

**Marc Guerrini**

# Les mécanismes de régulation des conflits entre les différents ordres juridiques

## I. Le rôle du principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité trouve son origine historique dans la doctrine chrétienne avec l'idée que les difficultés sociales doivent trouver des solutions au plus près des personnes concernées, au niveau de proximité le plus poussé. À l'heure actuelle et dans le cadre du droit de l'Union européenne, l'article 5§3 du TUE dispose que :

« En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Ce principe est intimement lié à deux autres principes structurels de l'Union européenne : celui de la compétence d'attribution selon lequel l'Union européenne n'est compétente que dans les domaines de compétence qui lui ont été dévolus par les États, et le principe de proportionnalité qui implique que l'action de l'Union ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de subsidiarité s'exprime à travers la condition de recevabilité des recours tenant à l'épuisement des voies de recours internes. Par ailleurs, le Protocole additionnel n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit d'inscrire expressément le principe de subsidiarité dans le préambule de la Convention par la formule suivante : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et

libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention ».

Dans le cadre de l'Union européenne, le principe de subsidiarité possède un triple intérêt. Premièrement, il permet de rassurer les États du point de vue de l'exercice des compétences partagées de l'Union. Deuxièmement, la subsidiarité nourrit la légitimité de l'Union européenne et notamment la légitimité du processus décisionnel. Apparaît ainsi dans le cadre de l'Union européenne une exigence de qualité de la loi européenne qui est en grande partie fondée sur le respect du principe de subsidiarité et qui se concrétise notamment dans la publication de rapports annuels du « Mieux légiférer ». Enfin, troisièmement, la subsidiarité offre une forme d'alternative au principe de souveraineté qui est souvent problématique s'agissant des questions de compétences en abordant ces dernières non pas du point de vue de leur titulaire, mais davantage du point de vue de leur exercice effectif.

Il est possible d'évoquer deux points s'agissant du principe de subsidiarité : d'une part ce dernier s'accompagne de certaines garanties qui apparaissent satisfaisantes et, d'autre part, il existe des effets « ramnants » qui méritent d'être mentionnés.

1. Si l'idée de la subsidiarité est relativement aisée à appréhender, il n'en va pas de même s'agissant de son application concrète. Deux critères peuvent être déduits de l'article 5§3 du TUE. Premièrement, se dégage un critère de l'insuffisance de l'intervention au niveau étatique. Le second critère tient à une amélioration qualitative de l'action qui serait menée par l'Union européenne. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui avait été adopté à l'occasion du traité d'Amsterdam donnait des indications qui peuvent éclairer ce point mais qui n'ont pas été reprises par le dernier protocole accompagnant le traité de Lisbonne. Il indiquait, notamment, pour illustrer le saut qualitatif de l'action de l'Union le fait que la question concernée comporte des aspects transnationaux qui ne peuvent être réglés de manière satisfaisante au seul niveau de l'État.

Le processus décisionnel au sein de l'Union européenne veille rigoureusement à respecter le principe de subsidiarité. Cela ressort

notamment de l'accord interinstitutionnel du 25 octobre 1993 « Démocratie, transparence et subsidiarité ». La Commission doit, par exemple, dans l'exposé des motifs de ses actes justifier l'intervention de l'Union dès lors qu'on se situe dans un domaine de compétence partagée. Elle établit également un rapport annuel à l'intention du Parlement et du Conseil sur le respect de ce principe. L'apport principal du traité de Lisbonne repose certainement sur le rôle conféré aux parlements nationaux dans la surveillance du respect du principe de subsidiarité. Ces derniers sont notamment informés de toutes les propositions législatives de la Commission et peuvent faire connaître, dans un délai de 8 semaines, leurs observations qui devront être prises en compte par la Commission, le Parlement et le Conseil. Est également prévu un mécanisme d'alerte. Si une proposition législative voit une opposition d'un tiers des parlements nationaux la Commission devra réexaminer sa proposition. En outre, les parlements nationaux, par l'intermédiaire de leurs États, ainsi que le Comité des régions, peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne afin qu'elle s'assure du respect du principe de subsidiarité. Il existe donc depuis le traité de Lisbonne une surveillance largement politisée du respect de ce principe mais qui se double, évidemment, d'un contrôle de nature juridictionnelle. Sur ce point, la Cour de justice contrôle plus fermement le respect de la subsidiarité alors qu'elle s'était cantonnée pendant un certain temps à un contrôle restreint, de l'erreur manifeste. La Cour vérifie de manière rigoureuse que la mesure devait effectivement être mieux réalisée au niveau de l'Union qu'au niveau de l'État dont l'action apparaissait insuffisante.

2. Au-delà de ces nombreuses garanties, le principe de subsidiarité possède des effets moins visibles, plus surprenants, parfois paradoxaux. Le paradoxe n'est, à l'origine, guère étranger à ce principe tant au niveau de sa conception qu'au niveau de sa mise en œuvre. En effet, du point de vue de sa conception, il provoque dans l'esprit de ses observateurs tout et son contraire. Ainsi, principe d'origine fédérale, il a satisfait dès ses premières formulations les défenseurs d'une Europe fédéraliste alors que, dans le même temps, il rassurait ceux qui s'inquiétaient de l'accroissement des compétences de l'Union. Quant à sa mise en œuvre, on peut en premier lieu avancer que le principe de subsidiarité est susceptible de préserver la diversité nationale tant que celle-ci ne va pas à l'encontre

des objectifs de l'Union européenne, notamment s'agissant des droits fondamentaux en renvoyant à l'idée qu'un droit est d'autant mieux protégé qu'il est empreint de l'identité culturelle de l'État qui le consacre. Mais, dans le même temps, le principe de subsidiarité provoque une grande porosité des systèmes. Il permet bien sûr de préserver l'intervention privilégiée de l'État et certains particularismes nationaux mais, simultanément, la subsidiarité provoque un effet rampant de « conventionnalisation » ou de « communautarisation » des systèmes juridiques. Ce phénomène est imputable à la subsidiarité juridictionnelle qui fait des juridictions nationales les juges de droit commun du droit de l'Union européenne. Elle implique que la Cour de justice, comme la Cour européenne des droits de l'homme, se prononcent après les juges internes ce qui place ces derniers dans une situation permanente de surveillance qui accentue la prise en compte, notamment dans leur jurisprudence, du droit supranational. Une telle configuration est en réalité beaucoup plus invasive pour les États que l'on pourrait le penser *a priori*.

## **II. Le rôle des juges constitutionnels et européens dans la régulation des ordres juridiques**

À l'heure actuelle, on peut avancer sans risque que ce sont les juges constitutionnels et européens qui sont les véritables régulateurs des rapports entre systèmes juridiques. Ces derniers vont développer des méthodes d'articulation pertinentes et il semble qu'à l'heure actuelle, émerge de manière de plus en plus visible une méthode identitaire commune de régulation. Cette méthode s'appuie principalement sur trois phénomènes : premièrement, les juges sont placés dans des situations comparables qui favorisent la détermination d'une logique commune. Deuxièmement, les juges semblent tirer les conséquences de cette situation en développant un patrimoine constitutionnel commun notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Enfin, troisièmement, sur le fondement de ce qui précède, les juges constitutionnels et européens développent une méthode d'articulation qui repose sur la prise en compte de ce qui apparaît commun aux différents systèmes envisagés ou, au contraire, ce qui apparaît spécifique.

1. Chaque juge, constitutionnel ou européen, est soumis à une tension entre différentes exigences fondamentales antinomiques. S'agissant des juridictions constitutionnelles, ces dernières sont généralement soumises d'une part au devoir de respecter la participation de l'État à l'Union européenne, participation qui le cas échéant repose sur une clause constitutionnelle d'intégration comme c'est le cas en France avec l'article 88-1 de la Constitution et d'autre part, à la nécessité de préserver la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. En effet, le juge constitutionnel doit respecter une hiérarchie entre organe de production du droit constitutionnel et organe d'application du droit constitutionnel et il ne peut donc pas, en tant qu'organe d'application, saper la suprématie de la Constitution en droit interne qui constitue une condition existentielle. Parallèlement, et d'une manière comparable, les juges européens sont tenus d'arbitrer entre d'une part le respect de l'identité constitutionnelle et nationale des États qui selon les conclusions de l'avocat général Poyares Maduro dans l'affaire *Michaniki* « *participe de l'essence même du projet européen* »<sup>223</sup> et, d'autre part, la primauté du droit conventionnel. Tout comme le juge constitutionnel, le juge européen ne peut abandonner cette primauté car son maintien constitue une exigence existentielle qui participe de l'essence même de l'activité normative de l'organisation internationale. Placés dans cette tension existentielle commune, les juges européens vont en premier lieu s'appuyer sur ce qu'ils ont de commun avant de pouvoir résoudre les difficultés liées aux singularités qui les caractérisent.

2. Il existe ici un phénomène très prégnant d'interpénétration et de convergence des systèmes juridiques conduisant à la formation d'un patrimoine constitutionnel européen. Les juges ont un rôle central dans ce schéma et on peut déceler la mise en œuvre de techniques d'interprétation conforme qui permettent d'éviter les conflits de normes en s'assurant, par exemple, de la compatibilité d'une norme interne à une norme européenne par le truchement de son interprétation. On assiste d'abord à des convergences descendantes qui témoignent d'une influence du droit de l'Union européenne sur les droits constitutionnels nationaux. Il

---

223 Conclusions de l'avocat général M. Poyares Maduro présentées le 16 janvier 2008 dans l'affaire C-402/05 P et C-415/05 P, point 21.

semble, et c'est particulièrement le cas de la France, que les juges constitutionnels tiennent compte du droit de l'Union européenne ou du droit de la CEDH dans l'interprétation qu'ils délivrent de la Constitution nationale afin d'assurer une certaine forme d'euro-compatibilité des normes constitutionnelles. En France, un arrêt récent de la Cour de cassation est particulièrement éclairant sur ce point, celle-ci ayant décidé qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constitue un changement de circonstances de droit justifiant qu'une norme constitutionnelle déjà examinée le soit de nouveau par le biais du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*<sup>224</sup>. Peuvent également exister des convergences ascendantes du droit constitutionnel national sur le droit européen. La Cour de justice a ainsi pu s'inspirer de normes nationales qui apparaissent communes aux États afin de préciser la portée d'une norme européenne ou de consacrer une norme au niveau européen. Il y a sur ce point un véritable travail comparatiste mis en place par le juge de l'Union européenne. Dans le domaine constitutionnel, ce travail se concrétise de manière singulière par la prise en compte des traditions constitutionnelles communes des États dans la consécration des principes généraux du droit de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme prête également une attention particulière au consensus des États sur certaines questions. Au niveau des juges européens, on observe donc, non pas une prise en compte spécifique du droit français, hongrois ou italien, mais une prise en compte des tendances communes aux États. Ce phénomène de convergence et de prise en compte réciproque est accentué par les rapports triangulaires entre l'Union européenne, la CEDH et les États. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme influence simultanément, et de manière très forte, à la fois le juge de l'Union européenne et les juges constitutionnels nationaux. On constate donc que les juges européens et constitutionnels agissent de concert dans la convergence des systèmes et s'influencent mutuellement pour asseoir ce patrimoine commun qui est à la base des constructions supranationales.

---

224 Cass, crim., 20 août 2014, *Association Mouvement Raëlien international*, n°4789.

3. Au-delà, enfin, de la convergence des systèmes, semble se développer en Europe une logique de régulation des systèmes qui est une logique de nature identitaire car elle repose sur la prise en compte de la spécificité de certaines normes ou, au contraire, de leur consécration commune. Il existe, de manière générale, un mouvement de prise en considération des singularités normatives qui gravite autour de la question du respect de l'identité nationale et constitutionnelle des États. Ce mouvement résulte de deux éléments. Premièrement, les juridictions constitutionnelles nationales ont su tirer parti de l'inscription du principe du respect de l'identité nationale et constitutionnelle à l'article 4§2 du TUE. Les juridictions constitutionnelles française, allemande, espagnole notamment ont toutes, directement ou indirectement, appuyé une partie de leur raisonnement sur cette clause afin de justifier leur position et le développement de leur théorie des contre-limites et du respect de l'identité nationale. Comme l'a relevé le Professeur Magnon, « *l'existence d'un noyau dur de principes constitutionnels insusceptibles d'être affecté par le droit de l'UE ne présente aujourd'hui aucune originalité au point qu'il est possible d'y reconnaître une tradition constitutionnelle commune* »<sup>225</sup>. Deuxièmement, l'ordre juridique de l'Union européenne semble s'accoutumer à une telle logique identitaire, d'abord parce qu'il la met en œuvre au profit de ses États membres. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que l'État possède un intérêt légitime à préserver son identité nationale et constitutionnelle, intérêt légitime qui lui confère une marge nationale d'appréciation. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Omega* jugée le 4 octobre 2004<sup>226</sup>, la Cour de justice admet une restriction à la liberté de circulation afin de tenir compte de la conception singulière et extensive que l'Allemagne retient du principe de dignité de la personne humaine. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme semble tenir compte de l'identité culturelle italienne dans l'affaire *Lautsi* du 18 mars

---

225 MAGNON (X.), « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne. Interrogations autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2010/2, n°82, p. 424.

226 CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec. CJCE* 2004, p. I-9609.

2011<sup>227</sup> afin de justifier la présence de crucifix dans des salles de classe. Par ailleurs, l'Union s'est également vue appliquer une telle logique par la Cour européenne des droits de l'homme en 2005 dans l'arrêt *Bosphorus*<sup>228</sup>. La Cour de Strasbourg tire de l'équivalence des protections entre les deux organisations internationales une présomption de conventionalité bénéficiant aux États membres qui appliquent, en l'absence de marge nationale d'appréciation, le droit de l'Union européenne. La Cour émet cependant une réserve en cas d'insuffisance manifeste de protection au nom du respect de l'ordre public européen. Le juge européen des droits de l'homme a donc su atténuer son contrôle sur le fondement d'une protection commune ou équivalente, tout en émettant une réserve liée à la protection de l'ordre public européen. Enfin, l'Union européenne a elle-même appliqué une logique identitaire pour son propre compte dans son arrêt *Kadi* en 2008 en refusant d'accorder une immunité aux actes européens tirant les conséquences de résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies car la protection offerte par l'organisation universelle n'apparaissait pas comme équivalente<sup>229</sup>. La Cour de justice évoqua alors la nécessité de préserver « les principes constitutionnels des traités ».

On constate donc que les juges européens et constitutionnels mettent en place une logique qui prend en compte le caractère commun ou au contraire le caractère spécifique de certaines normes pour mettre en œuvre une méthode de régulation nouvelle, de nature identitaire. Cette logique vise en réalité à articuler la compétence de contrôle des juges. Demeure alors une question bien délicate : celle de savoir qui est compétent pour déterminer l'identité nationale et constitutionnelle d'un État. D'un point de vue logique, on ne peut nier la compétence exclusive de l'État pour définir ce qui relève de son identité nationale. Cependant, la configuration du système fait que les cours européennes seront conduites à se prononcer en dernier lieu sur le caractère acceptable de l'invocation de l'identité nationale et constitutionnelle pour déroger au

---

227 CEDH, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c/ Italie*, req. n°30814/06, *Rec. CourEDH* 2011.

228 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. n°45036/98, *Rec. CourEDH* 2005-VI.

229 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P.



droit européen. Il s'agira alors, pour ces dernières, de vérifier soit que les mesures mises en œuvre par les États ne sont pas disproportionnées par rapport à l'objectif de préservation de l'identité nationale, soit que les mesures étatiques ne sont pas totalement incompatibles avec les valeurs européennes. Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon c/ Royaume-Uni* en 1981230, le Royaume-Uni invoquait certaines spécificités culturelles pour justifier en Irlande une législation sévère à l'égard des personnes homosexuelles, ce que la Cour n'a pas jugé compatible avec une société démocratique.

*BM : Merci beaucoup pour cet exposé. Traiter des questions si importantes d'une manière aussi synthétique, c'est une très belle réussite. On a, en fait, très peu de temps pour discuter de ces questions-là.*

*Je crois qu'un élément qui intervient nécessairement, c'est que comme vous l'avez dit, il y a dans tous ces domaines-là, une dépossession quasiment totale du pouvoir politique. C'est l'observation à laquelle on arrive. Parce que l'identité est définie par l'État, oui, mais qui au niveau de l'État ? le juge ? Et est-ce qu'elle est acceptable au niveau européen, qui est-ce qui en décide ? le juge. Donc on est quand même dans des rapports entre juges qui posent, à mon avis, un problème très large des constructions européennes et de la dépossession du pouvoir politique. Je crois que c'est une question importante.*

*D'autre part, il y a cette considération par la Cour européenne des droits de l'homme notamment, c'est qu'elle détermine de manière extrêmement variable l'existence ou non d'un consensus européen. C'est-à-dire qu'en fait, c'est elle qui décide quand est-ce qu'on bascule dans le consensus européen par un système vaguement majoritaire mais les conditions de majorité, c'est, de toute manière, elle qui les apprécie librement. C'est d'ailleurs totalement contraire au droit des traités. Le droit des traités, ce n'est pas un système démocratique. Ce n'est pas un système démocratique où on change le traité parce que la majorité a décidé d'en changer. Le droit des traités c'est une logique contractuelle, pas une logique majoritaire. Donc là, on applique à un domaine qui est celui des traités, une logique qui*

---

230 CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A, n°59.

*est celle de la démocratie : une majorité des pays a décidé, donc la décision est prise.*

*Je ne vais pas aller plus loin. J'aimerais bien qu'on ne prenne pas plus de cinq minutes de débat parce qu'il nous restera une demie heure. Il faut qu'on s'en tienne à cinq minutes ici. Peut-être sur le principe de subsidiarité : comment réagit-on chez vous ? Ou sur d'autres questions... Je vous laisse la parole, mais je crois qu'on va voir d'abord du côté hongrois.*

*PK : Puisque je suis entièrement d'accord sur cette idée, si vous me le permettez, je vais plutôt la relier avec le débat que nous avons eu tout à l'heure, c'est-à-dire avec l'idée de retrouver surtout des éléments d'identité constitutionnelle dans la supra constitutionalité. Car cela nous ramène à la problématique du rôle des juges. Si nous plaçons les éléments d'identité dans la supra constitutionalité, cela veut dire que même le pouvoir constituant n'a plus les moyens d'y toucher. Ainsi une sorte de cercle vicieux se referme, à mon avis, qui fait que puisque nous avons peur de l'absence de protection de la constitutionalité ou des éléments d'identité constitutionnelle contre l'approfondissement de l'intégration européenne, on place ces éléments au niveau de la supra constitutionalité mais alors, la dimension politique n'a plus les moyens, non plus, de définir l'identité.*

*Et à partir de ce moment-là il est très facile de relier ceci avec ce que nous avons dit à Szeged par rapport à la Hongrie, mais je ne veux surtout pas simplifier les choses car les conséquences et le contexte sont complexes, s'il y a un pouvoir politique qui veut toucher à ce domaine, qui veut définir l'identité, il y a une incompréhension du côté européen. Donc, ici, je pense que par les idées que vous avez présentées, Monsieur le Professeur, on revient au cœur de la question.*

*Concernant le principe de subsidiarité, je pense que tout a été dit. Je ne pourrais que répéter quelques éléments de l'exposé qui nous a été présenté.*

*Pour ce qui concerne cette épineuse question de la légitimité qui doit être soulignée, c'est à partir de cette approche que l'on pourra encore trouver des idées à creuser. Je suis convaincu qu'il y a encore plus dans le principe de subsidiarité, qu'il n'a pas encore révélé toutes ses potentialités. Parce que, en ce qui concerne la souveraineté des États, en ce qui concerne cette question de savoir comment accroître l'acceptabilité politique du système et surtout de la prise de décision (c'est-à-dire l'exercice des compétences au sein de l'Union européenne, au niveau des États ou même au niveau des régions), beaucoup de choses ont déjà été dites. Mais c'est à*

*travers la question de la légitimité, par contre, qu'on pourrait aller plus loin grâce à une réflexion sur l'application du principe de subsidiarité. Car ici, la subsidiarité a encore des réserves à exploiter. Et la question de la légitimité est, je pense, la question la plus épineuse, comme on vient de le répéter, or la recherche de l'identité n'est pas loin, non plus, de la problématique qu'elle soulève.*

*BM : Merci beaucoup. Si vous en êtes d'accord, nous allons reprendre nos travaux forcés. On charge toujours trop le programme, c'est une leçon à retenir. Mais vous voyez que nous n'avons pas le choix parce qu'on ne peut pas continuer, tout au moins financièrement, le projet de recherche Balaton alors que de véritables questions se posent.*

*Abordons donc la dernière phase : les exemples concrets de mise en œuvre de régulation. C'est vrai qu'il est quand même intéressant de voir les choses aussi plus concrètement et de ne pas simplement avoir une appréciation totalement théorique. Donc nous avons pris deux exemples, choisis par chacun des pays, le voile intégral pour la France et le rapport avec les Églises pour la Hongrie, et ces deux sujets ne sont pas totalement sans lien.*

*Marie-Odile, je vous laisse la parole pour dix minutes de rigueur.*

*MOPS : Merci, Monsieur le Président. J'utiliserais mon temps de débat avant, si vous me le permettez. Je n'avais pas besoin de réagir sur le débat, parce qu'en fait, avec mon étude sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, je pense que je vais retomber sur l'acceptation par la cour supérieure de l'identité constitutionnelle nationale, et je serai en désaccord avec toi, Marc, sur deux points, ou plutôt, sur un point qui se divise en deux.*

*Je dois ajouter un élément avant de commencer ma présentation : je trouve ce débat intéressant concernant la dissimulation du visage dans l'espace public parce que la décision rendue par la Cour européenne que je vais essayer d'analyser succinctement ici, montre comment la question des valeurs va pouvoir être abordée. Tu as parlé, Marc, de la place des valeurs, et je pense que leur place est réellement centrale, pour deux raisons. D'une part, c'est un alibi qui est souvent utilisé par les juges pour justifier leur interventionnisme, et d'autre part, parce que, et tout le débat qu'on a depuis le début de ce programme de recherche et depuis Szeged le montre, les questions des rapports de force, de la régulation, des compétences, en fait, se cristallisent dans la question des valeurs.*