

Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire

par

ALAIN PELLET

Table de matières

Introduction	201
Chapitre I	
Les Communautés sans le droit international?	203
A. Les tentatives de «désinternationalisation» du droit communautaire	204
1. La jurisprudence de la Cour de Justice	204
2. La doctrine communautariste	207
B. Le droit international, fondement du droit communautaire	211
1. Un ordre juridique d'origine conventionnelle	212
2. La révision des traités	214
3. Le «complexe du Jivaro»	217
Chapitre II	
Les Communautés comme organisations internationales	221
A. L'absence de caractère étatique, fût-il fédéral, des Communautés	222
1. Les Communautés ne sont pas des Etats	222
2. La souveraineté des Etats membres demeure intacte	225
B. La Communauté présente les traits caractéristiques d'une organisation internationale	231
1. La Communauté est une organisation internationale	233
2. «Une manifestation très avancée du droit des organisations internationales»	237
Chapitre III	
L'ordre juridique communautaire, «ordre juridique de droit international»	245
A. L'autonomie relative du droit communautaire par rapport au droit international	247
1. Un ordre juridique autonome	247
2. Les rapports de systèmes entre droit communautaire et droit international	251
B. L'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux	254
1. L'effet direct du droit communautaire	256
2. La primauté du droit communautaire	261
En guise de conclusion	268
Orientations bibliographiques	270

Biographie

Professeur à l'Université de Paris X – Nanterre et à l'Institut d'études politiques de Paris.

Membre de la Commission du droit international des Nations Unies.

Etudes supérieures

- Agrégation de droit public et de sciences politiques (1974);
- Doctorat d'Etat de droit public (1974 – Université de Paris II);
- D.E.S. de sciences politiques (1969 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris);
- D.E.S. de droit public (1969 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris);
- Auditeur à l'Académie de droit international de La Haye (session de droit public, 1967, 1969 et 1971);
- Diplôme de l'Institut d'études politiques de Paris («Sciences-Po») (1968 – section du service public);
- Licence en droit public (1968 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris).

Fonctions universitaires

- Professeur à l'Université de Paris X – Nanterre, Professeur (1990-);
- Directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN);
Directeur du D.E.A. de droit des Relations économiques internationales et communautaires;
- Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris («Sciences-Po») (1980-);
- Professeur à l'Université de Paris-Nord (1977-1990);
- Professeur à l'Université de Constantine (1974-1977);
Maître de conférence à l'Institut d'études politiques de Paris (1972-1981);
- Assistant à l'Université de Paris II (1969-1974);
- Professeur invité, missions de courte durée et conférences dans de nombreuses universités étrangères.

Activités extra-universitaires

- Membre de la Commission du droit international des Nations Unies (1990-);
rapporteur spécial sur «Les réserves aux traités» (1994-);
- Membre suppléant de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1983-1992);
- Conseil et avocat de la France, du Burkina Faso, du Nicaragua, de l'Australie, du Tchad, de la Slovaquie, de la Bosnie-Herzégovine et du Cameroun, dans plusieurs affaires devant la Cour internationale de justice;
- Expert-consultant auprès de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie (1991-1993);
- Conseiller juridique de l'Organisation mondiale du tourisme (1990-);
- Rapporteur du Comité de juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie («Commission TRUCHE») (1993);
- Consultant, société d'avocats Mignard-Teitgen-Grisoni (Paris) (1993-).

Publications principales

Ouvrages

- *Droit international public* (avec D. Nguyen Quoc et P. Daillier), (L.G.D.J.), 5e éd., 1994, 1379 pages, (traduction partielle en grec, 1991; en hongrois, à paraître en 1996).
- *Les fonctionnaires internationaux* (avec D. Ruzie), P.U.F., Collection «Que sais-je?», 1993, 128 pages.
- *La Charte des Nations Unies (commentaire article par article)*, (avec J.P. Cot), Economica, 2e éd., 1991, XIV – 1771 pages, (traduction en japonais, 1993; en anglais à paraître en 1995).
- *Le Droit international du développement*, P.U.F., Collection «Que sais-je?», 2e éd., 1987, 128 pages, (traduction en japonais, 1988).
- *Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux*, Pédone, 1982, 202 pages.
- *Droit international public*, P.U.F., Collection THEMIS, 1981, 154 pages, (traduction en japonais, 1992).

Recueils de textes

- *Les Nations Unies – Textes fondamentaux*, P.U.F., Collection «Que sais-je?», n° 3035, 1995, 128 pages.
- *Droit d'ingérence ou devoir d'assistance humanitaire?, Problèmes politiques et sociaux*, n° 758-759, 1er-22 décembre 1995, La documentation française, 133 pages.

Principaux articles

- «L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie», à paraître in *AFDI* (1995).
- «The Road to Hell is Paved with Goods Intentions – The United Nations as Guarantor of International Peace and Security: a French Perspective», in C. Tomuschat (éd.), *UN at Age Fifty* (1995) 113-133.
- «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies», *EJIL* (1995) 401-425.
- «Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?», S.F.D.I., Colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective* (1995) 221-238.
- «Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes?», *Liber Amicorum Jimenez de Arechaga* (1995) 401-425.

- «Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie», *RGDIP* (1994) 7-60.
- «The Normative Dilemma – Will and Consent in International Law», 12 *Australian Yearbook of International Law* (1992) 22-53.
- «Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement», XIX *Thesaurus Acroasium* (1992) 287-355.
- «La mise en œuvre des normes internationales des droits de l'homme», in CEDIN, *La France et des droits de l'homme* (1990) 101-140.
- «Le glaive et la balance – Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales», in Y. Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (1989) 539-556.
- «La carrière des fonctionnaires internationaux», in S.F.D.I., Colloque d'Aix-en-Provence, *Les agents internationaux* (1985) 143-191.
- «L'article 53 de la Constitution de 1958 – Le rôle du Parlement dans la procédure d'entrée en vigueur des traités et accords internationaux», in F. Luchaire et G. Conac (éds.), *La Constitution de 1958* (2e éd., 1987) 1005-1038.
- «Le bon droit de l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international)», in *Mélanges Charles Chaumont* (1984) 465-493.
- «Budget et programmes aux Nations Unies, quelques tendances récentes», *AFDI* (1976) 242-282.
- «La grève dans les services publics internationaux», *RGDIP* (1975) 932-971.
- «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDP* (1974) 1319-1379.

Introduction

Ce cours est un cours «d'humeur», presque de «mauvaise humeur». Il n'a pas pour ambition d'apporter au lecteur des connaissances techniques nouvelles et pour une raison simple: comme l'a écrit Jacques Delors, la construction européenne est «un monument d'hermétisme – ou une ouverture très sophistiquée – connu seulement des spécialistes...».¹ Et spécialiste, l'auteur ne l'est certainement pas. Il ne s'agit donc pas d'approfondir un domaine particulier du droit communautaire, mais de porter sur celui-ci dans son ensemble un regard extérieur – ou, pour être plus exact – un regard partiellement extérieur car, n'en déplaise aux communautaristes, le droit communautaire tient son fondement et son existence même du droit international public: les Communautés comme, d'ailleurs l'Union européenne, ont été créées par des traités; ce sont ces traités qui fondent leur personnalité juridique; et un traité est un instrument juridique international. Dès lors, les Communautés et l'Union sont, avant toute chose et peut-être exclusivement, des personnes du droit international.²

Ces évidences sont d'une banalité affligeante et l'on aurait scrupule à les rappeler si la doctrine communautariste ne les scotomisait pas à peu près complètement et systématiquement. Non pas – en tout cas pas uniquement – par ignorance, mais, et c'est plus grave, dans le cadre de ce qui paraît être une véritable «stratégie intellectuelle dogmatique».

Ceci est irritant; pas seulement parce que cela heurte l'amour-propre des internationalistes mais surtout, plus substantiellement, pour deux raisons fondamentales:

- en premier lieu, la doctrine communautaire qui a acquis son autonomie académique par rapport au droit international public témoigne ainsi de son ignorance des révolutions que celui-ci a subies, en partie d'ailleurs grâce au droit communautaire; le «droit des gens» est en général présenté par les communautaristes comme une discipline figée, incapable de rendre compte du fait communautaire et dont ils font une présentation inexacte et, à la limite, trop souvent franchie, presque caricaturale;
- en second lieu, il semble presque évident qu'en écartant ainsi, d'un revers de main, l'approche internationaliste du droit communautaire, on se prive d'éléments de réflexion et de compréhension féconds.

Voici pourquoi ce cours est un cours «d'humeur»: il s'agit de réagir contre le mépris injuste, et injustifié, dans lequel la doctrine communautariste, à de brillantes mais rares exceptions près, tient le droit international, au risque de déformer la réalité, et ceci à des fins purement idéologiques: la promotion de

1 *La France pour l'Europe* (1988) 272.

2 Le «droit international» dont il est question dans ce cours est, sauf indication expresse contraire, le droit international public.

la construction communautaire qui, pourtant, ne se porterait sans doute pas plus mal de rendre justice à ses origines internationalistes...

Ce cours s'efforcera de le faire en s'interrogeant sur la possibilité d'envisager ou d'imaginer les Communautés³ sans le droit international (chapitre I), en les décrivant en tant qu'organisations internationales (chapitre II) et en étudiant – mais très superficiellement – l'ordre juridique communautaire comme un «ordre juridique de droit international» (chapitre III).

3 Il ne fait pas de doute qu'il existe toujours trois Communautés fondées sur des traités constitutifs distincts, auxquelles s'ajoute maintenant, et se superpose dans une certaine mesure, l'Union européenne. Ce cours, selon un usage assez répandu, traitera, sous réserve de quelques précisions données dans le chapitre II, indifféremment de «la» ou «des» Communautés. Etant donné le niveau d'abstraction assez grand auquel il se situe, ceci ne présente probablement guère d'inconvénient.

Chapitre I

Les Communautés sans le droit international?

Il est à peine exagéré d'évoquer le «terrorisme intellectuel» que font régner certains communautaristes parmi les juristes. L'une des manifestations de ce phénomène consiste à affirmer que la question de la nature juridique de la ou des Communautés est résolue, qu'elles n'ont plus rien à voir avec le droit international et qu'il est inutile de revenir sur ce point.

Le juge Pescatore, dont les qualités de juriste ne sont évidemment pas en cause, est probablement le représentant le plus qualifié et le plus connu de ce courant doctrinal et l'ensemble de son œuvre, considérable, est imprégné de cette conviction selon laquelle les ordres juridiques communautaire et international sont entièrement distincts et séparés; tout au plus le droit communautaire pourrait-il constituer un modèle et une source d'inspiration féconde pour la réforme et l'approfondissement du droit international. Au demeurant, M. Pescatore est loin d'être isolé dans cette conviction, certainement sincère, mais que l'on peut juger erronée et, en tout cas, très excessive. On peut, à vrai dire, soupçonner qu'elle est partagée par la quasi-totalité des spécialistes du droit communautaire. Il est ainsi très frappant de constater que l'index de l'excellent manuel de *Droit communautaire général* du Recteur Guy Isaac⁴ ne comporte pas d'entrée à l'expression «Droit international» et que, d'une manière générale, aucun développement, ou à peu près, n'y est consacré.

Ceci est extrêmement significatif: l'éminent auteur, dont le livre a déjà formé des générations de juristes français, admet comme une donnée d'évidence que, en tant qu'ordre juridique, le droit communautaire ne doit rien au droit international; il est présenté «en soi». Certes, M. Isaac n'omet pas de présenter «les traités communautaires»⁵ qui constituent le «droit communautaire primaire»,⁶ mais il s'abstient soigneusement de s'interroger sur le fondement de la validité de ce droit «primaire». Résultat inévitable: les milliers d'étudiants français qui apprennent le droit communautaire dans ce manuel – dont il faut redire l'excellence – auront forcément la conviction, erronée, que le droit communautaire n'a aucun lien avec le droit international...⁷

4 (1994) 328 pages.

5 *Ibid.*, 117-124.

6 *Ibid.*, 117.

7 Une tendance récente dans les Universités française consiste à «avancer» l'étude du droit communautaire général de la troisième à la deuxième année des études en droit. Ceci est justifié par l'importance concrète considérable du droit communautaire pour les Etats membres; mais ce n'est acceptable que si, avant d'aborder le droit communautaire, les étudiants reçoivent au moins des rudiments de droit international: comment comprendre les Communautés sans savoir ce qu'est un traité ou une organisation internationale?

Et pourtant le Professeur Isaac n'est pas, loin s'en faut, un communautariste «extrême». On peut sans doute même le considérer comme assez représentatif d'une tendance modérée, assez «technicienne», qui constitue la grande majorité des communautaristes, dont la caractéristique est de ne pas nourrir de prévention particulière à l'encontre du droit international mais, tout simplement, de n'en pas voir l'intérêt pour leur discipline. Ils conçoivent les Communautés et leur droit abstraction faite du droit international.

La thèse fondamentale de ce chapitre et, à vrai dire, de l'ensemble de ce cours, est que ceci n'est pas possible. Malgré la «désinternationalisation» à laquelle procèdent la doctrine et la jurisprudence communautaristes, pour de mauvais motifs (section A), cette position est intenable et ne correspond nullement à la réalité des choses; bien au contraire, le droit international constitue l'ancrage et le fondement mêmes du droit communautaire (section B).

A. Les tentatives de «désinternationalisation» du droit communautaire

L'anathème lancé contre le droit international est le fait aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence communautaires. Mais les motifs de cette excommunication paraissent, tout bien réfléchi, différents dans l'un et l'autre cas. La CJCE a agi par calcul, de propos délibéré, mais, si l'on y regarde d'un peu plus près, sans pousser la thèse de l'enfermement du droit communautaire jusqu'à ses conséquences extrêmes. La doctrine, pour sa part, a suivi avec zèle la direction montrée par la jurisprudence, mais sans s'imposer la relative modération dont la Cour a su faire preuve, et ceci probablement par ignorance des tendances actuelles du droit international.

1. La jurisprudence de la Cour de Justice

Dans les premières années de son existence, la Cour a manifesté quelque considération pour les traités constitutifs.

Ceci est très frappant, par exemple, dans un arrêt de 1960, que l'on a qualifié d'«obscur»⁸ et qui porte sur des problèmes compliqués de fiscalité applicable aux fonctionnaires de la CECA, l'arrêt *Humblet*. Pour affirmer l'obligation de la Belgique de respecter l'immunité fiscale d'un fonctionnaire communautaire belge, la Cour s'est expressément fondée sur l'obligation résultant «du Traité et du protocole qui ont force de loi dans les Etats membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne».⁹ Les choses étaient très claires, très solidement argumentées au regard du droit in-

8 De Witte, «Retour à 'Costa' – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *RTDE* (1984) 426.

9 Affaire 6/60, *Rec.*, 1146.

ternational: les obligations des Etats membres trouvent leur source et leur fondement dans les traités régulièrement ratifiés par les Etats et incorporés dans leur ordre juridique interne.

Quoique dans une formule concise, qui a fait sa fortune, le célèbre arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 ne dit pas autre chose. Tout en affirmant que le Traité (CEE) «constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants» – ce qui est indiscutablement exact¹⁰ –, la Cour de Luxembourg conclut que «la Communauté constitue un nouvel ordre juridique *de droit international*». ¹¹ Cette expression est évidemment décisive. Elle signifie qu'en 1963 la Cour n'éprouvait aucun doute sur l'ancrage de l'ordre juridique communautaire dans le droit international, tout en mettant en lumière, à juste titre les évidentes particularités du droit communautaire.

Pourtant, un an plus tard, dans le non moins célèbre arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour, de façon évidemment délibérée, «rectifie le tir». Il y est dit cette fois qu'«à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au droit des Etats membres...». ¹² Peu importe, pour l'instant cette dernière précision. ¹³ Ce qui compte, c'est une omission; mais elle est de taille: la disparition après «ordre juridique» de la mention «de droit international». Ainsi à à peine plus d'un an d'intervalle, le «nouvel ordre juridique de droit international» devient «un ordre juridique propre». *Exit* le droit international, alors qu'il ne s'était produit, entre-temps, aucune mutation juridique majeure. Il est, dans ces conditions, exclu que l'«ordre juridique de droit international» de 1963 ait pu perdre ce caractère en 1964 et, d'ailleurs, l'arrêt *Costa* ne dit rien de tel: posant le principe de la primauté du droit communautaire, ¹⁴ il établit fermement que l'ordre juridique communautaire a été institué par le Traité et que sa primauté découle des «termes et [de] l'esprit» de celui-ci qui, malgré les particularités qu'il présente par rapport à ceux que la Cour appelle, un peu dédaigneusement, les «traités ordinaires», n'en est pas moins un «accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international». ¹⁵

Il ne paraît pas aventureux d'en déduire que, malgré la différence de formulation existant entre ces deux arrêts essentiels, la Cour de Justice ne méconnaît pas dans le second le fondement international de la Communauté et de son droit, même si elle l'explicite moins nettement; après tout, la Cour a tendance à tenir pour acquis les principes posés par elle et il n'était, en effet,

10 Voir *infra* B.3.

11 Affaire 26/62, *Rec.*, 1963, 3 – italiques ajoutées.

12 Affaire 6/64, *Rec.*, 1161.

13 Voir *infra*, chapitre III.

14 *Id.*

15 Définition du traité aux fins de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (article 2, paragraphe 1(a)).

pas indispensable de reprendre la formule explicite qu'elle avait retenue dans l'affaire *Van Gend en Loos*.

Le glissement terminologique de 1964 n'est cependant pas passé inaperçu de la doctrine – l'arrêt *Costa* est probablement l'un de ceux, sinon celui, qui a fait l'objet des commentaires les plus abondants. Or, malgré l'ardeur «désinternationaliste» des commentateurs,¹⁶ la Cour s'est toujours soigneusement gardée de revenir à sa formulation initiale et ne reprendra jamais la formule «nouvel ordre juridique de droit international», alors même que, quelques mois après l'arrêt *Costa*, le 13 novembre 1964, dans l'affaire *Commission contre Luxembourg*, elle reprend la première partie de la formule *Van Gend en Loos* «ordre juridique nouveau», mais en s'abstenant soigneusement de préciser «de droit international».

Il s'agit donc clairement d'une tactique délibérée de la Cour dont M. Bruno De Witte, dans un remarquable article¹⁷ paru en 1984 a donné une explication extrêmement convaincante à laquelle on ne peut guère que se rallier: il est certain que la Cour a entendu «couper les ponts» avec le droit international et ceci dans un objectif qui, avec le recul du temps, apparaît clairement; il s'agissait de «démarrer le droit communautaire du droit international afin de mieux assurer sa primauté». ¹⁸ Pourquoi et comment? Nous y reviendrons plus en détail dans le chapitre III; il suffit de dire qu'il s'agit d'une entreprise, tout à fait superflue, en direction des Etats qui, comme l'Allemagne ou l'Italie, se réclament du dualisme; l'objectif est, au fond, de simplifier la tâche aux juges de ces pays en «gommant» le caractère international de l'ordre communautaire.

Ceci étant, la manœuvre était purement psychologique et si cette entreprise de séduction a été couronnée d'un certain succès, encore que limité, en direction des juges des pays supposés «dualistes», ceux-ci ne s'y sont laissés prendre que parce qu'ils l'ont bien voulu et d'ailleurs seulement de manière partielle.

Le fait, évidemment, demeure: l'ordre juridique communautaire n'est pas, à la différence de l'ordre juridique étatique, une donnée factuelle;¹⁹ c'est un ordre créé; et il l'est par une série de traités. Il s'agit donc d'une création du droit international. La Cour de Luxembourg ne l'a jamais nié; elle le rappelle même avec constance comme en témoignent, par exemple, les formules qu'elle a utilisées dans ses avis des 14 décembre 1991 et 10 avril 1992 à propos de l'EEE:

16 Voir I.A.2 *infra*.

17 *Supra* note 8, 425-54.

18 *Ibid.*, 442 – italiques dans le texte.

19 Le droit international ne crée pas l'Etat; il en constate l'existence.

- «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»;²⁰
- ou bien: le Traité instituant l'EEE ne dénature pas «les compétences de la Communauté et de ses institutions telles qu'elles sont conçues par le Traité».²¹

Dans les deux cas, le fondement juridique international de la construction communautaire est reconnu même si, corrélativement, l'accent est mis sur les particularités du Traité originaire, que nul ne saurait nier, mais qui sont un autre problème. Malheureusement, la doctrine communautariste, pour sa part, emportée par son zèle «européaniste», ne veut, dans sa grande majorité, retenir de cette jurisprudence, somme toute équilibrée même si elle est passablement «orientée», que l'affirmation de la spécificité du droit communautaire.

2. La doctrine communautariste

Les communautaristes ont bonne conscience et il n'est pas douteux que si, par hasard, ce cours tombait aux mains de l'un d'eux, il ne manquerait pas de hausser les épaules en considérant qu'il ranime une guerre de religions dépassée.

Il est exact que les batailles doctrinales qui ont marqué les premiers temps de la construction communautaire, sans avoir complètement disparu, se sont en grande partie apaisées. Mais cette paix armée est plutôt due au fait que les «internationalistes» ont déserté le champ de bataille qu'à leur conviction du bien-fondé des thèses communautaristes extrêmes qui, malheureusement, tiennent le haut du pavé dans le petit monde du droit communautaire même si, en son sein, il comporte des «colombes». On peut penser, en particulier, parmi la doctrine francophone, à M. Daniel Vignes – il est vrai ancien Directeur général au Conseil des Communautés où l'on est, traditionnellement, et peut-être par fonctions, plus modéré qu'à la Commission ou à la Cour... – ou au Professeur Vlad Constantinesco qui, tout en mettant l'accent sur l'originalité, indéniable, de la construction communautaire, a toujours insisté, parallèlement, sur son fondement conventionnel.²²

Mais foin de ces nuances! Ce cours se veut et est polémique, ce qui conduit sans doute à «grossir le trait», et l'image globale que donne la littérature de base en droit communautaire ne porte certainement pas à la nuance.

20 Avis 1/91, *Rec. I-6079*.

21 Avis 1/92, *Rec. I-2821*.

22 Voir notamment sa thèse, publiée en 1974, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 492p. ou sa contribution aux *Mélanges Chaumont – Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Méthodes d'analyse du droit international; Mélanges offerts à Charles Chaumont* (1984), «La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international», 207-222.

La majorité des auteurs manifestent une superbe indifférence pour le droit international²³ et, chez les plus militants, l'indifférence devient franche hostilité.

Dans sa thèse, publiée en 1968, et consacrée à *L'application d'un traité – fondation: le Traité instituant la CEE*,²⁴ le Professeur Henri Lesguillons présente les querelles doctrinales des années 1950 et 1960 durant lesquelles se sont affrontées les thèses fédéralistes qui voyaient – et voient toujours – dans les Communautés une structure (pré-)fédérale, et les thèses internationalistes qui les décrivent comme des organisations internationales d'un type particulier, ce qui est assurément plus réaliste.²⁵ Parmi les premiers, les professeurs Cartou, Heraud, Jaenicke ou Schwarzenberger; parmi les seconds, Mme Bastid et MM. F. Berger, Bindschedler, Bleckmann, Delbez, Scelle, Seidl-Hohenveldern, Verdross, Vitta ou Paul de Visscher. La seconde thèse a été relancée récemment avec beaucoup de talent par le Professeur Charles Leben, dans un article²⁶ dont on peut partager les conclusions générales tout en étant sceptique sur le bien-fondé de l'approche kelsénienne et terriblement abstraite adoptée par l'auteur.

Quant à l'école fédéraliste, elle ne s'affiche plus ouvertement comme telle tant l'évolution des Communautés a démenti de façon éclatante ses prévisions intégrationnistes décidément trop optimistes (quelles que soient les sympathies politiques que l'on peut nourrir pour elles).

Il n'en reste pas moins que cet échec n'a guère entamé l'ardeur anti-internationaliste de la doctrine communautariste la plus agissante. Certes, il n'est pas d'auteur qui ne paie, formellement, tribut aux traités originaires:²⁷ ils sont trop voyants pour que l'on puisse se dispenser de ce «lip service». Mais, ce devoir accompli, c'est pour expliquer aussitôt que ceci n'a aucune conséquence.

Un exemple très frappant de cette attitude, tout de même assez étonnante, est donné par la contribution du juge Constantin Kabouris aux *Mélanges Pescatore*. Dans ces réflexions qu'il présente comme «parfois peu confor-

23 Voir *supra* note 3 et le texte correspondant.

24 LGDJ, Paris, IV – 319p.

25 Voir *infra*, chapitre II.

26 «A propos de la nature juridique des Communautés européennes», 24 *Droits* (1991) 61-72.

27 Cf. M. Blanquet, *L'article 5 du traité CEE – Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, LGDJ, Paris (1994) XXII – 502p.: «Les Etats membres sont a priori placés dans un cadre conventionnel, leurs obligations découlant d'un traité négocié et accepté» (page 421); ou P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire* (1971): «Les bases du nouveau droit européen ont été créées par le procédé le plus classique du droit des gens: au moyen de plusieurs traités internationaux»; ou, du même auteur, *Droit international et droit communautaire – Essai de réflexion comparative*, Centre européen universitaire, Nancy, non daté: «Bien sûr, le droit communautaire trouve ses bases dans un ensemble de traités internationaux conclus suivant les procédés les plus classiques du droit international» (page 15).

mistes» mais où l'on peut voir, au contraire, un assez grand conformisme communautariste, l'éminent auteur explique que le Traité (de Rome) «est en vigueur par lui-même, de façon autonome, et constitue la source primaire de tout l'ordre juridique communautaire...»;²⁸ après quoi il met l'accent sur l'abandon par la jurisprudence de l'expression «ordre juridique de droit international»²⁹ pour conclure à la nature fédérale de «la relation Communauté – Etats membres».³⁰

D'une façon générale, la doctrine communautariste s'est évertuée à donner une interprétation très radicale de l'évolution de la position de la Cour qui cependant est probablement plus tactique que substantielle.³¹ Pour nombre d'auteurs, l'expression «nouvel ordre juridique de droit international» ne serait qu'une «remarque quelque peu malencontreuse»³² ou «une erreur».³³

Ainsi débarrassés de la présence encombrante du droit international, les communautaristes les plus virulents, qui se considèrent comme les «représentants du droit européen»,³⁴ se livrent à une critique acerbe de ce même droit international auquel, cependant, la construction communautaire ne devrait pratiquement rien: «La spécificité de l'ordre juridique communautaire s'exprime notamment par le fait que le droit international n'est pas appelé à jouer un grand rôle...».³⁵

Ainsi, le juge Pescatore s'est, dans nombre de travaux, penché sur les relations et la comparaison entre le droit communautaire et le droit international. Dans son cours sur *L'ordre juridique des Communautés européennes*, il s'emploie à montrer que, «[j]uridiquement, les communautés sont fermées sur elles-mêmes».³⁶ «La raison profonde de l'inadaptation du droit international au droit communautaire résulte du fait que le premier est fait pour régir des rapports de coexistence ou de coopération...».³⁷ Cette pure pétition de principe conduit notre auteur, dans un autre pamphlet, à poser en postulat que le droit international est «peu évolué»³⁸ et à vanter la «supériorité» – le mot apparaît à maintes reprises sous sa plume – intrinsèque du droit communau-

28 «La relation de l'ordre juridique communautaire avec les autres ordres juridiques des Etats membres – quelques réflexions parfois peu conformistes», *Mélanges Pescatore – Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pierre Pescatore* (1987) 331.

29 *Ibid.*, 331-2; voir *supra* note 12 et le texte correspondant.

30 *Ibid.*, 334.

31 Voir *supra* A.1.

32 G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities* (1981) 436, cité par De Witte, *supra* note 8, 445.

33 Iglesias Buiges, «La nature juridique du droit communautaire», *CDE* (1968) 527.

34 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 9.

35 J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire, Commission des Communautés européennes*, coll. «Perspectives européennes» (1986) 78.

36 *Supra* note 27, 40.

37 *Ibid.*, 123.

38 *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 33.

taire, mais, fort heureusement conclut-il, «tout ce qui fait l'originalité et la force du droit communautaire échappe aux catégories du droit international». ³⁹ Dès lors, le droit communautaire qui, seul, permet de porter un regard neuf sur la souveraineté ⁴⁰ constitue un «modèle à la pensée scientifique». ⁴¹

De même, mais ce ne sont que des exemples parmi bien d'autres, M. Jacot-Guillarmod, dans un ouvrage d'ailleurs fort stimulant paru en 1979, *Droit communautaire et droit international public*, n'hésite pas à écrire:

Par ses faiblesses intrinsèques, le droit international public diffère profondément du droit communautaire. Plusieurs traits du droit international sont ainsi devenus, par contraste, d'utiles repères pour apprécier la spécificité du droit communautaire et, par là même, pour mesurer l'écart qui s'est creusé entre les deux ordres juridiques. ⁴²

Pour cet auteur, si dialogue il doit y avoir entre les deux systèmes de droit, ce ne peut être qu'en ce qui concerne les relations externes des Communautés, ⁴³ dans lesquelles, concède-t-il, le droit international joue en effet un rôle croissant, conséquence du rôle accru que jouent les Communautés elles-mêmes dans les relations internationales ⁴⁴ (ce dernier constat est, au moins, indéniable!).

Bien sûr, si tout ceci était exact, on ne pourrait que se féliciter, avec M. Jacques Bourgeois, Conseiller juridique principal à la Commission, que la Cour de Luxembourg «soit soucieuse d'éviter [...] d'introduire dans le droit communautaire le cheval de Troie de certains modes de pensée du droit international». ⁴⁵

Mais tout ceci n'est pas exact et repose sur deux pétitions de principe difficilement acceptables.

En premier lieu les «faiblesses» que ces auteurs prêtent au droit international sont, en partie au moins, l'effet de leur imagination ou de leur ignorance. Le droit international contemporain n'est pas ce qu'ils disent, ou ce qu'ils croient. Par exemple, il est totalement inexact que, comme l'écrivait M. Pescatore ⁴⁶ – mais on retrouve aussi cette affirmation erronée sous d'autres plumes ⁴⁷ – la dénonciation d'un traité soit «toujours possible»; comme cela ressort clairement des articles 54 à 64 de la Convention de

39 *Ibid.*, 10.

40 «L'apport du droit communautaire au droit international public», *CDE* (1970) 507.

41 *Ibid.*, 522.

42 (1979) 258.

43 *Ibid.*, 266.

44 *Ibid.*, 250.

45 «Les relations internationales de la Communauté européenne et la règle de droit: quelques réflexions», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 65.

46 *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 15.

47 Voir par exemple C. Kabouris, *supra* note 28, 337.

Vienne de 1969, le traité est, au contraire, un piège à volonté, qu'il cristallise de façon largement définitive. De même, pour prendre un seul autre exemple, en définissant le droit communautaire – tout le droit communautaire – comme un «*jus cogens* régional»,⁴⁸ M. Jacot-Guillarmod fait preuve soit d'ignorance sur la notion de *jus cogens*, soit d'une hardiesse singulière, même au regard des thèses les plus avancées! Au fond, cependant, il faut bien reconnaître que ceci n'est pas très grave et témoigne seulement d'une certaine ignorance due à un excès de spécialisation; les internationalistes, et l'auteur de ce cours le premier, en sont certainement également les victimes.

En revanche, la seconde pétition dont partent nos auteurs est moins excusable et jette un certain discrédit sur la «méthode scientifique» elle-même de ceux qui la présentent comme un «modèle» de rigueur. Ils posent en effet en postulat le résultat même de l'équation qu'il s'agit de résoudre. Alors que la question est de déterminer la place du droit international dans la construction communautaire, ils raisonnent à peu près de la manière suivante:

1. Le droit communautaire ne doit rien au droit international;
2. donc le droit international est, par définition, tout ce qui n'est pas communautaire et est purement inter-étatique;
3. donc le droit international n'a aucune place dans le droit communautaire...

Mais la première et la troisième propositions sont identiques, ce qui n'est pas de bonne logique, et la deuxième est très abusivement simplificatrice. Une étude moins militante conduit à une vision infiniment plus nuancée.

B. Le droit international, fondement du droit communautaire

Il ne saurait faire de doute que, loin d'être étranger au droit communautaire, le droit international en est le fondement même, ce qui fait de lui, pour reprendre l'expression de la Cour de Justice elle-même, «un ordre juridique de droit international». De ce constat découlent plusieurs conséquences, notamment en ce qui concerne la révision des traités communautaires originaires même si l'importance de la question est, en définitive, plus théorique que concrète. Ceci étant, cet ordre juridique, pour être d'origine conventionnelle n'en est pas moins, c'est une évidence, tout à fait spécial et à part, originalité que, par sa malléabilité et sa souplesse, le droit international est parfaitement capable de prendre en considération.

48 *Supra* note 42, 362.

1. Un ordre juridique d'origine conventionnelle

Il n'est pas utile de rappeler en grands détails les origines conventionnelles du droit communautaire. Chacun sait que les Communautés ont été créées par des traités successifs; pas seulement ceux de Paris de 1951 et de Rome de 1957, mais aussi tous ceux qui ont réalisé des aménagements institutionnels plus ou moins profonds depuis la Convention de Rome de 1957 relative à certaines institutions communes jusqu'au traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992 entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, en passant par le traité de fusion de 1965, les deux traités sur le budget communautaire de 1970 et 1975, l'Acte annexé à la décision du Conseil du 20 septembre 1976 relatif aux élections du Parlement européen et l'Acte unique du 28 février 1986, sans oublier les traités successifs d'adhésion de 1972, 1979, 1986 et ceux, encore en pointillés, de 1994.

Il est également bien connu que chacun de ces textes est extrêmement complexe, l'instrument principal étant en général accompagné d'une multitude d'annexes, protocoles et déclarations dont, dès 1956, la Cour de Justice a dit qu'ils avaient «la même force impérative» que le traité lui-même.⁴⁹

De plus, tout en préservant l'autonomie de chaque traité, la Cour n'en considère pas moins la construction communautaire comme un tout, chacun de ces instruments étant appelé, le cas échéant, à éclairer l'interprétation donnée aux autres.⁵⁰

Conformément à une construction doctrinale qui ne prête pas le flanc à la critique,⁵¹ c'est cet ensemble complexe de traités que la Cour de Luxembourg a qualifié, notamment dans l'avis 1/91 du 14 décembre 1991, de «charte constitutionnelle d'une communauté de droit».⁵² Mais, pour avoir des aspects constitutifs ou, si l'on veut, «constitutionnels», ils n'en répondent pas moins, en tous points, à la définition des traités la plus communément reçue en droit international, celle, par exemple, que l'on trouve dans l'article 2, paragraphe 1(a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969:

L'expression «traité» s'entend d'un accord conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes.

En accord avec les principes les plus classiques et les mieux établis du droit international, de tels traités entrent en vigueur, conformément à leurs dispositions, après que les Etats parties ont exprimé leur consentement à être liés –

49 Affaire 7/54, *Industrie sidérurgique luxembourgeoise*, Rec. 1956, 55.

50 Cf. affaire 9/56, *Meroni*, Rec., 1958, 9 et affaire 13/60, *Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr*, Rec. 1962, 165.

51 Voir *infra* le texte correspondant à la note 151.

52 Rec. 1991, I-6102.

en l'espèce par la ratification. C'est donc à la suite d'un processus parfaitement orthodoxe de droit international que les Communautés ont été créées. Pour banal que ce soit, ceci doit être souligné: elles ne doivent rien à la génération spontanée; ce sont des créations juridiques et, plus précisément, du droit international. Elles ne relèvent pas du fait, mais du droit.

Même si le moment n'est pas encore venu de comparer les Communautés à la forme étatique,⁵³ cette évidence fondamentale suffit à établir leur nature non étatique. Certes un Etat peut, en apparence, être issu d'un traité et l'on peut penser à cet égard à la création de la Belgique en 1830. Mais ce n'est jamais du traité que l'Etat tire son existence juridique. Il est un sujet de droit parce qu'il existe en fait. Comme l'a rappelé récemment la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie («Commission Badinter») dans son avis n°1 du 29 novembre 1991, «l'existence ou la disparition de l'Etat est une question de fait».⁵⁴ Du moment qu'une entité répond à la définition de l'Etat, c'est un Etat; les conditions de sa création n'importent pas.

Cette analyse est évidemment inapplicable aux Communautés. Alors que l'existence de l'Etat s'impose au droit international, celle des Communautés en découle. Elles procèdent de celui-ci, de la volonté des Etats parties aux traités originaires telle que le droit international l'organise et en régit l'expression.

La Cour de Justice s'est du reste constamment montrée tout à fait consciente de ce caractère fondamental. En premier lieu, on l'a vu,⁵⁵ dans ses arrêts de 1963 et 1964, les arrêts «fondateurs» dont découle toute la construction de l'autonomie du droit communautaire, elle a insisté sur l'origine conventionnelle des Communautés, point que la doctrine communautariste «militante» se garde de souligner. Ensuite, dans tous les cas où cela lui paraît utile, elle n'hésite pas à se référer à la ratification des traités par les Etats membres, leur rappelant ainsi leurs obligations et le fondement conventionnel de celles-ci. Ainsi, dans son ordonnance du 22 juin 1965 rendue dans l'affaire des *Aciéries San Michele*,⁵⁶ elle rappelle à l'Italie qu'elle est engagée par le traité CECA qu'elle a régulièrement signé et ratifié; de tels rappels sont constants dans les arrêts rendus en matière de responsabilité pour manquements. Le juge Pescatore, qui donne ces exemples⁵⁷ en déduit que les traités ont, de ce fait, «amené la création des rapports juridiques *apparentés* à ceux du droit international».⁵⁸ Pas du tout! ce ne sont pas des rapports «apparentés» à ceux du droit international. Ce sont des rapports de droit international, pour une raison, encore une fois, «toute bête» et sur laquelle il

53 Voir *infra* II.A.

54 *RGDIP* (1991) 264.

55 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 8 à 15.

56 Affaire 9/65, *Rec.* 1965, 35.

57 *L'ordre juridique des Communautés européennes*, *supra* note 27, 124-5.

58 *Ibid.*; les italiques sont ajoutées.

est superflu de gloser indéfiniment, parce que la création des Communautés est la manifestation juridique et le résultat de l'expression de la volonté des Etats parties aux traités de les créer sur le plan international.

Ceci étant posé, et trop évident pour pouvoir être sérieusement mis en doute, on ne peut échapper à la question, rebattue mais jamais totalement résolue de la révision des traités constitutifs, qui vient à nouveau de rebondir avec l'avis 1/91 sur l'EEE. Ce que les Etats ont fait par la conclusion de traités des plus classiques formellement, peuvent-ils le défaire?

2. La révision des traités

Les données du problème sont bien connues: les traités contiennent des clauses spéciales de révision; ces modalités sont, dorénavant, fixées à l'article N du Traité sur l'Union européenne; elles font intervenir le Conseil, le Parlement et, le cas échéant, la Commission et le Conseil de la Banque centrale européenne, et, si les modifications sont adoptées par une conférence des représentants des Etats membres, «les amendements entreront en vigueur après avoir été ratifiés [toujours une procédure typique du droit international] par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives». La question est de savoir si l'on pourrait passer outre à ces dispositions.

On peut d'ailleurs signaler que ceci s'est produit à deux reprises dans le passé puisque, en 1956 et en 1957, le traité CECA a été modifié, sur des points, il est vrai, relativement secondaires, à la suite d'une procédure ne respectant pas les règles posées par le traité de Paris. Les auteurs se bornent en général à voir dans ces précédents des «négligences»⁵⁹ ou des «péchés de jeunesse».⁶⁰ Soit! Mais la question mérite tout de même que l'on s'y arrête quelques instants; comme la jeunesse, la maturité peut avoir droit à ses péchés!

Compte tenu de ce qui précède, il paraît évident qu'il s'agit là d'un problème de pur droit international public et pas du tout d'un problème propre au droit communautaire: les traités communautaires sont, d'abord, des traités; comme tels ils sont, dans leur vie et jusque dans leur mort, soumis à l'application de cette branche, matériellement «constitutionnelle», du droit des gens qu'est le droit des traités.

A cet égard, un argument paraît devoir être écarté d'emblée: celui tiré de la jurisprudence de la Cour de Justice. Il est tout à fait exact que l'on peut en déduire que, selon la juridiction de Luxembourg, les traités peuvent être

59 Ganshof van der Meersch, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international», 148 *RdC* (1975-V) 47.

60 Cruz Vilaca, «Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?», *CDE* (1993) 19.

modifiés, exclusivement, par recours aux procédures conventionnellement prévues. De son point de vue, la Cour a certainement raison: gardienne de la «légalité communautaire», elle a pour charge de faire respecter les traités originaires. De même que l'on imagine mal la Cour constitutionnelle d'un Etat donnant par avance sa bénédiction à une violation de la constitution, de même, il est peu concevable que, face à une disposition claire des traités – et l'article N est sans ambiguïté –, la Cour de Justice vienne proclamer par avance que sa violation serait sans conséquence aucune.

Il faut toutefois constater que, dans les quelques affaires dans lesquelles elle a pris position, la Cour n'était pas confrontée à la seule hypothèse qui pose réellement problème, celle de l'«acte contraire», c'est-à-dire d'un traité entre Etats membres modifiant les traités constitutifs, mais à de prétendues modifications résultant du droit dérivé (directive, résolution du Conseil ou pratique institutionnelle). On peut penser surtout aux affaires *Manghera*,⁶¹ *Defrenne*⁶² ou *Royaume-Uni c. Conseil*. Encore faut-il noter en passant que, dans ce dernier arrêt, du 23 février 1988, la Cour affirme que les traités ne sont à la disposition «ni des Etats membres, ni des institutions elles-mêmes»⁶³ mais que, dans l'avis 1/91,⁶⁴ elle oublie de s'appliquer ce sage précepte à elle-même puisqu'elle voit dans l'article 164 du traité CE l'un des «fondements mêmes de la Communauté», non susceptible de modification sur la base du troisième alinéa de l'article 238, alors que le Traité ne comporte pas une telle restriction.⁶⁵

Quoi qu'il en soit, il est plus que probable que la Cour s'inclinerait face à une révision opérée délibérément par la procédure de l'acte contraire, de même que le Conseil constitutionnel français, placé devant le fait accompli de l'élection du président de la République au suffrage universel à la suite de la révision constitutionnelle de 1962, introduit à la suite d'un référendum constituant dont la validité au regard de la Constitution de 1958 était pour le moins douteuse, s'est incliné et a estimé ne pouvoir censurer ni cette réforme,⁶⁶ ni les élections subséquentes. Ceci est probablement justifié juridiquement si l'on veut bien admettre la distinction, classique en droit constitutionnel, entre pouvoir constituant institué et pouvoir constituant originaire. Certes, la révision des traités par un acte contraire constituerait, comme on

61 Affaire 59/75, *Rec.* 1976, 91.

62 Affaire 43/75, *Rec.* 1976, 455.

63 Affaire 68/86, *Rec.* 1988, 855.

64 *Supra* note 20.

65 Il est vrai que, dans l'avis 1/92, la Haute Juridiction a semblé admettre qu'une telle révision, fondée sur l'article 236 du traité CE serait valable (*Rec.* 1992, I-2821).

66 Décision du 6 novembre 1962, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* (1962) 27.

l'a écrit, un «acte révolutionnaire»,⁶⁷ mais qui pourrait nier que la révolution produit des effets juridiques? c'est même sa raison d'être!

Au demeurant, ceci ne résout qu'imparfaitement le problème: il en résulte simplement que la Cour de Justice ne pourrait pas et, probablement, qu'elle ne devrait pas, censurer une révision intervenue dans de telles conditions. Il faut en effet sortir du cadre de l'ordre juridique communautaire dans lequel on s'est situé jusqu'à présent et examiner le problème au regard du droit international puisque les traités constituent le lien entre ces deux ordres juridiques distincts et autonomes.

Quid donc si, comme on le doit, on raisonne au regard du droit international? Il doit être entendu d'emblée qu'il ne s'agit pas d'appliquer ici le droit des traités «en général». Contrairement aux affirmations de ses détracteurs, le droit international n'est pas fait d'un seul bloc; ses règles sont adaptées aux différentes situations qui se présentent et il ne saurait être question de tenir les actes constitutifs des organisations internationales⁶⁸ pour des traités «ordinaires», si bien que les règles de la Convention de Vienne de 1969 ne leur sont pas automatiquement et globalement applicables. Comme le précise expressément l'article 5 de cette Convention, celle-ci «s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale [...] sous réserve de toute règle pertinente de l'Organisation»; et, comme le précise l'article 2, paragraphe 1(j) d'une autre Convention de Vienne, celle de 1986 sur le droit des traités conclus par les organisations internationales, «l'expression 'règles de l'organisation' s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation». L'article N du traité de Maastricht en fait donc indiscutablement partie.

Il paraît assez logique d'en tirer la conséquence que, sauf improbable changement fondamental de circonstances, qui conduirait à écarter l'application de l'article N, le recours au droit international ne permet pas de légitimer le procédé de l'acte contraire. Ainsi, le droit international vient au secours des thèses communautaristes les plus rigides...

Il faut cependant bien voir ce que ce raisonnement a de très formel. D'une part, il est très improbable que le problème se pose concrètement⁶⁹ et, d'autre part, si cela se produisait, ce manquement (au regard tant du droit communautaire que, par voie de conséquence, du droit international, qui y renvoie) ne pourrait pas être sanctionné: pour les raisons indiquées ci-dessus, la Cour de Justice devrait s'incliner devant le «pouvoir constituant originaire» et le droit international n'offre pas de mécanismes de contrôle crédibles qui, au demeurant, ne seraient, de toutes manières, pas actionnés

67 Bernhardt, «Les sources du droit communautaire: la 'constitution' de la Communauté», Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes» (1982) 81.

68 Catégorie dont relèvent les traités communautaires; voir *infra*, chapitre II.

69 Voir G. Isaac, *supra* note 4, 124.

puisque, par hypothèse, tous les Etats membres seraient d'accord. Quant à une modification par un traité conclu entre certains Etats membres de la Communauté seulement, elle ne serait, assurément, pas opposable aux autres Etats membres et engagerait la responsabilité des Etats signataires à leur égard.⁷⁰

Il semble donc légitime de conclure que le recours au procédé de l'acte contraire se justifie, finalement, davantage en vertu du droit communautaire (par le recours à la théorie du constituant originaire eu égard à la nature «constitutionnelle» des traités constitutifs) qu'au regard du droit international, mais que la violation de celui-ci n'aurait pas de conséquences concrètes. N'en déplaise aux militants les plus sectaires d'un «communautarisme» étroit, le droit international n'en offre pas moins le terrain théorique le plus solide pour exclure la validité de l'acte contraire...

3. Le «complexe du Jivaro»

Concluant un colloque organisé en 1992 par le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) sur *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*,⁷¹ le professeur Denys Simon dénonçait le « «Jivaro intellectuel» consistant à essayer par tous les moyens de réduire le contenu et l'enjeu du Traité» de Maastricht.⁷² Cette mise en garde vaut, évidemment, pour l'ensemble du droit communautaire en ce sens que ce n'est pas parce que toute la construction communautaire trouve son fondement dans le droit international qu'elle est banale, ou anodine.

Il serait tout à fait inapproprié et, à vrai dire, parfaitement stupide, de prendre prétexte de la fondation des Communautés par des traités pour en nier l'originalité et d'abord pour une raison très simple: le traité est une forme neutre, en principe indifférente à son contenu. On distingue traditionnellement *l'instrumentum*, qui est le support formel du traité, du *negotium* qui en est la substance, l'objet même. Mais alors que *l'instrumentum* fait l'objet de règles relativement précises – quoique souples – du droit international, le *negotium* est presque entièrement laissé à la discrétion des parties. En d'autres termes, le traité est un moyen juridique à la disposition des Etats pour réaliser les objectifs qu'ils se fixent, mais ces objectifs, et les moyens de les atteindre, peuvent être fixés à peu près sans limites.

A cette liberté, le droit international ne fixe qu'une borne, le fameux *jus cogens*, que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 définit comme les normes impératives du droit international général, acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que

70 Cf. l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969.

71 M.F. Labouz (éd., 1992) 241p.

72 *Ibid.*, 214.

normes auxquelles aucune dérogation n'est permise. Mais, quoi qu'il ait pu en dire, jadis, l'Union Soviétique, les traités communautaires ne contiennent à l'évidence aucune disposition contraire à une norme de ce type.

Ils comportent, en revanche, indiscutablement, des étrangetés, des bizarreries, par rapport aux réalisations habituelles du droit international; et l'on peut y voir, en ce qui concerne la plupart d'entre elles, des avancées considérables. Le problème sur lequel le professeur O'Keeffe a centré, cette année, son cours général à l'Académie, la place de l'individu dans le droit communautaire, constitue d'ailleurs un élément essentiel de cette originalité profonde et féconde. Mais il y a en a bien d'autres, que l'on pense, par exemple, à l'importance de l'«auto-production législative» de la Communauté;⁷³ au rôle tout à fait extraordinaire par rapport aux juridictions internationales de type classique, que joue la CJCE dans la vie du droit communautaire et qui se traduit, notamment, par l'importance, exceptionnelle, du contentieux de la légalité et par ses rapports directs avec les juridictions nationales,⁷⁴ qui contraste avec le caractère embryonnaire et consensualiste du règlement obligatoire des différends dans l'ordre international; à l'ignorance, par le droit communautaire, du principe, fondamental en droit international général, de l'épuisement des recours internes;⁷⁵ à la responsabilité communautaire, organisée et effectivement sanctionnée; ou aux institutions juridiques, très remarquables, que sont l'effet direct et la primauté du droit communautaire.

Toutefois, ces traits spécifiques – encore une fois, profondément originaux par rapport à ce dont on a l'habitude en droit international – doivent être quelque peu relativisés en ce sens qu'ils ne sont pas tous, loin de là, de totales nouveautés. Ce sont moins les innovations du droit communautaire en elles-mêmes qui frappent l'internationaliste que la «massivité» des particularités qui le caractérisent et leur réunion. Par exemple: les Communautés ne sont pas les seules organisations internationales à disposer d'un pouvoir de décision obligatoire à l'égard de leurs Etats membres; l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ou, de façon plus spectaculaire, le Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, en disposent également mais seulement dans des domaines restreints⁷⁶ ou, comme à l'OCDE, à des conditions procédurales extrêmement strictes. De même, la Convention européenne des droits de l'homme – qui est antérieure à la CECA – ouvre plus largement le prétoire de la Commission et, en fait, de la Cour aux individus

73 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 33 ou P. Pescatore, *L'ordre juridique, supra* note 27, 13.

74 J.-V. Louis, *supra* note 35, 38.

75 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 207.

76 Encore que le Conseil de sécurité élargisse considérablement le champ de son intervention obligatoire depuis la fin de la guerre froide.

que les traités communautaires ne leur donnent accès à la CJCE. Mais, et c'est le second facteur qui fait des Communautés un exemple assez extraordinaire, aucune institution internationale ne concentre comme elles le font tous ces éléments d'originalité.

Pourquoi tout ceci est-il possible? Sur quel fondement la Cour de Justice peut-elle s'appuyer pour imposer aux Etats et à leurs juridictions nationales des principes aussi «dérangeants» par rapport aux relations internationales traditionnelles que l'effet direct ou la primauté du droit communautaire? Pourquoi, toute considération socio-politique mise à part, les Etats se plient-ils à des disciplines aussi étrangères à leur comportement international habituel? A ces questions, il n'y a qu'une réponse: ce sont les traités et eux seuls qui déterminent les droits et les obligations respectifs des Etats d'une part et de la Communauté et de ses institutions d'autre part. Comme l'écrit Walter Ganshof van der Meersch,

[L]’ordre juridique communautaire tel que le déterminent les Traités de Paris et de Rome [auxquels on pourrait ajouter l’Acte unique et le traité de Maastricht], puise sa validité dans ces traités internationaux auxquels il reste subordonné.⁷⁷

Plus de traités au sens du droit international, donc plus de fondement juridique international; plus de Communautés. Même un auteur aussi peu suspect d'idolâtrie pour le droit des gens que le Professeur J.-V. Louis écrit: «C'est le Traité qui est la source même de la primauté...»⁷⁸ – il est vrai que c'est pour faire échapper le droit communautaire à l'emprise des droits nationaux; mais le fait est là: la construction communautaire est, non pas d'abord mais bien exclusivement, une construction juridique internationale; le fondement de son existence, de l'équilibre entre la Communauté et ses Etats membres réside dans le droit international.

Toutes les innovations sur lesquelles, non sans raison, mais sans «rendre au droit des gens» ce qui lui revient, les communautaristes mettent si volontiers l'accent, ont été rendues possibles par le recours aux techniques, elles très classiques, du droit international. Comme la Cour elle-même le répète à l'envi, l'effet direct, la primauté, le recours préjudiciel de l'article 177, les recours en carence, en manquement ou en responsabilité ont leur source et leur justification juridiques dans les traités, leurs dispositions et, puisqu'elle pratique largement l'interprétation téléologique, leurs objectifs. C'est par «l'entrée en vigueur du Traité» comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Costa*⁷⁹ que toutes ces institutions se sont trouvées intégrées dans le droit...

*

77 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 44-5.

78 J.-V. Louis, *supra* note 35, 121.

79 *Supra* note 12.

Comme la Cour de Karlsruhe l'a rappelé dans son arrêt du 12 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du Traité sur l'Union européenne, l'intégration européenne, pour originale qu'elle soit est un fait du droit international public.⁸⁰

Dans un article célèbre, le doyen Vedel mettait en lumière «les bases constitutionnelles du droit administratif»⁸¹ et il y montrait avec brio que toute l'analyse de cette branche du droit français, dont nul ne songe à nier l'originalité, devait tenir compte de ce fondement. La même chose vaut, *mutatis mutandis*, pour le droit communautaire: ancré dans le droit des gens, il n'en présente pas moins des traits profondément originaux; mais ceux-ci n'existent que du fait de ce fondement juridique international, et c'est à la lumière de ces «bases internationales» que le droit communautaire doit, ou devrait, être analysé et pensé quitte, lorsque cela est nécessaire, à porter un regard critique sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Lorsque l'on s'y essaie – et ce sera l'objet des deux autres chapitres de ce cours –, on s'aperçoit d'ailleurs que cette jurisprudence se laisse plus facilement appréhender que l'on pouvait le penser *prima facie* par une analyse internationaliste si, du moins, l'on veut bien ne pas avoir du droit international une vision étriquée et souvent obsolète et caricaturale.

80 E.G.Z. (1993) 429; voir le commentaire de J. Schwartz, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* (1994) 293-303, notamment 300.

81 8 *Etudes et documents du Conseil d'Etat* (1954) 21 et s.; également reproduit in *Pages de doctrine*, LGDJ, Paris (1980) 129-76.

Chapitre II

La Communauté comme organisation internationale

Dans le très remarquable article qu'il a publié dans la revue *Droits* en 1991, le Professeur Charles Leben, relançant la querelle, jamais éteinte, relative à la nature juridique de la, ou des, Communauté(s) européenne(s), écrit:

ou bien les rapports entre Etats membres de la Communauté ne sont plus du tout régis par du droit international et on se situe alors au sein d'un Etat fédéral, les relations entre entités composantes étant régies par du droit interne et de façon ultime par une Constitution, ce que personne ne peut soutenir s'agissant des Communautés, ou bien les rapports entre Etats membres sont effectivement gouvernés par les traités qui ont institué les Communautés et, quel que soit le particularisme de ces traités et le particularisme de l'interprétation qu'en donne la Cour de Luxembourg, ils demeurent évidemment dans la sphère juridique internationale,⁸²

et les Communautés sont et ne peuvent être que

des organisations internationales comme les autres.⁸³

Toutefois, comme l'ont relevé d'éminents auteurs, infiniment plus autorisés à parler des Communautés que l'auteur de ce cours «d'humeur», comme MM. Ganshof van de Meersch⁸⁴ ou Vlad Constantinesco,⁸⁵ il n'est pas évident qu'il faille nécessairement se laisser enfermer dans le dilemme «Etat ou organisation internationale». Après tout, la forme «organisation internationale» est une invention relativement récente du droit international et, depuis lors, d'autres sujets de droit, les peuples, les mouvements de libération nationale, les individus, sont apparus sur la scène juridique internationale. De plus, comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif du 11 avril 1949, «[L]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits»,⁸⁶ et l'on pourrait fort bien envisager que, tout en relevant du droit international – et elles en relèvent –, les Communautés constituent l'amorce d'une nouvelle catégorie de sujets du droit international; ni Etat, ni organisation internationale; autre chose...

On peut l'envisager; mais il faudrait pour cela qu'elles ne soient ni une entité étatique ni une organisation internationale, car on voit mal l'intérêt

82 «A propos de la nature juridique...», *supra* note 26, 64.

83 *Ibid.*

84 «L'ordre juridique...», *supra* note 59, 38.

85 *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1974, chapitre préliminaire, 7-86.

86 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, 178.

d'inventer de nouveaux sujets du droit des gens si les catégories existantes, maintenant bien établies et répertoriées, permettent d'accueillir notre objet, pour l'instant non identifié. Dès lors, on l'aura deviné, ce chapitre ne comportera que deux sections; car, s'il est très clair que les Communautés ne sont pas des Etats, il n'est pas moins clair qu'elles présentent toutes les caractéristiques d'une (ou plusieurs) organisation(s) internationale(s) même si, ici encore, leurs traits spécifiques sont tout à fait évidents.

A. L'absence de caractère étatique, fût-il fédéral, des Communautés

Les Communautés ne sont ni un, ni des Etats. D'emblée, la chose paraît si évidente que l'on peut se demander s'il est bien nécessaire de le démontrer au risque d'enfoncer des portes largement ouvertes. A la réflexion, la précaution n'est, cependant, pas aussi superfétatoire qu'il peut sembler car, aussi évident et largement admis que cela soit, il se trouve encore des communautaristes pour affirmer, non pas, certes, que la Communauté est un Etat mais qu'à défaut de l'être, elle en présente certains traits. Ce n'est pas exact.

L'Etat est certainement l'un des objets les mieux identifiés du droit international et si la question de la souveraineté demeure au centre de quelques controverses, les internationalistes peuvent sans doute s'accorder sur la définition minimale et d'un classicisme de bon aloi donné par la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie dans son avis n°1: «L'Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé» et qui «se caractérise par la souveraineté». ⁸⁷ Il est clair que la Communauté ne répond pas à cette définition, tandis qu'au contraire les Etats membres, malgré les limitations importantes de leurs compétences – et non de leur «souveraineté» – qui résulte de leur participation aux Communautés, demeurent des Etats dans toute la plénitude qu'a le terme en droit international.

1. Les Communautés ne sont pas des Etats

Il n'est pas douteux que les pères-fondateurs des Communautés avaient en vue une véritable «intégration» communautaire. Dans l'esprit de Robert Schuman, de Jean Monnet, d'Adenauer ou de De Gasperi, l'approche fonctionnelle devait déboucher sur une véritable fusion des souverainetés dont aurait résulté un nouvel Etat, probablement fédéral, successeur des six Etats originaires. Il ne paraît pas douteux non plus que, comme l'écrivait M. Dagtoglou dans l'important ouvrage publié en 1982 sous l'égide de la Commission, *30 ans de droit communautaire*, que cette perspective «reste

87 29 novembre 1991, *RGDIP* (1992) 264.

sûrement ouverte»⁸⁸ même si elle semble de plus en plus lointaine. C'est elle qui est à l'origine des thèses «fédéralistes» brièvement évoquées dans le chapitre précédent.⁸⁹ Mais si celles-ci sont, assurément, admissibles comme expression d'un espoir politique, elles ne le sont certainement pas en tant qu'analyses scientifiques et, comme l'écrit le Professeur Vlad Constantinesco,

[f]aire dépendre la nature juridique actuelle d'une institution de ce qu'elle sera peut-être un jour, en caractériser les instruments actuels par leur avenir probable n'est pas seulement inexact, mais aussi dangereux. Aussi, l'approche fonctionnelle [et la thèse fédéraliste en est une dérive] tombe-t-elle sous le coup des critiques que l'on peut adresser à tout finalisme: poser le *sollen* au sens impératif et temporel, et analyser à sa lumière le *sein*.⁹⁰

Or, comme le rappelait également M. Dagtoglou, «en tout état de cause, il n'est pas contesté que la Communauté n'était à l'origine ni n'est devenue ultérieurement, ni ne deviendra par nécessité juridique ou par automaticité politique un Etat fédéral».⁹¹ Le fédéralisme renvoie nécessairement et inévitablement à l'Etat; faute de quoi il se dilue à l'excès et perd tout caractère opérationnel et en vient à désigner tout mouvement de coopération inter-étatique aussi bien qu'infra-étatique⁹² et l'idée d'un «fédéralisme international»⁹³ n'a pas grand sens. Or, ni les Communautés, ni l'Union, ne répondent à la définition de l'Etat communément admise en droit international.⁹⁴

Analysant «la nature juridique de l'Union européenne», M. Astéris Pliakos croit pouvoir déceler l'existence de trois éléments constitutifs de l'Etat.⁹⁵ Elle est, à vrai dire, très douteuse. Certes, on peut assez bien définir le territoire de la Communauté ou de l'Union, composé de l'ensemble des territoires des Douze; encore que, si l'on entre dans les détails, cette affirmation doit être qualifiée et nuancée – il suffit de penser à cet égard aux îles Féroé, au Groenland ou aux territoires français d'outre-mer. L'existence d'une population au sens que le droit international donne à ce terme est encore beaucoup plus problématique; certes, on peut, ici encore, songer à

88 Dagtoglou, «La nature juridique de la Communauté européenne», Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes» (1982) 38.

89 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 24 à 26. Dans un ouvrage récent, le Professeur G. Soulier analyse la Communauté «comme un Etat fédéral minimum» (*L'Europe – Histoire, civilisation, institutions* (1994) 356 et s.).

90 *Supra* note 85, 63.

91 *Supra* note 88, 38.

92 En ce sens, Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 89; voir aussi Leben, *supra* note 26, 62 et s.

93 Cf. P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 10-11; voir aussi T. Daups, *L'idée de constitution européenne*, thèse Paris X, Atelier national et reproduction de thèses, Lille (1995) 91 et s. et 234 et s.

94 Voir *supra* le texte correspondant à la note 87.

95 *RTDE* (1993) 192 et s.

définir la «population communautaire» comme l'ensemble des ressortissants des Douze, mais cela se heurte tout de même à un certain nombre d'objections fondamentales.

A vrai dire, les internationalistes sont ou, en tout cas, ont été profondément divisés sur la définition de la composante humaine de l'Etat. A la conception objective, fondée sur le lien, purement juridique, de la nationalité, s'est opposée l'approche subjective, traduite par l'idée de «nation», «rêve d'avenir partagé» (E. Renan), fondé sur des souvenirs communs. Les excès de cette dernière conception, qui ont trouvé leur point d'orgue dans les théories raciales nazies, ont conduit à l'abandonner largement. Mais, même dans cette perspective, il est pour le moins osé d'affirmer l'existence d'une «nation communautaire», dont on a dit que «[c]e serait pourtant là le véritable et nécessaire symptôme du fédéralisme»⁹⁶ et les récentes élections européennes (juin 1994) ne laissent pas grand espoir de ce côté.

Pas beaucoup d'espoir non plus du côté de la thèse objective. Certes, les articles 8 à 8 E insérés par le traité de Maastricht dans le traité CE instituent une «citoyenneté européenne» qui a, comme l'ont écrit les professeurs Kovar et Simon, une «valeur fortement emblématique»⁹⁷ et dont découlent pour les «citoyens de l'Union» un certain nombre de droits et de devoirs – des droits plus que des devoirs, d'ailleurs. Mais l'article 8 nouveau définit le citoyen de l'Union comme «toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre» et, comme le rappellent expressément tant la Déclaration relative à la nationalité d'un Etat membre annexée au Traité sur l'Union européenne que la décision du Conseil européen d'Edimbourg du 11 décembre 1992 concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité de Maastricht, «la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel Etat membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'Etat concerné», ce qu'a confirmé la Cour de Justice.⁹⁸ Ni l'Union, ni la Communauté n'ont donc compétence pour définir la consistance de leur «population» et il est bien difficile de la considérer, dès lors, comme un «élément constitutif» de l'une comme de l'autre de ces entités.

Toutefois, ce sont sûrement les problèmes posés par le «troisième élément», le «pouvoir politique organisé» qui sont les plus délicats. Il n'est pas douteux que la Communauté dispose d'un certain pouvoir politique. Tel est aussi le cas d'un très grand nombre d'entités infra-étatiques aussi bien qu'inter-étatiques: une commune, un département, un Etat membre d'un Etat fédéral disposent, eux aussi, d'un tel pouvoir politique organisé et, pourtant, ce ne sont pas des Etats au sens du droit international, pas davantage que les organisations internationales qui, elles aussi, bénéficient toujours, peu ou

96 *Supra* note 26, 92.

97 Kovar et Simon, «La citoyenneté européenne», *CDE* (1993) 286.

98 Affaire C-369/90, *Micheletti et as. c. Delegacion del Gobierno en Cantabria*, *Rec.* 1992, I-4239.

prou, d'un certain pouvoir politique propre. C'est que les «éléments constitutifs» sont des conditions nécessaires à l'existence de l'Etat au regard du droit international, mais ce ne sont pas des conditions suffisantes. Pour que l'on soit en présence d'un Etat, il ne suffit pas que ces éléments existent, il faut encore qu'ils s'agencent d'une manière particulière; c'est ce que l'on traduit en termes juridiques en disant que le critère de l'Etat est la souveraineté qui, par définition même, ne se divise pas, si bien que dès lors que les Etats membres demeurent pleinement souverains, la Communauté ne l'est pas et ne peut, en conséquence, à aucun titre, prétendre à la qualité d'Etat.

2. La souveraineté des Etats membres demeure intacte

M. Jacot-Guillarmod qui, sur ce point également⁹⁹ fait écho aux thèses soutenues par le juge Pescatore,¹⁰⁰ estime que les communautaristes et les internationalistes partent de «prémises divergentes»¹⁰¹ en ce qui concerne le concept même de souveraineté. C'est en partie vrai car la plupart des internationalistes éprouvent de grandes difficultés à admettre les concepts de «souveraineté limitée» ou de «souveraineté partagée», très en vogue parmi les communautaristes. Encore faut-il, ici encore, ne pas caricaturer la position des spécialistes de droit international en ce domaine.

Selon M. Pescatore, ceux-ci seraient incertains sur le concept même de souveraineté de l'Etat et n'en offriraient aucune théorie cohérente.¹⁰² Certes, il existe des nuances d'un auteur à l'autre, voire même d'une décision juridictionnelle ou arbitrale à une autre, mais, quoiqu'en pensent les communautaristes extrêmes, les internationalistes s'accordent pour considérer:

1. pour reprendre le célèbre *dictum* de Max Huber dans l'arbitrage de l'*Île des Palmes* de 1928, que «la souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance»;¹⁰³
2. qu'ainsi définie, la souveraineté constitue le critère même de l'Etat; et,
3. qu'il n'en résulte nullement une illimitation du pouvoir de l'Etat, dont l'existence est indissociablement liée à celle des autres Etats, ce qui implique qu'ils sont liés par les règles du droit international.

M. Pescatore semble imputer aux internationalistes d'en être restés à la conception absolue de la souveraineté de Jean Bodin; c'est négliger le fait, pourtant difficilement discutable, que, sur ce point comme sur bien d'autres, la doctrine internationaliste, sous réserve de quelques regrettables exceptions, a changé – avec, d'ailleurs, la société internationale.

99 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 36 à 44.

100 *Supra* note 40, 501.

101 O. Jacot-Guillarmod, *supra* note 42, 251.

102 *Supra* note 40, 501.

103 Sentence du 4 avril 1928, II *Recueil des sentences arbitrales*, 838.

Pour la très grande majorité des internationalistes contemporains, la souveraineté n'est donc, en aucune manière, une doctrine de l'illimitation du pouvoir étatique. Elle signifie simplement que l'Etat, qui ne se reconnaît pas de supérieur, a des égaux. A ce titre, il est le titulaire originaire du maximum de compétences compatibles avec celles, égales, dont bénéficient les autres Etats. Ceci a plusieurs conséquences sur lesquelles il n'est ni utile ni possible d'insister ici sauf à signaler qu'il en résulte une présomption de compétence de l'Etat dans la sphère internationale. Mais cette présomption est très loin d'être irréfragable. Elle fléchit en particulier dans deux cas: d'une part, si l'exercice d'une compétence revendiquée par un Etat est incompatible avec la compétence, par définition égale, appartenant à tous les autres Etats (c'est la conséquence du principe, fondamental, de l'égalité souveraine)¹⁰⁴ et, d'autre part, si l'Etat, volontairement, décide de renoncer à l'une des compétences que lui reconnaît le droit international et c'est, pour notre problème, le point essentiel.

Le moyen le plus habituel par lequel l'Etat renonce à ses compétences est la conclusion d'un traité et, comme l'a expliqué avec beaucoup de rigueur et de vigueur la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans le premier arrêt qu'elle a rendu, en 1923, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, «[l]a faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat».¹⁰⁵ Autrement dit, en renonçant à l'exercice de telle ou telle de ses compétences par un traité, l'Etat ne renonce pas à sa souveraineté – qui est la source de ces compétences, y compris celle de s'engager internationalement; bien au contraire, il l'exerce.

Ce tableau, brossé à très grands traits, de la notion de souveraineté telle qu'elle est reçue en droit international, permet de comprendre pourquoi la théorie de la divisibilité ou de la limitation de la souveraineté n'est guère recevable, bien qu'elle soit chère à de nombreux communautaristes, y compris ceux que, comme M. Ganshof van der Meersch, on peut qualifier de «modérés».¹⁰⁶ En renonçant, au profit de la Communauté, à certaines de leurs compétences souveraines, les Etats ne renoncent nullement à leur souveraineté; ils l'exercent (comme ils le font chaque fois qu'ils concluent un traité). Ils ne remettent pas non plus des «bouts» de leur souveraineté à l'Organisation: celle-ci n'est pas divisible; un Etat n'est pas «plus» ou «moins» souverain; sa souveraineté est le fondement de ses compétences internationales, comme elle l'est aussi de son droit à renoncer à les exercer.

Bien entendu, sous la plume des communautaristes extrêmes, la thèse de la divisibilité de la souveraineté, déjà irrecevable par elle-même, prend une connotation plus radicale, qui la rend plus inacceptable encore. Ainsi, le

104 «La conception de la souveraineté limitée par le droit a pour corollaire une conception de l'Etat limité dans ses compétences internationales» (H. Lesguillons, *supra* note 24, 61).

105 Série A, n°1, 25.

106 Cf. *supra* note 26, 199 et s.

Professeur J.-V. Louis estime que la construction communautaire entraîne un «partage» ou un «exercice conjoint» de la souveraineté¹⁰⁷ et, allant plus loin encore, le juge Pescatore, affirme que «le droit communautaire table [...] sur la conception d'une souveraineté nationale divisible» et que les Etats membres ne jouissent plus que de «souverainetés résiduelles». ¹⁰⁸ Outre que l'on peut contester le choix de l'adjectif «résiduel», c'est confondre la souveraineté – qui est la source et le fondement des compétences étatiques – avec ses conséquences que sont, précisément, les compétences de l'Etat auxquelles celui-ci peut parfaitement renoncer (en vertu de sa souveraineté) et auxquelles, en effet, les Etats membres des Communautés ont renoncé dans les matières couvertes par les traités et conformément à leurs termes.

Ici encore, la Cour de Justice a une position infiniment plus modérée et raisonnable que la doctrine. Elle n'a jamais qualifié la Communauté de «souveraine», ¹⁰⁹ mais parle, ce qui est tout différent, de «droits souverains». Ainsi, dès 1964 dans l'arrêt *Costa*, la Haute Juridiction précise qu'en instituant, par le traité CEE, «une Communauté de durée illimitée, dotée d'attributions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et, plus précisément, de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains...». ¹¹⁰ Il n'y a rien à redire à cela, qui correspond entièrement à la distinction entre d'une part la souveraineté, qui ne se divise, ni ne se limite, ni ne se transfère, et, d'autre part, les compétences qui en découlent qui s'analysent en des droits souverains et qui, sous la seule réserve des normes impératives de *ius cogens*, peuvent faire librement l'objet de renonciation, de limitation ou de transfert. La Cour ne s'est jamais, par la suite, départie de cette vision, en tous points conformes aux analyses internationalistes – à la différence, on peut le signaler au passage, de certaines juridictions nationales qui, emportées par un excès de zèle communautariste, n'ont pas hésité, dans des périodes il est vrai anciennes, à parler de «pouvoir souverain autonome» pour qualifier la Communauté. ¹¹¹

La doctrine a beaucoup glosé sur la terminologie utilisée par la Cour. On en a relevé le flottement en faisant valoir que «droits souverains», «pouvoirs souverains», «compétences» ou «attributions» ne sont pas des notions tout à fait équivalentes. ¹¹² On s'est surtout demandé si les mots «limitations»,

107 *L'ordre juridique communautaire...*, *supra* note 35, 14.

108 *Supra* note 40, 507.

109 Cf. V. Constantinesco, «La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international», *supra* note 22, 213.

110 Affaire 6/64, *supra* note 12, 1141, italiques ajoutées.

111 Cf. le jugement du Tribunal de Milan dans l'affaire *Meroni* du 24 juin 1964, 4 CMLR (1965) 1-9.

112 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 203.

«transferts», «renonciations» et «attributions» étaient synonymes.¹¹³ Ce n'est certainement pas le cas: un Etat peut renoncer à l'une de ses compétences ou en limiter l'exercice sans pour autant la transférer ou l'attribuer; un exemple particulièrement net en est donné par la renonciation progressive à l'usage de la force armée dans les relations internationales, sans que l'on puisse dire que cette compétence étatique traditionnelle a été transférée aux Nations Unies.

Il n'est pas certain en revanche, qu'il y ait lieu de tirer des conséquences particulières de ces glissements terminologiques et notamment de la substitution du mot «attribution» au terme «transfert».¹¹⁴ Il est exact qu'après avoir utilisé plutôt le mot «transfert», la Cour a tendance, depuis 1972, à parler de «l'attribution opérée par les Etats membres à la Communauté de droits et pouvoirs correspondant aux dispositions du Traité».¹¹⁵ Mais l'important est qu'il s'agit là, de toutes manières, d'un mouvement opéré volontairement par les Etats et qui se traduit par le changement de titulaire de certains droits ou de certaines compétences qui, à l'origine, appartiennent à l'Etat en vertu de sa souveraineté, et qui, dorénavant, sont exercés par la Communauté sans qu'il en soit résulté un abandon de la souveraineté.

Plus troublant en apparence est un autre aspect de la jurisprudence de la Cour en ce domaine. Il faut, pour le comprendre, une fois de plus, revenir à *Costa*. La Haute Juridiction ne se contente pas, dans son arrêt de 1964, de constater un «transfert d'attributions des Etats à la Communauté», elle ajoute que ce transfert «entraîne donc [ce «donc» fait référence aux dispositions du Traité] une limitation *définitive* de leurs droits souverains»¹¹⁶ et, dans sa jurisprudence ultérieure, elle insiste fréquemment sur le caractère «total et définitif» de ce transfert de compétences.¹¹⁷ On peut se demander si, du fait du caractère «définitif» de ce transfert, on ne doit pas considérer que les Etats ont, en réalité, renoncé à leur souveraineté et pas seulement aux compétences qui en découlent.

Il n'en est rien. Si le raisonnement valait, il vaudrait aussi pour n'importe quel traité conclu pour une durée illimitée. Tout traité est, à vrai dire, un «piège à volonté»: en vertu de règles bien établies du droit international,¹¹⁸ la terminaison d'un traité conclu sans limitation de durée autrement que par l'accord de toutes les parties est extrêmement difficile et suppose que soient réunies des conditions qui sont très rarement remplies. A ce point de vue, les traités communautaires ne limitent pas plus la souveraineté des Etats parties

113 Voir *ibid.*, 197; H. Lesguillons, *supra* note 24, 100 et s; ou P. Pescatore, *supra* note 40, 508-10.

114 Cf. J.-V. Louis, *supra* note 35, 12.

115 Affaire 48/71, *Commission c. Italie*, *Rec.* 1972, 534.

116 Affaire 6/64, *supra* note 12, italiennes ajoutées.

117 Cf. affaire 804/79, *Commission c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1981, 1045.

118 Voir les articles 56 et 60 à 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

que n'importe quel autre traité; autrement dit: ils la laissent entièrement intacte. Du reste, comme l'a fait remarquer M. Ganshof van der Meersch, la thèse de la «Communauté définitive» est source de blocages et va à l'encontre de l'objectif poursuivi par ses tenants: elle figerait la Communauté dans sa forme actuelle et exclurait toute évolution vers l'Etat fédéral; ce «définitif» doit, bien entendu, être conçu sous réserve du droit de révision qui peut aboutir à une évolution, pour l'instant indéterminée, de la nature même de cette entité.¹¹⁹

La conclusion s'impose d'elle-même: quelle que soit l'étendue des transferts de compétences réalisés par les traités des Etats membres à la Communauté, les premiers n'ont pas renoncé à leur souveraineté au profit de la seconde. Ils demeurent donc des Etats au sens plein du terme puisque, on l'a vu,¹²⁰ l'identité entre souveraineté et forme étatique est totale: toute entité souveraine est nécessairement un Etat et tout Etat est nécessairement souverain.

Il est néanmoins nécessaire de se poser une question supplémentaire: l'arrêt *Costa* a été rendu en 1964; trente ans plus tard, les domaines dans lesquels se sont produits ce «transfert d'attributions» et cette limitation corrélatrice des «droits souverains» des Etats membres par l'effet conjugué des compétences supplémentaires dévolues aux Communautés par l'Acte unique et le Traité sur l'Union européenne d'une part, et d'autre part, de la dynamique communautaire elle-même, qui s'est traduite par une extension considérable, sinon du domaine, du moins des pouvoirs communautaires, notamment, mais pas exclusivement, sur le fondement de l'article 235 du traité CE et par le biais, sans doute plus discutable, de la compétence de la Cour. On peut dès lors se demander si ce qui était exact en 1964 le demeure en 1994. A force de transférer les compétences des Etats vers la Communauté, n'en vient-on pas à transférer la souveraineté elle-même qui, progressivement, se vide de toute substance puisque les droits souverains, dont elle est la source, ne peuvent plus être exercés par les Etats. La souveraineté en serait alors réduite à n'être qu'une coquille vide.

Il y a là une vraie question à laquelle on peut tenter de répondre en suivant une démarche soit subjective, soit objective.

Subjectivement, on peut se référer à la «problématique du tas de sable»: à partir de combien de grains de sable est-on en présence d'un tas? Quand les passages répétés dans une prairie tracent-ils un chemin? Si l'on pose le problème de cette manière, il n'a pas de solution objective; tout est affaire d'opinion et je suis, pour ma part, convaincu que la diminution, indéniable, des compétences des Etats membres n'a pas atteint le point où la coquille serait vide. Certes, l'abandon probable des compétences monétaires des Etats

119 *Supra* note 84, 79.

120 Voir *supra* le texte correspondant à la note 87.

envisagé par le traité de Maastricht constitue un élément important de la problématique¹²¹ comme l'a bien vu le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 9 avril 1992, qui a considéré que, dans son volet monétaire, le Traité portait atteinte aux «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»,¹²² ce qui imposait une révision de la Constitution; mais on doit aussi estimer avec lui qu'il s'agit là d'un transfert *de compétences* et non d'un transfert de *souveraineté*.¹²³ Il pourrait, peut-être, en aller différemment si le Traité transférait à la Communauté l'exercice de compétences de l'Etat en matière de défense et de politique étrangère mais c'est précisément ce que le Traité sur l'Union européenne se refuse à faire: à tort ou à raison, la «P.E.S.C.» n'est pas communautarisée, comme l'a d'ailleurs expressément relevé la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision¹²⁴ du 2 octobre 1993.

La seconde approche est plus objective, mais conduit à la même conclusion: dans une perspective peut-être plus sociologique que juridique, mais que le droit ne peut ignorer, l'une des caractéristiques essentielles de l'Etat est qu'il bénéficie du monopole de la contrainte. L'extension des compétences de la Communauté dans des domaines toujours plus considérables ne s'est pas accompagnée d'un accroissement corrélatif de ses pouvoirs d'exécution qui lui ont toujours été chichement mesurés. Ceci est visible jusque dans le mécanisme juridictionnel communautaire. Certes, la Cour de Justice dispose, en théorie, de moyens importants pour faire respecter la primauté du droit communautaire par et dans les Etats membres mais, concrètement, l'exécution de ses arrêts suppose toujours que les juges nationaux qui, dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 177, en sont les destinataires les plus habituels, s'y plient ou que les Etats acceptent de les mettre en œuvre effectivement. Comme le montre bien M. Fernand Schockweiler, «[i]l est un fait qu'en l'état actuel de l'ordre juridique communautaire, la violation du droit communautaire par un Etat membre reste sans sanctions véritables...»,¹²⁵ l'exécution supposant toujours la volonté politique de l'Etat concerné.¹²⁶ Et l'institution de sanctions pécuniaires par le paragraphe 2 ajouté à l'article 171 du traité CE par celui de Maastricht ne modifie en rien cette situation: le paiement, en définitive, dépend lui aussi de la bonne volonté de l'Etat condamné.

121 Cf. Pliakos, *supra* note 95, 223.

122 *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* (1992) 59.

123 Sur ce point, la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 est plus ambiguë que celle du Conseil constitutionnel français puisqu'elle n'hésite pas à évoquer à plusieurs reprises les «droits souverains» des Communautés et l'exercice en commun par les Etats membres d'éléments (?) de leur souveraineté (*E.G.Z.* (1993) 429):

124 *Ibid.*

125 «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», *RTDE* (1992) 27.

126 «L'exécution des arrêts de la Cour», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 635.

A vrai dire, concrètement, tout ceci n'a guère d'importance car, même si l'on peut relever, ici ou là, quelques «bavures», dans l'immense majorité des cas, les Etats finissent par s'acquitter de leurs obligations communautaires et, notamment, par exécuter les arrêts de la Cour.¹²⁷ Le fait n'en demeure pas moins: le monopole de la contrainte – cette caractéristique essentielle de l'Etat – reste entièrement l'apanage des Etats membres et le droit communautaire, obligatoire, n'est pas plus «exécutoire» que ne l'est le droit international. Comme on l'a relevé, le président de la Commission ne pourrait envoyer des troupes pour faire exécuter un arrêt de la CJCE alors que le président des Etats-Unis peut utiliser la force armée pour faire respecter les arrêts de la Cour suprême – Eisenhower l'a fait, à Little Rock en 1959, pour faire exécuter l'arrêt *Brown* de 1964 sur l'interdiction de la discrimination raciale.¹²⁸ A la limite, le Conseil de sécurité pourrait, lui aussi, recourir aux sanctions militaires prévues à l'article 42 de la Charte des Nations Unies pour obliger un Etat à respecter un arrêt de la CIJ.¹²⁹ Aucun organe communautaire ne dispose d'un tel pouvoir.

On ne peut, bien sûr, que constater l'évidence reconnue par les communautaristes les moins suspects d'«internationalisme»: «la Communauté n'est pas un Etat», ne serait-ce que parce qu'«[e]lle n'a pas la force matérielle d'imposer sa volonté à l'un de ses membres».¹³⁰ Le juge Pescatore lui-même en convient, dans une formule où, il est vrai, point le regret: les Etats, écrit-il, sont «restés au fond des choses souverains malgré le transfert d'importants secteurs de compétence dans le domaine communautaire».¹³¹ Ceci, d'ailleurs, ressort très clairement – et pas seulement «au fond des choses» – de l'article F, paragraphe 1, du traité de Maastricht: «l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres...» et la Cour constitutionnelle allemande elle-même, qui s'y connaît en matière de fédéralisme, pouvait en déduire, dans son arrêt du 12 octobre 1993, que le seuil de l'Etat fédéral, décidément, n'était pas franchi.¹³²

B. La Communauté présente les traits caractéristiques d'une organisation internationale

Il n'en reste pas moins que le simple fait que la Communauté ne soit pas un Etat ne conduit pas nécessairement à la considérer comme une organisation

127 Voir Schockweiler, *ibid.*, 613-35 ou Piris, «Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes?», *RTDE* (1994) 10-11.

128 Leben, *supra* note 26, 67-8.

129 Cf. l'article 94, paragraphe 2, de la Charte.

130 Cf. J.-V. Louis, *supra* note 35, 160.

131 *Supra* note 93, 8.

132 Décision *supra* note 122.

internationale.¹³³ Nul n'a jamais eu l'idée saugrenue de proclamer que tous les sujets du droit international qui ne sont pas des Etats sont des organisations internationales et rien n'exclut *a priori* que, tout en ne constituant pas un Etat, la Communauté soit un sujet *sui generis* du droit des gens. Après tout, de tels sujets existent probablement; on peut penser, par exemple à la CSCE qu'il est difficile de définir comme une organisation internationale¹³⁴ mais dont l'existence juridique sur la scène internationale est de plus en plus marquée et que l'on peut sans doute classer parmi ces objets juridiques mal identifiés. L'Autorité palestinienne à Gaza et à Jéricho en constitue probablement un autre exemple d'une très brûlante actualité.

Dans son ardeur à établir l'originalité absolue de la construction communautaire, la doctrine communautaire a également succombé assez souvent aux charmes obscurs du *sui generis*. Il faut le répéter: une telle conclusion n'a rien d'impossible en soi; le droit international public est suffisamment ouvert et souple pour s'accommoder de phénomènes de ce type; mais elle n'est acceptable que «faute de mieux», c'est-à-dire si, à la suite d'un examen aussi impartial que possible, il apparaît impossible de rattacher les Communautés à une catégorie pré-existante du droit international. En effet, la «catégorisation» ne répond pas seulement à une manie profondément ancrée dans l'esprit des juristes; elle présente aussi l'avantage de rattacher l'entité étudiée à un statut juridique préexistant. L'avantage ou l'inconvénient ... et c'est certainement parce qu'ils veulent faire échapper les Communautés au statut juridique général des organisations internationales que les communautaristes répugnent à les considérer comme telles.

Ici encore, leurs craintes sont excessives. Ce que l'on appelle le «statut juridique des organisations internationales» n'est, au fond, qu'un ensemble de principes dont l'observation de la réalité montre qu'ils s'appliquent en général aux organisations internationales.¹³⁵ Cela signifie simplement que si un problème se pose et ne trouve pas sa solution dans les règles propres de l'organisation, ce sont ces principes que l'on appliquera. Mais rien n'empêche qu'une organisation internationale déterminée s'éloigne, même sur des points très importants, du «modèle» général. Le droit international est un cadre général accueillant à la diversité. En définitive, il apparaît à la fois que la Communauté est une organisation internationale mais aussi, comme l'écrit le Professeur J.-V. Louis en conclusion de son étude sur *L'ordre juridique communautaire*, que celui-ci constitue «une manifestation très avancée du droit des organisations internationales».¹³⁶

133 Voir *supra* introduction du chapitre II.

134 Ceci demeure peut-être vrai après la transformation de la CSCE en OSCE en décembre 1994.

135 P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris (1994) 557.

136 *Supra* note 35, 159.

1. La Communauté est une organisation internationale

Les internationalistes ont beaucoup discuté la définition des organisations internationales.¹³⁷

Selon Michel Virally, «une organisation peut être définie comme une association d'Etats, établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes chargé de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux».¹³⁸ Cette dernière précision fait problème car il ne saurait faire de doute que la construction communautaire va au-delà d'une simple «coopération»;¹³⁹ on ne peut cependant en tirer de grandes conséquences, l'auteur excluant les organisations d'intégration, «supranationales», de la catégorie générale.¹⁴⁰

En revanche, les Communautés entrent parfaitement dans le cadre de la célèbre définition, très généralement acceptée, proposée en 1956 à la Commission du droit international (CDI) par sir Gerald Fitzmaurice et selon laquelle une organisation internationale est «une association d'Etats constituée par un traité, dotée d'une constitution et d'organes communs et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres».¹⁴¹

La Communauté est, indiscutablement, une «association d'Etats», ceux-ci ne perdant pas leur nature étatique du fait de leur entrée dans l'institution.¹⁴² Elle a été instituée par la voie conventionnelle¹⁴³ étant précisé que les trois traités initiaux ont, sans aucun doute, créé trois organisations distinctes mais que leur fusion institutionnelle sans cesse plus étroite conduit à douter aujourd'hui que l'on soit en présence de trois entités distinctes. Au demeurant, quand bien même cela serait, il ne s'agirait pas d'un phénomène totalement inconnu du droit international; la «Banque mondiale» par exemple est constituée d'un ensemble complexe d'institutions: BIRD, Société financière internationale (SFI), Association internationale de Développement (AID), voire Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ou Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dotées chacune d'une personnalité juridique distincte mais qui sont représentées et gérées par des organes communs qui agissent tour à tour au nom de chaque organisation au titre du «dédoulement fonctionnel». Si l'on considère qu'il y a trois Communautés, c'est aussi ce qui se produit en ce qui

137 Cf. G. Abi-Saab (éd.), *Le concept d'organisation internationale* (1980) 292p., notamment 9-25 et 51-67.

138 *Ibid.*, 52.

139 Voir section II.B.2., *infra*.

140 Abi-Saab, *supra* note 137, 56; voir *infra* le texte correspondant à la note 164.

141 *Annuaire de la Commission du droit international* (1956-II) 106; voir aussi Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 35 ou J. Rideau, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, LGDJ, Paris (1969) 11.

142 Voir section II.B.1., *supra*.

143 Voir *supra* I.B.1.

les concerne; on a même parlé, pour qualifier le phénomène de «*détriple*ment fonctionnel». ¹⁴⁴

Cette (ou ces) organisation(s) a (ou ont) bien une personnalité juridique ainsi que le précisent les traités initiaux ¹⁴⁵ et il s'agit aussi bien de la personnalité juridique interne (dans le droit communautaire et dans celui des Etats membres) que de la personnalité internationale. ¹⁴⁶ Il n'en va pas ainsi, en revanche, s'agissant de l'Union européenne à laquelle les Douze ont délibérément refusé la personnalité juridique et qui ne peut agir que par le biais des Etats membres (ou de la Communauté) comme le montrent, par exemples, les articles 86 nouveau du traité CE ou J.6. du traité de Maastricht qui précise que c'est aux missions diplomatiques et consulaires des Etats membres et aux délégations de la Commission qu'il appartient de représenter l'Union dans les relations internationales. Ceci a conduit M. Pliakos à estimer, à juste titre, que «l'Union européenne, à l'exception de son «*pilier communautaire*» est de type confédéral», ¹⁴⁷ ce qui signifie qu'elle relève de l'inter-étatisme pur et simple.

Pour en revenir aux Communautés et à la définition de l'organisation internationale donnée par Fitzmaurice, celles-ci sont en outre dotées d'«*organes communs*» très nombreux et complexes et dont les cinq principaux, énumérés à l'article 4 du traité CE, sont appelés «*Institutions*». Inutile d'y insister, sinon pour constater que l'institutionnalisation communautaire est particulièrement poussée.

Le dernier critère dégagé par la définition de Fitzmaurice mérite plus d'attention. Selon ce grand internationaliste, une organisation internationale est, par définition, «*dotée d'une constitution*». Ceci attire l'attention sur un caractère particulier des actes constitutifs d'organisations internationales, dégagé de longue date par la doctrine internationaliste, qui a toujours mis l'accent sur la double nature, à la fois conventionnelle et constitutionnelle, de ces traités très spéciaux. ¹⁴⁸ Expression de l'accord des parties, ils sont ancrés dans le droit international et, à ce titre, demeurent des traités; mais, en même temps, à l'origine d'un nouvel ordre juridique, dérivé, ¹⁴⁹ ils constituent la norme suprême, la «*constitution*», de celui-ci.

144 Isaac, *supra* note 4, 53.

145 Cf. les articles 6 du traité CECA, 210 du traité CE et 184 du traité CEEA.

146 Cf. CJCE, affaire 22/70, *Commission c. Conseil*, Rec. 1971, 262; voir aussi Puissochet, «L'affirmation de la personnalité internationale des Communautés européennes», *L'Europe et le droit - Mélanges en hommages à Jean Boulouis (Mélanges Boulouis)* (1991) 437-50.

147 Pliakos, *supra* note 95, 215.

148 Voir Monaco, «Le caractère constitutionnel des actes constitutifs d'organisations internationales», *Mélanges Rousseau - Mélanges offerts à Charles Rousseau - La communauté internationale* (1974) 153-72.

149 Voir *infra*, chapitre III.

Cet aspect constitutionnel est, du reste, tellement important, que le titre officiel de certains traités instituant des organisations internationales est «Constitution». ¹⁵⁰ Il n'y a, dès lors, aucune difficulté à admettre, avec la Cour de Luxembourg, que «[l]e 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». ¹⁵¹ Ici encore, à la différence de la doctrine communautariste extrême, on remarquera le caractère équilibré de la position de la Cour: les traités sont la «constitution» ou la «charte constitutionnelle» de la Communauté, mais ils n'en perdent pas pour autant leur caractère conventionnel; lien entre l'ordre juridique international et l'ordre communautaire, ils sont «traités» au regard du premier, «constitutions» au regard du second, étant entendu toutefois qu'à ce second point de vue, il ne faut pas abuser de la comparaison avec la Constitution étatique, norme suprême d'une entité souveraine, ce que les Communautés ne sont pas. ¹⁵² A cet égard, les traités communautaires ne se distinguent pas du Pacte de la Société des Nations (SDN) ou de la Charte des Nations Unies par exemples, dont on a fait remarquer qu'ils traduisaient, eux aussi, une constitutionnalisation poussée, tant au plan normatif qu'institutionnel. ¹⁵³ Comme l'a rappelé Paul Reuter,

[l]e droit communautaire dépend des chartes constitutives et celles-ci présentent des traits qui les apparentent à des constitutions sans perdre cependant le caractère de traités. ¹⁵⁴

Au regard du droit international public, ce caractère semi-constitutionnel des actes constitutifs a des conséquences très concrètes que l'on ne peut qu'énumérer brièvement: ¹⁵⁵

- la première est la «primauté» de l'acte constitutif, que celui-ci, à l'instar de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, essaie souvent de faire prévaloir par des solutions complexes du fait de la nécessité de préserver les droits des tiers; les articles 233 et 234 du traité CE constituent l'illustration communautaire de cette tendance;
- à la différence des «traités ordinaires», les actes constitutifs d'organisations internationales manifestent une assez grande intolérance aux réserves; ¹⁵⁶ il faut noter toutefois que les traités communautaires font preuve d'une certaine souplesse à cet égard; certes l'on conçoit mal qu'un Etat y adhère en formulant des réserves formelles; mais les adap-

150 Cf. la «Constitution» de l'Organisation internationale du travail (OIT).

151 Avis 1/91, *Rec.* 1991, I-6102.

152 Voir en ce sens, Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 29; voir aussi les hésitations de Daups, *supra* note 93, notamment 35-41.

153 *Ibid.*, 30-32.

154 *Organisations européennes*, coll. «Thémis» (1970) 214.

155 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 560-2.

156 Cf. l'article 20, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

- tations à chaque cas concret réalisées par les traités d'adhésion aboutissent *de facto* à un résultat comparable par une technique différente;
- la révision des actes constitutifs s'impose nécessairement à l'ensemble des Etats membres de l'organisation; les traités communautaires réalisent cet objectif par la technique, assez rudimentaire et entièrement «internationaliste», de l'unanimité lorsque, sur ce point, d'autres traités constitutifs témoignent d'un esprit «intégrationniste» plus poussé;¹⁵⁷
 - en règle générale, les actes constitutifs assurent la permanence de l'organisation du fait qu'ils sont conclus sans limitation de durée; tel est le cas des traités CE et Euratom; en revanche, le traité CECA, conclu pour cinquante ans, est plutôt en retrait par rapport à la règle générale, même s'il y a toute raison de penser qu'il suivra, en réalité, le sort des autres instruments constitutifs.

De tout cela, il paraît légitime de conclure que

[r]ien ne permet de déduire du caractère propre de l'ordre juridique des Communautés européennes que celles-ci ne pourraient être rangées parmi les organisations internationales: elles ont été instituées par des Etats souverains en vue de la réalisation d'intérêts communs; elles l'ont été par des traités internationaux; ceux-ci les ont dotées d'organes [grâce] à l'intervention desquels elles réalisent les objectifs qui leur sont assignés dans leur charte constitutive; leur régime institutionnel assure leur permanence. Au surplus, elles ont la «capacité d'être titulaires de droits et devoirs internationaux»¹⁵⁸ et peuvent avoir la personnalité internationale.¹⁵⁹

Il est du reste significatif que la Communauté s'assume elle-même comme telle dans les relations internationales: c'est en tant qu'organisation internationale qu'elle participe à certaines conventions multilatérales internationales ou qu'elle siège, en tant que membre ou qu'observateur dans d'autres organisations internationales.¹⁶⁰

Il n'en reste évidemment pas moins que cette entité constitue un type très particulier de la catégorie des organisations internationales, dont elle relève indiscutablement.

157 Cf. les articles 108 et 109 de la Charte des Nations Unies ou XVII des Statuts du FMI.

158 CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *supra* note 86, 179.

159 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 34-5.

160 Cf. J. Groux et P. Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Commission des Communautés européennes, coll. «Perspective européennes» (1984) 166p.; voir notamment 11.

2. «Une manifestation très avancée du droit des organisations internationales»¹⁶¹

La définition que donne sir Gerald Fitzmaurice¹⁶² de l'organisation internationale est muette sur un élément auquel Michel Virally¹⁶³ semble attacher une certaine importance: les «objectifs» ou les «intérêts communs» poursuivis par l'organisation.

Il est inutile de s'appesantir sur le fait que, s'il s'agit d'un élément de la définition des organisations internationales, cette condition est remplie s'agissant des Communautés européennes. Pour s'en tenir au traité CE, son article 2, qui a fait l'objet d'importantes modifications par le traité de Maastricht, énonce en relativement grands détails la «mission», que les articles 3 et 3A appellent également «les fins» de l'Organisation.

En soi, ceci ne constitue pas un trait d'originalité bouleversante par rapport à ce qui se produit dans les autres organisations internationales; l'article 1^{er} de la Charte énonce aussi, avec une assez grande précision, les buts des Nations Unies. En revanche, la nature de la mission ainsi impartie à la Communauté, présente une incontestable et grande spécificité. Tellement grande que cet élément avait conduit Michel Virally à exclure les organisations internationales d'intégration de la catégorie générale.¹⁶⁴ Selon cet important auteur, au demeurant plus «internationaliste» que «communautariste», il y aurait entre les unes et les autres une différence de nature et pas seulement de degré: alors que les organisations de coordination «laissent intacte la structure fondamentale de la société internationale contemporaine, composée d'Etats souverains», «les organisations d'intégration, au contraire, ont pour mission de rapprocher les Etats qui les composent, en reprenant à leur compte certaines de leurs fonctions, jusqu'à les fondre en une unité englobante dans le secteur où se développe leur activité, c'est-à-dire dans le domaine de leur compétence».¹⁶⁵ Il y aurait là une catégorie nouvelle d'organisations, non pas «internationales» mais «supranationales».¹⁶⁶

«Supranational»; le mot mérite que l'on s'y arrête. Il est, cela est bien connu, emprunté au traité CECA dont l'article 9, dans sa rédaction initiale, abandonnée par le traité de fusion de 1965, visait expressément le caractère «supranational» des fonctions de la Haute Autorité. Mais, si le mot était nouveau, il recouvrait, en réalité, un principe maintenant tout à fait classique du droit général des organisations internationales: l'indépendance des membres de leur secrétariat, prévue, par exemples, par l'article 100, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies ou l'article 157, paragraphe 2, du traité CE.

161 Voir *supra* note 136.

162 *Supra* note 141; voir aussi Ganshof van der Meersch, *supra* note 59.

163 *Supra* note 138.

164 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 138 à 140.

165 *Supra* note 138, 55.

166 *Ibid.*, 56.

Ce n'est évidemment pas dans ce sens que Michel Virally parlait d'«organisations supranationales»; il visait bien plutôt les caractères particuliers des compétences et des pouvoirs appartenant aux Communautés, dont la consistance et l'agencement présentent une incontestable originalité; et c'est dans le même sens que la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe, avait estimé, dans son arrêt du 18 octobre 1967, éclipsé depuis par des décisions témoignant d'une vision plus modérée des choses, que «[l]es règlements du Conseil et de la Commission sont des actes d'une puissance publique particulière, «supranationale», créée par le Traité et nettement distincte de la puissance publique des Etats membres». ¹⁶⁷

Il convient, dès lors, de s'interroger sur les particularités, si décisives, du système de compétences et de pouvoirs organisés par les traités communautaires. ¹⁶⁸

Comme l'ont expliqué récemment, en des formules concises, MM. Koen Lenaert et Patrick Van Ypersele, les «pères fondateurs»

ont d'abord assigné des objectifs à la Communauté (article 2 du Traité) et défini les actions nécessaires à leur réalisation (article 4 du Traité), faisant de ces objectifs et de ces actions la mesure de sa compétence (voir l'ensemble des dispositions du Traité qui articulent ou mettent en œuvre ces objectifs et ces actions). Ils ont, ensuite, créé des institutions auxquelles ils ont conféré des pouvoirs (articles 4 et 137 à 163 du Traité). Ils ont, enfin, fait l'obligation aux Etats membres de coopérer à la poursuite des objectifs définis (article 5). ¹⁶⁹

Cet article 5 n'était d'ailleurs probablement pas indispensable car, même si on en retrouve l'équivalent dans les actes constitutifs de certaines autres organisations internationales, ¹⁷⁰ il ne fait, finalement, qu'énoncer le principe de bonne foi, pièce essentielle du droit international. On sait cependant la faveur qu'a cette disposition auprès de la CJCE qui «pousse au maximum sa productivité», surtout depuis quelques années. ¹⁷¹

Il n'est pas douteux que les objectifs énoncés à l'article 2 et, plus encore, les actions prévues aux articles 3 et 3A et les pouvoirs conférés à ces fins aux Institutions, constituent les grandes originalités du droit communautaire. Il n'est cependant pas établi que cette indiscutable spécificité quant à la substance des missions, des compétences et des pouvoirs de la Communauté

167 *Europarecht* (1968) 34.

168 On ne peut évidemment s'y appesantir. Voir la thèse, définitive, de Constantinesco, *supra* note 22, XVII – 429.

169 «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du traité CE», *CDE* (1994) 3; voir aussi Tizzano, «Les compétences de la Communauté», *30 ans de droit communautaire*, *supra* note 88, 45-72.

170 Cf. par exemples, les articles 25 ou 56 de la Charte des Nations Unies et les commentaires de ces dispositions par Suy et Bouony in J.-P. Cot et A. Pellet (dirs.), *La Charte des Nations Unies* (1991) 471-8 et 887-93.

171 Voir Constantinesco, «L'article 5 CEE – de la bonne foi à la loyauté communautaire», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 97-114 et Blanquet, *supra* note 27.

suffise à exclure la Communauté de la catégorie générale des organisations internationales; car si le contenu est différent, les techniques juridiques utilisées restent essentiellement les mêmes.

On a beaucoup écrit que les Communautés n'avaient que des compétences d'attribution ce qui, du reste, constitue une autre grande différence avec les Etats, dont l'une des caractéristiques est d'avoir la compétence de leur compétence (principe *Kompetenz Kompetenz*).¹⁷² Comme l'a rappelé la CIJ,

[a]lors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique.¹⁷³

Ainsi se trouvent énoncés les deux principes généraux qui gouvernent les compétences des organisations internationales: le principe de spécialité et la «doctrine» des compétences ou des pouvoirs implicites (*implied powers*).

Bien qu'il s'agisse d'un «principe inhérent» au droit des organisations internationales, le principe de spécialité a été inséré expressément dans le nouvel article 3B du traité CE par les rédacteurs du Traité sur l'Union européenne, probablement agacés par la conception extrêmement souple, pour ne pas dire laxiste qu'en avait la Cour de Justice: «la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité». On peut même probablement voir dans cette rédaction une réponse explicite à la jurisprudence *Accord européen sur le transport routiers (AETR)*¹⁷⁴ au point que l'on a pu écrire: «Maastricht, c'est l'anti AETR».¹⁷⁵ Au surplus, dans l'ordre juridique communautaire, le principe de spécialité est désormais complété par le déjà fameux principe de subsidiarité, apparu en matière d'environnement dans l'article 103R inséré dans le traité CE par l'Acte unique et généralisé en 1992 par le même article 3B.¹⁷⁶ Quoique d'inspiration commune, les deux principes ne se confondent pas; le principe de subsidiarité a été rendu nécessaire par l'existence, dans la construction communautaire, de compétences partagées entre l'Organisation et ses Etats membres,¹⁷⁷ mais le principe de spécialité conserve toute sa per-

172 En ce sens: Dagtoglou, *supra* note 88, 39 et Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 61.

173 Avis consultatif *supra* note 86, 180.

174 Affaire 22/70, *supra* note 146.

175 Vignes in M.F. Labouz (éd.), Colloque du CEDIN, *supra* note 71, 203.

176 Cf. Constantinesco, «Le principe de subsidiarité – un passage obligé vers l'Union européenne?», *Mélanges Boulouis*, *supra* note 146, 35-45 ou Lenaert et Van Ypersele, *supra* note 169, 3-83.

177 Article 3B, alinéa 2: «Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire».

tinance en ce qui concerne l'interprétation des compétences communautaires exclusives.

Face au couple «spécialité/subsidiarité», le droit communautaire fait, tout comme le droit des organisations internationales dans son ensemble, sa place à la théorie des pouvoirs implicites, abondamment illustrée par la jurisprudence de la Cour mondiale. Elle a été, en particulier, clairement énoncée par la CIJ dans son avis du 11 avril 1949:

Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci.¹⁷⁸

La doctrine a parfois mis en doute l'applicabilité de la théorie des compétences implicites aux Communautés européennes du fait de la présence dans les traités de dispositions expresses qui offrent des soupapes de sécurité du même genre.¹⁷⁹ Tel serait le cas de l'article 235 du traité CE aux termes duquel:

Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du Marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

Cette disposition, qui a fait couler beaucoup d'encre¹⁸⁰ est cependant restrictive en ce sens qu'elle justifie la recherche de nouveaux «pouvoirs» mais non l'extension des «compétences» de la Communauté¹⁸¹ et l'on comprend que la Cour de justice, toujours à l'affût de modes de raisonnement lui permettant de renforcer la construction communautaire, n'ait pas hésité à recourir à la théorie des compétences et, à vrai dire, également des pouvoirs, implicites et ceci malgré l'article 235 ou parallèlement à celui-ci. Il est vrai qu'elle l'a fait en général sans le dire expressément tant elle est soucieuse de payer le moins possible tribut au droit international. L'arrêt *Fédéchar* du 29 avril 1956 amorçait cependant un raisonnement internationaliste:

il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant *en droit international* qu'en droit na-

178 Avis consultatif *supra* note 86, 182. Voir aussi CPJI, avis du 23 juillet 1926, *Compétences de l'OIT*, série B, n°13, 18 et du 8 décembre 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, série B, n°14, 64 et CIJ, avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-ouest africain*, Rec. 1950, 128; 13 juillet 1954, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Rec. 1954, 47 et du 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Rec., 151.

179 Voir Tizzano, *supra* note 169, 49 et s. et Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 64 et s.

180 Voir Tizzano, *supra* note 169, 49 et s. et l'abondante littérature citée en note 12, 53.

181 Sur la distinction voir Constantinesco, *supra* note 85, notamment 68-86.

tional et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi *impliquent* les normes selon lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile.¹⁸²

Derrière la règle d'interprétation «de l'effet utile» se profile, en réalité, la théorie des compétences implicites et, de fait, cette jurisprudence de la Cour de Luxembourg va très au-delà de simples techniques d'interprétation.¹⁸³ De nombreux autres arrêts de la CJCE vont en ce sens¹⁸⁴ et, d'abord, celui rendu le 31 mars 1971 dans l'affaire *AETR*, dans lequel, s'appuyant à l'évidence sur la théorie des compétences implicites – qu'elle ne mentionne pas –, la Cour relève que

la mise en vigueur [...] du règlement n°543/69 du Conseil [...] a eu néanmoins pour effet *nécessaire* d'attribuer à la Communauté la compétence pour conclure avec les Etats tiers tous accords portant sur la matière régie par le même règlement.¹⁸⁵

Plus récemment, et à propos de *pouvoirs* plus que de *compétences*, la Cour a estimé que

[l]orsqu'un article du traité CEE, en l'occurrence l'article 118, charge la Commission d'une mission précise, il faut admettre, sous peine d'enlever tout effet utile à cette disposition, qu'il lui confère par là même *nécessairement* les pouvoirs nécessaires pour organiser les consultations.¹⁸⁶

Il est donc tout à fait clair que, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, la Cour de Justice recourt, sans le savoir ou en l'oubliant volontairement, à la théorie, tout à fait classique dans le droit des organisations internationales, des compétences implicites.

Cet assez long détour par la théorie des compétences des organisations internationales était nécessaire pour montrer que si les compétences et les pouvoirs des Communautés présentent, substantiellement, d'incontestables originalités, le mécanisme de dévolution et de répartition des compétences et de ces pouvoirs correspond pleinement en ce qui le concerne à celui couramment décrit par la théorie générale des organisations internationales. Il est dès lors aventureux de séparer la Communauté des autres organisations internationales: toutes diffèrent les unes des autres par leur structure, leurs fonctions et leurs compétences; mais, s'il est permis de parler d'*un* statut ju-

182 Affaire 8/55, *Rec.* 1955-1956, 291 – italiques ajoutées.

183 Pour une analyse très subtile du recours par la CJCE à la théorie des compétences implicites, voir D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (1981) 401-2 et 405-8.

184 Voir Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 71.

185 Affaire 22/70, *supra* note 146. – italiques ajoutées; la jurisprudence postérieure a consolidé le raisonnement, jusque et y compris l'avis 2/91 du 19 mars 1993, *Rec.* 1993, I-1061.

186 Affaires jointes 281, 283 à 285 et 287/85, *Allemagne c. Commission*, *Rec.* 1987, 3203; italiques ajoutées.

ridique des organisations internationales, c'est parce que les techniques juridiques qui leur sont applicables sont, sinon identiques, du moins très proches;¹⁸⁷ et ceci se vérifie pour les Communautés, même dans le domaine où elles présentent, quant au fond, l'originalité la plus marquée, celui des compétences.

Il y a à cela une autre raison: s'il n'est pas contestable qu'il existe une différence claire et intellectuellement convaincante entre les fonctions de coopération et les fonctions d'intégration, la distinction entre «organisations de coopération» d'une part et «organisations d'intégration» d'autre part, est, en revanche, infiniment moins rigoureuse. Des organisations internationales traditionnellement classées dans la première catégorie peuvent être investies de missions et de compétences qui relèvent bien plutôt de l'intégration. Tel est, par exemples, le cas de certaines activités de l'Agence internationale pour l'énergie atomique (AIEA), ou de la gestion des droits de tirage spéciaux par le FMI; et il n'est pas absurde de soutenir que les fonctions confiées au Conseil de sécurité par le chapitre VII de la Charte en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, relèvent également de l'intégration et sont «supranationales». A l'inverse, certains pouvoirs et compétences des Communautés – pour ne rien dire de l'Union européenne – relèvent sans aucun doute de la coopération; c'est le cas de nombreux domaines ajoutés au traité CE par celui de Maastricht ou par l'Acte unique, en matière, par exemples, de culture, de santé publique, de protection des consommateurs ou de «réseaux transeuropéens». C'est seulement la pondération relative de ces éléments, à un moment donné de la vie de l'organisation, qui autorise à la qualifier d'organisation «de coordination» ou «d'intégration», encore cette qualification demeure-t-elle inévitablement subjective.

Au surplus, il est nécessaire d'introduire le «facteur temps». Plus encore que celle des autres organisations internationales, la construction européenne «se traduit par une pratique extrêmement dynamique»¹⁸⁸ qui complique encore la détermination de la nature juridique des Communautés.¹⁸⁹ Or le moins que l'on puisse dire est que le sens de l'évolution est loin d'être clair et univoque.

En témoigne le regard contrasté porté par les analystes, sur le traité de Maastricht. Ainsi, alors que M. Pliakos estime que l'inclusion de la politique étrangère et de sécurité commune dans le Traité et l'élargissement du volet communautaire à des domaines non exclusivement économiques constituent un renforcement du caractère fédéral,¹⁹⁰ il n'en reconnaît pas moins que l'article D, qui confie au Conseil européen la mission d'impulsion et de définition des orientations politiques générales, infléchit dans un sens intergou-

187 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135.

188 Tizzano, *supra* note 169, 48.

189 Cf. Dagtoglou, *supra* note 88, 35 ou 43.

190 Pliakos, *supra* note 95, 189 et 217.

vernemental le processus d'unification, et affaiblit la «supranationalité»,¹⁹¹ tandis que le renforcement du «fédéralisme» que traduirait l'union économique et monétaire «a été mêlé de doses importantes de logique intergouvernementale».¹⁹²

De même, le bilan très complet récemment dressé par M. Daniel Vignes de «l'amenuisement de la souveraineté des Etats membres des Communautés européennes et [de] l'intégration régionale européenne»¹⁹³ est, pour le moins, nuancé. Il y montre notamment que les transferts par les Etats de leurs compétences souveraines entraînent certes pour la Communauté des compétences accrues dans leur extension matérielle, mais d'une manière moins radicale que par les traités initiaux, et que les grandes innovations du traité de 1992 concernent surtout la coopération intergouvernementale, qui est largement dé-communautarisée.

Il n'est pas exagéré de penser que, loin de répondre à l'attente des pères fondateurs, l'orientation générale de la construction communautaire se traduit simultanément par une extension matérielle de la coopération et par un recul progressif de l'intégration: la CEE et la CEEA. sont moins «intégrées», moins «supranationales» que ne l'était – et le reste, mais dans son domaine limité – la CECA; et le traité de Maastricht accentue la tendance vers l'«intergouvernementalisme» que traduisait déjà, mais plus discrètement, l'Acte unique européen. La «rupture avec l'Etat-nation» que certains annonçaient¹⁹⁴ ne s'est pas produite et l'on peut penser – ou craindre – que l'élargissement prochaine à quinze et, plus tard, vingt ou plus Etats membres en éloigne encore la perspective.

*

Force est de constater que les prévisions apocalyptiques faites en 1969 par le juge Pescatore ne se sont pas produites. Ayant posé le principe de la «supériorité» de la construction communautaire sur les structures classiques du droit international, l'éminent auteur affirmait, en 1969:

Dans ces conditions, le retour à l'international signifierait en réalité l'abandon de tout ce qui fait cette supériorité; il marquerait la substitution des rapports intergouvernementaux à toute autre forme de communication entre les pays participants; ce serait le blocage du processus de décision par l'exigence de l'unanimité, la substitution des marchandages diplomatiques à une méthode de délibération orientée directement selon les exigences de l'intérêt commun.¹⁹⁵

Ceci est une vision «rousseauiste» de la construction communautaire dont on peut fortement douter qu'une observation réaliste la confirme; mais on peut

191 *Ibid.*, 221.

192 *Ibid.*, 223.

193 2 *Studia Diplomatica* (1994) 49-77.

194 G. Soulier, *supra* note 89, 363.

195 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 5.

penser aussi que «l'intérêt commun» peut aussi être servi par le recours à des techniques juridiques internationales, mieux adaptées à la réalité des relations entre les Etats membres que par des mécanismes, «supérieurs» peut-être dans l'abstrait, mais qui, coupés du réel, finissent par aboutir, eux, à des blocages non pas supposés mais bien tangibles.

Dans une perspective plus juridique, l'indéniable originalité des Communautés européennes par rapport aux autres organisations internationales ne saurait suffire à les exclure de cette catégorie générale dont le statut juridique constitue un cadre suffisamment souple pour s'appliquer aussi bien aux «organisations d'intégration» qu'aux «organisations de coopération», en admettant que la distinction ait une portée autre que purement journalistique, ce qui reste douteux.

Nous sommes loin d'une «banalisation» et, pour être des organisations internationales, les Communautés n'en restent pas moins profondément originales. Elles le sont d'abord parce que, sans recourir à des techniques inconnues du droit général des organisations internationales, elles cumulent, elles additionnent, les éléments les plus novateurs et «avancés» de ce droit. Elles le sont aussi parce que «l'ordre juridique de droit international» qui résulte des traités pousse à leurs conséquences extrêmes la notion de «droit propre» de l'Organisation et de supériorité du droit international.

Chapitre III

L'ordre juridique communautaire, «ordre juridique de droit international»

Comme l'a remarqué le président Jean Boulois,

les traités [communautaires] non seulement ne font pas la moindre allusion à l'existence d'un ordre juridique dont ils constitueraient le fondement mais se bornent à établir une simple nomenclature d'actes et n'indiquent que pour certains d'entre eux la nature de leur relations avec le droit national.¹⁹⁶

Ceci n'empêche nullement l'ordre juridique communautaire d'exister.

L'existence, ou non, d'un ordre juridique est une question de fait. Elle se constate mais ne se décrète pas. Si un ensemble de normes forme un système ordonné en fonction d'une logique qui lui est propre, tant en ce qui concerne leur formation que leur application, on est en présence d'un ordre juridique.

En ce sens, et par définition même, tout ordre juridique est «autonome». Intellectuellement au moins, il se suffit à lui-même. Il sécrète lui-même ses propres normes selon un processus qui lui est propre et en organise par lui-même (plus ou moins bien) le contrôle à sa manière. Tel est, du moins, le postulat fondamental du «dualisme» – qu'il serait plus exact d'appeler «pluralisme» – juridique, par opposition au «monisme» pour lequel l'ordre juridique est un, les normes juridiques y étant organisées en un système unique et hiérarchisé.¹⁹⁷

Dans une perspective moniste cohérente, la question de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire ne se pose pas ou, en tout cas, ne devrait pas se poser: le droit communautaire y apparaît comme un élément de l'ordre juridique «tout court», le seul problème consistant à déterminer quelle place les règles communautaires occupent dans la hiérarchie des normes¹⁹⁸ au sein de cet ordre juridique. Une telle présentation correspond certainement à l'esprit de système de ceux qui la proposent mais se heurte aux enseignements d'une observation, même superficielle de la réalité: il y a *des* ordres juridiques, et ceux-ci répondent à des exigences logiques et sociales différentes.

196 *Droit institutionnel de l'Union européenne* (1995) 237.

197 Le monisme a été systématisé, de manière aussi intellectuellement cohérente que redoutablement abstraite, par Kelsen, «Les rapports de système entre le droit international et le droit interne», 14 *RdC* (1926-IV) 231-239 (sa pensée a d'ailleurs évolué par la suite). Pour une présentation claire des différentes doctrines relatives aux relations entre droit international et droit interne, voir Truyoly Serra, «Théorie du droit international public», 173 *RdC* (1981-IV) 262-283; voir aussi Daillier et Pellet, *supra* note 135, 92-7.

198 Malgré de subtiles distinctions faites par certains auteurs, les termes «règles» et «normes» peuvent être considérés comme synonymes.

Comme l'a fortement affirmé la Cour permanente de Justice internationale, «[a]u regard du droit international [...], les lois nationales sont de simples faits...»;¹⁹⁹ et cette proposition peut être généralisée: au regard de tout ordre juridique, les normes relevant d'un autre ordre juridique «sont de simples faits». Bien entendu, ceci n'empêche pas que ces «faits» puissent être pris en considération par un autre ordre juridique et qu'il existe des «rapports de système»²⁰⁰ entre les ordres juridiques mais c'est à chacun d'eux qu'il appartient de déterminer ces rapports et, en particulier, de fixer les conditions d'applicabilité des normes juridiques appartenant à un autre ordre juridique et leur place dans la hiérarchie des normes juridiques du for.

A cet égard, la jurisprudence et la doctrine communautaristes ont un comportement schizoïde: elles affirment à la fois l'autonomie absolue de l'ordre juridique communautaire tant à l'égard du droit international que des droits nationaux – et ceci relève d'une démarche typiquement dualiste – et sa primauté, tout aussi absolue, par rapport à ces autres droits, en tout cas par rapport aux droits nationaux²⁰¹ – et ceci ne serait concevable que dans une perspective moniste.

S'agissant de la jurisprudence au moins, la contradiction n'est qu'apparente: il est logique et légitime que la Cour de Luxembourg, organe du droit communautaire,²⁰² raisonne «à l'intérieur» de cet ordre juridique et y fasse prévaloir les normes communautaires sur toute autre règle, exactement comme le juge international affirme la supériorité absolue du droit international ou comme le juge national se fonde exclusivement, malgré les apparences contraires dans les systèmes constitutionnels dits «monistes»,²⁰³ sur le droit interne. Mais les «vérités» de la CJCE ne sont pas absolues. Tout est affaire de «perspective»; ce qui est exact quand on se place «du point de vue» du droit communautaire, ne l'est plus forcément lorsque l'on raisonne au regard du droit international ou des droits nationaux. L'autonomie, indiscutable, de l'ordre juridique communautaire n'a donc pas forcément les conséquences radicales qu'en tirent les auteurs communautaristes si l'on se place dans une perspective «internationaliste» ou «interniste». On le vérifiera en étudiant successivement et brièvement l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international (section A) et par rapport au droit interne (section B).

199 Arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Série A, n°7, 19.

200 Voir *supra* note 197.

201 Elles sont plus ambiguës en ce qui concerne le droit international.

202 Comme la Cour mondiale l'est du droit international; voir l'arrêt *supra* note 199 du 25 mai 1926, *ibid.*

203 Voir *infra* note 244.

A. L'autonomie relative du droit communautaire par rapport au droit international

Parce qu'il constitue un véritable ordre juridique, le droit communautaire est autonome par rapport au droit international. Toutefois, cette autonomie est relative, pour au moins deux raisons: d'une part, l'ordre juridique communautaire est une création du droit international; d'autre part, il entretient avec celui-ci des rapports de systèmes qui s'apparentent d'ailleurs, de manière frappante, à ceux qu'entretiennent le droit interne et le droit international.

1. Un ordre juridique autonome

«On ne peut», écrit Michel Virally,

[...] qu'être frappé par le caractère spontané de la création de tout ordre étatique. L'Etat trouve en lui-même, dans l'assentiment du groupe humain qu'il intègre, le fondement de sa légitimité. Tout ordre étatique est auto-créateur et se développe à partir de sources originaires qui lui sont propres et qui n'ont besoin, pour affirmer leur validité, de se référer à aucune norme supérieure. [...] L'ordre juridique étatique se forme en dehors du droit international et sans lui.²⁰⁴

L'inverse n'est pas tout à fait exact: le droit international a «besoin» du droit interne «pour son propre fonctionnement».²⁰⁵ La doctrine dualiste le reconnaît de bonne grâce et, comme l'écrivait Anzilotti, «le droit international pré-suppose l'Etat, c'est-à-dire le droit interne, parce que l'Etat, tout en ne s'identifiant pas avec l'ordre juridique [national], n'est pas concevable sans lui».²⁰⁶

Il n'en reste pas moins que ce n'est pas le droit national qui «créé» le droit international: l'existence de celui-ci est inhérente à une société composée de sujets également souverains dont il assure la coexistence.²⁰⁷

On ne peut, raisonnablement, dire la même chose du droit communautaire qui n'est pas une donnée de fait, inhérente à une société particulière présentant, par rapport à celle des Etats ou aux sociétés nationales, une quelconque spécificité. Il est, bel et bien, lui-même, une création juridique résultant d'un ensemble conventionnel complexe qui fait de lui un «ordre juridique de droit international»²⁰⁸ en ce sens qu'il tient son existence des traités constitutifs et

204 «Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes», *Le droit international en devenir – essais écrits au fils des ans* (1990) 108 (également paru in *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens (Mélanges Henri Rolin)* (1964) 488-507).

205 *Ibid.*, 109.

206 *Cours de droit international*, (trad. G. Gidel) (1929) 31; cité *ibid.*, 109.

207 On retrouve ici l'idée que le droit international n'est nullement incompatible avec la notion de souveraineté, dont, dans une société caractérisée par la juxtaposition d'Etats souverains et égaux, on ne peut avoir une conception absolue. Voir *supra* II.A.2.

208 Voir *supra* le texte correspondant à la note 11.

que seuls d'autres traités peuvent en modifier les fondements et les traits essentiels.²⁰⁹

Il est, à cet égard, pour le moins discutable d'affirmer que le Traité (de Rome s'agissant de la Communauté européenne), «est en vigueur *par lui-même*, de façon autonome»²¹⁰: il est en vigueur parce qu'il a été valablement conclu conformément aux règles du droit des traités. Sa source, son fondement, n'est pas autonome mais, au contraire, l'ancre dans le droit international dont il est la création.

Mais il n'en résulte pas que le droit communautaire ne constitue pas un véritable ordre juridique. La créature échappe à son créateur; une fois créée, la Communauté s'est développée en fonction d'une logique juridique qui lui est propre; elle a élaboré ses propres règles et les a mises en œuvre conformément aux mécanismes, autonomes et spécifiques, institués par les traités constitutifs et qui se distinguent de ceux qui caractérisent tant les droits nationaux que le droit international lui-même.

Sans que la liste en soit exhaustive, ces spécificités institutionnelles (au sens large) sont notamment:

- en ce qui concerne la formation des normes:
 - leur élaboration par des organes permanents dotés de règles de fonctionnement qui leur sont propres,
 - l'abandon, dans des domaines importants et de plus en plus nombreux, du consensualisme qui caractérise le droit international général,²¹¹
 - l'association, encore timide, de représentants des peuples au processus d'élaboration,
 - et la capacité des Communautés de s'engager au plan international, au même titre que des Etats mais dans des domaines limités;
- et, pour ce qui concerne l'application des normes:
 - l'importance prise par les «sources autoritaires», qui contraste avec leur rareté en droit international,
 - la non-pertinence du principe de réciprocité,²¹²

209 Sous réserve du rôle modificateur de l'interprétation; mais ceci est aussi une technique juridique internationale.

210 Kabouris, «La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 331, italiques ajoutées; voir *supra* chapitre I. note 28 et le texte correspondant.

211 En tout cas en matière de traités, mais, à côté du droit international de formation volontaire, il existe un droit de formation spontanée qui répond à une autre logique.

212 «Le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets...» (affaire 90 et 91/63, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Rec.* 1964, 1223); le recours en manquement suffit à exclure l'application du principe de réciprocité (cf. affaire 325/82, *Commission c. R.F.A.*, *Rec.* 1984, 777). Voir R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français* (1989) 158-9.

- l'effectivité et l'efficacité de procédures juridictionnelles de règlement des différends et de contrôle de l'application du droit, qui excluent tout droit d'action unilatérale des Etats membres;
- et, d'une manière générale, le développement d'une «logique de l'appartenance».²¹³

Ce système, original et complet, se suffit à lui-même en ce sens qu'il permet à la Communauté d'élaborer les normes nécessaires à son développement, de leur conférer un caractère obligatoire, et, quoique dans certaines limites,²¹⁴ de les mettre en œuvre. La CJCE est dès lors fondée à estimer, dans l'arrêt *Costa* qu'en «instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes» et qu'il en résulte l'institution d'un «ordre juridique propre».²¹⁵

Toutefois, au risque, une fois encore, de choquer les communautaristes extrêmes, le phénomène n'est pas isolé. Et si, dans la même affaire *Costa*, la Cour pouvait, à juste titre, distinguer les traités communautaires des «traités ordinaires», elle pêchait par omission en «oubliant» de rappeler qu'en revanche ils ne se distinguaient pas à cet égard de l'acte constitutif de n'importe quelle autre organisation internationale qui, en créant une institution dotée de la personnalité juridique, tant en droit international qu'au regard des droits nationaux²¹⁶ et de compétences propres pour atteindre les buts qui lui sont assignés est à l'origine d'un «ordre juridique particulier»²¹⁷ fondé sur un traité – donc d'un «ordre juridique de droit international» – mais autonome par rapport au droit international général et aux droits nationaux des Etats, membres ou non de l'Organisation.

213 Blanquet, *supra* note 27, 423.

214 Voir *infra* le texte suivant la note 318.

215 Affaire 6/64, *supra* note 12, 1158.

216 Cf. l'avis consultatif de la CIJ du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*: «L'Organisation [des Nations Unies] était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international. Elle [...] ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale» (*Rec.* 1949, 179). Allant plus loin, la Cour a estimé que «cinquante Etats, représentant une très large majorité de la Communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective et non pas seulement une personnalité reconnue par eux seuls» (*ibid.*, 185). Ce raisonnement n'est pas transposable aux Communautés dont la personnalité n'est opposable aux Etats non membres que s'ils les reconnaissent (voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 573). On peut cependant estimer que la généralisation de la reconnaissance dont elles bénéficient aujourd'hui confère aux Communautés une personnalité objective.

217 De Witte, *supra* note 8, 446.

La doctrine internationaliste s'est beaucoup interrogée sur la question de savoir si ce «droit propre des organisations internationales»²¹⁸ présentait un degré d'autonomie suffisant par rapport au droit international pour que l'on puisse y voir un véritable «ordre juridique».²¹⁹ Des réponses variées y ont été apportées mais la plus convaincante est, sans aucun doute affirmative ne serait-ce que parce que l'on peut considérer que, par essence, toute institution comporte un ordre juridique; il y a «autant d'ordres juridiques que d'institutions».²²⁰ Cette constatation est, en outre, seule conforme à l'idée selon laquelle l'acte constitutif de toute organisation est à la fois un traité et une constitution,²²¹ à ce second titre il constitue le fondement de l'ordre juridique de l'organisation et s'impose tant à ses organes qu'aux Etats membres.²²²

Certes, dans tous les cas, il s'agit d'ordres juridiques partiels, l'organisation n'ayant que les compétences qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts.²²³ Mais, dans ces limites, on peut parler, sans excès de langage, d'ordres juridiques au sens propre, au sein desquels le processus d'élaboration et d'application des normes répond à une logique juridique particulière découlant de l'acte constitutif et que l'institution qu'il crée peut mettre en œuvre.

Il en va de même s'agissant de la Communauté européenne; ni plus, ni moins. Les traités ont doté les Institutions de règles de fonctionnement qui leur permettent d'élaborer des normes et de les faire respecter selon des mécanismes particuliers et en fonction des objectifs qu'ils fixent, étant entendu qu'il s'agit d'un ordre juridique partiel – limité aux «domaines restreints» assignés aux Communautés²²⁴ – et d'un ordre «de droit international» du fait que le traité lui-même tient sa validité de celui-ci.

218 Cf. C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations* (1962) XLII – 282p.

219 Voir *ibid.*, ou Focsaneanu, «Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies», *AFDI* (1957) 315-49; Reuter, «Principes de droit international public», 103 *RdC* (1961-II) 526-30; Cahier, «Le droit interne des organisations internationales», *RGDIP* (1963) 563-602 et «L'ordre juridique interne des organisations internationales», in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales, Académie de droit international* (1988) 237-57; Balladore-Pallieri, «Le droit interne des organisations internationales», 127 *RdC* (1969-II) 1-38; S. Bastid, *Problèmes juridiques posés par les organisations internationales*, Les cours de droit (1972) 139-50.

220 Cf. S. Romano, *L'ordre juridique* (1975) 17 et s. et 39 et s.

221 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 148 à 159.

222 L'avis consultatif de la CIJ du 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, constitue une illustration de ceci; voir notamment *Rec.* 1947-1948, 63-5.

223 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 173 à 175.

224 L'expression figure à la fois dans les arrêts rendus par la CJCE dans les affaires *Van Gend en Loos* (*supra* note 11, 23) et *Costa* (*supra* note 12).

2. Les rapports de systèmes entre droit communautaire et droit international

Dans la perspective dualiste, qui est celle de l'auteur de ce cours, la question des rapports des différents ordres juridiques entre eux est entièrement dominée par la considération fondamentale selon laquelle les normes relevant de chacun d'eux sont «de simples faits» au regard des autres ordres juridiques.²²⁵ Ceci vaut, bien sûr, en ce qui concerne les relations qu'entretiennent le droit communautaire d'une part et le droit international public d'autre part. La principale conséquence en est que les normes internationales ne sont pas applicables, en tant que telles, dans l'ordre juridique communautaire et, réciproquement, que le droit communautaire ne s'impose pas, en tant que tel dans l'ordre juridique international.

Une observation superficielle de la réalité pourrait donner à penser le contraire. On constate en effet que concrètement, «[l]iée par le droit international, la Communauté l'est, notamment par le droit international conventionnel auquel elle est partie».²²⁶ La Cour de Justice l'a constamment affirmé: les dispositions d'un accord conclu par la Communauté avec un ou plusieurs Etats tiers «forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire».²²⁷ Allant plus loin, elle a été jusqu'à reconnaître que

dans toute la mesure où, en vertu du traité CEE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les Etats membres dans le domaine d'application [d'un accord conclu par ceux-ci antérieurement au traité de Rome, en l'espèce le GATT], les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté.²²⁸

Mais, s'il en va ainsi, c'est parce que le traité CE lui-même confère valeur obligatoire aux accords conclus avec les Etats tiers et les intègre dans l'ordre juridique de la Communauté qui est tenue de les respecter et de les faire respecter par les Etats membres. Ainsi, aux termes de l'article 238, paragraphe 7, du traité de Rome modifié par celui de Maastricht: «les accords conclus selon les conditions fixées au présent article lient les institutions de la Communauté et les Etats membres».²²⁹ Le droit communautaire se comporte à cet égard par rapport au droit international de la même manière que les droits étatiques: il y est applicable car il existe une «norme de réception» comparable à l'article 238 comme, par exemples, le préambule de la Constitution française de 1946 auquel renvoie celui de 1958, ou l'article 55 de cette

225 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 199 et 200.

226 J.-V. Louis, *supra* note 35, 83.

227 Affaires 181/73, *Haegeman*, Rec. 1974, 449, 104/81, *Kupferberg*, Rec. 1982, 3641 ou 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, 3719.

228 Affaires jointes 21 à 24/72, *International Fruit Company*, Rec. 1972, 1219.

229 On peut trouver dans l'article 234 du Traité le fondement indirect de l'obligation pour la Communauté de respecter les traités antérieurs conclus par les Etats membres lorsqu'ils relèvent de son domaine de compétence.

dernière, ou, d'une manière plus générale, le «*dictum* constitutionnel» selon lequel «*international law is part of the law of the land*».

On peut probablement transposer celui-ci à l'ordre juridique communautaire et considérer qu'«*international law is part of the law of the Communities*». Ceci constitue l'explication la plus rationnelle du principe, plusieurs fois affirmée par la Cour de Justice, de la soumission des Communautés au droit international,²³⁰ d'autant plus évident et facile à admettre que l'ordre juridique communautaire trouve son fondement dans le droit international.

D'une façon très générale d'ailleurs, la Communauté se plie aux règles générales du droit international – et à leur évolution²³¹ – et la Cour de Justice applique tant les principes généraux du droit international²³² que les principes généraux de droit communs aux Etats (ou, selon les cas, aux droits des Etats membres),²³³ lorsque cette application n'est pas contraire à la logique du droit communautaire lui-même.²³⁴ A ce sujet, on peut faire deux remarques:

- d'une part, ces principes sont l'une des sources indiscutables du droit international et, contrairement à ce qu'affirme le juge Pescatore,²³⁵ on ne peut «les négliger» dans une étude des relations entre droit communautaire et droit international; au minimum, force est de constater qu'en les appliquant, la CJCE a recours à un procédé du droit international;
- mais, d'autre part, ils n'apparaissent que comme une source supplétive auquel le droit communautaire n'a recours que s'ils ne sont pas en contradiction avec sa structure et ses principes propres.

C'est bien marquer que, si les normes du droit international sont applicables dans l'ordre juridique communautaire, elles ne le sont que parce qu'il existe des normes communautaires de réception. Et ceci, tout à fait indépendamment de la question de savoir si ce système de réception est moniste ou

230 Cf. affaires jointes 21 à 24/72, *supra* note 228 ou affaires jointes 3, 4 et 6/76, *Kramer, Rec.* 1976, 1311; voir J.-V. Louis, *supra* note 35, 78-79.

231 Voir par ex., en matière de délimitation maritime, Groux et Manin, *supra* note 160, 25. Cf. affaire 181/80, *Abelaiz – Emazabel, Rec.* 1981, 2961.

232 Cf. affaire 8/55, *Fédéchar, Rec.* 1955-1956, 299 (à propos du principe de l'effet utile) ou affaire 41/74, *Van Duyn, Rec.* 1974, 1337 (à propos de l'obligation des Etats de laisser leurs ressortissants accéder à leurs territoires).

233 Cf. affaires jointes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Algéra, Rec.* 1957, 115 (conditions de retrait d'un acte administratif illégal) ou affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft, Rec.* 1970, 1135. Voir Reuter, «Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit», *Mélanges Henri Rolin, supra* note 204, 263-83, ou A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris II (1974) 175-86 ou Simon, «Y a-t'il des principes généraux du droit communautaire?», *Droits* (1991) 73-86.

234 Cf. affaires 90 et 91/63, *Commission c. Luxembourg et Belgique, Rec.* 1964, 1231 (rejet de l'exception *non adimpleti contractus*); voir aussi la précision donnée dans l'affaire 11/70, *supra* note 233 selon laquelle la sauvegarde des droits fondamentaux «doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté» – italiques ajoutées.

235 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire, supra* note 27, 21.

dualiste;²³⁶ du reste, même dans les systèmes nationaux que l'on dit «monistes», ce «monisme» résulte de la Constitution et les traités ont, *toujours*, une valeur infra-constitutionnelle.²³⁷ Il en va d'ailleurs de même au sein des Communautés où les traités réservent expressément le cas des accords antérieurs à leur conclusion,²³⁸ mais où l'on doit considérer que des traités postérieurs contraires aux traités constitutifs ne pourraient recevoir application dans l'ordre juridique communautaire.

Il est vrai que le mécanisme de contrôle préventif de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE limite les risques d'une telle contrariété puisqu'un accord envisagé par la Communauté et déclaré contraire au Traité par la Cour de Justice ne pourrait entrer en vigueur qu'après une révision de celui-ci.²³⁹ Il n'en reste pas moins que ce «filtre» peut très bien ne pas fonctionner puisque la saisine de la Cour sur la base de l'article 228 est facultative. Jusqu'à présent, la CJCE a réussi à cantonner le problème en interprétant les accords «douteux» d'une manière compatible avec les traités constitutifs,²⁴⁰ mais il n'est pas douteux que, si elle doit l'affronter, la Cour «gardienne des traités» devra faire prévaloir les dispositions des traités sur ceux des accords conclus avec des Etats tiers. De même, et bien qu'ici non plus, le problème ne se soit pas posé directement²⁴¹ un traité conclu par un Etat membre avec un ou plusieurs Etats tiers ne serait pas opposable à la Communauté et ne saurait recevoir application dans l'ordre juridique communautaire s'il est contraire aux traités constitutifs.

Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il en résulterait de graves inconvénients: illicite au regard du droit communautaire, l'accord n'en serait pas moins parfaitement valable au plan international et son non-respect engagerait la responsabilité internationale de la Communauté dans le premier cas, de l'Etat membre imprudent dans le second. Cette solution re-

236 Les Communautés n'échappent pas, en ce qui concerne les traités qu'elles concluent au dilemme monisme/dualisme (cf. Constantinesco, *supra* note 109, 216). On peut sans doute considérer que la CJCE estime que le système communautaire est «moniste» (cf. affaire 181/73, *supra* note 227 et l'interprétation qu'en donnent Groux et Manin, *supra* note 160, 120).

237 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 278-9 ou D. Carreau, *Droit international* (1994) 482-3 (l'exception apparente de l'article 63 de la Constitution néerlandaise qu'il mentionne, n'en est pas une à mon avis).

238 Cf. l'article 234 du traité CE.

239 Ou, bien sûr, la révision de l'accord lui-même. Cf. les avis 1/76 (*projet d'accord sur le Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*), *Rec.* 1977, 741; 1/78 (*caoutchouc naturel*), *Rec.* 1979, 2871, et 1/91 (*Rec.* 1991 I-6079) et 1/92 (*Rec.* 1992, I-2821).

240 Cf. affaire 218/82, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1983, 4063 ou affaire 355/87, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1989, 1517.

241 L'extension considérable du domaine de compétence de la Communauté en matière de traités limite, ici aussi, les risques de contrariété (cf. affaire 22/70, *supra* note 146, 263; affaire 3, 4 et 6/76, *supra* note 230 et avis 2/91, *Rec.* 1992, I-1061).

grettable²⁴² est la conséquence logique et inéluctable de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport à l'ordre juridique international, «simples faits» l'un pour l'autre, qui peuvent «tenir compte» l'un de l'autre mais conformément à ce qu'ils prévoient chacun en ce qui le concerne et sans qu'aucun apparaisse comme intrinsèquement «supérieur» à l'autre: dans l'ordre international, le droit international général prime; tandis que les organes communautaires sont tenus de faire respecter la supériorité des traités, qui sont leur «norme suprême» sur toute autre considération.

Il en résulte un système parfaitement logique qui rappelle très fortement les relations entre le droit français et le droit international et que l'on peut résumer ainsi: dans l'ordre juridique communautaire,

- les traités constitutifs priment sur toute autre norme,
- les accords conclus par la Communauté avec des Etats tiers ont une valeur inférieure à celle des traités,
- mais supérieure à celle du droit dérivé (en tout cas antérieur²⁴³),
- et les Etats membres ne peuvent tenir en échec le droit communautaire par la conclusion de traités incompatibles avec les Etats tiers.

Inversement, lorsqu'elles agissent en tant que sujets de droit international, les Communautés sont liées par celui-ci, au même titre que n'importe quelle autre organisation internationale ou que les Etats eux-mêmes.

B. L'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux

La doctrine dualiste rend bien compte des rapports du droit communautaire avec le droit international²⁴⁴ et de la double nature des traités communautaires: «constitution» de la Communauté, ils se trouvent au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique communautaire; traités, ils sont soumis aux règles du droit des traités dans l'ordre juridique international.

Selon la quasi-totalité des auteurs communautaristes, le dualisme «n'est pas de mise dans les rapports entre ordre juridique communautaire et ordres

242 Et comparable à ce qui se produit lorsqu'un Etat conclut deux traités incompatibles avec des cocontractants différents.

243 Cf. affaire 21 à 24/72, *supra* note 228 ou affaire 181/73, *supra* note 227; mais la solution devrait valoir également à l'égard du droit dérivé postérieur.

244 Même si certains auteurs estiment que ces relations relèvent du monisme (voir note 237 *supra*); à mon sens, dire qu'un ordre juridique est moniste comporte une contradiction interne: pour le monisme l'ordre juridique *est un*. Tout au plus peut-on, non sans abus de langage, parler de «modes de réception monistes pour caractériser les systèmes qui, comme celui de la Constitution françaises de 1958, n'exigent pas de procédure spécifique pour intégrer les traités dans l'ordre juridique; il n'en reste pas moins d'ailleurs que, tant dans le système français qu'au sein des Communautés, cette intégration n'est tenue pour juridiquement valide qu'à la condition qu'une formalité supplémentaire ait été effectuée: la publication, selon des modalités particulières, dont le respect est contrôlé par le juge.

nationaux. Il traduit mal les relations de coordination qui existent entre eux et s'expriment, notamment, par le mécanisme des questions préjudicielles»;²⁴⁵ le droit communautaire «postule le *monisme* et en impose le respect par les Etats membres».²⁴⁶

A vrai dire, on peut se demander si «postuler le monisme» n'est pas le propre de tout ordre juridique. La question est classique en droit international privé en ce qui concerne les relations entre les ordres juridiques nationaux et une partie de la doctrine la résout en affirmant l'«exclusivisme» des ordres juridiques²⁴⁷ et, au fond, la théorie dominante, qui conteste cet «exclusivisme» ne dit cependant pas autre chose quand elle affirme que le juge du for «[n']est certes pas *soumis*» au droit étranger, mais que «cela n'est pas indispensable pour qu'il en déduise la solution du litige, *si sa propre règle de droit international privé le lui ordonne*».²⁴⁸

Au fond, on peut dire que le droit international «postule le monisme» en ce sens qu'il se donne pour supérieur à tout autre ordre juridique, de même que les ordres juridiques nationaux sont «exclusifs» les uns des autres du fait que s'ils recourent à des règles issues d'autres ordres juridiques, internes ou international, elles n'y sont applicables qu'en vertu de règles nationales. Le droit communautaire n'échappe pas à la loi commune: il se présente comme exclusif et supérieur. Et il l'est sans aucun doute ... à ses yeux, c'est-à-dire si l'on se place dans une perspective communautaire dans laquelle, comme le droit international, les droits nationaux apparaissent comme de «simples faits»; mais, «simple fait», il l'est à son tour pour les droits nationaux.

Ceci ne signifie certes pas que les normes juridiques ne sont pas applicables dans les ordres juridiques nationaux; mais elles ne le sont que parce qu'elles y sont intégrées par des mécanismes qui sont ceux-là même en vertu desquels les droits nationaux «reçoivent» les règles de droit international public. Cette constatation n'exclut nullement les deux caractères fondamentaux où les communautaristes croient pouvoir déceler des spécificités absolues: l'effet direct et la primauté du droit communautaire qui ne sont pas inconnus du droit international; simplement, mais ce sont de grandes différences de degré, le premier (l'effet direct) est l'exception en droit des gens, il est la règle en droit communautaire; tandis que le second (la primauté) est assuré d'une manière beaucoup plus efficace dans l'ordre communautaire qu'il ne l'est en droit international.

245 J.-V. Louis, *supra* note 35, 122.

246 G. Isaac, *supra* note 4, 162.

247 Voir Ago, «Règles générales des conflits de lois», 58 *RdC* (1936-IV) 302 ou G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano* (1986) passim.

248 P. Mayer, *Droit international privé* (1987) 56; italiques dans le texte.

1. L'effet direct du droit communautaire

En vertu du principe *pacta sunt servanda*, il va de soi que les Etats membres sont tenus d'appliquer les traités communautaires qu'ils ont régulièrement ratifiés et auxquels ils sont, de ce fait, devenus parties. Mais, s'agissant du droit communautaire, il y a, si l'on peut dire, «doublement plus»:

- d'une part les traités communautaires sont immédiatement ou directement applicables *dans* les Etats membres (et pas seulement *par eux*²⁴⁹);
- d'autre part, ce principe de l'«effet direct» s'applique non seulement aux traités eux-mêmes, mais aussi au droit dérivé dans son ensemble.

De ce fait, les prescriptions du droit communautaire sont applicables directement aux personnes privées qui sont en droit d'en exiger le respect à leur égard, éventuellement même devant le juge national et sous le contrôle de la CJCE.²⁵⁰

Le principe de l'effet direct n'est pas énoncé par les traités sous sa forme générale. Il n'y affleure qu'occasionnellement en ce qui concerne notamment la définition du règlement «directement applicable dans tout Etat membre»²⁵¹ ou certaines «règles applicables aux entreprises» en matière de concurrence.²⁵² Mais il peut être déduit d'autres dispositions et, en particulier, de l'article 177: on s'expliquerait mal que la Cour de Justice puisse être saisie de questions préjudicielles relatives à la validité ou à l'interprétation du droit communautaire par les juges nationaux si ceux-ci n'étaient pas tenus de l'appliquer.

Généralisant ce raisonnement, la Cour de Justice a explicité le principe de l'effet direct dans son très célèbre arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*:

l'objectif du traité CEE, qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement *concerne directement les justiciables* de la Communauté, *implique* que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre Etats contractants; [...] partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il *crée des charges dans le chef des particuliers*, est aussi destiné à engendrer *des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique*; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires.²⁵³

249 Voir J. Boulouis, *supra* note 196, 255.

250 Il n'y a aucune raison de cantonner l'effet direct à la sphère contentieuse. Selon R. Lecourt, l'effet direct, «c'est le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève» (*L'Europe des juges* (1976) 248). L'Europe communautaire n'est pas seulement celle des juges; l'effet direct s'impose à toutes les autorités de l'Etat.

251 Art. 189, al. 2, du traité CE.

252 Cf. les articles 85 et 86 du traité CE.

253 Affaire 26/62, *supra* note 11 – italiques ajoutées.

Un an plus tard, dans l'affaire *Costa*, la Cour a cru devoir ajouter que, s'il en est ainsi, c'est que «le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre *intégré au système juridique des Etats membres [...] et qui s'impose à leurs juridictions*»,²⁵⁴ explication peu convaincante car, s'il est exact que le droit communautaire s'impose au juge national et n'en constitue pas moins un «ordre juridique propre»,²⁵⁵ l'idée que cet ordre juridique soit «intégré» à celui des Etats membres est incompatible avec le principe même d'autonomie des ordres juridiques les uns par rapport aux autres.

Quoi qu'il en soit de cette incohérence, le constat ne fait aucun doute: le droit communautaire est directement applicable dans les droits nationaux. Si la chose ne fait pas de problème dans les Etats dit «monistes», comme la France ou les Pays-Bas, où, en vertu de la Constitution,²⁵⁶ les règles conventionnelles font l'objet d'une introduction «automatique» dans le droit national, il n'en va pas de même dans les pays de tradition «dualiste» comme l'Allemagne, l'Italie ou le Royaume-Uni où les traités n'ont d'effet dans l'ordre juridique national que s'ils y sont formellement introduits par un acte formel qui les «transforme» en droit interne²⁵⁷ et qui ont, en effet, éprouvé des difficultés pour accepter le principe de l'«effet direct».²⁵⁸ L'applicabilité directe ne s'en impose pas moins à ces Etats; et il n'est peut-être pas, pour cela, besoin de recourir à la «spécificité» de l'ordre juridique communautaire: les traités constitutifs prévoient – en tout cas impliquent – l'effet direct; ce principe, comme toute règle conventionnelle, doit être respecté par les Etats parties (*pacta sunt servanda*), quels que soient le raisonnement ou les moyens utilisés à cette fin; du reste, la Cour de Justice admet que

c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire,²⁵⁹ étant entendu qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque Etat membre de désigner la juridiction compétente et, à cet égard, de qualifier ces droits selon les critères du droit interne.²⁶⁰

Le principe de l'«effet direct» est applicable non seulement aux traités constitutifs mais aussi

- aux règlements, ce qui va de soi du fait des termes exprès de l'article 189 du traité CE,

254 Affaire 6/64, *supra* note 12 – italiques ajoutées.

255 Voir *supra* A.1.

256 Cette précision («en vertu de la Constitution») montre cependant ce qu'il y a d'abusif à parler ici de «monisme».

257 Voir aussi *infra* le texte correspondant aux notes 308 à 313.

258 Voir le ralliement éclatant de la Cour constitutionnelle italienne par sa décision du 27 décembre 1973; *Frondisi*, *RTDE* (1974) 48.

259 Affaire 33/76, *Rewe*, *Rec.* 1976, 1989.

260 Affaire 13/68, *Salgoil*, *Rec.* 1968, 661; voir aussi affaire C-6/90, *Francovich*, *Rec.* 1991, I-5359.

- aux décisions, même si elles sont adressées non pas à un particulier mais à un Etat membre,²⁶¹
- aux directives, ce qui était loin d'être évident compte tenu de la définition qu'en donne l'article 189, qui implique que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires à leur mise en œuvre,²⁶² ce qui a induit une certaine résistance du Conseil d'Etat français,²⁶³
- et aux accords conclus par la Communauté,²⁶⁴ ce qui paraît logique dès lors que ces accords sont intégrés dans le droit communautaire,²⁶⁵ qui, en tant que tel, est d'applicabilité directe.

Au surplus, et sauf en ce qui concerne les directives,²⁶⁶ cette applicabilité directe peut être à la fois «verticale» – les normes communautaires peuvent être invoquées par les particuliers à l'égard de l'Etat – et «horizontale» – elle joue «de particulier à particulier»²⁶⁷ – si son contenu s'y prête.

Pour frappant qu'il soit et pour étendue qu'en soit l'interprétation qu'en donne la Cour de justice, le principe de l'«effet direct»

- n'est ni général, ni inconditionnel,²⁶⁸
- il n'est, par ailleurs, pas spécifique aux rapports du droit communautaire avec les droits nationaux;
- et il ne remet pas en cause l'autonomie des deux ordres juridiques l'un vis-à-vis de l'autre.

Dire que «*le droit communautaire a un effet direct*» est une formule commode mais excessive et trompeuse: il n'en va, et ne peut en aller, ainsi que si le contenu de la norme invoquée par le particulier s'y prête. Dès l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a indiqué que l'effet direct s'appliquait aux «obligations que le traité impose de manière bien définie»,²⁶⁹ formule qu'elle a synthétisée par la suite en précisant qu'étaient directement applicables les dispositions qui «apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises»,²⁷⁰ critère qui vaut tant pour le droit originaire que pour le droit dérivé, avec, cependant, une nuance en ce qui concerne les accords conclus par la Communauté: dans ce cas, la Cour combine le critère «communautaire» fondé exclusivement sur le carac-

261 Affaire 9/70, *Franz Grad*, Rec. 1970, 825.

262 Affaires 33/70, *S.A.C.E.*, Rec. 1970, 1213 et 41/74, *supra* note 232.

263 CE, sect., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (*Lebon*) 524. Cette jurisprudence a, par la suite, été atténuée mais pas complètement abandonnée (cf. CE, 7 octobre 1988, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Leb. 271 Assemblée (Ass.), 3 février 1989, *Alitalia*, Leb. 44 et Ass., 28 février 1992, *Rothmans et Philip Morris*, Leb. 81).

264 Affaires 87/75, *Bresciani*, Rec. 1976, 129; 104/81 et 12/86, *supra* note 227.

265 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 226 à 230.

266 Cf. affaire 152/84, *Marshall*, Rec. 1986, 723.

267 Voir par ex. affaire 13/61, *Bosch*, Rec. 1962, 97.

268 Voir R. Abraham, *supra* note 212, 139 et s.

269 Voir *supra* note 253 et le texte correspondant.

270 Affaire 8/81, *Becker*, Rec. 1982, 53; voir aussi affaire 148/78, *Ratti*, Rec. 1979, 1629.

tère inconditionnel et précis de la disposition en cause avec celui tenant à l'objet et à la nature du traité:

[L]a disposition d'un accord conclu par la Communauté avec un pays tiers doit être considérée comme étant d'applicabilité directe lorsque, eu égard à ses termes *ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord*, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets à l'intervention d'aucun acte ultérieur.²⁷¹

Ce faisant, la Cour se fonde implicitement sur le critère traditionnellement retenu en droit international pour reconnaître à un traité le caractère *self-executing*. Car la notion d'applicabilité directe est loin d'être inconnue dans l'ordre juridique international.

Pendant longtemps, on a admis, comme une vérité d'évidence que le «droit des gens» régissait exclusivement les rapports entre Etats et que, dès lors, un accord international «ne peut pas, en tant que tel, créer directement des droits et des obligations pour les individus».²⁷² Mais, dans un avis consultatif rendu en 1928, la CPJI, qui rappelle ce principe, ajoute aussitôt après que

[l']on ne peut pas contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, [peut] être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux.²⁷³

Et, bien qu'ils fussent restés longtemps réticents et que certains, notamment en France,²⁷⁴ le demeurent, les tribunaux internes, dans leur ensemble, n'hésitent pas à admettre qu'un traité peut «être considéré par [eux] comme l'équivalent d'un acte législatif chaque fois qu'il opère par lui-même, sans nécessiter aucune intervention du législateur», selon la formule du juge Marshall de 1829.²⁷⁵ Ce principe de l'effet direct des dispositions *self-executing* peut également trouver à s'appliquer aux décisions des organes des

271 Affaire 12/86, *supra* note 227 – italiques ajoutées.

272 CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n°15, 17.

273 *Ibid.*, 18.

274 Cf. CE, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et de produits artisanaux*, *Leb.* 734, Ass., 8 mars 1985, 70; Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale de commerce extérieur des produits alimentaires*, *Leb.* 294 ou Cass. Civ. 3, 6 avril 1976, *Fauran*, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (française)* (Bull.) 105 mais voir pour des reconnaissances de l'applicabilité directe de certaines dispositions conventionnelles: CE, 18 novembre 1955, *Pétalas*, *Leb.* 548 – qui en admet la possibilité –, 9 décembre 1983, *Gasparin*, *Leb.* 495 ou Cass. Civ. 1, 15 novembre 1989, *Lalanne et Sutter*, *JDI* (1990), 611 ou Crim., 5 décembre 1978, *Baroum Chérif*, *Dalloz* 1979, 50.

275 Cour suprême des Etats-Unis, 1829, *Foster Elam v. Nelson*, *Pet.* 253 (U.S. 1829).

organisations internationales²⁷⁶ même si, ici encore, les réticences des tribunaux nationaux demeurent considérables.²⁷⁷

Il n'en reste pas moins qu'il serait erroné de voir dans l'effet direct la marque distinctive du droit communautaire par rapport à l'ordre juridique international.²⁷⁸ Il y est, assurément, beaucoup plus généralement et facilement admis et, de ce fait, «l'efficacité interne» du droit communautaire se trouve considérablement accrue, d'autant plus que la Cour de Luxembourg exerce un contrôle sourcilieux de son respect par les juridictions nationales des Etats membres, alors qu'il n'existe de mécanismes comparables ni dans le cadre des autres organisations internationales²⁷⁹ ni, *a fortiori*, au plan du droit international général.

De même, le principe de l'applicabilité directe ne met pas en cause l'autonomie respective des ordres juridiques nationaux et communautaires. C'est aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit communautaire – comme elles le sont aussi du droit international d'applicabilité directe – qu'il appartient d'appliquer les règles de celui-ci, sinon exclusivement, du moins principalement. C'est donc à elles que revient la tâche de mettre en œuvre le principe de l'effet direct,²⁸⁰ sous le contrôle, certes, de la Cour de Justice, mais celle-ci n'a pas sur eux un quelconque pouvoir hiérarchique²⁸¹ et, en assumant cette fonction, elles agissent «*en tant qu'organe[s] d'un Etat membre*».²⁸²

En réalité, on peut fortement douter que l'application directe de la règle communautaire aux particuliers soit «une des expressions juridiques» de la supranationalité;²⁸³ elle est, bien plutôt, la marque de la collaboration, particulièrement poussée, des ordres juridiques nationaux d'une part et communautaire d'autre part et la manifestation la plus achevée de la coopération imposée aux Etats membres par l'article 5 du traité CE qui les invite à prendre «toutes mesures générales ou particulières propres à assumer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté».

276 Voir par ex. CE, 3 novembre 1961, *M'Bounya, Leb.* 612; mais il faut bien reconnaître que de telles décisions sont rares. En sens contraire, voir la décision de la Cour d'appel du district de Columbia du 31 octobre 1972, *Diggs v. Dent*, (ILM (1972) 1252) à propos des décisions du Conseil de sécurité.

277 Voir l'analyse très fouillée de la notion d'applicabilité directe par Carreau, *supra* note 237, 459-81.

278 *Contra*: Pescatore, «L'apport du droit communautaire au droit international public», *CDE* (1970) 520.

279 A l'exception notable des mécanismes institués par la Convention européenne des droits de l'homme (voir notamment G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (1979) 27-273) et des traités équivalents.

280 Voir *supra* le texte correspondant à la note 250.

281 Cf. R. Abraham, *supra* note 212, 185.

282 Affaire 106/77, *Simmenthal, Rec.* 1978, 629.

283 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 255.

2. La primauté du droit communautaire

L'effet direct du droit communautaire n'implique pas nécessairement sa primauté,²⁸⁴ mais celle-ci repose sur un raisonnement par implication du même type: la construction communautaire serait menacée *si* les normes communautaires ne se voyaient pas reconnaître une supériorité sur les règles nationales des Etats membres.

Alors même que les Traités constitutifs sont muets à cet égard,²⁸⁵ la Cour de justice a, dans l'arrêt *Costa*, dégagé le principe – d'une manière du reste passablement confuse – de la logique générale du traité de Rome:

[l']intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et, plus généralement, les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable [...], issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même.²⁸⁶

Dans l'arrêt *Simmenthal*, autre décision célèbre, la Cour définit le principe de la primauté en une formule ramassée («les dispositions du Traité et les actes des institutions directement applicables [...] font partie intégrante, *avec rang de priorité*, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres») et elle en déduit que

le juge national, chargé d'appliquer dans le cadre de sa compétence les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes; en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.²⁸⁷

Quoique les communautaristes semblent s'en émerveiller, ceci, à nouveau, n'a rien d'extraordinaire aux yeux d'un internationaliste. Le droit international public, lui aussi, postule sa primauté (on parle plus volontiers de «supériorité») et la Cour internationale de Justice a rappelé «[l]e principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne»,²⁸⁸ affirmé dès la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872

284 Voir De Witte, *supra* note 8, 439.

285 Cf. Boulouis, *supra* note 196, 261 ou G. Isaac, *supra* note 4, 177.

286 Affaire 6/64, *supra* note 12.

287 Affaire 106/77, *supra* note 282, italiques ajoutées.

288 Avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'O.N.U.*, Rec. 1988, 34.

dans l'affaire de *l'Alabama*²⁸⁹ et rappelé constamment depuis lors, notamment dans l'avis consultatif de la CPJI en date du 31 juillet 1930:

c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.²⁹⁰

Et les conséquences que tire le droit communautaire du principe de sa primauté, pour étendues qu'elles soient, ne sont, en réalité pas différentes de celles résultant de la supériorité que se reconnaît le droit international général:

- la primauté du droit communautaire s'impose à toutes les autorités étatiques;²⁹¹ celle du droit international aussi: «L'exécution du traité est dévolue non pas à un seul organe ou à une seule autorité mais à toutes les autorités, législative, politique et judiciaire dans l'ordre de leurs compétences»;²⁹²
- les Etats membres de la Communauté doivent «éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire»,²⁹³ de même que la CPJI a reconnu comme «un principe allant de soi» qu'un Etat «qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris»;²⁹⁴
- «un Etat membre ne saurait exciper des dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations résultant des directives [et, plus largement, du droit] communautaires»,²⁹⁵ exactement de la même manière qu'une partie «ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité»²⁹⁶ ou que, plus largement, la qualification d'un fait comme étant «internationalement illicite» «ne saurait être affecté par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne»;²⁹⁷
- et la primauté joue, dans les deux cas, vis-à-vis de *l'ensemble* du droit interne, qu'il s'agisse du règlement, de la loi ou même de la Constitution; selon la CJCE: «l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat

289 A. de la Pradelle et N. Politis (éds), II *Recueil des arbitrages internationaux* (1932) 780.

290 Affaire des *Communautés gréco-bulgares*, série B, n°17, 32.

291 Cf. l'affaire 48/71, *supra* note 115, 529.

292 Avis du Conseil d'Etat français, 1839; voir Dailliet et Pellet, *supra* note 135, 226.

293 Affaire 104/86, *Commission c. Italie*, Rec. 1988, 1799; voir aussi affaire 167/73, *Commission c. France*, Rec. 1974, 359.

294 Avis consultatif, 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, série B, n°10, 20.

295 Affaires jointes 68 à 73/81, *Commission c. Belgique*, Rec. 1982, 157.

296 Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 27.

297 Article 4 de la première partie du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats.

membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat»,²⁹⁸ ce qui est conforme au principe fondamental du droit international selon lequel «[u]n traité est supérieur à la Constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi».²⁹⁹

La conclusion s'impose: la Cour de Luxembourg n'a rien inventé. Elle a transposé en droit communautaire un principe ancien et bien établi du droit international public. Et il n'y a rien d'étrange à cela: c'est l'effet de l'exclusivisme des ordres juridiques; le droit communautaire constituant un ordre juridique autonome, il est normal et naturel qu'il affirme sa supériorité, comme le fait aussi le droit international en ce qui le concerne. Au surplus, l'ordre juridique communautaire trouvant son fondement dans un traité, il n'y avait aucune raison pour qu'il ne bénéficie pas du vieux principe, communément admis, de la supériorité des traités et, plus généralement, du droit international, sur l'ensemble du droit interne.

Il est clair cependant que la Cour de Justice et la doctrine communautariste n'admettent ni cette filiation, ni cette analogie et s'efforcent de trouver un fondement spécifique à la primauté du droit communautaire: «La prééminence de l'ordre juridique communautaire se justifie par sa spécificité».³⁰⁰ La raison en est double:

- en premier lieu, il s'agit clairement d'une offensive «anti-internationaliste», en ce sens que l'on entend «démарquer le droit communautaire du droit international» pour affirmer sa complète autonomie et «pour mieux assurer sa primauté»;³⁰¹
- c'est que, en second lieu, le raisonnement internationaliste classique est fondé sur l'idée que c'est aux ordres juridiques nationaux qu'il appartient de tirer les conséquences du principe de la supériorité du droit international. Dès lors, «il appartient au droit constitutionnel de chaque Etat membre d'arrêter souverainement les conditions dans lesquelles la règle de droit international ou de droit communautaire doit trouver son application dans l'ordre juridique interne».³⁰²

Pour tenter de se prémunir contre cette conséquence fâcheuse, la Cour invoque la «nature spécifique originale» du droit communautaire³⁰³ et le Professeur J.-V. Louis affirme avec force: «c'est le Traité qui est la source même de la primauté et non pas les dispositions des constitutions natio-

298 Affaire 11/70, *supra* note 233; voir aussi affaire 48/71, *supra* note 115.

299 Sentence arbitrale du 26 juillet 1875, affaire du *Montijo* (*Colombie c. Etats Unis*), Moore, *Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party* (1898) 1850; voir aussi CPJ, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n°44, 24.

300 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 213.

301 De Witte, *supra* note 8, 442.

302 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 214-5.

303 Voir *supra* note 286.

nales». ³⁰⁴ C'est oublier que le Traité est ... un traité, donc, à ce titre, ancré dans le droit international; c'est surtout avoir un point de vue entièrement unilatéral qui relève d'avantage de la méthode Coué et du *wishful thinking* que d'une vision réaliste: le juge national est un organe de l'ordre juridique interne auquel il appartient d'appliquer son propre droit national, dont la norme suprême est la Constitution de l'Etat.

On ne peut, à cet égard; que se rallier aux remarques, pleines de bon sens, du président Jean Boulouis: la CJCE a beau proclamer que les juridictions nationales doivent faire prévaloir les normes communautaires sur les règles internes, mêmes constitutionnelles,

[I]a chose ne va cependant pas aussi facilement pour le juge national à faire que pour la Cour de justice à affirmer; surtout lorsque, répondant à un juge du niveau le plus inférieur, ce qui était le cas d'un prêteur dans l'affaire *Simmenthal*, la Cour lui enjoint de méconnaître «de sa propre autorité», mais «en tant qu'organe d'un Etat membre» (§16 de l'arrêt), aussi bien l'autorité du législateur que celle des juridictions auxquelles ce juge est institutionnellement subordonné. C'est mettre ce juge dans une situation absurde car si le titre à juger du juge national se trouve dans son propre droit constitutionnel ou légal et si ce titre lui vient précisément de ce qu'il est un organe de l'Etat, ces considérations sont incompatibles avec l'obligation qui lui est faite et qui serait «inhérente» à la nature même du droit communautaire d'écarter ce même droit national «de sa propre autorité». Au lieu de proclamer ce qui apparaît comme un dogme de métaphysique juridique, il eût sans doute été plus simple et en tout cas plus logique de dire que le titre du juge national à juger en droit communautaire se trouvait dans le traité lui-même. ³⁰⁵

Mais, dans ce cas, force est d'admettre que le juge ne pourra donner effet au principe de primauté du droit communautaire que s'il trouve dans son propre ordre juridique national un principe le lui enjoignant ou, en tout cas, l'y autorisant et il devra, dans la très grande majorité des cas se référer aux règles constitutionnelles relatives à la place des traités dans la hiérarchie des sources formelles dans le droit national.

C'est d'ailleurs très exactement ce qu'ont fait toutes les juridictions nationales dans tous les Etats membres, que ceux-ci se réclament du «monisme» ou du «dualisme». Partout, avec plus ou moins de bonne grâce, plus ou moins rapidement, ³⁰⁶ en faisant des réserves plus ou moins marquées, ³⁰⁷ les juges nationaux se sont inclinés, mais partout aussi ils ont affirmé la primauté du droit communautaire en se fondant soit sur les dispositions constitutionnelles relatives aux traités, soit, en l'absence de telles

304 J.-V. Louis, *supra* note 35, 122.

305 J. Boulouis, *supra* note 196, 264.

306 Le Conseil d'Etat français a battu à cet égard des records absolus de lenteur en n'admettant la supériorité du droit communautaire sur une loi, même postérieure, que par le célèbre arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.* 748.

307 Cf. la persistance de la réserve des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande (décision du 22 octobre 1986, *RTDE* (1987) 537).

dispositions sur la loi nationale introduisant les traités communautaires dans l'ordre juridique national. Ainsi:

- les deux juridictions suprêmes françaises, la Cour de cassation³⁰⁸ et le Conseil d'Etat³⁰⁹ se sont expressément fondées sur l'article 55 de la Constitution, qui reconnaît aux traités régulièrement ratifiés et publiés «une autorité supérieure à celle des lois», pour tirer toutes les conséquences de la primauté du droit communautaire que, pour sa part, le Conseil constitutionnel se refuse à faire respecter;³¹⁰
- dans son célèbre arrêt du 27 mai 1971, la Cour de cassation belge s'est d'abord fondée sur le principe de la supériorité du droit international («lorsque le conflit existe entre une norme du droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir») et elle a renforcé son argumentation en estimant qu'il en allait ainsi *a fortiori* du droit communautaire;³¹¹
- au Royaume-Uni, les tribunaux n'assurent la primauté du droit communautaire que parce que l'*European Communities Act* qui incorpore les traités et le droit dérivé dans le droit britannique (et qui peut être abrogé par le Parlement) les y oblige;³¹²
- en Irlande, une révision constitutionnelle, de 1972, a été nécessaire pour assurer la primauté du droit communautaire, de même qu'au Portugal (révision de 1982);
- et, en Allemagne et en Italie, les ralliements lents et réticents des Cours constitutionnelles au principe de la primauté ont été rendus possibles par des références assez largement artificielles à des dispositions constitutionnelles.³¹³

Ces évolutions traduisent une très grande bonne volonté de la part des juridictions des Etats membres; elles n'en reposent pas moins sur des fondements constitutionnels, et les dispositions constitutionnelles qui les ont permises sont, partout, celles qui assurent – plus ou moins bien – la supériorité du droit international.

308 Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société «Cafés Jacques Vabre»*, Bull. 6.

309 Voir note 306.

310 Décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, Rec., 19.

311 CDE (1971) 561.

312 Voir notamment Olmi, «Les hautes juridictions nationales, juges de droit communautaire», Mélanges Pescatore (1987) 524-5.

313 Pour l'Allemagne, voir l'article 24(1) de la loi fondamentale et les décisions du 9 juin 1971 (CDE (1973) 217) et du 29 mai 1974 (RTDE (1974) 316); pour l'Italie, voir l'article 11 de la Constitution et les décisions du 22 octobre 1975 (RTDE (1976) 271) et du 8 juin 1984, *Granital* (CDE (1986) 185).

Les communautaristes extrêmes, et même d'autres plus modérés, s'en lamentent. Ainsi, le Professeur Lesguillons écrit:

Il est manifestement contradictoire qu'un ordre juridique interne accepte la prééminence de l'ordre juridique communautaire et qu'en même temps cette prééminence soit étroitement subordonnée aux dispositions du droit interne. On ne peut être le maître de son maître, ou bien l'on tombe dans le chantage juridique [...]. La prééminence de l'ordre juridique communautaire ne peut être justifiée que par une solution d'ensemble, précisément au niveau communautaire. Elle ne peut résulter que de cet ordre juridique.³¹⁴

Ce n'est pas une bonne façon de poser le problème. Les ordres juridiques ne se laissent pas, ainsi, réduire ou subordonner les uns aux autres; ils co-existent; ils coopèrent mais s'ils peuvent reconnaître la primauté *de certaines règles* «venues d'ailleurs», ils ne peuvent admettre, globalement, leur subordination à un autre ordre juridique sauf à cesser d'exister en tant qu'ordres juridiques. Ceci peut se produire mais, on l'a vu dans le chapitre précédent,³¹⁵ ne s'est pas produit, jusqu'à présent, en ce qui concerne les droits nationaux des Etats membres qui n'ont pas fusionné en un nouvel ordre juridique unique. Comme l'a relevé, à juste titre, le Professeur Vlad Constantinesco, «[l']ordre communautaire n'est pas un ordre souverain: il est un ordre supérieur à celui des Etats dans les domaines où ceux-ci ont accepté volontairement cette subordination»; «s'il est parfois supérieur,³¹⁶ [il] n'est jamais suprême».³¹⁷

Cette problématique est, du reste, celle-là même qui décrit les rapports du droit international avec les droits nationaux.

Il y a cependant une différence non négligeable: elle tient au fait que, comme le droit international, le droit communautaire affirme sa primauté mais qu'à la différence de celui-ci, il dispose de moyens raisonnablement efficaces pour l'imposer. Dans la sphère internationale, le contrôle de la supériorité des normes du droit international est rare, non systématique et aléatoire; au surplus, il intervient – lorsqu'il intervient – *a posteriori*. Au contraire, dans l'ordre communautaire, la Commission exerce une surveillance constante sur le respect par les Etats de leurs obligations et, par le biais de la procédure de l'article 177, la Cour de justice peut exercer un contrôle *a priori*;

dans les deux cas, la règle employée est la même: la primauté d'application du droit communautaire (ou international) sur le droit interne, dans le premier cas, elle est formulée de manière rétrospective, sous forme de déclaration de respon-

314 *Supra* note 104.

315 Voir *supra* II.A.

316 Peut-être serait-il plus exact de dire: «*si ses normes* sont parfois supérieures...»

317 *Supra* note 109, 216.

sabilité, dans le deuxième cas, de manière prospective, sous forme d'une obligation de faire.³¹⁸

C'est une grande différence; mais il reste cependant qu'à la fin des fins, le respect de la primauté dépend de la (bonne) volonté de l'Etat; et ceci est vrai aussi bien pour le droit international que pour le droit communautaire.

Décrivant les rapports entre le droit international et les droits nationaux, Michel Virally fait valoir que

[l]a carence institutionnelle de l'ordre international contraste avec la forte organisation du droit interne qui, non seulement trouve en lui-même les sources originaires dont il a besoin pour développer de façon autonome, mais encore dispose des moyens nécessaires pour réduire, juridiquement et physiquement, toutes les résistances à l'application de ses normes qui pourraient surgir au sein de la société étatique. Dès lors, puisque le droit international ne peut s'imposer à l'ordre juridique interne, il lui faut, pour y déployer ses effets, bénéficier à son tour [...] d'une reconnaissance de la part de ce dernier.³¹⁹

On peut dire à peu près la même chose des rapports du droit communautaire avec les droits internes des Etats: il ne s'impose à l'ordre juridique national que parce qu'il est reconnu par lui. Plus que le droit international, le droit communautaire trouve en revanche en lui-même «les sources originaires dont il a besoin pour se développer de façon autonome» du fait de l'existence d'organes intégrés qui lui sont propres et qui peuvent, par ailleurs, exercer une pression efficace sur les Etats membres et leurs institutions pour obtenir un respect plus effectif de ses normes.

A tous points de vue, le droit communautaire apparaît donc comme un droit-charnière: ancré dans le droit international, où il trouve ses fondements, il se comporte à son égard comme un droit interne, en ce sens notamment, qu'il en reconnaît la supériorité mais l'organise à sa manière; il est, en revanche, «ressenti» comme un droit international par les droits internes, mais il y exerce une influence plus forte non pas, comme l'affirment la Cour de Justice et la doctrine communautariste dominante parce que les deux ordres sont «intégrés» l'un à l'autre, mais parce que les Etats l'ont doté des moyens de cette influence.

318 De Witte, *supra* note 8, 433.

319 *Supra* note 204, 113-4.

En guise de conclusion

Ce cours n'a pas eu d'autre prétention que de jeter un regard d'internationaliste, nécessairement superficiel, sur la construction communautaire. Polémique – car il s'agit de réagir à la présentation, idéologiquement orientée (même si elle s'en défend), qu'en donne la doctrine communautariste et à la «politique judiciaire» souvent dogmatique et biaisée de la Cour de Luxembourg –, il a souvent grossi le trait, et faute de temps, et aussi, certainement, d'une connaissance suffisamment approfondie par l'auteur de toutes les arcanes du droit communautaire, il n'en rend probablement pas toutes les nuances.

Il permet cependant un constat: il n'est nul besoin de se raccrocher au mythe de la rupture totale du droit communautaire par rapport au droit international général pour rendre compte de sa spécificité, qui est réelle et profonde. En réalité, l'ordre juridique communautaire, ancré dans le droit international, y trouve l'essentiel de sa force et de ses caractéristiques. Mais la solidarité plus forte entre les Etats membres que celle qui unit (?) les éléments de la «communauté internationale» les a conduits à doter la Communauté européenne non seulement de la personnalité juridique – qui caractérise toute organisation internationale –, mais aussi de compétences particulièrement étendues au plan de l'élaboration de normes juridiques et de pouvoirs effectifs pour en assurer l'application. De ce fait, la «productivité» du droit international est poussée à son maximum: l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport aux droits nationaux est moins théorique que celle du droit international, sans, pour autant, être absolue; la primauté des normes communautaires est mieux assurée; et leur applicabilité directe plus générale et plus effective.

Il reste qu'il faut relativiser ces constatations. Que les décisions des Institutions, y compris les arrêts de la Cour de Justice, soient exécutoires ou simplement obligatoires, c'est, en définitive aux Etats qu'il revient de les mettre en œuvre car ils conservent, sur leur territoire, le monopole de la contrainte. Ce sont eux qui demeurent les «maîtres des Traités», en ce sens que, seuls, ils peuvent les réviser, dans le sens d'une intégration plus poussée, mais aussi dans celui d'un retour à une dose accrue d'inter-étatisme (et l'on peut considérer que le traité de Maastricht traduit l'une comme l'autre de ces tendances). Surtout, les spécificités de l'ordre juridique communautaire tiennent avant tout à son caractère d'ordre juridique justement: comme tout ordre juridique il proclame et exagère sa spécificité et ceci tient à la définition même d'un «ordre juridique», indissociable de l'idée d'exclusivisme: *pour lui* le droit communautaire est prééminent, supérieur; pas pour le droit international, pas pour les droits nationaux qui ne lui font une place que parce qu'ils le veulent et selon les modalités qu'ils prévoient. Tout est relatif; tout, décidément, est affaire de perspective.

Au surplus, les interactions et les influences mutuelles entre ces différents ordres juridiques sont indiscutables. Que les «modes de fonctionnement» du droit communautaire doivent beaucoup – et, certainement, beaucoup plus que ne le concèdent les communautaristes extrêmes – au droit international (et, dans ses rapports avec celui-ci, aux droits nationaux) n'empêche nullement qu'à son tour le «droit des gens», encore si mal nommé, ait beaucoup à gagner à s'inspirer du droit communautaire. Et il y a déjà beaucoup gagné comme le montre l'évolution des jurisprudences nationales des Etats membres de la Communauté en ce qui concerne la mise en œuvre des normes juridiques internationales dans les droits internes; que l'on songe par exemple aux arrêts *Le Ski* de la Cour de cassation belge ou *Nicolo* du Conseil d'Etat français:³²⁰ dans les deux cas, des juridictions nationales suprêmes, traditionnellement fort peu «internationalistes», ont radicalement modifié leur attitude à l'égard du droit international général afin d'assurer la primauté du droit communautaire.

On peut espérer que ce mouvement ira en s'accéléralant et qu'il en résultera une «banalisation» croissante du droit communautaire du fait de la «communautarisation» progressive du droit international. Ce serait le signe réconfortant d'une meilleure intégration de la société internationale. Mais un tel mouvement ne se décrète pas, il ne peut qu'accompagner des évolutions sociales qui se développent en dehors du droit et que celui-ci ne peut guère que refléter. Contrairement à ce que soutiennent les communautaristes extrêmes, l'ordre juridique communautaire n'est pas intrinsèquement «supérieur» à l'ordre juridique international; ses caractéristiques propres sont adaptées aux réalités sociales qui en ont favorisé l'éclosion en Europe occidentale dans les années 1950 et ont permis son développement par la suite. Il serait erroné de vouloir les plaquer artificiellement sur le droit d'une société internationale plus large et infiniment plus disparate et plus divisée, qui n'est pas mûre pour cela, même si on peut espérer qu'elle évoluera dans cette direction.

320 Voir *supra* notes 306 et 311.

Orientations bibliographiques

Le point de départ de tout approfondissement des «pistes» superficiellement ouvertes dans ce cours est évidemment la lecture des *manuels*, tant de droit communautaire que de droit international public. L'auteur s'est surtout fondé sur:

- Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 1995, XV – 392p.
- Dominique Carreau, *Droit international*, Pédone, Paris, 1994, XXIX – 646p.
- Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), LGDJ, Paris, 1994, 1317p.
- Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, Paris, 1994, 328p.

mais il en existe de nombreux autres, tant en français que dans d'autres langues, souvent très recommandables.

Il faut y ajouter

- Jean Boulouis et Roger-Michel Chevalier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Dalloz, Paris, 1994, Tome I, XVIII – 434p.

Touchent en outre de très près à la substance du présent cours,

- celui, extrêmement fouillé et approfondi, de Walter Ganshof van der Meersch, à l'Académie de Droit international de La Haye, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international» (148 *RdC* (1975-V) 433p.),
- Jean Groux et Philippe Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Commission des Communautés européennes, coll. «Perspectives européennes», Bruxelles, 1984, 166p. (également publié en anglais),
- l'ouvrage, très discuté mais stimulant, d'Olivier Jacot-Guillarmod, *Droit communautaire et droit international*, Librairie de l'Université, Georg, Genève, 1979, XXVIII – 299p.
- les très nombreux écrits du juge Pescatore, dont le pamphlet paru en 1969 sous le titre «Droit international et droit communautaire» (Centre universitaire de Nancy, coll. «des conférences européennes», n°5, 32p.) et repris en anglais dans la *CML Rev.* (1970) 167-83, constitue un succédané tout aussi stimulant et tout aussi discuté; de cet auteur important et influent, voir aussi: «L'apport du droit communautaire au droit international», *CDE* (1970) 501-25 et *L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires Liège, 1971, III – 218p.

- et Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Commission des Communautés européennes, coll. «Perspectives européennes», Bruxelles, 1986, 191p.

On peut y ajouter, parmi une littérature fort abondante, deux articles très remarquables:

- Bruno De Witte, «Retour à «Costa» – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *RTDE* (1984) 425-54.
- et Charles Leben, «A propos de la nature juridique des Communautés européennes», *Droits* (1991) 61-72

et le précieux ouvrage de

- Ronny Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, Paris, 1989, 223p. (réédition prévue aux éditions Economica, Paris),

ainsi que de nombreuses contributions aux

- Mélanges Boulouis – *L'Europe et le droit – Mélanges en hommages à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, XV - 556p.
- Mélanges Pescatore – *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, 896p.
- et dans Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes», Luxembourg, 1982, XXV – 536p.

En outre, la thèse d'Henry Lesguillons, *L'application d'un traité-fondation: le Traité constituant la CEE*, LGDJ, Paris, 1968, IV – 319p., bien que dépassée à certains égards, continue à ouvrir des perspectives fécondes.