

COLLOQUE DE L'AFDC CONGRÈS DE NANCY - JUIN 2011

« LA CIRCULATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL »

YASMINE EL BOUSTANI-BEAUVINON

A.T.E.R. À L'UNIVERSITÉ PARIS-EST CRÉTEIL,

DOCTORANTE AU CENTRE D'ÉTUDES INTERNATIONALES ET EUROPÉENNES DE
L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Atelier n°2 - Droit constitutionnel et droit externe

Externalisation ou circulation du droit constitutionnel?

Projection externe du droit constitutionnel ou
lecture constitutionnalisante d'ordres non-étatiques ?

Sujet en perpétuel renouvellement, la question de la circulation de droit constitutionnel n'est pas, on le comprendra aisément, tout à fait nouvelle. Le lecteur ne pourra qu'être surpris en revanche par la dénomination choisie pour cet atelier de travail, « droit constitutionnel et droit externe ». Si la circulation se reflète ou s'entend selon les organisateurs du colloque comme le résultat de mutations, d'interactions, d'influence, d'une dynamique, d'un va-et-vient, il faut relever que le point commun à tous ces vocables est le constat que le droit constitutionnel ne saurait être considéré comme isolé. « [D]iscipline à part entière, il n'est pas

pour autant autonome » écrit le Pr. Pierré-Caps. Ce positionnement fait du droit constitutionnel une branche du droit enseignée comme telle, ce qui n'est pas surprenant mais aussi une grille de lecture incontournable dans le champ de la recherche publiciste *lato sensu*. Il ne fonctionne pas en vase clos, mais se nourrit du contact sans cesse renouvelé et réaffirmé avec d'autres disciplines, juridiques ou non. Le champ d'étude du droit constitutionnel a lui aussi largement évolué, vers une tendance à l'évocation de normes de plus en plus nombreuses, issues du droit interne ou des évolutions clef dans les ordres juridiques dont l'étude est aujourd'hui incontournable. La circulation du droit constitutionnel s'entend alors comme une relation dialectique entre celui-ci et le reste des études juridiques entendue dans un sens plutôt académique, mais aussi comme une relation ternaire entre normes de nature constitutionnelles et les autres, d'origine interne ou internationale – en l'occurrence surtout européenne.

C'est le point de départ scientifique que l'on se propose de partager en mettant en lumière les présupposés/non-dits véhiculés par l'appellation voire la qualification de l'atelier numéro deux : *droit constitutionnel et droit externe*. Sans le nommer, l'absent est pourtant immédiatement identifiable, le cadre du développement du droit constitutionnel est évidemment celui de l'État, d'où l'expression « droit externe » ou extérieur à l'État et à son ordre juridique. Le point de vue de l'énonciateur est révélé par le choix de cette appellation. Apparaît ainsi le regard porté sur les droits forgés en dehors du strict cadre étatique à savoir principalement le droit européen - de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe -, et le droit international.

Le thème de la circulation confronté à celui de l'externalisation du droit constitutionnel nous permettra ainsi d'envisager des recherches stimulantes voire fécondes car reposant sur un paradoxe apparent. Il ressort en effet de ce cadre théorique qu'il ne saurait être conçu de droit constitutionnel européen, de l'UE ou du Conseil de l'Europe *per se*. La seule méthode scientifique envisageable serait alors de procéder non pas à partir de catégories juridiques forgées uniquement en référence à un modèle étatique, interne, clairement défini, mais plutôt à partir de questions fondamentales issues d'une exigence renouvelée. Telle découlerait alors la possibilité d'opérer une lecture constitutionnalisante de systèmes juridiques non étatiques qui sont confrontés à l'application de normes d'origine constitutionnelles.

La circulation du droit constitutionnel entendue comme le déplacement de normes d'origine constitutionnelles à partir du cadre étatique permet en effet d'envisager les logiques qui opèrent dans les rapports entre systèmes juridiques et révéler un jeu d'influences réciproques. L'objet de cette intervention est de montrer comment le passage d'une norme à travers différents ordres juridiques peut modifier le sens et la portée de celle-ci au point qu'elle puisse perdre de son intensité, avant de considérer que son externalisation, qui peut modifier formellement son apparence, participe d'une certaine façon du renforcement de sa substance, en établissant des obligations européennes ou internationales.

L'illustration retenue afin de traiter de la circulation et de l'externalisation du droit constitutionnel repose sur une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et ses suites en prise avec le droit d'asile, considéré comme un droit constitutionnellement protégé en France. Un récent arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme¹ a mis en lumière les incohérences et insuffisances en matière de protection des demandeurs d'asile à l'échelle européenne. La Cour de Strasbourg a en effet condamné la Grèce, sur le fondement des articles 3 et 13 de la Convention, et la Belgique pour violation par ricochet. Il est reproché à la Belgique d'avoir procédé à la réadmission d'un ressortissant afghan vers la Grèce, après que sa demande d'asile a été déposée en Belgique. Le motif retenu par la Belgique pour y procéder est que le premier État européen sur le territoire duquel le demandeur a pénétré était la Grèce. Cette situation est le résultat d'une application mécanique du *Règlement Dublin II*² et de sa logique en apparence simple. Afin de résoudre les conflits de compétence entre États membres, l'État qui a vocation à examiner et statuer sur les demandes d'asile est le premier État par lequel les demandeurs auront eu accès au territoire de l'Union européenne³. En l'espèce, le requérant afghan ancien interprète des forces belges de l'ISAF, M. M.S.S., est entré sur le territoire européen via la Grèce avant de se rendre en Belgique et d'y déposer une

¹ CEDH, Grande Chambre, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09

² Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil de l'Union européenne du 18 février 2003 « établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ». Issu de la communautarisation de la Convention de Dublin, et partant des règles permettant de déterminer l'État compétent pour examiner la demande, ce règlement a pour but d'éviter la multiplication des demandes parallèles dans l'UE.

³ Bien que la notion juridique de territoire de l'Union européenne soit contestable, on utilisera par commodité cette expression pour désigner le territoire des États-membres concernés. Si l'on retient en effet que le territoire est l'apanage des États, alors assurément ce terme semble inapproprié, et il faudrait alors préciser qu'il s'agit du territoire des États membres de l'UE. En revanche dans une acception plus large, on pourrait considérer que la nature juridique particulière de l'UE mériterait que l'on utilise cette notion dans une nouvelle perspective.

demande d'asile. Il appartient alors, sur le fondement de ce règlement, aux instances belges saisies de se prononcer sur leur compétence par rapport à celle de la Grèce.

À cette règle simple de répartition des compétences succèdent des règles spéciales qui ont vocation à traiter de situations particulières en fonction notamment du lieu de résidence de la famille du requérant s'il échet, ou de la volonté de l'État de traiter lui-même cette demande. La Belgique aurait pu choisir d'évoquer ce cas et non de le renvoyer à la Grèce où la diligence des autorités afin de faire face aux nombreuses demandes ne semble pas être érigée au rang de politique publique. Au contraire, le ressortissant afghan renvoyé vers la Grèce a été placé en rétention dès son arrivée sans que sa demande ne soit examinée. Errant dans les rues, il n'a pas pu solliciter à bon droit la reconnaissance de la qualité de réfugié. Sans ressources, menacé régulièrement d'expulsion vers l'Afghanistan et condamné par la justice grecque à une peine d'emprisonnement pour avoir tenté de fuir en Italie, son avocat a introduit un requête auprès de la Cour EDH sur le fondement de l'article 34 afin de contraindre la Grèce à suspendre la procédure d'expulsion.

L'arrêt de la grande chambre repose d'abord sur l'action fautive de la Grèce, les mauvais traitements commis sur les demandeurs d'asile et l'absence de voie de droit effective ouverte pour solliciter l'admission en tant que demandeur d'asile ou pour contester l'absence de procédure permettant de déposer une demande d'asile. La responsabilité de la Belgique s'explique par sa méconnaissance volontaire de la violation des droits, conférés par la Convention, imputable aux autorités helléniques, et partant de ses obligations étatiques y afférentes, soit une violation par ricochet.

Cette affaire a - au moins - le mérite d'éclairer le cheminement cahotant, parfois chaotique, de normes entre différents ordres juridiques concernés par une question identique. En l'espèce, la détermination de l'État compétent pour examiner les demandes d'asile procède d'abord d'une compétence étatique (relative au « droit constitutionnel d'asile » selon la formule), mise en œuvre par l'adoption d'une convention internationale (la Convention de Genève de 1951), ensuite appliquée à travers l'Union par le règlement de Dublin II issu de la Convention de Dublin, puis interprétée par la Cour de Strasbourg pour à nouveau être mise en œuvre par les États, suite à ses arrêts sur ce point et aux déclarations officielles de ses instances, ou lors des audiences.

Il appert qu'une telle décision a engendré des conséquences d'une part dans le droit constitutionnel des États, par la déclaration quant à l'existence d'obligations internationales possiblement contradictoires alors que fondées sur leur norme suprême, et d'autre part dans le système (des valeurs) de l'Union. En effet, les remarques orales du Président Costa lors de l'audience en Grande Chambre mettaient les États face à leur responsabilité en leur enjoignant de veiller à l'application de la Convention en toute circonstance, fût-ce dans la cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union. Cette précision vaut même lorsqu'il s'agit potentiellement de méconnaître un attribut essentiel du droit de l'Union, d'aucuns diraient un principe constitutif, voire existentiel de l'Union, c'est-à-dire l'application pourtant obligatoire de ce droit par opposition au droit forgé dans les ordres internes⁴. Certains États membres avaient déjà choisi pourtant de ne pas faire une application automatique de cette règle de conflits de compétences en vertu de l'article 3§2 du règlement et de suspendre les réadmissions vers la Grèce. Cette attitude procède aussi de l'attention portée aux remarques du Haut Commissariat aux Réfugiés qui enjoignait les États à ne pas exposer les demandeurs d'asile à des expulsions prononcées par la Grèce à l'occasion d'une réadmission.

Se pose alors la question de la nature des effets induits par l'imbrication des ordres juridiques sur une même question, et notamment des rapports entretenus ou plutôt révélés dans cette espèce. La question de la marge d'appréciation des États membres de l'UE face à la Cour de Strasbourg reste délicate quand est en jeu le respect de normes structurelles ou constitutionnelles propres aux États ou à l'Union. Est ici en jeu une norme matériellement constitutionnelle, la protection des demandeurs d'asile, qui découle formellement en France de l'alinéa 4 du préambule de la constitution de 1946⁵. Il est complété par l'article 53-1 de la Constitution de 1958 qui prévoit la coopération européenne et une compétence résiduelle⁶. Mais cette protection s'exprime aussi à travers des normes européennes et internationales.

⁴ On lira avec intérêt la contribution du Pr. Dominique Ritleng qui renouvelle la réflexion sur le principe de primauté, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », RTDE, 2009, p. 677

⁵ Voir particulièrement la décision n° 93-325 du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui l'érige au rang de règle à valeur constitutionnelle en tant qu'un des « principes particulièrement nécessaires à notre temps ».

⁶ Article 53-1 C « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. **Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté** en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ». (Nous soulignons)

Il sera donc intéressant de déterminer la nature de ce mouvement normatif, et surtout ses effets sur les normes concernées. S'agit-il d'une *circulation* normative, terme plutôt réflexif qui ne postule pas une modification de nature de ces normes, c'est-à-dire uniquement d'un déplacement d'une même règle de droit prenant une apparence formelle différente selon l'objet de sa mise en œuvre ?

S'agit-il d'une *externalisation* de normes constitutionnelles ce qui implique que le point de vue posé est nécessairement interne à un ordre donné, en l'occurrence l'ordre étatique et qu'il en émane une nouvelle construction des ordres non étatiques;

Ou enfin peut-on penser qu'il s'agit du fruit d'une *interaction* normative et organique, cadre permettant d'observer les interférences entre ces normes en dehors d'un point de vue uniquement interne mais plutôt en vertu d'une logique commune, c'est-à-dire constitutionnalisante?

De cette interrogation circulaire, il ressort à travers l'exemple de la protection des demandeurs d'asile que l'on peut suivre deux approches, une approche normative qui permet d'envisager ce mouvement comme l'externalisation des normes constitutionnelles (I), et une approche plus fonctionnelle pour appréhender une nouvelle lecture des ordres juridiques européens, une lecture constitutionnalisante/englobante (II).

1. L'externalisation des normes constitutionnelles : une approche normative

Le thème de la circulation du droit constitutionnel s'entend de prime abord comme une circulation normative. Il s'agit d'abord de définir le mouvement emprunté par des règles constitutionnelles depuis les ordres internes vers les ordres européens, et inversement. Cette étude s'inscrit dans le choix délibéré de prendre appui sur des normes particulières, les règles protectrices des droits fondamentaux instaurant une dynamique toujours féconde entre le Conseil de l'Europe et plus précisément la Cour de Strasbourg, et les États membres de l'UE et du COE. Elles occupent une place particulière en tant que révélateur des rapports de systèmes qui s'articulent en permanence autour de ces « charnières »⁷ (§1), en outre, leur coexistence instaure des frictions voire une émulation qui ont pour conséquences de favoriser une meilleure protection (§2).

§1 La place particulière des normes constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux dans les rapports de systèmes : un révélateur

Étudier le jeu des rapports de systèmes à la faveur des règles applicables aux demandeurs d'asile, voilà qui, *prima facie*, pourrait paraître convenu. Le recours aux droits fondamentaux pour modéliser les rapports de systèmes est aujourd'hui classique, mais ne repose pas moins sur un fondement solide. L'intérêt du choix d'un tel matériau repose sur la particularité du rôle que joue en l'occurrence la Cour européenne des droits de l'homme dans le concert européen des juges suprêmes. C'est ainsi que la décision *M.S.S.* est enrichissante à cet égard. Elle se situe au carrefour des influences normatives et organiques. Et davantage encore milite en ce sens, car les obligations des États respectant la Convention, et le droit de l'Union, sur le fondement de leur droit constitutionnel créent parfois de vives tensions juridiques qui s'expriment par la voix des juges européens ou constitutionnels. À l'aune de

⁷ On lira avec grand intérêt sous la direction des Pr. Édouard Dubout et Sébastien Touzé, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, Paris, 2010, et notamment l'avant-propos rédigé par la Pr. Mireille Delmas-Marty (pp.5-10), ainsi que l'introduction de MM. Dubout et Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques » (pp. 11-35).

ces tensions, il est possible de mettre en exergue le cheminement cahotant, les frictions que génère la circulation de normes formellement disparates mais matériellement proches.

Dans un élan de simplification, il pourrait sembler évident de vouloir unifier les niveaux de protection cela méconnaîtrait cependant les spécificités juridiques et culturelles des régimes nationaux de protection des demandeurs d'asile. La figure constitutionnelle de la norme pèse sur son application dans des ordres non-étatiques ; selon que l'État considéré a développé une théorie moniste ou dualiste de ses relations externes, il pourra parfois traduire en obligation constitutionnelle ses obligations internationales et européennes. La transposition de règles constitutionnelles dans des ordres européens véhicule un courant aujourd'hui prégnant, l'externalisation aussi bien formelle que matérielle de ces normes. L'usage de ce terme est assez récent en droit, il est plus répandu dans les études économiques comme l'attestent le Vocabulaire Cornu ou le Grand Robert de la langue française⁸. Émanant de l'anglais, il désigne d'abord la volonté de sous-traiter, de confier à un opérateur indépendant des activités normalement effectuées dans le cadre de l'entreprise. Qualifié de jargon employé dans les relations des affaires, et même de néologisme, son usage se justifie en droit public s'agissant des situations nées dans l'ordre interne, et qui ont vocation à s'appliquer dans des ordres non-étatiques.

L'obligation de donner asile aux personnes persécutées dans leur pays d'origine trouve un fondement en droit interne qui a progressivement cédé le pas en terme quantitatif face à la mise en œuvre du droit européen de l'asile. Cette obligation a ainsi pris les atours d'instruments juridiques propres au droit de l'Union ou au droit international. Fut ainsi annoncée la « communautarisation » de conventions internationales lorsque l'Union reposait sur trois piliers, dont la Communauté constituait le premier⁹. Par l'intégration de la convention de Dublin dans le droit communautaire au moyen d'un règlement, l'objectif visé est évident ; une efficacité accrue de l'instrument et surtout du contrôle juridictionnel opéré en l'espèce par la Cour de justice de l'Union européenne. À proprement parler, il y a surtout eu

⁸ Voir le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, éditions PUF, 1987, p.368, et le tome III du Grand Robert de la langue française

⁹ Les deux autres piliers, constituant ainsi le droit de l'Union mais pas celui de la Communauté, étaient la Politique étrangère et de sécurité commune, et l'Espace de liberté, de sécurité et de justice s'agissant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, la lutte contre la criminalité organisée, et contre le terrorisme. Le volet « visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » ayant été introduit en droit communautaire à proprement parler par le Traité d'Amsterdam.

une intégration des mécanismes permettant de déterminer l'État compétent dans l'ordre juridique communautaire pour traiter ces demandes d'asile sans réduction de la marge d'appréciation des États quant au bien-fondé des requêtes. Le processus emprunte dès lors une voie qui part du droit international vers le droit de l'Union : la « communautarisation » est aujourd'hui une européanisation. Le cadre s'est depuis élargi et dépasse l'ordre juridique de l'UE, et cela se traduit par le contrôle qu'opère la Cour de Strasbourg sur le respect de la Convention à travers l'application des obligations nées du droit de l'Union.

Le contrôle de la Cour européenne permet de concilier plusieurs approches par la délivrance d'un brevet d'équivalence au bénéfice du droit de l'Union, signifiant que la protection des droits fondamentaux offerte dans l'ordre communautaire est présumée suffisante sans pour autant être identique. Par cette décision d'accorder une présomption réfragable d'équivalence, le juge de Strasbourg s'autorise à prendre position sur la protection offerte, ailleurs, en dehors de son ordre et ses conséquences sur le respect de la Convention¹⁰. Ainsi, le mouvement prend les traits du droit européen pour la plupart alors que son origine est soit purement interne soit internationale. Cela laisserait à penser que les États préfèrent exercer en commun cette protection, certes prévue *ad intra*. Pourtant les critiques ou les réticences émanant des organes étatiques montrent que ce contrôle ne rejoint pas toujours les orientations nationales. On se souviendra ici des propos du Président de l'Assemblée nationale, M. Bernard Accoyer fustigeant la jurisprudence de la Cour par ses prises de position sur des choix de société qu'il qualifie de nationaux. De plus, les arrêts de la Cour sont rendus à propos de violations commises dans un ou plusieurs États nommément cités, ce qui permet à certain de déclarer que leur législation n'est en rien concernée par ces condamnations. L'opposition n'est donc pas seulement frontale, elle est aussi insidieuse par l'attente d'une décision en bonne et due forme, on pense ici évidemment à la législation française sur la garde à vue, ou au droit à un recours juridictionnel effectif c'est-à-dire suspensif pour les demandeurs d'asile.

Les rapports ainsi mis au jour ne traduisent pas forcément des relations sans anicroches, cela s'explique sans doute par le caractère identitaire de ces droits.

¹⁰ Se reporter notamment aux arrêts de la Cour EDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. N°24833/94 ; Cour EDH, 30 mai 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, req. n°45036/98

§2 L'effet des normes protectrices du droit d'asile dans les rapports de normes : une confrontation au profit d'une protection accrue

L'objet particulier de l'externalisation permet de traiter de la « réception » des normes constitutionnelles étatiques dans les ordres européens. L'image emprunte à la théorie du dualisme alors que les rapports ne sont pas aussi fermement marqués sur ce point. Il serait vain de prétendre catégoriser les rapports entre ces ordres européens et nationaux uniquement en référence à ces deux théories du monisme et du dualisme. L'alternative est exclusive et les conséquences dépassent de beaucoup la réalité des liens entretenus. Par définition, le monisme postule qu'il n'existe qu'un ordre juridique dont les manifestations se subdivisent en branches étatiques ou internationales, avec le primat de l'une ou de l'autre. Pourtant, la permanence de barrières semble montrer le contraire car il ressort forcément de cette théorie qu'un seul ordre juridique peut perdurer, englobant toutes normes formellement indifférenciées ce qui paraît tout à fait illusoire. L'idée « d'imbrication des ordres » permet d'atténuer un tel paradoxe en imaginant les rapports entre ordres quand bien même ils ne seraient pas juxtaposés¹¹. Le dualisme prétend quant à lui à l'étanchéité formelle, difficilement concevable vue l'interpénétration des ordres juridiques. Il réfute en effet qu'une norme formellement extérieure produise des effets dans un autre ordre juridique.

Aussi faut-il dépasser cette idée de la confrontation des ordres juridiques et de leurs normes pour se diriger vers une forme de conciliation.

La concurrence des normes entraîne s'agissant de la protection des demandeurs d'asile une amélioration à leur profit qui ne va pas de soi. Il aurait pu s'avérer néfaste de multiplier les titres de compétence permettant à différents organes de s'aventurer dans ce domaine. D'ailleurs, la conclusion par la République française de la Convention de Dublin a suscité des critiques sur une perte potentielle de souveraineté. La crainte exprimée est alors que la France ne puisse plus décider d'accorder une protection de son propre chef, et d'être par là liée aux décisions souveraines d'autres États. Pourtant l'externalisation des fondements de la protection tend à renforcer les droits dont jouissent les demandeurs d'asile.

¹¹ Cf. Pierre Brunet sur la critique de l'idée d'imbrication des ordres juridiques qui interagiraient sans forme de hiérarchie entre eux pour illustrer le « pluralisme ordonné », « Les juges européens au pays des valeurs », La vie des idées.fr, 9 juin 2009

En effet, le passage obligé par les juges européens et des normes extranationales oblige l'État à justifier ses choix et l'absence de protection accordée. Il contribue à créer un échelon supplémentaire de contrôle, qui tend à augmenter l'appréciation sur des pouvoirs jusqu'alors discrétionnaires. La motivation doit alors être précisée et la marge d'appréciation des EM diminue d'autant. Cependant, l'invocation des particularités nationales, qui normalement sont exclues pour faire obstacle à l'application du droit international, est récemment prise en compte par la jurisprudence de la CJUE. Le mouvement semble donc subir des infléchissements. Mais le but poursuivi est le renforcement des droits garantis.

2. La lecture constitutionnalisante des ordres juridiques européens : une approche fonctionnelle

Appréhendée comme la projection de normes constitutionnelles, la question de la circulation du droit constitutionnel peut également fournir une grille de lecture globale¹² afin d'analyser d'un point de vue (de) publiciste le fonctionnement d'ordres juridiques auxquels les ordres nationaux sont confrontés. Ainsi, après avoir considéré que le droit constitutionnel entendu comme normes avait tendance à être projeté, intégré dans d'autres ordres juridiques, il appert qu'il est aussi appelé à jouer un rôle de premier plan quand survient la nécessité de penser des espaces normatifs non-étatiques en terme de dynamique ou d'identifier les mouvements qui les animent.

Il ressort en effet de notre étude que le prisme par lequel ces ordres sont appréhendés relève de la logique du droit constitutionnel. Ou plus exactement, il tend vers la prise en considération des objectifs propres à ces espaces, et du rôle ainsi joué par ces droits fondamentaux dans leur constitution, ou leur édification si le vocable constitution semble par trop hardi. Partant c'est bien d'une logique ou lecture constitutionnalisante que ressortit la démarche scientifique retenue. À ce titre, les normes protectrices des droits fondamentaux dans les ordres constitutionnels nationaux ont pour fonction d'offrir un socle commun aux

¹² Compréhensive si l'on veut utiliser cet anglicisme

ordres juridiques européens (§1), tandis que les interactions qui en procèdent participent du renforcement des identités structurelles de ces ordres (§2).

§1 Les normes protectrices à valeur constitutionnelle : les prémices d'un socle commun aux ordres juridiques européens

Pour étonnant que cela ait pu sembler, il n'est plus surprenant aujourd'hui que le droit constitutionnel soit un instrument de réalisation des droits européens des droits fondamentaux. La surprise face à une telle assertion est évidente car les ordres européens par la voix de leur juridiction respective ont tenu à affirmer leur spécificité pour la Cour de Luxembourg surtout, et la vigueur de l'interprétation prétorienne nécessaire, en tant que la Convention est un instrument vivant qui doit être appliqué à l'aune « des conditions de vie d'aujourd'hui ». Cela n'empêche pas de considérer que petit à petit les spécificités nationales ont nourri, enrichi la protection tirée de ces instruments européens, notamment par l'affirmation d'exigences internes incontournables. Cela est tout de même contestable d'un point de vue strictement juridique car la méconnaissance des obligations nées du droit international ne peut trouver sa source dans des normes de droit internes, quand bien même elles seraient constitutionnelles¹³.

En réalité, ce ne sont pas tant les normes par elles-mêmes, que la pensée constitutionnaliste qui offre un nouveau cadre de réflexion. Cela procède d'un double mouvement, les droits constitutionnels sont à la fois sources d'inspirations mutuelles entre ordres divers qui peuvent prendre la forme de tensions et d'oppositions d'une part, et d'influence positive de l'autre, le mouvement peut aussi conduire les ordres internes à être le réceptacle d'évolutions favorables issues d'ordres externes.

Les cours constitutionnelles nationales ont ainsi pu développer, à l'instar de la Cour de Karlsruhe ou du *Tribunal constitucional* d'Espagne, à l'occasion de l'étude de la compatibilité des traités européens avec la constitution nationale une jurisprudence constructive. L'opposition vive voire virulente des années 1970/1980 pour la Cour allemande a laissé la place à un dialogue animé mais apaisé. Le but poursuivi par ces juridictions nationales reste bien évidemment la protection d'une conception nationale des droits fondamentaux, qui demeure souvent le reflet d'une tradition juridique particulière, propre à

¹³ CPJI, avis du 14 février 1932, Affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig, série A/B, n°44

véhiculer un modèle culturel¹⁴. L'opposition frontale aux débuts de la jurisprudence de la Cour de Justice a permis peu à peu que soient intégrées ces préoccupations dans le contrôle de légalité des actes de droit communautaire.

La situation est tout autre s'agissant de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Si certains arrêts sonnent comme des désaveux adressés aux États parties, c'est justement pour leur inaptitude à protéger efficacement des droits consacrés, souvent au motif de traditions nationales contraires. L'illustration du droit des demandeurs d'asile à jouir d'une voie de droit effective car suspensive vient à nouveau de fonder une requête actuellement étudiée par la Cour EDH à l'encontre de la France, et soulevée lors d'une audience du 17 mai 2011 concernant le requérant I.M. dans une affaire ayant déjà donné lieu à un arrêt le 14 décembre 2010¹⁵.

§2 Le jeu des interactions normatives : le renforcement de l'identité structurelle des ordres européens

La circulation du droit constitutionnel s'exprime surtout par la diffusion des méthodes et des thématiques du droit constitutionnel. Dès lors, une lecture fondée sur l'étude des pouvoirs et des compétences de ces organes européens justifiée par leur influence sur leurs ordres respectifs présente l'avantage d'atténuer la dichotomie du point de vue (entendu au sens géographique) : interne ou externe.

Cette *summa divisio* ainsi dépassée, les ordres non étatiques, puisque c'est leur principale caractéristique aux yeux du droit constitutionnel traditionnel, peuvent enfin faire l'objet d'une analyse juridique comme système fondé sur une (des ?) norme suprême, mais surtout animés d'une logique métathéorique.

Le critère unique peut alors cesser d'être cesser de correspondre à la définition de l'État selon les critères classiques d'identification, qui au demeurant confinent à la tautologie.

¹⁴ Pour une illustration particulière à propos du principe de dignité humaine protégé par la loi fondamentale allemande, on se reportera à l'affaire *Omega*, CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02

¹⁵ CEDH, 14 décembre 2010, *I.M. c. France*, Req. n°9152/09

Repenser le droit constitutionnel par le renouvellement de ses objets, voilà qui ouvre des perspectives scientifiques. Assurément, la circulation du droit constitutionnel s'entend davantage comme le renouvellement des méthodes d'étude d'ordres juridiques non étatiques afin de mettre en lumière leurs lignes de force et leur structure. Le nouveau champ de travail ainsi défini permettra peut-être un jour d'assister à l'émergence d'un droit constitutionnel européen.