional, intégré / intergouvernemental, ordonné / spontané, etc.) dans ce double environnement international (Organisation des Nations Unies, Organisation mondiale

du commerce, Organisation des Nations Unies pour l'éducation la science et la culture, Institut international pour l'unification du droit privé, Chambre du commerce internationale, Centre international de règlement des différends liés à l'investissement, Conférence de la Haye, etc.) et européen (Union européenne, Communauté européenne, Conseil de l'Europe, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, etc.) demeure nécessaire. Mais elle offre des perspectives limitées de sorte que le spécialiste est fréquemment contraint de se transporter en dehors de son domaine pour tenter de maîtriser les actions qui s'exercent d'un droit international ou européen sur l'autre.

La multiplication des lieux de fabrication et d'application du droit et les interactions qui en résultent, livrent les matériaux utiles à des constructions savantes sur les phénomènes d'internationalisation, mondialisation, globalisation, régionalisation ou transnationalisation du droit (V. par exemple, les travaux de M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial* : éd. Seuil 1998 ; *Les forces imaginantes du droit*, T1. Le relatif et l'universel, T2. Le pluralisme ordonné, T3. La refondation des pouvoirs : éd. Seuil 2004, 2006 et 2007. - C. Kessedjian et E. Loquin (ss. dir.), *La mondialisation du droit*, éd. Litec 2000. - *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, ss. dir. de H. Ruiz Fabri, éd. Sté de législation comparée, 2003. - *La mondialisation entre illusion et utopie*, *Archives de Philosophie du Droit* : éd. Dalloz, t. 47, 2003. - J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État* : éd. Montchrestien 2003. - A. Garapon et J. Allard, *Les juges dans la mondialisation* : éd. Seuil, 2005. - J. Basedow et T. Kono (dir.), *Legal aspects of Glogalization* : Kluwer Law International, 2000. - F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* : Bruxelles, 2002. - A.-M. Slaughter, *A New World Order* : Princeton University Press, 2004. - Ch. Joerges, I.-J. Sand, and G. Teubner, *Transnational Governance and Constitutionalism* : Hart Publishing, Oxford/Portland Oregon, 2004. - P. Zumbansen « *Transnational Law* » in *Encyclopedia of Comparative Law*, p. 738, Jan Smits : Ed., Kluwer Law International, 2006). Ces différentes expressions et les nombreuses significations auxquelles elles renvoient ont en commun de décrire le nécessaire dépassement de l'échelon national dans l'appréhension des phénomènes juridiques. Elles désignent ainsi, au premier niveau, la marche que le juriste doit parvenir à franchir s'il veut être capable de situer son travail dans un environnement complexe, international et européen. Elles n'en demeurent pas moins d'une approche difficile. Il n'existe pas un « droit des interactions » apte à livrer un ensemble construit de solutions. Le juriste est confronté à un pluralisme juridique mondial qu'il doit tenter d'explicitier s'il veut dégager des réponses claires et précises aux nombreuses questions qu'il se pose.

2. L'une des difficultés soulevées par le thème des interactions du droit international et européen tient à la présence, de plus en plus imposante, d'un environnement juridique mondial stratifié où le droit est élaboré sur plusieurs étages : international, régional, national, local, transnational. Ces différents niveaux sont rarement interchangeable. Ils sont le plus souvent amenés à coexister juridiquement, c'est-à-dire à être appliqués ensemble à une situation donnée. La résolution d'une question de droit proprement interne à un espace peut ainsi dépendre ou se laisser influencer par les réponses conçues dans un espace d'un autre type et réciproquement.

Cette application du droit à plusieurs étages met fréquemment en scène une forte altérité des méthodes et solutions juridiques en présence. Par exemple, une règle sur le commerce mondial peut entrer en contact avec une règle européenne destinée à protéger une valeur non marchande, et inversement. De même, un

rapport international de droit privé peut se voir appliquer une règle européenne consacrant une liberté fondamentale, etc. Pour essayer de penser les rapports entre le droit international et européen en termes d'interactions, il faut donc accepter d'appréhender ces rencontres juridiques quelque peu inattendues.

3. Une recherche de ce type ne peut être menée que si un périmètre est préalablement délimité. Les interactions du droit international et européen se présentent comme une problématique. Il est donc nécessaire, ne serait-ce que d'un point de vue méthodologique et pratique, de l'appliquer à un objet. Cet objet peut avoir une dimension matérielle ou spatiale. Dans les deux cas, l'observateur se donne un point d'ancrage au sein d'une spécialité (les rapports de droit privé ou de droit public, le commerce, l'industrie, l'agriculture, l'alimentation, la santé, le travail, la propriété intellectuelle, la finance, la concurrence, les marchés publics, la famille, etc.) ou d'un espace géographique (une aire géopolitique, une organisation régionale, un État fédéral, un État fédéré, une collectivité territoriale, une société transnationale, etc.).

Pour ce numéro d'introduction, le choix a été fait de retenir le contexte européen. Cet espace juridique régional protéiforme, dessiné pour l'essentiel par l'activité de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, à mi-chemin du droit national et international, est particulièrement propice, en effet, à l'étude des interactions du droit international et européen. Le phénomène est de plus en plus souvent étudié dans le contexte européen qui constitue un véritable laboratoire pour tous ceux qui s'intéressent à ces formes nouvelles d'interaction normative (V. W. Graf Vitzthum, C. Prieto et R. Mehdi (dir.) *Europe et Mondialisation – Europa und die Globalisierung*, éd. PUAM 2006 ; S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, éd. Bruylant, 2008.). Il suscite une activité doctrinale, textuelle et jurisprudentielle foisonnante (Voir *infra*, n° 12). Il n'est pas un point de droit qui puisse être débattu dans cet espace sans que soit mise en perspective une confrontation des méthodes et solutions du droit international et européen.

4. Pour tenter d'approcher dans ce contexte régional les phénomènes d'interaction du droit international et européen, nous adopterons un raisonnement en trois étapes suffisamment général pour pouvoir être éprouvé, le cas échéant, dans des domaines du droit très divers (pour une mise en œuvre de ce raisonnement en trois étapes s'agissant des rapports entre le droit communautaire du marché intérieur et le droit international privé, V. notre étude : *Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence* in « Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence », V. Michel (dir.), à paraître, Presses Universitaires de Strasbourg) :

- Première étape : la comparaison du droit international et européen, entendue comme la mesure de la diversité juridique (I.) ;
- Deuxième étape : la combinaison du droit international et européen qui s'appuie sur une dimension externe et horizontale des rapports entre le droit international et européen (II.) ;
- Troisième étape : la hiérarchisation du droit international et européen qui privilégie en dernière analyse une approche interne et verticale des rapports entre le droit international et européen (III.).

## I. Première étape : la comparaison du droit international et européen

5. L'étude des ressemblances et différences entre les méthodes et solutions du droit international et européen devrait s'inscrire dans le vaste processus de comparaison des droits que la science juridique désigne par l'expression « Droit comparé ». Or il n'en est rien. Le droit comparé est enfermé le plus souvent dans un double paradigme qui rend difficile, voire impossible, une prise en considération de la dimension internationale et européenne du droit. L'ensemble des ouvrages de droit comparé peuvent être cités en exemple, qu'ils portent sur les grands systèmes juridiques contemporains ou sur tel ou tel aspect de droit comparé (V. pour les manuels ou cours les plus récents parus en France, G. Cuniberti, Grands systèmes de droit contemporains, éd. LGDJ, 2007 ; R. Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, 2<sup>ème</sup> éd. Litec, 2008 ; Y.-M. Laithier, Droit comparé, éd. Dalloz 2009). Seuls font exception, certains ouvrages *sur* le droit comparé, spécialement les travaux collectifs qui consacrent une partie de leurs développements au phénomène d'internationalisation et d'eupéanisation du droit (V. *infra*, paragraphe 9, les références proposées).

Le premier de ces paradigmes cantonne la comparaison aux sphères nationales. Il n'y aurait de comparaison possible qu'entre les droits nationaux, une comparaison « horizontale » entre des données juridiques de nature équivalente, situées à un même étage du droit. Au nom du « comparer le comparable », le droit international et européen est exclu de la comparaison, dès lors qu'il entretient avec les droits nationaux une relation « verticale ». Il ne peut être saisi qu'au travers des mesures nationales qui, le cas échéant, le transposent ou le réceptionnent.

Le second paradigme repose sur la considération largement répandue selon laquelle le droit comparé se caractériserait par son absence de positivité. La comparaison des droits nationaux est généralement présentée comme un outil de connaissance. Sauf dans des cas tout à fait exceptionnels (l'énoncé d'un principe général commun aux droits de plusieurs États ou à la confrontation de solutions nationales incompatibles) elle ne permet pas de résoudre des questions juridiques concrètes. Son utilité est le plus souvent lointaine, notamment quand elle s'inscrit dans les processus nécessairement longs et aléatoires de rapprochement des droits nationaux. Cette absence de positivité du droit comparé serait un obstacle supplémentaire à l'intégration du droit international et européen dans le champ de la comparaison. Dans l'environnement international et européen, la comparaison des méthodes et solutions offre, en effet, des perspectives très différentes. Contrairement aux droits nationaux, les rapports entre le droit international et européen ne s'inscrivent pas, nous l'avons dit, dans un contexte de forte interchangeabilité (V. *supra*, n° 2). Les sources du droit international et européen s'appliquent le plus souvent de manière cumulative de sorte que leur comparaison est nécessairement synonyme de confrontation. Qu'elle conduise à une combinaison (V. *infra*, Partie II) ou une hiérarchisation (V. *infra*, Partie III) des droits en présence, la comparaison est indissociable de l'énoncé de solutions de droit positif. Elle s'éloigne donc de la conception largement répandue selon laquelle le droit comparé n'est pas apte à résoudre des cas concrets.

6. Ce double verrou, qui isole le droit comparé dans une réalité nationale de plus en plus étriquée, doit sauter. Le droit comparé ou la comparaison dans le droit ne peut délaissé pour des motifs parfaitement secondaires le processus d'internationalisation et d'eupéanisation du droit. Les pratiques et réflexions sur la comparaison en sciences sociales et humaines ont montré, depuis longtemps, les

vertus du « comparer l'incomparable » (M. Detienne, *Comparer l'incomparable*, éd. Seuil, 2000 ; C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales – Pratiques et méthodes*, éd. La Découverte, 2005). De même, la soi-disant opposition entre le droit comparé et le droit positif fait figure d'artifice quand on la confronte à la réalité du travail des juristes. La comparaison des droits a potentiellement, comme tout objet d'étude juridique, une dimension positive. Elle permet de dégager des solutions juridiques de manière plus ou moins immédiate selon le contexte dans lequel elle est utilisée. Le découpage entre la comparaison du droit national – d'essence essentiellement neutre – et la comparaison du droit international ou européen – à vocation plus instrumentale – ne répond à aucune exigence théorique ou pratique. Tantôt la comparaison est un outil de pure connaissance du droit, tantôt elle permet de définir des solutions de droit positif. Qu'elle soit envisagée dans un contexte interne ou international et européen n'y change rien.

7. Les réflexions sur une approche multidimensionnelle du droit comparé sont d'ailleurs de plus en plus nombreuses (deux ouvrages collectifs parus récemment permettent de prendre la mesure d'une ouverture du droit comparé au double contexte international et européen : M. Reimann et R. Zimmermann (dir.), *Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, spéc. la partie II ; E. Örüçü et D. Nelken, *Comparative Law*, Oxford/Portland, Oregon, 2007, spéc. la partie II. *Comparer*, qui concède néanmoins une place assez modeste au droit international et européen : P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, éd. Puf, 2009). Deux grands phénomènes y contribuent.

Le premier – international – intéresse le thème de la globalisation du droit. Face à des interrogations communes à l'humanité tout entière (droits de l'homme, environnement, sécurité, accès aux ressources naturelles et intellectuelles, etc.), la comparaison juridique implique une mise à plat de l'ensemble des méthodes et solutions existant à tous les étages du droit : local, national, international, régional, transnational (V. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, préc., spéc. n° 130 ; M. Reimann et R. Zimmermann (dir.), *Comparative Law*, préc., spéc. H. Muir Watt « Globalization and Comparative Law », p. 579 ; E. Örüçü et D. Nelken, *Comparative Law*, préc., spéc. W. Twining « Globalisation and Comparative Law », p. 69). On imagine ainsi difficilement qu'une étude comparée de la réglementation des OGM ou des pratiques de blanchiment d'argent par exemple, puisse faire abstraction des différents étages du droit. Ces questions ont bien souvent une dimension globale de sorte que la comparaison des droits implique, outre les sources nationales, celles internationales, régionales et, éventuellement, locales et transnationales.

Le second phénomène – régional – est celui de l'eupéanisation du droit auquel nous consacrons ce numéro introductif sur les interactions du droit international et européen. Le contexte européen offre un cadre d'étude particulièrement propice à la comparaison multi niveaux des droits (de très nombreuses études ont été consacrées à la place du droit comparé en droit européen : F. Rigaux, *Le droit comparé comme science appliquée*, *Revue de droit international et comparé*, Bruxelles, 1978, p. 65 ; P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la CJCE, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres*, *RIDC* 1980/2 p. 337 ; K. Lenaerts, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, *RTDE* 2001, p. 487 ; E. Banakas, *The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law*, *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, p. 179 ; W. van Gerven, *Comparative Law in a Regionally Integrated Europe*, *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, p. 155 ; B. Fauvarque-Cosson, dans sa réponse faite à la conférence de G. A. Bermann sur « Le droit

comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? », RIDC 2003, p. 530 ; F. van der Mensbrugge (dir.), L'utilisation de la méthode comparative en droit européen ; Presses universitaires de Namur, 2003 ; K. Lenaerts, Interlocking Legal Order or the European Union Variant of E Pluribus Unum, in Comparative Law before the Courts, G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve (dir.), The British Institute of International and Comparative Law, 2004 ; W. van Gerven, Bringing (Private) Laws Closer to each Other at the European Level, in The Institutional Framework of European Private Law, F. Cafaggi (ed.), Oxford, 2006, p. 37 ; Ph. Singer et J.-Ch. Engel « L'importance de la recherche comparative pour la justice communautaire », JDI 2007, p. 497 ; H. Koziol, "Comparative Law – A Must in the European Union: Demonstrated by Tort Law as an Example," Journal of Tort Law, 2007, vol. 1, n° 3, art. 5, <http://www.bepress.com/jtl/vol1/iss3/art5> ; B. Fauvarque-Cosson, "The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe", The seventh van Gerven Lecture, Europa Law Publishing, 2007 ; S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, préc.). Nul besoin d'être un expert des questions européennes, pour se rendre compte que la confrontation des méthodes et solutions définies dans le contexte de différents droits nationaux implique, de plus en plus souvent, le niveau européen qui leur est commun. Il est, par exemple, impossible aujourd'hui d'envisager une comparaison du droit des contrats en Europe sans s'appuyer sur le droit européen. La comparaison du droit de deux pays membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe a une dimension nécessairement européenne, dès lors que ces deux pays ont pour dénominateur commun, différentes « Europe » juridiques, notamment l'Europe des libertés économiques, des droits de l'homme ou du rapprochement des droits nationaux (pour une présentation des différentes « Europe » juridiques, V. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, Introduction au droit européen, éd. Puf, coll. Thémis Droit, 2008) qui, directement ou indirectement, influencent ou modifient les traits caractéristiques de chaque droit national. La comparaison horizontale de deux univers juridiques se métamorphose en une comparaison triangulaire mettant en scène, d'un côté, les droits nationaux et, de l'autre, le droit européen. La comparaison des droits devient inséparable du processus d'eupéanisation du droit. On ne peut en faire durablement abstraction au motif que le droit comparé s'est historiquement construit autour de la comparaison des seuls droits nationaux. Pour chaque comparaison, l'analyse des ressemblances et dissemblances passe par un test « d'eupéanité » du droit, c'est-à-dire par la recherche – en droit positif – d'éléments communs aux systèmes nationaux.

La coexistence de ces deux niveaux – national et européen – en fait nécessairement jaillir un troisième : le niveau international. Le droit européen entretient des liens souvent très étroits avec de nombreuses sources du droit international de sorte que sa mise en œuvre est souvent inséparable du phénomène d'internationalisation du droit. Par ailleurs, la prise en considération de différents espaces géographiques – nationaux et européens – fait naître des situations transnationales, lesquelles sont régies par le droit international. Par exemple, l'existence d'une relation contractuelle de droit public ou de droit privé localisée sur plusieurs États européens appelle le jeu de règles du droit international privé ou public qui interagissent potentiellement avec le droit européen.

**8.** Cette ouverture du droit comparé à une double dimension internationale et européenne modifie profondément la perception que les juristes peuvent avoir de leur discipline.

Une première modification tient à l'émergence progressive d'un *principe d'incomplétude*. En comparant les méthodes et solutions juridiques aux différents étages du droit – notamment national, international et européen – le juriste est amené à considérer qu'aucun d'entre eux n'a (plus) vocation à s'auto-suffire. Tout ensemble plus ou moins élaboré ou organisé de normes a un caractère nécessairement incomplet, dès lors qu'il est susceptible de devoir s'alimenter auprès d'autres ensembles.

L'incomplétude a longtemps caractérisé le seul droit international ou européen. Le principe de spécialité des compétences reconnues aux organisations interétatiques, la préexistence des Etats et des droits nationaux font que le droit « supranational » est généralement présenté comme un droit lacunaire ou subsidiaire (V. par exemple, N. Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, Droit international public, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2002, n° 389 et s.). L'existence, dans le contexte européen, de droits qui reposent sur un principe d'intégration juridique ne modifie en rien la donne. Le « droit communautaire » ou le « droit de la Convention européenne des droits de l'homme » ont beau être parvenus à s'émanciper des cadres nationaux et internationaux existants, ils n'en conservent pas moins une nature incomplète (V. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, Introduction au droit européen, préc., n° 59 et s.).

Mais elle n'épargne plus aujourd'hui le droit national. Que l'on approuve ou que l'on regrette cette évolution, le fait est, en particulier, que le développement du droit européen a conduit les Etats à rogner progressivement sur leur sphère de compétence de sorte qu'une partie de plus en plus significative de leur droit trouve sa source en dehors de l'espace national. Par exemple, un Etat membre de l'Union européenne qui souhaite modifier en profondeur son droit interne des contrats sait – ou devrait savoir – qu'il lui faut prendre en compte des méthodes et solutions qui ont cours dans l'espace international et européen. Même s'il considère, à juste titre, que sur un nombre important de points, il conserve la maîtrise de ses choix de politique et technique juridiques, il n'échappera pas au stade de la mise en œuvre de son droit national aux interactions du droit international et européen. Il est donc souhaitable qu'il se montre capable de les anticiper.

9. La conception que le juriste peut se faire de sa discipline est également modifiée par un *principe de situation*. Une approche délibérément ouverte de la comparaison révèle que le droit international et européen peut être amené à circuler hors du contexte qui lui a permis de voir le jour. En raison de cette circulation, ces droits ne déploient proprement leurs effets qu'à partir du moment où ils sont situés dans un contexte donné. Les méthodes et solutions juridiques internationales et européennes sont inséparables de l'espace dans lequel elles sont mises en œuvre. Un principe, une règle ou une décision n'a pas de valeur juridique absolue. Cette dernière est, par essence, relative. Elle peut fortement varier, dès lors qu'elle est déplacée à un niveau totalement différent de celui qui l'a fait naître. L'observation n'est pas nouvelle s'agissant de la définition théorique de l'ordre juridique et du critère de « relevance » (Santi Romano, L'ordre juridique, trad. P. Gothot et L. François, éd. Sirey 1975, rééd. Dalloz, 2002). Elle a été très travaillée, dans le contexte national, pour l'application du droit étranger (V. par exemple, dernièrement : D. Sindres, La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, éd. LGDJ, 2008, spéc. n° 270 et s. Comparer dans la doctrine publiciste : F. Melleray (dir.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, éd. Bruylant 2007, spéc. O. Dubos « Le droit administratif et les situations transnationales : des droits étrangers au droit comparé ? », p. 69), du droit international uniforme (V. les discussions anciennes menées à propos de la célèbre jurisprudence Hocke : Cass.

com. 4 mars 1963, JDI 1964, p. 806 note B. Goldman ; P. Lagarde « Les interprétations différentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? » : RCDIP 1964, p. 235 ; Comp. récemment, P.-Y. Gautier « Inquiétude sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in Mélanges P. Lagarde, Dalloz 2005, p. 327 ; D. Sindres, La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, préc.) et du droit communautaire dérivé (V. J. Porta, La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, éd. Fondation Varenne : LGDJ (2 t.), 2007). Mais elle reste, sans doute, largement inexplorée s'agissant des interactions du droit international et européen.

Le paysage juridique européen offre, une fois de plus, des perspectives de recherche tout à fait intéressantes. Les méthodes et solutions du droit international et européen peuvent être appréhendées différemment selon qu'elles sont appliquées par la Cour de justice des Communautés européennes dans le contexte des traités UE et CE ou par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre du respect des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce constat ne vaut pas seulement pour le juge mais pour l'ensemble des acteurs (par exemple, dans le paysage institutionnel de l'Union européenne, la même question n'appelle pas la même analyse selon que la Commission, le Parlement ou le Conseil en est saisi). Les analyses en présence ne sont généralement pas contradictoires. Mais elles emprunteront des voies potentiellement propres selon l'interprète compétent et l'ordre ou le système juridique qui lui sert de référence. Par exemple, une liberté syndicale, telle qu'elle est consacrée à différents étages du droit, notamment en droit international et européen, n'est pas saisie exactement de la même manière selon qu'elle est confrontée à un impératif européen de protection des droits de l'homme ou de liberté de circulation (V. en comparaison, à propos des affaires CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, Viking et 18 déc. 2007, aff. C-341/05, Laval & CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, Req. 34503/97 : S. Robin-Olivier, "Normative interactions and the Development of Labour Law, A European Perspective", Cambridge Yearbook of European Legal studies, 2009, Hart Publishing, à paraître). De même, la mise en œuvre d'une résolution d'une organisation internationale n'appellera pas le même raisonnement selon le contexte dans lequel les juridictions européennes en sont saisies (V. à propos des affaires CEDH, 31 mai 2007, Behrami et Behrami c/ France, Req. 71412/01 et Saramati c/. France, Allemagne et Norvège, Req. 78166/01 ; CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jtes C-402/05 et C-415/05 : M. Forteau « La CJCE et la CEDH face à la question de l'articulation du droit européen et du droit des Nations Unies : quelques remarques iconoclastes », in J.-M. Thouvenin (dir.), A la rencontre des droits (international, communautaire et interne) – Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi, Journée d'études du CEDIN, RMCUE 2009, p. 397).

La comparaison internationale et européenne livre, au premier niveau, une manière de comprendre les méthodes et solutions juridiques chaque fois qu'elles sont appréhendées hors du contexte qui les a vu naître. Elle requiert, en deuxième analyse, un effort de combinaison des droits.

## **II. Deuxième étape : la combinaison du droit international et européen**

**10.** La deuxième étape de combinaison du droit international et européen suppose que les rapports d'interaction soient saisis dans une double dimension *externe* et *horizontale*. La combinaison des méthodes et solutions du droit international et européen requiert que chacun des espaces juridiques soit



appréhendé dans sa relation avec les autres, c'est-à-dire dans les rapports externes qu'ils entretiennent les uns avec les autres. Cette projection des différents droits internationaux et européens en présence s'opère sur un mode essentiellement horizontal : dans cette étape de combinaison des droits, le juriste tente de répondre à la question qu'il se pose en traitant de manière égale – à plat – l'ensemble des méthodes et solutions juridiques disponibles (sur les vertus d'une approche horizontale, comparées aux potentialités plus réduites offertes par l'approche verticale traditionnelle : V. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, T2. Le pluralisme ordonné, préc., p. 187 et s).

Dans le contexte international et européen, différents phénomènes de combinaison de droits peuvent être observés. Les interactions de ce type intéressent tous les espaces juridiques, qu'ils aient une dimension notamment mondiale ou régionale. La préférence ayant été donnée dans cette étude introductive au contexte européen, nous nous intéresserons à la manière dont le droit de source internationale interagit avec le droit européen.

**11.** Différents phénomènes caractérisent la combinaison des méthodes et solutions du droit international et européen dans le contexte européen, spécialement celui formé par le droit de l'Union européenne.

Un premier phénomène tient à la très forte *imbrication* des sources internationales et européennes. Il est assez fréquent – et somme toute très banal – qu'un texte de droit dérivé (règlement, directive, décision) intervienne pour faciliter la mise en œuvre d'un accord international dans l'Union européenne. Par exemple, un règlement européen définit les règles de procédure interne qui permettent aux institutions de l'Union européenne d'agir devant une instance internationale en cas de différends entre Etats. (V. s'agissant de l'organe de règlement des différends de l'OMC : Règlement CE n°3286/94 (modifié) arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international). De manière comparable, un texte européen peut être adopté en vue d'harmoniser les positions des États membres de manière à ce qu'ils respectent les normes internationales (V. par exemple, à propos de normes de sécurité internationales contenues dans une convention relative à l'aviation civile internationale : PE et Cons. UE, dir 2004/36/CE (modifiée), 21 avr. 2004 concernant la sécurité des aéronefs des pays tiers empruntant les aéroports communautaires). Il peut arriver, à l'inverse, que la Cour de justice s'appuie sur un texte international pour mettre en œuvre une règle européenne. Ainsi, statuant sur un recours en annulation intenté contre une décision du Conseil rendue sur une base juridique erronée, la Cour de justice a, pour considérer que l'objet de cette décision (conclusion d'un accord international « Energy Star » avec les États-Unis) s'inscrivait au titre de la seule politique commerciale commune à l'exclusion de toute référence utile à la politique de protection de l'environnement, pris appui, entre autres arguments, sur une qualification retenue par l'Accord OMC sur les obstacles techniques au commerce (CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-281/01, Comm. CE c/ Conseil). La logique d'imbrication est poussée plus loin par les juges quand ils cherchent à associer étroitement la règle européenne à la mise en œuvre d'un texte international, dès lors qu'un principe général est en jeu. C'est le cas, tout à fait remarquable, du célèbre arrêt « *Gottardo* » (CJCE, 15 janv. 2002, aff. C-55/00) portant extension du bénéfice d'une convention bilatérale de sécurité sociale conclue entre l'Italie et la Suisse à une ressortissante française, au nom du principe européen d'égalité - art. 12 CE). Enfin la Cour de justice a admis parfois que les États

pouvaient remplir leur obligation de transposer les directives par le truchement d'un accord international. Ainsi, statuant dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, elle a considéré qu'un État membre n'avait pas failli à son obligation de transposer la disposition d'une directive (Cons. CE, dir. 92/43/CEE (modifiée), 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages) dès lors qu'il justifiait de la ratification de deux conventions internationales (notamment la Convention de Rio sur la diversité biologique) dont le contenu est de nature à satisfaire les exigences posées par la directive européenne (CJCE, 13 fév. 2003, aff. C-75/01, Comm. c/ Lux).

Cette imbrication des sources internationales et européennes est telle au sein de l'Union européenne qu'elle donne lieu à un deuxième phénomène : le *mimétisme*. Le cas le plus significatif est celui des principes généraux du droit européen dégagés par la Cour de justice. Ces sources non écrites du droit européen ont été allègrement puisées dans un fonds commun constitué notamment des principes généraux du droit international et des instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme (V. pour le premier arrêt rendu par référence à un principe général de droit international : CJCE, 27 fév. 1962, aff. 10/61, Commission c/ Italie). En dehors de cette première hypothèse, il est très fréquent que des normes européennes écrites de droit primaire ou dérivé s'inspirent de textes antérieurs de droit international. L'exemple le plus remarquable porte sur les dispositions du Traité CEE de 1957, comparées à celles, parfois très proches, énoncées par l'accord du GATT de 1947 (par ex. actuel art. 30 CE et art. XX du GATT qui, par une formulation très voisine, définissent des exceptions au libre-échange). Il en existe d'autres, très nombreux, en droit dérivé, spécialement quand il s'inscrit dans le processus de rapprochement des législations nationales des États membres (V. par exemple, dans le domaine de la réglementation contractuelle, l'analyse systématique proposée par I. Rueda : *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats dans le contexte communautaire*, Thèse Toulouse, 2008). Un troisième cas a trait au travail des juges dont l'interprétation permet de réduire considérablement les hypothèses de conflit de normes. Les rapports entre le droit de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe (par exemple, s'agissant de la Convention COE de 1989 en matière de radiodiffusion : CJCE, 10 sept. 1996, aff. C-222/94, comm. c/ RU), spécialement quand ils concernent l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fourmillent d'exemples (V. l'analyse synthétique proposée *in* J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, préc., n° 319 à 335). Mais ils ne sont pas les seuls. D'autres concernent l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (par exemple, la Convention d'Union de Paris de 1883 ou la Convention de Berne de 1886 : CJCE 3 fév. 2000, aff. C-293/98, Egeda ; CJCE 9 oct. 2001, aff. C-377/98, Pays-Bas c/ PE et Cons. CE), l'Organisation internationale du travail (sur l'égalité homme/femme dans les relations du travail : CJCE, 15 juin 1978, aff. 149/77, Defrenne) ou, encore, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (V. à propos de l'interprétation conforme de l'accord AETR (transport routier) et d'un règlement communautaire : CJCE, 16 juin 2003, aff. C-439/01, Cipra), etc.

**12.** L'activité juridique de ces dernières années ou ces derniers mois montre que la question de la combinaison du droit international et européen demeure d'une grande actualité.

Sur le terrain doctrinal, on songe aux discussions menées de manière continue par les internationalistes et les communautaristes sur l'impact exercé par la construction européenne sur le phénomène de fragmentation du droit international

public (L. Gautron et L. Grard (dir.), *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Pedone, 2000, en particulier D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *ibid*, p. 207. Comp. en contrepoint, l'analyse de A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1997, Vol. V, Book 2, p. 193. L. Azoulai, « The Acquis of the European Union and International Organisations », *ELJ* 2005, 196 ; J.-M. Thouvenin et C. Tomuschat (dir.), *Droit international et diversité des cultures juridiques (journées franco-allemandes), spéc. les développements sur l'approche européenne du droit international*, éd. Pedone, 2008). Les internationalistes privatistes ne sont pas en reste qui s'interrogent de plus en plus massivement sur le thème devenu central de l'eupéanisation de leur discipline (V. notamment, le cours précurseur de M. Fallon « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI 1995 (vol. 253)*, p. 9-281 ; Voir, plus récemment, avec les nombreuses références citées, M.-L. Niboyet et J.-S. Bergé (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant 2003 ; A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, éd. Dalloz, 2004 ; F. Marchadier, *Les principes généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, 2007 ; M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique – l'expérience du marché intérieur*, éd. LGDJ 2008 ; S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, éd. Dalloz 2009).

Dans le domaine de la production des textes, aucune institution européenne, qu'elle émane de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, ne peut faire l'économie d'une confrontation des sources internationales et européennes existantes dès lors qu'elle est chargée d'élaborer un nouvel instrument conventionnel ou de droit dérivé. Ainsi, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne mobilisent des moyens importants au titre des « relations extérieures ». Sur le terrain institutionnel, cela se traduit par une coopération systématique avec les principales organisations internationales et de très nombreux pays tiers (voir, les sites Internet des deux organisations, rubrique « relations extérieures »). Sur le plan de la production normative, les sources internationales écrites du droit de l'Union européenne se sont considérablement développées ces dernières années. Si de 1950 à 1974, 18 accords seulement ont été conclus, 450 ont été adoptés entre 1975 et 1999 et 644 ont trouvé une place dans l'ordre juridique européen entre 2000 et 2008. Durant cette dernière période, le nombre des actes adoptés par les organes internationaux créés par la Communauté européenne et des États tiers (par exemple : accord sur l'EEE, accords d'association) s'élevaient à 1997. Ce processus d'élaboration des textes nouveaux ne concerne pas seulement les questions dites « globales » de portée mondiale (protection des droits de l'homme, de l'environnement, lutte contre le crime organisé ou le terrorisme, organisation et contrôle des marchés, etc.). Il affecte l'ensemble des domaines du droit concernés par l'activité normative internationale et européenne (droit social, droit des contrats, droit des professions réglementées, droit de la normalisation, droit de la propriété intellectuelle, etc.).

Enfin, l'activité jurisprudentielle européenne regorge d'exemples d'imbrication du droit international et européen. A s'en tenir à la seule jurisprudence de ces derniers mois rendue par les deux grandes juridictions européennes, on observe que les cas de combinaison du droit européen (Union européenne ou Conseil de l'Europe) et du droit international ne cessent de croître. C'est le cas par exemple pour l'ONU (CEDH, 31 mai 2007, Req. 71412/01, *Behrami et Behrami c/ France* et Req.

78166/01, Saramati c/ France, Allemagne et Norvège ; CJCE, 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, Kadi et Al Barakaat), l'OMC (CEDH, 2 août 2006, Req. 8112/02, De Luca c/ France ; CJCE, 9 sept. 2008, aff. jtes C-120/06 P et C-121/06 P, FIAMM ), l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (CEDH, 13 nov. 2007, Req. 57325/00, D.H. ea c/ République Tchèque ; CJCE, 5 mars 2009, aff. C-222/07, UTECA), OIT (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, Viking et 18 déc. 2007, aff. C-341/05, Laval ; CEDH, 12 nov. 2008, Req. 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie) ou OMPI (CEDH, 11 janv. 2007, Req. 73049/01, Anheuser-Busch c/ Portugal ; CJCE, 17 avril 2008, aff. C-456/06, Peek & Cloppenburg).

**13.** La combinaison du droit international et droit européen dans le cadre de l'Union européenne ou, plus modestement, du Conseil de l'Europe est manifestement protéiforme. Elle fait intervenir potentiellement toutes sortes d'acteurs (institutionnels ou non institutionnels) agissant aux différents stades d'élaboration et, surtout, d'application du droit. Le juge, notamment européen, occupe incontestablement une place privilégiée (M. Bronckers « The Relationship of the EC Courts with other International Tribunals: Non-Committal, Respectful or Submissive ? », CMLR 2007, 601) même s'il ne faudrait pas exagérer ses capacités à maîtriser le phénomène qu'il anime d'articulation des droits (A. Garapon et J. Allard, Les juges dans la mondialisation, éd. Seuil, 2005). Cette combinaison se montre fréquemment peu respectueuse du domaine spatial et matériel des règles en présence.

Ce caractère foisonnant et quelque peu désorganisé du processus d'agencement du droit international et européen trouve sa cause dans l'absence de principes directeurs aptes à gouverner une circulation horizontale des méthodes et solutions du droit international et européen. La très forte altérité des droits en présence, conçus à des étages différents du droit et la faible substituabilité qui en résulte, expliquent cette lacune dans l'énoncé de règles générales coordinatrices ou répartitrices, équivalentes à celles que les internationalistes privatistes sont habitués à manier. Hors l'hypothèse, somme toute exceptionnelle, d'un véritable conflit (Voir *infra*, Partie III ), il n'existe pas de mécanismes juridiques organisant le processus de combinaison du droit international et européen. Par exemple, l'application d'une résolution des Nations Unies, d'une décision de l'Organe de règlement des différends, d'une Convention de l'Organisation internationale du travail au sein de l'espace européen ne devrait pas être appréhendée juridiquement de la même manière, dès lors que la Communauté européenne, par exemple, n'est pas membre des Nations Unies ou signataire des conventions de l'Organisation internationale du travail, alors qu'elle est partie, aux côtés des Etats membres, à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Or, on observe que toutes ces sources alimentent de manière relativement égale un processus de circulation du droit international et européen. L'approche se veut résolument ouverte. Elle soulève généralement les mêmes questions que celles que nous avons évoquées, notamment en termes d'imbrication et de mimétisme.

La combinaison des droits n'est pas toujours possible néanmoins. La logique externe et horizontale qui l'anime ne parvient pas systématiquement à déployer ses potentialités coordinatrices. Il est parfois nécessaire, en ultime étape, de procéder à leur hiérarchisation.

### **III. Troisième étape : la hiérarchisation du droit international et européen**

14. La projection des méthodes et solutions du droit international et européen hors du contexte qui les a vu naître fait apparaître parfois des manifestations de rejet. C'est l'hypothèse du conflit de normes et au-delà du conflit de systèmes.

Des travaux importants ont été consacrés en droit international au thème du conflit de conventions, compris de manière plus ou moins large (en langue française, l'article de référence demeure celui de Ch. Rousseau, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », RGDIP 1932, p. 33. Pour une approche de la question au regard du contenu substantiel des conventions internationales : F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, 1. Abrégé théorique et pratique, 2. Partie spéciale : le droit des conflits de conventions, éd. Pedone, 1976 et 1980. V. également plus récemment : C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, éd. LGDJ, 2001 ; D. Bureau, *Les conflits de conventions*, Tx du com. fr. de DIP, éd. Pedone, 2001, p. 201). Mais la démarche retenue s'accorde mal avec la parcellisation du droit international et le développement du droit régional. Pour que le règlement des conflits soit parfaitement adapté, il faut que les principes, règles ou décisions en conflit portent sur le même objet et lient les mêmes parties. Or très souvent, ce n'est pas le cas. Le règlement des conflits passe alors par une hiérarchisation du droit international et européen, chaque système, en se repliant sur lui-même, adopte une démarche strictement interne, marquant ainsi une préférence pour ses solutions propres. On tentera de livrer une explication de ce phénomène dans le contexte européen.

15. Le système juridique européen, spécialement le droit de l'Union européenne, a cherché très tôt à se protéger des influences extérieures, influences d'autant plus redoutées que les sources internationales y occupent une place grandissante (Voir *supra*, paragraphe 12). Les manifestations de ce réflexe d'auto-protection qui conduit à un dédoublement de l'ordre européen et international sont multiples. On en donnera quatre grandes illustrations.

La première illustration vise la place occupée par les principes, règles et décisions du droit international dans le système juridique de l'Union européenne. Si, pour la simplification du propos, l'on s'en tient aux seules conventions internationales liant la Communauté ou l'Union, laissant notamment de côté l'épineuse question du statut de la coutume internationale dans le système juridique européen, on observe qu'au regard de la hiérarchie des normes européennes, elles sont placées en dessous des traités constitutifs mais au-dessus du droit dérivé. Cette soumission de la norme internationale au droit primaire joue un rôle essentiel dans la construction européenne, puisqu'elle révèle la dimension fondamentale des Traités CE et UE. Ces derniers ont, dans l'ordre juridique européen, une valeur suprême qu'aucun traité international ne peut en principe remettre directement en cause. Par distinction – la norme internationale est clairement distinguée de la norme européenne – et hiérarchisation – la norme européenne primaire est placée au-dessus de la norme internationale – les sources internationales ont incontestablement permis à l'ordre juridique européen de se doter d'une portée comparable à celle que l'on reconnaît aux constitutions nationales (CJCE 14 déc. 1991, Avis 1/91, à propos de l'accord sur l'*Espace économique européen* (EEE) : « Le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit »).

Une deuxième série d'exemples porte sur l'interprétation autonome des sources du droit européen, y compris dans l'hypothèse où leur formulation est identique à celle retenue par des sources internationales. Le phénomène peut être

constaté, tout d'abord, s'agissant des principes généraux du droit. L'énoncé par la juridiction européenne, de principes européens à l'aide notamment des règles coutumières internationales, lui a permis de s'affranchir parfois des définitions existantes (TPICE, 27 janv. 1997, aff. T-115/94, Opel Austria. V. en sens contraire, condamnant fermement cette position : CJCE 16 juin 1998, aff. C-162/96, Racke). Mais il est également observable pour les sources écrites du droit international. L'affirmation selon laquelle la norme européenne, dont la formulation est identique à une source internationale, peut recevoir une interprétation autonome, potentiellement différente de celle reçue dans l'ordre international (V. par ex., le cas d'accords d'association CE/État tiers dont le contenu est sur tel ou tel point exactement identique au traité CE et qui pourtant font l'objet d'une interprétation différente, compte tenu des objectifs propres de l'ordre juridique communautaire : CJCE 9 fév. 1982, aff. 270/80, Polydor. Des contre-exemples existent néanmoins : V. notamment CJCE, 8 mai 2003, aff. C-438/00, Deutscher Handballbund), est un autre exemple d'appropriation. Le phénomène est d'autant plus développé que les institutions européennes s'efforcent, chaque fois qu'elles en ont la possibilité, de doubler la norme internationale d'une source de droit dérivé dont l'interprétation pourra être plus facilement maîtrisée.

La troisième illustration est tirée de la manière dont la Cour de justice a refusé parfois de reconnaître un effet direct à des conventions internationales liant la Communauté ou l'Union européenne. Ainsi par exemple, les règles en matière d'invocabilité des conventions internationales au sein du système juridique européen ont été pour l'essentiel dégagées par la jurisprudence, souvent subtile sur le sujet (CJCE, 12 déc. 1972, aff. 21 à 24/72, International Fruit Company ; comparer, recourant à un principe d'interprétation conforme chaque fois que l'instrument international n'est pas d'effet direct : CJCE, 16 juin 2003, aff. C-439/01, Cipra). L'exemple le plus connu est celui des accords conclus dans le cadre de l'OMC. La Cour de justice ne souhaite pas manifestement que les règles du commerce mondial interfèrent de manière systématique sur le contentieux de la légalité des textes de droit européen dérivé (CJCE 10 déc. 2002, aff. C-491/01, BAT ea ; CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, aff. C-377/02, Van Parys, refusant ouvertement d'apprécier la légalité d'une directive au regard d'un accord OMC). Cette attitude peut se comprendre et elle est, à vrai dire, de bonne guerre dans la mesure où elle est pratiquée par de nombreux partenaires commerciaux de l'Europe. Il n'empêche que le traitement différencié de la norme internationale est patent : la Communauté européenne entend tout mettre en œuvre pour que les différends avec des États tiers soient réglés par l'organe de règlement des différends de l'OMC mais elle se protège en interne de l'influence qui pourrait exercer les règles du commerce mondial.

Un quatrième exemple vise la manière dont la Communauté ou l'Union européenne milite en faveur de l'insertion de clauses de déconnexion dans des conventions internationales à l'élaboration desquelles elle a pourtant participé. Selon ces clauses, la convention internationale n'est pas applicable dans les rapports internes à la Communauté chaque fois qu'il existe – ou qu'il est susceptible d'exister – une réglementation européenne en ce domaine. Les exemples sont connus en matière de radiodiffusion (Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière de 1989), de faillite internationale (Convention d'Istanbul du Conseil de l'Europe de 1990) et de protection des biens culturels (Convention d'Unidroit de 1995).

**16.** Le repliement de l'ordre juridique européen sur lui-même a connu récemment un développement jurisprudentiel remarqué dans l'arrêt « Kadi et Al

Barakaat » (CJCE, 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05 et C-415/05, Kadi et Al Barakaat : V. conclusions de l'Avocat général P. Maduro ; D. Simon et A. Rigaux, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », Europe 2008, Etude n° 9 ; P. Cassia, F. Donnat, « Terrorisme international et droits fondamentaux: les leçons du droit communautaire », RFDA 2008, p. 1204 ; J.-M. Thouvenin, Le droit communautaire, le droit international et l'arrêt Kadi : RMCUE 2008, p 653 ; M. Gautier « Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux : le droit international sous la surveillance de la CJCE : JCP G 2008, II, 10186 ; H. Flavier « Les rapports entre le droit communautaire et le droit des Nations Unies » : Dr. adm. 2008, comm. 151 ; L. Sinopoli « Les droits fondamentaux, clef d'imbrication des ordres juridiques : la CJCE restitue le dernier mot à l'ordre juridique de l'Union européenne » : Gaz. Pal. 20 et 21 fév. 2009, p. 39 ; M. Beulay, « Les arrêts Kadi et Al Barakaat International Foundation : Réaffirmation par la Cour de justice de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis du droit international » : RMCUE 2009, p. 32 ; D. Delcourt « La participation du juge à l'édification de la pyramide des sources internes et externes du droit communautaire » : D. 2009, p. 1118. V. également, en anglais, M. Payandeh et H. Sauer, "European Union: UN sanctions and EU fundamental rights" : International Journal of Constitutional Law 2009, p. 306 ; K. S. Ziegler « Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law : The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights », University of Oxford, Legal Research Paper Series : <http://ssrn.com/abstract=1358376> .V. enfin, les actes du colloque organisé par le CEDIN de Nanterre : J.-M. Thouvenin (dir.), A la rencontre des droits (international, communautaire et interne) – Les rapports de systèmes après l'affaire Kadi : RMCUE, 2009, pp. 352-418).

Statuant sur la validité de dispositions de droit communautaire dérivé mettant en œuvre des résolutions des Nations Unies prononçant des sanctions individuelles en matière de lutte contre le terrorisme (voir également, depuis : TPI, 11 juin 2009, aff. T-318/01, Othman), la Cour de justice a entendu hisser un débat technique (une partie importante de la décision a été consacrée à la discussion sur la base juridique du règlement litigieux), aux enjeux pratiques relativement limités (dans cette affaire, un nouveau règlement communautaire est intervenu (Comm. CE, règl. n° 1190/2008, 28 nov. 2008) pour réinscrire, au terme d'une nouvelle procédure, les auteurs des pourvois introduits devant la Cour de justice sur la liste des personnes sanctionnées), au niveau le plus général et théorique.

Pour la Cour de justice, en effet, la question était de savoir :

« si 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 (...) un tel contrôle constitue une garantie constitutionnelle relevant des fondements mêmes de la Communauté » (pt. 290).

Au terme d'une motivation particulièrement ciselée, la Cour considère 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 » (pt. 326)

Elle annule, en conséquence, les décisions attaquées du Tribunal de première instance au motif que :

« le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant, (...), 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* » (pt. 327).

Cette analyse procède d'une réaffirmation de l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international dans sa dimension « fondamentale ». Elle s'inscrit dans la lignée de grands arrêts antérieurs (CJCE 5 février 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos ; CJCE 14 déc. 1991, Avis 1/91, préc.). Quand l'hypothèse du conflit entre l'ordre international et l'ordre européen se fait jour, la juridiction communautaire s'emploie à dresser une cloison étanche entre les systèmes. Elle considère, en dernière analyse, que la structure fondamentale interne de l'espace juridique européen ne saurait dépendre d'un autre système juridique, fût-il international. Par préférence, elle hiérarchise le droit européen et le droit international dans les rapports internes à l'espace européen, tout en sachant pertinemment que dans sa dimension externe, l'Europe peut avoir à rendre compte, le cas échéant, du non-respect de ses obligations internationales (cf. supra « Kadi et Al Barakaat », pt. 288).

**17.** La vision « radicalement dualiste » (D. Simon et A. Rigaux, « Le jugement des pourvois dans les affaires Kadi et Al Barakaat : smart sanctions pour le Tribunal de première instance ? », préc., § n° 13) des conflits de systèmes, véhiculée par la Cour de justice dans cette affaire n'est pas propre à l'espace européen. Elle est présente à tous les étages du droit, notamment national et international, chaque fois qu'un ordre ou un système se sent menacé dans son équilibre par une force juridique extérieure. Elle permet à chaque ordre ou chaque système de désigner le contenu des principes, règles ou décisions qui ont un caractère fondamental.

Qu'en est-il dans l'ordre juridique européen ? Dans l'arrêt « Kadi et Al Barakaat » (préc.), la Cour de justice s'est référée à deux dimensions essentielles de l'Union européenne :

- *la Communauté de droit* (CJCE, 3 sept. 2008, préc., pt. 280 : « 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) ») ;
- *la protection des droits de l'homme* (CJCE, 3 sept. 2008, préc., pt. 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 francophone et germanophone e.a.*, C-305/05, Rec. p. I-5305, point 29 et jurisprudence citée) »).

Ces deux dimensions traduisent, de manière tout à fait classique, la clé de voûte de deux grandes « Europe » juridiques : « l'Europe des institutions » et « l'Europe des droits de l'homme ».

Mais l'Europe a d'autres visages. Il existe également une Europe des « libertés économiques », une Europe « du rapprochement des droits nationaux » et, de manière de plus en plus visible, une Europe formée par « un espace de liberté, sécurité et justice ». Chacune de ces « Europe » a potentiellement une dimension fondamentale propre qui ne se confond pas nécessairement avec celle(s) qui soutienne(nt) les autres. La « liberté de circulation », l'énoncé de « solutions juridiques européennes uniformes », la « confiance » sont autant de valeurs capables de supporter un rapport de force entre le droit international et européen dans cette étape ultime de hiérarchisation. Sans doute, faut-il s'employer – cette chronique est une invitation en sens – à mieux les découvrir, en sériant au plus près le contexte souvent très spécialisé qui entoure les conflits entre les ordres et les systèmes. La dernière étape de hiérarchisation du droit international et européen est à cet égard très utile. Elle offre la voie la plus appropriée pour saisir le pluralisme juridique dans sa dimension « fondamentale ».

**18.** Au final, l'appréhension en trois étapes du phénomène d'interaction du droit international et européen dans le contexte européen est un encouragement à aller plus loin dans la connaissance des nombreux espaces situés aux différents étages du droit. Pour chacun d'entre eux, la question récurrente se pose de leur éventuelle spécialité et donc de leur incomplétude et complémentarité.