

Introduction

Il est utile à l'orée de cet ouvrage d'offrir un bref survol des contributions qu'il contient. À chaque fois, un bref résumé de la contribution sera donné, tout d'abord en français puis en anglais. *It is useful at the outset of this collection to provide a brief overview of the contributions it is comprised of. In each case, a short abstract of the contribution will be provided, first in French and then in English.*

Le présent volume, comme le colloque est articulé autour de deux grands thèmes. *Following the structure adopted at the conference itself, the present volume is organized around two broad themes.*

Le premier thème abordé par le colloque et le présent ouvrage est *Nature et enjeux du « désordre juridique européen »*. *The first topic addressed by the conference and the book is Nature and Issues of the "European Legal Disorder".*

Dans son introduction **Des notions d'ordre, de désordre et de droit en Europe : une introduction**, le Prof. Nicolas Levrat constate que « l'ordre juridique communautaire » est aujourd'hui une expression obsolète. Non seulement le Traité de Lisbonne (2009) a mis fin à la Communauté européenne, mais l'ensemble des normes qui constituent le droit européen ne semble plus très ordonné non plus. En particulier, le défi d'organiser des relations structurées et cohérentes entre un droit propre à l'UE, les ordres juridiques des Etats Membres et un droit international que l'UE, globalisation exige, doit intégrer à son corpus normatif, crée une situation complexe et confuse. Les conflits de juridictions (cours nationales, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'UE) et de hiérarchies de normes se multiplient, malgré les efforts de la doctrine juridique pour donner un sens à ce(s) (dés-)ordres juridiques européens. Ordre unique hiérarchisé (modèle du droit national, fondé sur une « constitutionnalisation »), coexistence d'ordres juridiques distincts et articulés (retour à une forme de droit international) ou encore coexistence entremêlée d'ordres juridiques divers dans un pluralisme juridique plus ou moins ordonné, c'est à une tentative d'exploration de ces modèles de (dés-)ordres juridiques européens qu'invite cette introduction.

In his introduction Des notions d'ordre, de désordre et de droit en Europe : une introduction, Prof. Nicolas Levrat observes that the "EC legal order" does not belong to positive law anymore. Not only did the Lisbon Treaty (2009) terminate the

European Community, but the ever larger set of norms which constitutes European law nowadays shows a serious lack of order. More specifically, the challenge of organizing coherently the relationships between specific EU norms, rules from national legal orders and rules of international law, by which EU member States remain bound, have created a complex and confusing legal context. Conflict of jurisdictions (between national supreme Courts, the European Court of Human Rights or the European Court of Justice) and between norms stemming from different legal sources become ever more numerous, despite legal scholars' attempts to provide some meaning to this European legal (dis-)order. Some propose a single pyramidal legal order (state-like model), while others argue for the coexistence of distinct and articulated legal orders (international law based legal model) or even consider possible the parallel and simultaneous coexistence of mixed legal orders in some more or less organized forms of legal pluralism. The present introduction proposes a brief exploration of these models of European legal (dis-)orders.

Dans sa contribution **Le statut de la CEDH dans l'ordre juridique de l'Union, facteur de désordre pour les ordres juridiques étatiques ?**, Hélène Brodier observe que si la CEDH ne lie pas encore formellement l'ordre juridique de l'Union, elle y déploie déjà des effets. Médiatisée par les principes généraux du droit et par la Charte des droits fondamentaux, elle s'impose en tant que paramètre substantiel de la légalité de l'action des institutions, mais aussi, ainsi qu'il conviendra de l'étudier, comme critère de la compatibilité des actes étatiques intervenant dans le champ d'application du droit de l'Union. L'obligation qui en résulte pour les États de respecter la CEDH au titre du droit de l'Union complexifie assurément le métissage à l'œuvre entre les ordres juridiques étatiques et unional. Elle crée par ailleurs un risque de perturbation des rapports que ces mêmes ordres étatiques entretiennent, selon des conceptions qui leur sont propres, avec le système de la Convention. Puisant sa source dans l'ordre juridique de l'Union, ce facteur de désordre potentiel peine néanmoins pour l'heure à se concrétiser dans les systèmes étatiques qui, dans l'ensemble, l'ignorent. Quelques uns commencent pourtant à accueillir l'idée d'un contrôle de fondamentalité des actes mettant en œuvre le droit de l'Union : le métissage des ordres juridiques par les droits fondamentaux ouvre des perspectives qui restent encore à esquisser.

*In her chapter **Le statut de la CEDH dans l'ordre juridique de l'Union, facteur de désordre pour les ordres juridiques étatiques ?**, Hélène Brodier observes that, whereas the ECHR is still not formally binding upon the EU, it already produces some effects in its legal order through the mediation of the general principles of EU law and the Charter of fundamental rights. Namely, the ECHR plays a role in the review of both the legality of the institutions' normative action and the compatibility*

of states' acts falling within the scope of EU law. The obligation drawn from EU law to comply with the ECHR is likely to bring more complexity to the actual intertwining between national and EU legal orders. It may also disturb the relationships that the former have developed, according to their own patterns, with the ECHR system. The study of the national case law shows nonetheless that this obligation for states' acts implementing EU law to comply with the ECHR hardly generates disorder. States' legal systems mainly ignore it. However, the idea that national acts implementing EU law might undergo a "fundamental rights review", based on the overlapping protection of constitutional and European fundamental rights, gains ground.

Marie Guilpain relève dans sa contribution **Les régimes des clauses abusives dans l'Union européenne : entre des ordres juridiques et désordres juridiques**, que l'ordre juridique de l'Union influence de plus en plus l'ordre juridique des États. La directive 93/13/CEE a rapproché, en les modifiant, les régimes nationaux relatifs aux clauses abusives mais n'a pu mettre fin à toutes les divergences. Ce faisant, elle a perturbé de l'intérieur les ordres juridiques internes qui, dans leur tentative de résistance, ont fait parfois apparaître certaines discordances. Cependant, un relatif désordre est sans doute nécessaire au respect du principe de la diversité européenne. En effet, il semblerait que la devise de l'Union, « *unie dans la diversité* », appelle une harmonisation (ou mise en ordre) respectueuse d'un désordre irréductible.

*In her chapter **Les régimes des clauses abusives dans l'Union européenne : entre des ordres juridiques et désordres juridiques**, Marie Guilpain argues that the EU's legal system influences increasingly the member States' legal systems. Directive 93/13/EEC has brought closer, by changing them, the national systems relating to unfair terms but it has not put an end to all the differences. In doing so, it has disturbed the national system from the inside. The latter has tried to resist and has shown some discordances. However, a relative disorder may be necessary for complying with the principle of European diversity. Indeed, it seems that the motto of the EU, "united in diversity", calls for a harmonisation (or tidying up) that preserves an indomitable mess.*

Dans leur contribution **Effects of EU Law in Third States - Concepts of Legitimacy**, Julia Hänni et Yvonne Schleiss constatent que selon le principe de territorialité, chaque État est souverain sur son propre territoire et ne doit pas intervenir dans les affaires intérieures d'autres États. Le principe de territorialité vaut aussi pour l'Union européenne. On peut néanmoins constater que le droit de l'UE produit certains effets extraterritoriaux dans des États tiers. Le but de leur contribution est d'illustrer comment le droit de l'UE peut produire des effets extraterritoriaux, et d'examiner différents concepts de légitimation de ces effets. A

cette fin, certains des effets extraterritoriaux du droit de l'UE sont groupés en trois catégories, afin de montrer les particularités du droit de l'UE et de ses effets dans des États tiers. En examinant des concepts de légitimation, les auteurs observent que les concepts de légitimation des effets du droit de l'UE – et la légitimation en général – ne sont pas des notions unitaires. Plutôt que de se baser sur des clauses de légitimation nationale, de nouvelles formes de principes de légitimation doivent être considérées et évaluées pour des ordres juridiques récemment établis comme l'ordre juridique de l'UE.

*In their chapter **Effects of EU Law in Third States - Concepts of Legitimacy**, Julia Hänni and Yvonne Schleiss argue that according to the 'territorial principle' or 'principle of domestic jurisdiction', each state is sovereign within its own territory and must not intervene in the domestic affairs of other states. The territorial principle also applies in case of the European Union. However, it can be observed that EU law produces certain extra-territorial effects in third states. The purpose of their chapter is to illustrate ways in which EU law can produce extra-territorial effects and to examine legitimating concepts for these effects. For this purpose, some of the extra-territorial effects of EU law are divided into three categories in order to show the particularities of EU law and its effects in third states. When looking at legitimating concepts, the authors observe that legitimating concepts of extra-territorial effects of EU provisions – and legitimacy in general – are no consistent terms. Rather than to draw on national legitimization clauses, new forms of legitimating principles have to be considered and evaluated for newly originated orders like the legal order of the EU.*

Dans sa contribution, **The Consideration of the Autonomy of the EU Legal Order Reflected in the Jurisprudence of the CJEU concerning International Law**, Pola Cebulak observe que la CJUE a joué un rôle actif dans l'établissement des relations entre le droit européen et le droit international. Cette contribution analyse la valeur considérable que la Cour attribue à la considération de souveraineté et application uniforme du droit européen dans sa jurisprudence concernant le droit international. Le motif de la construction et la défense de l'autonomie de l'ordre juridique européen vis-à-vis d'autres régimes mis en place par des traités internationaux, a été évoqué à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour comme un limite de la participation de l'UE ou des États Membres dans des régimes internationaux. Cette approche peut être considérée comme une partie de la jurisprudence de la Cour visant à l'instauration de l'ordre juridique de l'UE comme un ordre distinct et autonome sur la scène internationale. Elle représente une articulation de l'idée sous-jacente du renforcement de l'intégration européenne, dans ce contexte particulier par la promotion d'un ordre juridique autonome de l'UE dans une structure pluraliste du droit international.

*In her chapter **The Consideration of the Autonomy of the EU Legal Order Reflected in the Jurisprudence of the CJEU concerning International Law**, Pola Cebulak observes that the CJEU has played an active role in shaping the relationship between European and international law. This paper analyses the significant value that the Court attaches to the consideration of sovereignty and uniform application of European law in its jurisprudence concerning international law. The rationale of establishing and defending the autonomy of European law vis-à-vis other international regimes established by international treaties has been evoked repeatedly in the jurisprudence of the Court as the limit for the participation of the EU or its Member States in international regimes. This approach can be regarded as part of the Court's jurisprudence establishing the EU legal order as separate and autonomous in the international arena. It represents yet another articulation of the underlying rationale of strengthening EU integration, in this particular context by promoting an autonomous legal order of the EU within the pluralistic structure of international law.*

Le chapitre d'Alain Zysset intitulé **An Epistemological Analysis of the "Disorder" of European Legal Pluralism** tente d'expliquer et d'articuler une critique du « désordre » du pluralisme juridique européen en employant les outils de la théorie et l'épistémologie du droit. Cette analyse révèle que le concept de pluralisme juridique peut notamment trouver racines dans un modèle de théorie du droit positiviste à la Hart, comprenant une chaîne de validité et une « rule of recognition » qui « clôt » le système juridique sur lui-même tout en lui conférant suprématie. C'est en ces termes que de nombreux chercheurs et praticiens du droit conçoivent le système juridique européen dans ses interactions avec le national et/ou l'international. L'argument défendu dans cet article est que le statut épistémologique de ce modèle doit être questionné dans le contexte du pluralisme juridique européen. Etant donné sa fonction essentiellement descriptive-explicative, ce modèle apparaît comme sous-équipé pour rendre compte de la normativité du droit, et ce constat s'applique pleinement lorsque deux systèmes supposément autonomes comme l'europpéen et le national se font face – une situation exigeant un argument justificatif. Par conséquent, le prétendu « désordre » du pluralisme se trouve être une bonne occasion de prendre la mesure des insuffisances du modèle positiviste – en particulier celui de Hart – pour identifier la structure fondamentale du droit européen dans ses interactions avec d'autres systèmes juridiques. En d'autres termes, cet article vise non à « ordonner le désordre » du pluralisme juridique mais à mettre en lumière les limites des modèles et méthodes actuels de théorie du droit dont ce concept semble issu.

*In his chapter **An Epistemological Analysis of the "Disorder" of European Legal Pluralism**, Alain Zysset attempts to explicate and criticize the "disorder" to*

European legal pluralism by using the tools of legal theory and epistemology. Such elucidation reveals that the concept of legal pluralism originates in a descriptive-explanatory model of legal theory à la Hart comprising a hierarchical chain of validity and a rule of recognition that "closes" the legal system. Both legal scholars and practitioners seem to reflect on the fundamental structure of the EU legal system and its boundaries in those terms. However, this article argues, the epistemological status of this model has to be questioned. Given its descriptive-explanatory function, it is under-equipped to account for the normativity of the law, and this fully applies when two allegedly autonomous legal systems claim validity on the same situation such as the EU and the national legal systems – a situation that requires a justificatory standpoint. Therefore, the alleged "disorder" of legal pluralism might be a good occasion to notice that a positivist model of legal theory, especially when conceived in Hartian terms, lacks the conceptual and normative resources to capture the fundamental structure of EU law in its interactions with other legal systems. In other words, this article aims not at explaining how to "clean" the "disorder" of legal pluralism but at shedding light on the limits of current models and methods of legal theory used to describe the law that this concept embodies.

Le deuxième thème abordé par le colloque et le présent ouvrage est *Pistes et principes d'un « retour à l'ordre juridique européen »*. The second topic addressed in the conference and in this volume is *Approaches and Principles for a "Return to a European Legal Order"*.

Dans sa contribution **The Unification of Private Law in Europe: Questioning the Economic and Legal Cultural Arguments**, Sofia Papoutsis relève que l'unification du droit privé en Europe constitue un terrain de division pour les chercheurs du droit en ce qui concerne sa légitimité ainsi que sa faisabilité. Il s'agit, sans doute, d'un projet prometteur, même si quelque uns de ses objectifs cachés ne sont pas très clairs. En essayant de déconstruire et ensuite analyser deux des arguments les plus utilisés par les chercheurs afin de défendre l'idée de l'unification, et plus précisément l'argument économique et l'argument culturel, l'auteur essaie de questionner les fondements de cette idée, explorer ses différents aspects et dévoiler quelques faiblesses que ces arguments présentent. L'analyse des concepts ainsi que les tentatives de définir des notions et des concepts souvent appliqués par des chercheurs conduit à la prise d'une perspective différente en introduisant la distinction entre les arguments « sociologiques » et « normatifs » qui, à son tour amène l'auteur à ouvrir la discussion à des questions interdisciplinaires très intéressantes.

In her chapter **The Unification of Private Law in Europe: Questioning the Economic and Legal Cultural Arguments**, Sofia Papoutsis observes that the unification of private law in Europe is a topic that divides legal scholars with regard

to its legitimacy and feasibility. It is, no doubt, a promising project, yet some of its underlying objectives are not very clear. Much ink has been spilt in the defense of the idea of unification as well as in an attempt to contradict it. By deconstructing and analyzing two of the most eminent arguments used so far to support the unification, namely the economic and the legal cultural argument, the author attempts to question the foundations of the idea, explore its various aspects and reveal some of the weaknesses of the arguments. The analysis of concepts and attempts to define the terms often used by legal scholars in this field inevitably leads the author to take a different perspective, by introducing the distinction between "sociological" and "normative" arguments that will lead to opening the discussion to interesting interdisciplinary paths.

Dans sa contribution **Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux : quelle conciliation à travers la marge nationale d'appréciation et le respect de l'identité constitutionnelle ?**, Francisco Javier Mena Parras constate que, dans le cadre de la conciliation de l'uniformité d'application du droit de l'Union et du respect des droits fondamentaux garantis constitutionnellement dans les Etats Membres de l'UE, la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE en matière des mesures dérogeant aux libertés fondamentales sur base du respect de standards nationaux de droits fondamentaux, semblerait présenter l'outil de la marge nationale d'appréciation comme une possible solution aux conflits concernant la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. Dans sa contribution, après avoir analysé cette approche adoptée par la Cour de justice, et sur base des contributions doctrinales existantes à ce sujet, l'auteur tente d'identifier les conséquences de la solution de la marge nationale d'appréciation, tout en mettant en exergue les éléments critiques que cet outil susciterait.

In his chapter **Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux : quelle conciliation à travers la marge nationale d'appréciation et le respect de l'identité constitutionnelle ?**, Francisco Javier Mena Parras points out that within the context of possible conflicts between uniform application of EU law and constitutional protection of fundamental rights in Member States, the case law of the CJEU in the field of national derogating measures of fundamental freedoms in order to guarantee national standards of fundamental rights seems to present the technique of the national margin of appreciation as a possible solution. The contribution, having analyzed the approach adopted by the CJEU, tries to identify the consequences of the solution of the national margin of appreciation, while highlighting the critical elements which this tool would represent.

L'objectif de la contribution de la Prof. Laurence Burgorgue-Larsen, intitulée **Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne**, est de s'écarter radicalement des nombreuses conjectures doctrinales sur le sens et la portée de la notion d'identité constitutionnelle. Elle a pour simple ambition d'analyser, au plus près, le *case law* de la Cour de justice de l'UE qui utilise cette notion en utilisant la métaphore du Huron ingénu. Le résultat est clair : pour l'heure, la notion d'identité constitutionnelle n'a rien bouleversé dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux.

The aim of Prof. Laurence Burgorgue-Larsen's contribution Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne is to present the case law of the CJEU with regard to the notion of constitutional identity using an exegetic analysis. The purpose is to avoid the use of all the academic references on this matter using the Huron's metaphor which offers an ingenuous point of view. The result of the research is clear: right now, the use of the notion does not change anything in interpreting fundamental rights and freedoms.

Dans sa contribution **La fonction structurante du dialogue des juges européens pour l'ordre juridique européen**, Ioana Raducu relève que la spécificité de l'ordre juridique européen qui englobe à la fois le droit de l'Union, les droits nationaux et les normes internationales de protection de droits de l'homme interpelle les conceptions bien établies sur les caractères de l'ordre juridique. Afin de saisir la co-dépendance structurelle de l'ordre juridique unional et des ordres juridiques nationaux il est nécessaire d'analyser la fonction du dialogue des juges. La manière dont les relations entre les juridictions nationales et la Cour de justice de l'UE se structurent à travers le renvoi préjudiciel est révélatrice du degré d'imbrication du droit unional et des droits nationaux. Suite à la saisine du juge national, la CJUE a le choix de fournir un « guide » plus ou moins directif à l'usage du juge national quant à l'application du droit unional dans l'ordre interne. L'effet de son arrêt préjudiciel pose aussi des défis à l'adaptation des voies de recours et des règles procédurales nationales afin que les droits des particuliers tirés du droit de l'UE soient sauvegardés. La pratique montre que souvent l'injonction du droit européen produit plus de « dés-ordre » que d'ordre. Pour cela tant les juges nationaux que le juge européen doivent s'accorder à établir une politique juridictionnelle déférente qui privilégie le dialogue dans le cas d'un conflit des normes issues d'ordres juridiques différents. L'article démontre donc l'importance, pour la cohérence des ordres juridiques, de donner plein effet au mandat du juge national en tant que juge européen de droit commun.

In her chapter La fonction structurante du dialogue des juges européens pour l'ordre juridique européen, Ioana Raducu argues that the particularity of the European legal order puts into question the classical conception of the legal order. In order to fully understand the structural interdependency between the EU legal order and municipal legal orders, it is important to grasp the type of dialogue between judges. The relationship between judges within the EU passes through the preliminary ruling procedure which reveals the level of interlocking between EU and national legal orders. The CJEU is providing answers to national courts' request and thus it could guide more or less precisely the national judge upon the implementation of EU law in national legal order. Indeed, the preliminary ruling acts as an injunction upon national legal order and leads to substantial revisions of domestic remedies. The practice shows that the EU injunction upon domestic legal order produces more "dis-order" than order. Therefore both national judges and the CJEU should agree to a deferential jurisdictional policy that favours the dialogue in case of conflict between norms stemming from different legal orders. The chapter shows the crucial role played by national courts, as common judges of EU law, for the coherence of legal orders.

La contribution **La normativité de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne ou illustration et défense du « désordre des ordres »** de la Prof. Constance Grewe a pour objectif de confronter les conceptions des Etats Membres de leurs rapports avec le droit de l'Union avec les théories du pluralisme, du réseau ou du métissage juridique. Elle tente de montrer que, malgré les diversités nationales, malgré également les incohérences nationales, cette approche paraît à la fois plus réaliste et plus féconde que l'opposition traditionnelle entre le « monisme communautaire » et le dualisme national. C'est ainsi qu'on peut admettre, dans la mesure où l'on accepte l'idée que les ordres juridiques ne sont pas nécessairement clos, que l'Union européenne constitue un ordre juridique, tout comme ses Etats Membres. L'autonomie de cet ordre apparaît comme essentiellement dynamique dès lors qu'elle résulte de la conjugaison des exigences du droit de l'Union et de la prise en compte de l'existence et de l'identité des Etats Membres. Elle est garantie par le monopole de la Cour de justice pour interpréter et apprécier la validité du droit unional. Dès lors, la normativité de cette autonomie ne peut reposer que sur un fondement double : les constitutions et les traités.

Prof. Constance Grewe's contribution La normativité de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne ou illustration et défense du « désordre des ordres » aims at confronting the conceptions of the Member States regarding their relationship with European Union law with the legal theories of pluralism, multilevel constitutionalism or legal hybridism. It tries to demonstrate that, despite national diversities and despite national incoherencies, this approach seems to be

more realistic and more fruitful than the traditional opposition between "Community's monism" and national dualism. In this perspective, and when accepting that legal orders are not necessarily closed, one can admit that the EU forms a legal order similar to those of its Member States. Its autonomy is to be determined in a mainly dynamic fashion resulting from the combination of the requirements of Union law with the existence and the identity of Member States. Thus the normativity of this autonomy can only be founded on a double ground: the constitutions and the treaties.