



EUI WORKING PAPERS



E U I W O R K I N G P A P E R No. 49

RETOUR A COSTA
LA PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE
A LA LUMIERE DU DROIT INTERNATIONAL

par

Bruno DE WITTE

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN, FLORENCE

DEPARTEMENT DES SCIENCES JURIDIQUES

EUI WORKING PAPER No. 49

RETOUR A COSTA
LA PRIMAUTE DU DROIT COMMUNAUTAIRE
A LA LUMIERE DU DROIT INTERNATIONAL

par

Bruno DE WITTE

Avril 1983

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

Ce document est réservé à la discussion
et au commentaire critique
et ne doit pas être noté ou cité
sans le consentement préalable
de son auteur

(C) Bruno De Witte
Imprimé en Italie - Mai 1983
Institut Universitaire Européen
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico (FI)
Italie

I. INTRODUCTION : L'ORIGINALITE DE L'ARRET COSTA

L'arrêt Costa c. ENEL¹ de la Cour de Justice européenne est souvent considéré un des piliers de l'ordre juridique communautaire : il aurait établi la règle de la primauté du droit communautaire sur le droit national. C'est là une affirmation un peu sommaire, qui ne réussit pas à justifier la célébrité pourtant méritée de cet arrêt. En effet, les tribunaux internationaux n'ont pas manqué, bien avant la naissance des Communautés, de proclamer et d'appliquer la primauté de la règle de droit des gens sur le droit national. Quand un tribunal international, au cours d'un litige qui lui est soumis, se trouve confronté avec deux règles contradictoires, une de droit international et l'autre de droit interne, il n'hésite pas à appliquer la première, et de lui donner ainsi la primauté. Parmi les nombreux exemples dans la jurisprudence internationale², on peut citer l'Avis sur les Communautés gréco-bulgares³, proclamant la supériorité par rapport à la loi interne : "c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes à un Traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du Traité."; ou encore l'Avis sur le Traitement des nationaux polonais⁴, qui affirme cette primauté face aux constitutions nationales : "Un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les Traités en vigueur."

Cette primauté ne souffre pas d'exceptions. Elle n'existe pas seulement dans les rapports entre Etats, hypothèse classique que l'on retrouve dans les deux cas cités, mais s'applique à tout litige porté devant une juridiction internationale :

1. Aff.6-64, Rec.XI, 1149.

2. Voir la liste donnée par L.CAVARE, Le droit international public positif, Paris, 1967, T.I, 178 et s.

3. C.P.J.I., Série B, n.17, p.32.

4. C.P.J.I., Série A/B, n.44, p.24.

quelle que soit la partie lésée - Etat, organisme international ou 'simple' individu⁵ - jamais un Etat ne peut invoquer son propre droit face à la règle internationale.

Cette supériorité caractérise aussi toutes les sources du droit international; pour la règle conventionnelle, elle s'impose avec une évidence particulière : en tant que règle commune aux contractants, elle ne peut se voir opposer des mesures unilatérales de la part d'une d'entre elles. Ce principe a été codifié par l'article 27 du Traité de Vienne.

La Cour de Justice européenne, de son côté, avait d'ailleurs suivi l'exemple des tribunaux internationaux, dans un arrêt obscur, antérieur à Costa c. ENEL, l'arrêt Humblet c. Etat belge de 1960⁶. Il s'agissait d'une procédure contentieuse, introduite par un fonctionnaire aux Communautés contre une mesure individuelle de l'administration fiscale belge, contraire au Protocole d'Immunité des fonctionnaires C.E.C.A. Dans sa décision, la Cour dit :

"qu'en effet, si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un Etat Membre est contraire au droit communautaire, cet Etat est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire; que cette obligation résulte du traité et du protocole qui ont force de loi dans les Etats Membres à la suite⁷ de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne."

Rares sont les commentateurs qui ont noté ce passage de l'arrêt, et ceux-là ont des difficultés à en expliquer la 'banalité', surtout en regard de l'imposante construction de l'arrêt Costa quelques années plus tard. Leur sentiment semble être que la Cour, dans Humblet, aurait en quelque sorte lâché une phrase sans trop y penser, et n'aurait véritablement réalisé l'importance des

5. Ce dernier cas se présente par exemple devant la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme, lors de l'application individuelle de l'art.25 de la Convention.

6. Aff.6-60, Rec.VI, 1125.

7. Aff.citée, 1146.

enjeux que dans Costa⁸. En fait, l'affirmation de la primauté dans l'arrêt Humblet est très nette⁹, malgré son caractère laconique. Puisque "la primauté est le fait de tout Traité"¹⁰, la Cour n'avait aucune raison de mettre en relief cette évidence, même si les Traités communautaires ne la proclamaient pas explicitement.

Si alors l'arrêt Costa c. ENEL est entré dans l'histoire de l'intégration européenne, c'est que, contrairement à Humblet, il a apporté une innovation par rapport aux canons classiques du droit international public. Dans cet arrêt, la Cour ne se borne pas à proclamer la primauté du droit communautaire, qui est chose admise, elle ajoute que ce droit, au plan national, "ne pourrait (...) se voir opposer un texte interne quel qu'il soit"¹¹. La Cour ne se prononce pas sur son propre choix entre deux normes (internationale et interne) dans un cas qui lui serait soumis; pour la première fois, elle se réfère au choix que doit faire le juge national dans une telle situation. La Cour impose à ce juge national l'obligation d'adopter la même position que lui, c.à.d. de reconnaître la primauté du droit communautaire. Ainsi se trouve élargie la portée du principe de primauté : à la simple primauté internationale, l'arrêt Costa ajoute ce qu'on pourrait appeler la primauté dans l'application interne ou primauté interne.

8. Voir par exemple G.BEER, Development of Judicial Control of the European Communities, The Hague-Boston-London, 1981, 635, qui parle d'un début "pas exactement très prometteur".

9. H.P.IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen, 1972, 296, y voit à tort une primauté conditionnelle. Les mots "force de loi", employés par la Cour, sont sans doute malencontreux; mais dans le contexte, ils ne signifient pas une caractérisation hiérarchique ('force de loi = de même rang qu'une loi formelle'), mais plutôt l'efficacité interne de la norme ('force de loi = droit effectivement applicable dans l'ordre interne').

10. M.LAGRANGE, "La primauté du droit communautaire sur le droit national", in Droit communautaire et droit national, Semaine de Bruges 1965, Bruges 1965, 23.

11. Aff.6-64, citée, 1160.

La distinction entre 'primauté internationale' et 'primauté interne' était connue de la doctrine internationaliste¹², bien que pas toujours dans ces mêmes termes. Mais seule la première était considérée une règle du droit des gens; la seconde était laissée au droit public interne des Etats, qui pouvaient l'appliquer ou non, de manière discrétionnaire. Par contre, à part quelques auteurs qui ont exactement cerné l'apport innovateur de Costa¹³, la distinction n'est guère explicitée dans la doctrine européiste, qui se contente généralement de dire que l'arrêt a consacré le principe de la 'primauté' tout court. Ceci peut mener à divers malentendus. Ainsi, certains s'étonneront de l'importance donnée à l'arrêt Costa, puisqu'il ne fait que répéter "une solution classique depuis longtemps consacrée par le droit international"¹⁴. D'autres, par contre, pèchent par l'excès inverse. Impressionnés par la nouveauté de la primauté interne, ils oublient l'existence de la primauté internationale dont elle dérive. Par là, la 'primauté' devient un phénomène tout à fait particulier au droit communautaire, qui ne peut s'expliquer que par la nature différente de celui-ci par rapport au droit international désormais qualifié de 'classique'. La question de la primauté devient ainsi un des facteurs cruciaux du divorce doctrinal entre droit européen et droit international.

Dans le chapitre suivant, nous voudrions réagir contre cette évolution et démontrer, au contraire, que la nouveauté de Costa réside dans sa forme et non dans son contenu, et que la

12. Voir déjà, par exemple, F.MORGENSTERN, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", in British Year Book of International Law 1950, 42-92.

13. P.ex. E.STEIN, "Toward Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat : On the Margin of the Costa Case", in Rivista di Diritto Internazionale 1965, 24 : "(...) it is perhaps the first time in history that a court established by an international treaty has asserted its power to determine with effect not only in the "international" (or Community) legal order but also in national law, the hierarchical value of the very norm to which it owes its existence."

14. D.CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? La contribution de l'arrêt Simmenthal", in Revue Trimestrielle de Droit Européen 1978, 393.

primauté interne, si elle est proclamée explicitement par la Cour de Justice, existait déjà à l'état latent dans le droit international. La primauté d'application interne pourrait bien être, en fait, une conséquence nécessaire, mais pas toujours reconnue, de la primauté internationale d'un traité; c'est grâce au remarquable agencement juridictionnel du Traité C.E.E., et au volontarisme de la Cour, que ce lien s'est enfin trouvé pleinement articulé.

II. LE DROIT INTERNATIONAL ET LA PRIMAUTE INTERNE

En dehors des accords purement intergouvernementaux pas très nombreux¹⁵, "le droit international a besoin pour son exécution du droit interne. Il ne peut se réaliser ni sans lui ni en dehors de lui"¹⁶. Afin de réaliser cette exécution interne, l'Etat reçoit, en vertu du principe de la primauté du droit international, l'obligation générale de conformer son ordre interne aux dispositions internationales par lesquelles il est lié¹⁷. Cependant, l'Etat dispose d'une certaine latitude dans le choix des voies et moyens pour s'acquitter de cette obligation de conformité. Dans le cadre de ce qu'on a qualifié de "structure décentralisée du droit international"¹⁸, chaque Etat choisit ses propres règles d'exécution, mais celles-ci sont soumises à un conditionnement international : quand elles ne réussissent pas, dans un cas donné, et pour quelque motif que ce soit, à réaliser la conformité du droit interne à la norme internationale, il y a une violation du droit international qui peut être sanctionnée par la responsabilité internationale de l'Etat.

15. Par exemple, une obligation conventionnelle de négocier.

16. K.MAREK, "Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", in Revue Générale de Droit International Public 1962, 263.

17. Pour tous, I.BROWNLIE, Principles of Public International Law, 2nd ed., Oxford, 1979, 36.

18. A.VERDROSS & B.SIMMA, Universelles Völkerrecht, Berlin, 1976, 68.

La marge de discrétion de l'Etat varie selon le type d'obligation. Le rapport du professeur Ago¹⁹, qui a servi de base à la codification de la responsabilité internationale proposée par la Commission du Droit International, distingue à cet égard entre des obligations de comportement et des obligations de résultat²⁰. Les premières sont des obligations précises qui ne peuvent être exécutées de plusieurs façons. Aucun choix n'est laissé à l'Etat : il doit adopter (ou omettre) un comportement déterminé, sous peine de commettre un fait illicite et de voir naître immédiatement sa responsabilité internationale. Un exemple caractéristique est l'obligation d'adopter une convention portant loi uniforme.

Les obligations de résultat, en revanche, et elles sont les plus nombreuses, ne prescrivent pas de comportement précis. L'Etat peut arriver au résultat voulu par plusieurs voies. Il peut même rattraper une conduite initiale incompatible avec la règle internationale, par une autre action (du même ou d'un autre organe) plus conforme²¹. "De moyen en moyen, l'Etat dérape dans l'exécution de son obligation internationale, mais il ne choït réellement que quand tous les moyens disponibles ont été mis en oeuvre, par l'intermédiaire de l'ensemble de ses organes, sans que soit atteint pourtant le résultat requis"²². Ainsi, l'obligation de résultat va toujours de pair, au plan procédural, avec la règle coutumière²³ de l'épuisement des recours internes.

19. Annuaire de la Commission de Droit International, 1977, Vol.II, (première partie), 3-48.

20. Le droit civil connaît une distinction homonyme, mais au contenu fort différent. En droit civil, l'obligation de résultat est la plus exigeante; en droit international, c'est l'inverse. Voir à ce sujet J.COMBACAU, "Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse", in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité, Paris, 1981, 193 et s. Cet auteur met aussi, fort justement, l'accent sur les difficultés à appliquer en pratique cette distinction théorique; cf. infra p. 12.

21. Rapport Ago, cité, para.41.

22. J.COMBACAU, op.cit., 188.

23. Aff.Interhandel, C.I.J. Rec.1959,27 : "La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier."

A l'origine, la règle est un arrangement de bon ordre, permettant d'éviter que les relations entre Etats - seuls compétents traditionnellement pour engager une action en responsabilité internationale - ne subissent le contrecoup de toute dispute entre un Etat et un individu étranger²⁴. Plus généralement, l'action internationale doit rester un recours ultime, quand tous les moyens internes d'obtenir justice ont failli. Cette règle a également l'avantage de concevoir l'Etat comme une entité pluraliste, non monolithique, où un des organes est en mesure de réparer des violations éventuellement commises par un autre, où, en particulier, le pouvoir judiciaire peut corriger l'action de l'exécutif, et où les cours supérieures peuvent réformer les décisions des échelons inférieurs.

La marge de discrétion que représente pour l'Etat l'obligation de résultat, n'existe pas seulement au niveau de nombreuses règles 'concrètes' du droit international, mais également au niveau des règles 'abstraites' relatives aux rapports de système entre droit international et droit interne. Ainsi, il est communément admis que les Etats sont libres de choisir entre les diverses méthodes de réception du droit international : l'adoption, automatique ou non, qui est liée à la doctrine moniste et introduit la règle internationale en tant que telle dans l'ordre interne; ou la transformation, d'inspiration dualiste qui recrée la règle internationale en une règle nationale avant qu'elle puisse être exécutée. Les deux méthodes sont considérées équivalentes au regard des exigences du droit international²⁵; il suffit que son contenu soit valablement appliqué²⁶, dans quelque forme que ce soit.

24. La règle de l'épuisement ne vaut pas, par conséquent, dans les obligations interétatiques (E. JIMENEZ DE ARECHAGA, "International Responsibility", in M. Soerensen (ed.), Manual of Public International Law, London-New York, 1968, 545-546).

25. Voir, par exemple, I. SEIDL-HOHENVELDERN, "Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law", in International and Comparative Law Quarterly, 1963, 88-124.

26. La liberté de choix des Etats peut cependant être limitée par des dispositions conventionnelles expresses. Pour nous en tenir au cas qui nous occupe, le Traité C.E.E. contient une obligation de transformation pour une catégorie de normes secondaires, les directives; et une interdiction de transformation pour une autre catégorie, les règlements.

La question de l'effectivité de la règle internationale dans l'ordre interne, mène aussi à celle de son rang, qui nous occupe avant tout ici. La doctrine de l'adoption ouvre la porte à la reconnaissance de la supériorité du droit international dans l'ordre interne, mais ne l'implique pas nécessairement. Tant en théorie qu'en pratique, on trouve du monisme à primauté nationale comme du monisme à primauté internationale²⁷. La doctrine de la transformation, elle, exclut la primauté : puisque la règle internationale a été transmuée en une règle interne, la question de son rang disparaîtra, à strictement parler. La norme transformée occupera, dans la hiérarchie des sources, le rang que possède l'acte dans lequel elle est coulée, ce qui sera, le plus souvent, une loi ordinaire. Les conflits de la loi d'origine internationale avec d'autres lois internes se résoudra alors selon la règle classique de succession dans le temps, 'lex posterior derogat priori'. La primauté d'application de la norme internationale sera donc toujours accidentelle et précaire.

Par conséquent, une fois admis le libre choix entre transformation et adoption, il en suit logiquement que les Etats ont également la liberté de reconnaître ou non la primauté interne du droit international. Et en effet, une réponse négative à la question de la primauté ne mène pas nécessairement à un résultat incompatible avec la règle internationale. Le droit interne peut déjà être en conformité avec la règle; aussi longtemps qu'il n'existe effectivement de loi nationale contraire au droit international, il n'y a pas de conflit possible, et la question de la primauté reste toute théorique. Même l'émanation d'une loi nationale qui contredit une disposition internationale, dans un pays appliquant la règle de 'lex posterior', ne constituera pas encore violation du droit des gens. Cette loi peut, en effet, être à nouveau abrogée ou modifiée pour la conformer au droit international, avant qu'elle n'ait reçue d'application concrète. De même, le traité peut être modifié ou abrogé entretemps. Enfin, la loi apparemment contraire peut être appliquée, dans la pratique administrative, de façon à sauvegarder le respect de la disposition conventionnelle.

27. Voir notamment P.GUGGENHEIM, Traité de droit international public, I, Genève, 1967, 54 et s.

Pour que naisse le fait illicite international, il faut donc que la potentialité de conflit se réalise, qu'une obligation internationale spécifique soit effectivement méconnue dans un cas concret d'application par les organes administratifs ou judiciaires de l'Etat. Rien ne s'oppose à ce que la responsabilité de l'Etat soit engagée par cette application. Selon l'article 6 de la codification de la responsabilité par la Commission du Droit International,

"Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée."

Donc, les agissements d'organes exécutifs même subordonnés ou d'organes judiciaires même entièrement indépendants, peuvent engager l'Etat. Une thèse contraire confondrait les notions de 'Gouvernement' et d'Etat'.

Encore faut-il tenir compte de la règle d'épuisement des recours. L'obligation d'appliquer le droit international en cas de conflit est une obligation de résultat; l'Etat ne peut donc être tenu pour responsable que si le non-respect de la primauté constitue un fait illicite irréversible, c.à.d. lorsque sa juridiction de dernier ressort aura statué en ce sens.

Il faut pourtant immédiatement préciser que la règle de l'épuisement ne s'applique qu'aux recours effectifs, ceux dont une décision plus conforme au droit international peut raisonnablement être attendue. Cette réserve, généralement admise²⁸, se comprend aisément : la raison d'être de la règle de l'épuisement étant de permettre à l'Etat de rattraper le faux pas initial, la seule présence formelle d'un recours ne saurait suffire; il doit être capable de restaurer la conformité. De nombreux obstacles,

28. D.R.MUMMERY, "The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies", in American Journal of International Law, 1964, 395-404. H.ROLIN, "Le contrôle international des juridictions internes", in Revue belge de droit international 1967, 20. B.VITANYI, "International Responsibility of States for their Administration of Justice", in Netherlands International Law Review 1975, 163.

de fait ou de droit²⁹, peuvent s'y opposer. Ainsi, l'applicant est exempté du recours si l'instance concernée ne juge pas dans un délai raisonnable ou n'offre pas de garanties d'impartialité. Il est également exempté lorsqu'il peut raisonnablement³⁰ estimer que l'organe de recours ne fera que répéter la décision précédente, soit parce qu'une jurisprudence constante exclut un résultat plus fidèle au droit international³¹, soit parce que la première décision n'a fait qu'appliquer correctement une règle impérative de son ordre interne³².

Or, à bien voir, la règle du 'lex posterior', ou toute autre règle qui refuse à la norme internationale sa primauté, n'est que la variante 'structurelle' d'une des deux dernières catégories. Elle sera 'jurisprudence constante', lorsqu'elle trouve son origine dans une création jurisprudentielle, ce qui est, nous le verrons, le cas le plus fréquent. Normalement, la jurisprudence constante porte sur le fond de l'affaire; dans notre cas, elle porte sur la question préliminaire du rang du droit international, question qu'elle couvre de manière structurelle.

29. Pour cette distinction, voir E.JIMENEZ DE ARECHAGA, op.cit., 588.

30. D.R.MUMMERY, op.cit., 401, essaye de préciser mieux ce critère de rationalité : l'applicant serait exempté lorsque le coût impliqué par un recours supplémentaire excède la possibilité d'un résultat satisfaisant.

31. Aff. du Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.I.J., Ser A/B, n.76, 18; Aff. du S.S.Lisman, Reports of Internat. Arbitral Awards 1939, 1773. Voir également la jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, p.ex. aff. 27/55, X c. Rép. Féd. d'Allemagne, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme I, 1956, 138; et aff. 514/59, X c. Autriche, Annuaire... III, 1960, 196.

Les applications de Lawless et de Handyside ont été déclarées recevables par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, sans qu'il y ait eu appel au niveau national. L'absence de réception de la Convention dans les Etats concernés (Irlande et Royaume-Uni respectivement) rendait ineffectif tout recours supplémentaire basé sur un article de la Convention.

32. H.URBANEK, "Das völkerrechtsverletzende nationale Urteil" in Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 1958/59, 232 : "wenn es auf Grund der in dem Verletzerstaat anzuwendenden Gesetze von vornherein feststeht, dass die Rechtsmittelinstanzen an den Völkerrechtlichen Unrecht nichts ändern können." Voir aussi le rapport Ago, cité, para.42.

La règle de 'lex posterior' sera au contraire 'disposition impérative du droit interne' quand elle est exprimée dans un texte écrit, constitutionnel ou législatif. Puisqu'une telle règle vise précisément à couvrir chaque cas de concurrence entre une disposition nationale et internationale, elle sera nécessairement impérative. Une instance d'appel ne pourra donc que confirmer, ici aussi, la première décision rendue.

Nous pouvons donc conclure ainsi la question de la primauté interne selon le droit international : quand une autorité nationale quelconque, notamment et surtout toute juridiction quel que soit son degré, applique dans une affaire qui lui est soumise la règle nationale contraire au droit international, de manière consciente et en conformité avec la règle de conflit donnée par son droit interne³³, il n'y a plus d'espoir d'obtenir un redressement ultérieur au sein de cet ordre juridique, et les recours internes doivent être considérés comme épuisés. Dès lors, il y a violation du droit international et la responsabilité de l'Etat est engagée³⁴. Toute application de la règle nationale contraire devient ainsi illicite, et expose l'Etat à des sanctions internationales.³⁵

33. Une autorité nationale peut également méconnaître la véritable règle de conflit du for, en appliquant la règle du *lex posterior*, alors qu'une disposition écrite ou une jurisprudence constante attribuent la primauté au droit international. Une telle violation 'accidentelle' du droit des gens n'entraînera pas l'épuisement des recours internes, car elle pourra être corrigée en appel.

34. A cet égard, on peut noter qu'une faute dans le sens traditionnel n'est pas requise pour la constitution de la responsabilité internationale; cette dernière peut fort bien être causée par un défaut de la structure institutionnelle ou du système judiciaire de l'Etat, sans qu'il y ait aucune intention subjective de nuire (E. JIMENEZ DE ARECHAGA, *op.cit.*, 536) Contra, B. VITANYI, *op.cit.*, 157, qui estime qu'il ne peut y avoir responsabilité pour l'administration de la justice qu'en cas d'intention délibérée de porter préjudice.

35. Ceci n'empêche pas, bien sûr, la règle nationale de continuer à sortir ses effets dans l'ordre interne. Le juge international peut déclarer une illicéité, mais ne peut frapper de nullité. F. MORGENSTERN, *op.cit.*, 91: "Municipal law in violation of international law may have legal effects within the restricted sphere of the state concerned, but its enforcement is an illegality from the point of view of international tribunals."

Au terme du raisonnement, il faut quelque peu revoir la prémisse selon laquelle l'Etat, en règle générale, est lié quant au résultat à atteindre, mais libre quant aux moyens d'y parvenir. En fait, et ce n'est pas surprenant, le but fixé déteint sur le choix des moyens, et rend injustifiés certains d'entre eux. Ainsi, les Etats peuvent bien choisir dans l'abstrait la méthode de transformation, mais ne peuvent tirer de cette théorie ce qui est sa principale conséquence pratique : l'application de la règle 'lex posterior' en cas de conflit. De même, le droit international n'impose pas la primauté interne en tant que règle abstraite, mais elle impose une primauté d'application au stade administratif ou judiciaire. Dans un système dualiste, le juge national se trouvera pris dans un dilemme : s'il applique la loi postérieure nationale, il expose son Etat à une sanction internationale; si, au contraire, il assure la primauté du droit international, il passe outre le mandat que lui donne son ordre interne, et agit en organe de droit international, ce qui est une hérésie pour la doctrine dualiste.

Il reste également une barrière dualiste à franchir pour pouvoir affirmer que la formulation de l'arrêt Costa c. ENEL correspond en tous points au contenu de la règle de primauté interne en droit international telle que nous venons de la présenter. En effet, la Cour de Justice ne dit pas simplement que l'Etat italien violerait le Traité lorsque le juge italien donnerait la primauté à la loi italienne postérieure. Elle dit que le droit communautaire "ne pourrait (...) se voir opposer un texte interne quel qu'il soit", ou, en termes positifs, que le juge italien doit donner la primauté au droit communautaire. La question traditionnellement posée en termes de responsabilité est donc tournée en termes d'obligation³⁶. C'est là une formulation

36. D.WYATT, "New Legal Order, or Old ?", in European Law Review, 1982, 133 et 145

inédite³⁷, mais aussi, pour un dualiste, un pas matériel que le droit international ne saurait franchir : dans le premier cas, le juge international prend simplement acte de la solution à laquelle est parvenue l'ordre interne et évalue celle-ci selon les prescrits du droit international; dans le deuxième cas, il s'immisce dans le processus juridictionnel interne et transgresse ainsi la barrière entre le système international et le système interne.

En fait, ceci est une construction artificielle. Comme le montre bien K.Marek³⁸, lorsque le juge international statue en responsabilité, il n'évalue pas l'action de l'Etat de façon abstraite, mais examine toujours les actions concrètes des organes de l'Etat qui ont provoqué le fait illicite; il passe donc bien au crible le fonctionnement interne du système national. Que fait alors la Cour de Justice européenne? Au lieu de juger les agissements internes après coup, comme le ferait toute autre juridiction internationale³⁹, elle impose une obligation pour le futur; 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 responsabilité, dans le deuxième cas, de manière prospective, sous forme d'une obligation de faire. Wyatt exprime bien ce glissement⁴⁰:

"Suppose 'the clock had been stopped' between the executive implementation of the discriminatory taxation, and judgment in the national court, and an international tribunal had been asked : what will the legal consequences be of a final court decision failing to give effect to this treaty provision ? The tribunal would have answered : breach of the treaty. Now frame the question in terms of duty - what is the duty of the national courts ? The answer would doubtless be : the duty of the courts is to give effect to the treaty."

37. P.GUGGENHEIM, op.cit., 66 : "La Cour permanente de Justice internationale, lorsqu'elle s'est trouvée devant une telle situation, n'a toutefois jamais condamné expressément l'application abusive du droit national. Elle s'est toujours bornée à constater en pareil cas que l'application du droit national avait eu pour conséquence la violation d'une règle du droit des gens."

38. K.MAREK, op.cit., 267 et s.

39. Et comme le ferait la Cour de Justice elle-même dans le cadre du recours en manquement des articles 169 à 171 du Traité C.E.E.

40. D.WYATT, op.cit., 133.

III. LES RAISONS DU CARACTERE INNOVATEUR DE L'ARRET COSTA

Si la déclaration d'une obligation équivaut à une déclaration de responsabilité, pourquoi les tribunaux internationaux n'ont-ils jamais fait la première? Pourquoi a-t-il fallu attendre la Cour de Justice de Luxembourg et son arrêt Costa pour assister à cette innovation? On aura commencé à en soupçonner la raison. La Cour de Justice a pu apporter cette réponse parce que la question lui a été posée dans les termes requis, grâce à l'agencement juridictionnel particulier du Traité C.E.E.

Dans l'affaire Costa c:ENEL, la Cour a été saisie par le Giudice Conciliatore de Milan sur base de l'article 177, qui prévoit notamment, comme on sait, le renvoi préjudiciel en interprétation du droit communautaire par le juge national. C'est ce remarquable mécanisme juridictionnel qui a permis, selon l'expression de Wyatt⁴¹, d'"arrêter la pendule", et de reformuler la doctrine traditionnelle de responsabilité. Grâce au renvoi, la Cour de Justice peut intervenir au beau milieu de l'application interne du droit communautaire. Le juge national ne perd pas le pouvoir d'appliquer le droit, mais il doit le faire en tenant compte de l'interprétation authentique délivrée par la Cour de Justice, et des obligations que celle-ci peut comporter.

Cependant, la seule existence du recours préjudiciel en interprétation n'explique pas encore suffisamment l'innovation de Costa. Car déjà des juridictions internationales, fût-ce de manière exceptionnelle, avaient pu, dans des contextes spécifiques, se prononcer sur l'application en cours d'un traité dans l'ordre interne. Le cas le plus fameux est sans doute l'Avis de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la Compétence des Cours de Dantzig⁴². Au cours de cette procédure, qui s'écarte nettement de l'action traditionnelle en responsabilité, la Cour avait à se prononcer sur la compétence des tribunaux de Dantzig à statuer sur les demandes basées sur le 'Beamten-abkommen' entre la Pologne et Dantzig. Son intervention se situait

41. Voir note 40.

42. Rec.C.P.J.I. Série B,n.15.

donc forcément avant l'application interne du Traité des fonctionnaires. Cependant, le point litigieux était uniquement de savoir si les cours de Dantzig pouvaient appliquer directement⁴³ ce traité, et non pas si, en cas de réponse positive, elles devaient reconnaître l'autorité supérieure du traité face à une éventuelle loi interne contraire.

D'ailleurs, la Cour de Justice aussi avait prononcé d'autres arrêts basés sur un renvoi préjudiciel, avant l'affaire Costa, sans formuler sa doctrine de primauté. Dans l'arrêt Van Gend en Loos⁴⁴, en particulier, il s'agissait d'un conflit potentiel entre la loi néerlandaise et l'article 13 du Traité. Mais la primauté du droit communautaire n'était pas mise en question; le juge néerlandais de renvoi était prêt, sur base de l'autorisation expresse de l'article 66 de sa Constitution, à reconnaître cette primauté; la seule condition était que la disposition communautaire ait des effets directs, et c'est uniquement cette question-là qu'il posait à la Cour de Justice. Celle-ci pouvait donc se dispenser d'articuler sa doctrine de primauté.

Dans Costa, la situation était différente. La question de la primauté y fut jetée sur le tapis par une objection préliminaire du gouvernement italien. Celui-ci contestait la recevabilité du renvoi préjudiciel par le Conciliatore de Milan : une interprétation des articles du Traité C.E.E. ne pouvait avoir pour ce juge la moindre utilité dans le cas présent, puisqu'il était de toute façon obligé d'appliquer la loi italienne de nationalisation du secteur électrique, que celle-ci soit contraire ou non au traité. Si la Cour de Justice voulait établir sa compétence, elle devait donc nécessairement montrer que le renvoi avait un sens; et il ne pouvait avoir un sens que dans la mesure où le juge italien devait accorder la primauté au droit communautaire, nonobstant la règle de conflit 'lex posterior' à laquelle son pays adhérait traditionnellement⁴⁵.

43. Et c'est pour sa définition de l'applicabilité directe que cet Avis est devenu célèbre.

44. Aff.26-62, Rec. IX,1.

45. Voilà aussi pourquoi l'apport essentiel de l'arrêt, l'élaboration doctrinale de la primauté interne, se retrouve curieusement dans la question préliminaire, et non dans le fond de l'arrêt. Certains en ont conclu que le principe de primauté n'était qu'un 'obiter dictum' !

Bien sûr, la Cour aurait pu s'en tenir strictement à l'interprétation des articles du Traité relatifs au cas qui lui était soumis par le juge milanais (les articles 102, 93, 53 et 37(2)), mais elle aurait ainsi entériné une violation quasi certaine, dans un avenir proche, de la règle communautaire. Dans Costa, la Cour sort de la pure 'interprétation', et s'occupe également de l' 'application', mais c'est sans doute inévitable si l'on admet que la véritable fonction du recours préjudiciel en interprétation est de maintenir une certaine uniformité dans la mise en oeuvre du droit communautaire⁴⁶. Cette uniformité ne dépend pas seulement d'une interprétation unifiée des textes, mais autant des conditions d'application de ces textes.

L'originalité juridictionnelle du Traité de Rome ne se limite d'ailleurs pas à l'article 177. Le recours en constatation des manquements des Etats est également une procédure "dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des Etats"⁴⁷. Une des particularités de l'article 169, qui ne sera explicitement affirmée que dans un arrêt postérieur à Costa, est que cette procédure ne connaît pas la règle de l'épuisement des recours internes⁴⁸. Une des justifications possibles de cette absence serait que la construction communautaire entraîne une obligation de solidarité particulière entre les partenaires et que la tolérance exprimée par la règle de l'épuisement doit céder la place à une conception plus exigeante qui sanctionne toute infraction, même temporaire, même réparable, par un des organes

46. Dans l'arrêt Bosch, la première décision rendue sur base de l'article 177, la Cour affirme que le renvoi préjudiciel a pour objet de réaliser "une harmonisation des jurisprudences" (Aff.13-61, Rec.VIII,89, att.12)

47. Aff.20-59, Gouvernement de la République italienne c. Haute Autorité, Rec.VI,692. Cet arrêt se réfère à l'article 88 du Traité C.E.C.A., mais vaut tout autant pour l'article 169 C.E.E.

48. Aff.31-69, Commission c.Italie, Rec.XVI,33 : "l'existence de voies de droit ouvertes auprès des juridictions nationales ne saurait préjudicier, à aucun égard, à l'exercice du recours visé à l'article 169, les deux actions poursuivant des buts et ayant des effets différents."

de l'Etat, conception qui se trouve exprimée par l'article 5 du Traité⁴⁹. Cet argument téléologique nous mène droit au débat sur la nature spécifique des Communautés.

Une justification moins controversée pour l'absence de la règle de l'épuisement est donnée par la structure interne de la procédure de constatation de manquements. Au cours de la phase précontentieuse, la Commission qui estime qu'un Etat a manqué à ses obligations communautaires, met celui-ci clairement devant son devoir, et lui laisse d'amples possibilités de redresser la situation avant de mettre en marche la phase contentieuse devant la Cour⁵⁰. La règle de l'épuisement perd donc sa raison d'être⁵¹.

L'absence de la règle en droit communautaire y facilite - par rapport au droit international traditionnel - la démonstration de la règle de primauté interne. On ne doit plus prouver que la 'lex posterior' (ou toute autre règle de conflit contraire à la primauté du droit international) constitue un 'épuisement structurel' des recours internes.

IV. LE FONDEMENT SPECIFIQUEMENT COMMUNAUTAIRE DE LA PRIMAUTE DANS L'ARRET COSTA

Le raisonnement suivi jusqu'ici visait donc à démontrer que la nouveauté de l'arrêt Costa c. ENEL est de nature surtout formelle, et que la doctrine de la primauté interne se trouve déjà en germe dans le droit international. Or, quand on lit l'arrêt, on s'aperçoit que la Cour de Justice n'a pas du tout suivi ce même chemin pour arriver à sa solution. Au contraire;

49. Sur cet article, voir encore infra, p. 26. Il suffit de mentionner ici que certains auteurs déduisent de cet article exactement le contraire, c.à.d., qu'il laisserait les Etats Membres entièrement libres de choisir la procédure de mise en oeuvre de leurs obligations (G.PAU, "Sui limiti di rilevanza del diritto comunitario nel sistema giuridico italiano", in Rivista di Diritto Internazionale, 1978, 278.

50. Sur cette phase précontentieuse, voir, avec des références instructives à la pratique, Ph. CAHIER, "Les articles 169 et 171 du traité instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour", in Cahiers de Droit Européen, 1974, 5-15.

51. Voir supra, p. 6-7.

elle ne se réfère au droit international public que pour mieux s'en démarquer, elle ne mentionne ni l'article 177 ni l'article 169 du Traité, et se fonde exclusivement sur une logique autonome, propre au droit communautaire, pour fonder la primauté interne de celui-ci, comme il apparaît de la conclusion du raisonnement :

"le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit".

Avant de rechercher, dans la section suivante, les motifs de ce choix des juges européens, il paraît utile de reprendre d'abord les divers arguments avancés pour démontrer la supériorité du droit communautaire. Ces arguments partiels préparent la conclusion globale, que nous venons de citer, de deux façons : ils tendent à démontrer à la fois la primauté du droit communautaire et sa nature spécifique, deux caractéristiques qui se retrouvent indissolublement liées dans la conclusion. D'où une certaine ambiguïté dans le raisonnement; le souci de prouver la nature propre de l'ordre communautaire et de couper les ponts avec le droit international fait recourir la Cour à des arguments qui ne sont pas toujours pertinents au problème de la primauté. Citons d'abord, une fois de plus, les fameux paragraphes en question⁵²:

(1) attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions;

(2) qu'en effet, en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, 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;

(3) attendu que cette 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,

52. Aff. Costa c. ENEL, citée; Dans le Recueil des arrêts, ces attendus ne sont pas numérotés. Nous avons ajouté ces numéros pour faciliter les références dans la suite de l'exposé.

contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable;

(4) que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5(2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7;

(5) que les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles, mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires;

(6) que, lorsque le droit d'agir unilatéralement est reconnu aux Etats, c'est en vertu d'une clause spéciale précise (articles 15, 93-3, 223 à 225 par exemple);

(7) que, d'autre part, les demandes de dérogation des Etats sont soumises à des procédures d'autorisation (articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3^e alinéa, et 226 par exemple) qui seraient sans objet s'ils avaient la possibilité de se soustraire à leurs obligations au moyen d'une simple loi;

(8) attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur "obligatoire" et sont "directement applicables dans tout Etat membre";

(9) que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un Etat pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires;

(10) attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'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;

(11) que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté;"

a) Le transfert d'attributions

Le premier argument pour fonder la primauté se trouve annoncé dans l'attendu (2) qui analyse la construction communautaire et souligne en particulier que les Etats ont "limité leurs droits souverains" par un "transfert d'attributions" à la Communauté, qui a doté celle-ci de "pouvoirs réels". Ce paragraphe

visé avant tout à démontrer l'originalité du système communautaire que la Cour vient d'affirmer dans l'attendu (1). En même temps, il veut sans doute indiquer que la question de la primauté se pose en toute son acuité dans le cas de la Communauté, parce que celle-ci crée, par l'exercice de ses pouvoirs, un droit secondaire ou dérivé destiné à s'appliquer au niveau interne.

Dans l'attendu (3) alors, la Cour semble tirer argument de cet exercice de pouvoirs propres pour fonder la primauté :

"que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire" a "pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir (...) une mesure unilatérale ultérieure".

Cet argument a été répété, plus clairement encore, dans un autre arrêt de la Cour⁵³. Il a également remporté un certain succès auprès de la doctrine⁵⁴. Pourtant, il semble particulièrement déconcertant à première vue. En effet, le transfert de compétences opéré par un traité n'est opposable aux Etats signataires que dans la mesure où le traité lui-même est doté de cette primauté; le droit dérivé qui naît par l'exercice de ces compétences n'a pas de légitimité propre, de primauté autonome, mais participe de la primauté de l'acte conventionnel, et seulement dans la mesure où il reste dans le cadre tracé par cet acte⁵⁵. Or, il s'agit précisément ici⁵⁶ de démontrer la primauté du traité C.E.E.; fonder celle-ci sur l'attribution de pouvoirs que le traité comporte, c'est mettre la charrue avant les boeufs.

53. Aff. 48-71, Commission contre République italienne, Rec.1972, 535 : "que l'attribution, opérée par les Etats membres à la Communauté des droits et pouvoirs correspondant aux dispositions du traité, entraîne, en effet, une limitation définitive de leurs droits souverains, contre laquelle ne saurait prévaloir l'invocation de dispositions de droit interne de quelque nature qu'elles soient."

54. C.SASSE, "The Common Market : Between International and Municipal Law", in Yale Law Journal 1965-66, 742 et s.; G.BEBR, op.cit., 646.

55. / (annulé)

56. Tant dans l'affaire Costa que dans l'affaire 48-71, il s'agissait d'un conflit entre une loi italienne et un article du traité, et non pas du droit dérivé.

Mais il s'est développé également une interprétation plus ambitieuse de cet argument. Selon cette version, l'attribution de pouvoirs opérée dans le cadre des traités communautaires, a entraîné pour les Etats "une limitation définitive de leurs droits souverains"⁵⁷. Ce démembrement de la souveraineté des Etats a permis à la Communauté de constituer sa propre sphère de souveraineté, à l'intérieur de laquelle les Etats ont perdu tout pouvoir de légiférer. Ceci a "pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir (...) une mesure unilatérale ultérieure" (Costa, attendu 3). Selon cette théorie, le mot d'"impossibilité", employé par la Cour, n'est pas synonyme d'"illicéité", mais doit être pris dans son sens fort; une loi postérieure contraire au droit communautaire n'a que l'apparence d'une loi; elle est, en fait, nulle ab initio. Puisqu'il n'y a plus de véritable conflit, on ne peut plus parler de primauté, mais plutôt d'un partage de souveraineté, tant la Communauté que l'Etat régnant sans partage dans son propre domaine.

Comme la plupart des thèses basées sur la notion de 'souveraineté', celle-ci est fortement théorique. La pratique, elle, montre que de telles dispositions nationales contraires ne sont pas du tout considérées comme nulles, ni par les autorités nationales qui les appliquent sans hésitations, ni même par la Cour de Justice. Celle-ci peut déclarer illicite l'application d'une disposition nationale, mais elle ne peut l'abroger⁵⁸. Elle n'aurait d'ailleurs pas le pouvoir de mettre à exécution une telle annulation.

Enfin, on voit bien l'intérêt que peut avoir cette thèse pour assurer la prééminence du droit dérivé; celle-ci ne devra plus s'appuyer sur la primauté du traité, mais aura sa propre légitimité. En revanche, on ne voit toujours pas comment cette thèse peut expliquer la primauté du traité lui-même.

57. Aff. 48-71, citée.

58. / (annulé).

b) L'applicabilité directe

Dans l'attendu (8) de l'arrêt Costa, la Cour se réfère à l'article 189 aux termes duquel les règlements sont "directement applicables", et en déduit dans l'attendu suivant, qu'ils doivent obtenir la prééminence sur le droit national.

Le terme d'"applicabilité directe" est un des plus riches du droit européen, mais également un de ceux qui ont le plus prêté à équivoque. Il peut référer à deux concepts très différents. Applicabilité directe peut vouloir dire : réception automatique du droit communautaire, en tant que droit communautaire, dans l'ordre interne, sans nécessité de transformation préalable; dans un deuxième sens, elle signifie la capacité d'une norme communautaire d'attribuer directement un droit individuel et/ou d'être applicable en justice sans mesures d'exécution interne préalables. La doctrine internationaliste distingue nettement entre la première notion, qui est une règle structurelle relative au mode d'introduction du droit international dans l'ordre interne, et la seconde, qui indique le caractère 'self-executing' d'une norme individuelle, une fois introduite en droit interne⁵⁹. Certains auteurs⁶⁰ ont voulu distinguer, en droit communautaire également, entre l'effet direct (ou caractère self-executing) qui caractériserait un grand nombre d'articles du traité et du droit dérivé, et l'applicabilité directe proprement dite (ou réception automatique), qui serait le fait des seuls règlements, en vertu de l'article 189.

La jurisprudence conduit à relativiser un peu cette distinction,⁶¹ mais elle reste utile pour notre propos, puisque les deux concepts ont tour à tour été utilisés pour fonder la

59. Voir notamment P. DE VISSCHER, "Les tendances internationales des constitutions modernes", in Recueil des Cours, Vol.80, 1952; M.WAELBROECK, Traité internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun, Paris, 1969; A.KOLLER, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern, 1971, 58-68.

60. J.WINTER, "Direct Applicability and Direct Effect : Two Distinct and Different Concepts in Community Law", in Common Market Law Review 1972, 425; J.P.WARNER, "The Relationship between European Community Law and the National Laws of Member States", in Law Quarterly Review 1977, 349; H.SCHERMERS, Judicial Protection in the European Communities, Deventer, 1976, para.175.

primauté interne.

Aucun des deux arguments ne réussit cependant à convaincre. Quant à l'applicabilité directe du règlement, l'argument employé par la Cour, nous avons vu que la question de l'effectivité du droit international doit être distinguée de celle de son rang⁶². La réponse à l'une ne préjuge pas toujours l'autre. Certains pays reconnaissent d'ailleurs l'applicabilité directe de certaines décisions internationales⁶³, sans leur accorder la primauté sur la loi postérieure interne. D'ailleurs, même si l'applicabilité directe impliquait la primauté, cela ne vaudrait que pour les règlements, et non pas pour les autres sources de droit communautaire, et notamment pour les traités qui ne sont pas directement applicables dans le sens où le terme est employé ici⁶⁴.

Quant à l'effet direct, il a sans doute un lien étroit avec la primauté, mais alors en sens inverse. Le caractère self-executing d'une norme internationale est la condition pour qu'elle soit appliquée, et donc aussi pour qu'elle soit appliquée de préférence à une norme nationale⁶⁵. Le contraire n'est pas vrai : l'effet direct n'implique pas nécessairement la primauté. Une norme peut être parfaitement appliquée par le juge ou administration, sans mesures nationales intermédiaires, et néanmoins se heurter occasionnellement à une norme interne contraire, qui reçoit la priorité en vertu de la règle 'lex posterior' ou autre.

61. Voir à ce sujet, R.KOVAR, "L'intégrité de l'effet direct du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté", in Das Europa der Zweiten Generation - Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Kehl-Strasbourg, 1981, I, 151-169, et J.STEINER, "Direct Applicability in EEC Law - a Chameleon Concept", in Law Quarterly Review 1982, 229-248.

62. Cf. supra, p.8. L'argument de l'applicabilité directe est notamment rejeté, dans la doctrine européenne, par C.SASSE, op.cit. 739, et L.J.CONSTANTINESCO, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Baden Baden, 1977, I, 669-670.

63. Voir infra, p.36.

64. Dans chacun des Etats membres, le traité a été reçu dans l'ordre interne par un acte formel.

65. En niant à la règle internationale son caractère self-executing, les autorités nationales trouvent parfois un moyen commode pour éviter de se prononcer sur sa primauté. Voir M.G.MARCOFF, "Les règles d'application indirecte en droit international", R.G.D.I.P. 1976, 413

c) Le caractère commun et l'uniformité

Le troisième point d'appui pour fonder la primauté porte en un terrain plus familier pour l'analyse internationaliste. Dans l'attendu 3, la Cour dit que "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..." Les mots soulignés n'expriment rien d'autre que le principe de "pacta sunt servanda", le caractère obligatoire du traité pour ses signataires, qui implique sa primauté sur le droit interne⁶⁶. Ce thème est précisé plus en détail dans les paragraphes 5 à 7, qui précisent que les Etats membres, en dehors des autorisations expressément accordées par le traité lui-même, ne peuvent prendre de mesures unilatérales.

L'argument se retrouve sous la plume de nombreux spécialistes du droit communautaire, mais rares sont ceux qui le relie à la règle "pacta sunt servanda" du droit international; on préfère généralement parler du "caractère commun" du droit communautaire, suggérant par ces mots qu'il s'agit là à nouveau d'une spécificité de ce droit⁶⁷. Cette nouvelle terminologie n'empêche pas que le fond de l'argument reste très classique, et ne permet pas automatiquement d'arriver à la conclusion, beaucoup moins classique, que le droit communautaire doit prévaloir dans le for interne. Afin de justifier cette portée élargie de la primauté, la Cour ajoute un considérant qui est peut-être le véritable coeur de l'arrêt, l'attendu 4 :

66. Cf. supra, p.2.

67. Voir notamment F.DUMON, "L'afflux européen dans les droits et les institutions des Etats Membres des Communautés européennes", Cahiers de Droit Européen 1965,19; J.MERTENS DE WILMARS, "La jurisprudence de la Cour de Justice comme instrument de l'intégration communautaire", Cahiers de Droit Européen 1976,140; P.PESCATORE, "Droit communautaire et droit national selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", Dalloz 1969,Chr.182-183; C.CONSTANTINIDES-MEGRET, Le droit de la Communauté économique européenne et l'ordre juridique des Etats membres, Paris, 1967, 99.

"que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5(2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7;"

Ce qu'on peut appeler l'argument d'uniformité n'a pas d'existence autonome. Il s'appuie sur la démonstration du 'caractère commun' (la primauté internationale), mais en même temps l'approfondit en montrant que ce caractère commun s'accompagne nécessairement d'une uniformité dans l'application interne (la primauté interne). Pour fonder l'exigence d'uniformité, la Cour, à nouveau, évite tout recours au droit des gens, mais avance deux articles du traité : les articles 7 et 5(2).

L'article 7 interdit "toute discrimination exercée en raison de la nationalité". L'application d'une mesure nationale contraire à la règle communautaire aboutira bien à une disparité de situations : tandis que la règle communautaire est bloquée par la mesure nationale dans l'Etat A, elle continue de s'appliquer pleinement dans l'Etat B. Mais, elle ne provoquera que rarement une discrimination, car on accepte généralement de caractériser celle-ci comme un "traitement différencié imputable à une personne ou autorité". Dans notre cas, l'administration ou le juge national appliqueront la règle nationale contraire tant aux citoyens de l'Etat qu'aux autres ressortissants communautaires; ce n'est que lorsque cette règle contient elle-même une distinction injustifiée entre ces deux catégories que l'on pourra parler de discrimination au sens de l'article 7. Sinon, on déplace abusivement les limites de ce concept : chaque illégalité territorialement limitée devrait être analysée comme une discrimination^{68.69}.

68. On peut faire le parallèle avec le droit public interne : lorsqu'une autorité administrative locale maintient, en face de la loi nationale, sa propre réglementation contraire, on ne parlera pas de discrimination mais d'illégalité ou excès de pouvoir.

69. On a parfois élargi l'argument: plutôt que l'article 7 spécifiquement, c'est le principe général d'égalité devant la loi qui exige l'uniformité (J.MERTENS DE WILMARS, op.cit., 140); mais ceci n'est plus un argument; cette égalité n'est rien d'autre que l'uniformité qu'il s'agit de justifier...

Second argument de texte, l'article 5(2) du traité C.E.E. selon lequel les Etats membres "(...) s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité." Cet article peut être vu comme une simple reformulation de l'obligation prise par les parties contractantes d'un traité d'exécuter celui-ci de bonne foi, principe classique du droit international. Mais il peut être considéré, alternativement, comme formulant une véritable obligation de 'loyauté communautaire' qui se rapproche de la loyauté fédérale exigée des membres d'un Etat fédéral. La Cour de Justice a estimé, dans une affaire postérieure, qu'un Etat, en omettant d'abroger une législation nationale contraire au droit communautaire, même si elle n'était pas effectivement appliquée, manquait à ses obligations communautaires définies dans l'article 5⁷⁰. A fortiori pourrait-on affirmer que l'application d'une loi nationale contraire constitue violation.

Ces deux arguments de texte ont été très peu utilisés par la suite, tant par la Cour que par la doctrine. Celle-ci s'est efforcée de chercher une base plus solide pour l'exigence d'uniformité dans l'esprit plutôt que dans les termes du traité. Certains auteurs influents ont ainsi élevé l'uniformité en une véritable 'exigence existentielle' de la construction communautaire⁷¹. Une telle dramatisation n'est pas corroborée par la réalité qui montre que le droit communautaire ne s'applique pas partout dans la même mesure, pour diverses raisons et notamment parce que la primauté interne n'est pas reconnue dans certains Etats ou parce que le droit communautaire est mal interprété. Néanmoins, la Communauté, à ce qu'il semble, survit toujours. Il faudrait donc nuancer et dire que l'existence n'est menacée

70. Aff.167-73, Commission c. République française, Rec.1974,359.

71. P.PESCATORE, op.cit., 183 : "l'existence même de la Communauté est mise en cause dès lors que l'ordre juridique communautaire ne peut pas se réaliser avec des effets identiques et avec une efficacité uniforme sur l'ensemble de l'aire géographique de la Communauté." Pour H.KUTSCHER, "Community law stands and falls by its uniform validity and application in all the Member States."

qu'à partir d'un certain degré de diversité dans son application. Loin d'être un principe existentiel immuable, l'uniformité est un concept relatif, dépendant des circonstances. La Cour elle-même reconnaît d'ailleurs aux Etats membres une marge importante de diversité en ce qui concerne les règles procédurales nationales permettant la revendication des droits communautaires⁷². La non-uniformité, tolérée, de ces règles mène, en pratique, à une non-uniformité du droit matériel qui est sans doute plus grave que celle qui résulte du non-respect de la primauté.

V. LES MOTIFS DE LA THEORIE DE LA NATURE SPECIFIQUE

L'analyse de l'arrêt Costa et des auteurs qui ont développé son inspiration, montre donc deux phénomènes intéressants : d'une part, la Cour et la doctrine dominante n'inscrivent pas leur démarche, visant à fonder la primauté interne, dans la continuité avec le droit international. Même si certains arguments (le 'caractère commun' et l''uniformité') se réfèrent implicitement au droit international, ce lien n'est pas mis en valeur. D'autre part, ils avancent des arguments supplémentaires (le transfert d'attributions et l'applicabilité directe) dont le lien avec le problème de la primauté est fortement spéculatif.

Ces deux phénomènes s'intègrent, selon nous, dans le cadre d'un objectif unique de la Cour : démarquer le droit communautaire du droit international afin de mieux assurer sa primauté. Et la raison pour laquelle la Cour poursuit cet objectif pourrait bien être cherché dans l'autonomie institutionnelle des Etats membres et la façon dont celle-ci s'exprimait concrètement en 1964.

72. Voyez notamment les arrêts 33-76 (Rewe Zentralfinanz c. Landwirtschaftskammer für das Saarland) et 61-79 (Denkavit), et les analyses de G. BEBR, Remedies for Breach of Community Law, rapport au 9^e Congrès FIDE, Londres 1980, et J. H. H. WEILER, Supranational law and the supranational system : Legal structure and political process in the European Community, Institut Universitaire Européen, Florence (dactylographié), 1982, 479-500.

La Communauté n'est pas (encore ?) un Etat fédéral qui peut faire exécuter ses règles de droit , au besoin par la contrainte. Au contraire, tout comme le droit international, le droit communautaire laisse aux Etats un rôle essentiel dans la mise en oeuvre de ses règles. L'application effective de ce droit, et la sanction de son respect, passent par les organes de l'Etat. La Cour de Justice peut bien préciser les obligations qui leur incombent en vertu du traité; et c'est ce qu'elle fait dans le cas présent en formulant l'exigence de primauté interne. Mais ce sont en définitive les Etats qui, seuls, décident d'exécuter ces obligations, sans autre sanction éventuelle que la condamnation pour manquement des articles 169 à 171 C.E.E. Pour perfectionné qu'il soit par ailleurs, le système juridictionnel européen ne réussit pas là à dépasser le cadre classique du droit international.

Ceci étant, la Cour de Justice devra se soucier, non seulement de 'dire le droit', mais aussi de la réception que ses arrêts auront au niveau national; elle devra, pour compenser la faiblesse de ses moyens de contrainte, développer une véritable 'politique judiciaire' en direction des Etats membres. Puisqu'elle ne peut forcer les autorités nationales d'accepter son interprétation, pourtant authentique, du traité, elle devra essayer de les persuader. Ceci vaudra tout spécialement pour une question aussi essentielle que la primauté interne, qui est un aspect particulièrement chatouilleux des sensibilités nationales⁷³. La mise en oeuvre du principe de primauté sera donc nécessairement bidimensionnelle⁷⁴. "Aussi longtemps qu'il n'existe de structure fédérale, une solution uniforme du conflit entre les ordres juridiques communautaire et nationaux ne peut être trouvée que si chacun de ces ordres juridiques contient une règle de conflit équivalente."⁷⁵

73. R.KOVAR, "L'effectivité interne du droit communautaire", in La Communauté et ses Etats membres, Liège-La Haye, 1973, 222 : "L'effectivité du droit communautaire dépend ainsi largement de la qualité des solutions juridiques dégagées dans l'ordre étatique. Ce fait essentiel a surtout été perçu à propos de la sanction judiciaire de la supériorité du droit des Communautés."

74. J.H.H.WEILER, op.cit., 74.

75. J.A.FROWEIN, "Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht", in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, II, 197.

Replaçons nous maintenant dans le contexte concret de l'arrêt Costa c. ENEL en 1964. Nous avons vu que le gouvernement italien contestait la recevabilité du renvoi préjudiciel par le Giudice Conciliatore de Milan, puisque celui-ci devait en tout état de cause - même contre une disposition du traité - appliquer la loi italienne⁷⁶. Le gouvernement pouvait s'appuyer directement sur l'arrêt que la Cour Constitutionnelle italienne venait de rendre entre les mêmes parties, Costa c. Enel, et sur renvoi de la même juridiction inférieure⁷⁷. La Cour Constitutionnelle y avait répété la doctrine dualiste bien ancrée en Italie: le droit national est la seule source de légalité dans l'ordre interne; toute règle d'origine internationale ne peut y opérer qu'après sa transformation en une norme italienne, et c'est la nature de cet acte de transformation qui détermine sa place dans la hiérarchie des normes⁷⁸. La Cour italienne n'avait vu aucune raison d'accorder au traité de Rome un traitement privilégié par rapport à d'autres conventions internationales; le traité C.F.E. ayant été transformé par une simple loi, rien n'empêchait une loi postérieure - in casu la loi de nationalisation du secteur électrique du 6 septembre 1962 - d'y déroger.

Le coup de semonce de l'arrêt Costa italien n'était que la manifestation concrète d'une menace plus diffuse. En Allemagne d'abord - autre pays d'ancienne tradition dualiste -, le même danger pointait, même s'il n'y avait pas encore été concrétisé. Dans la doctrine en tout cas dominait l'opinion selon laquelle le droit communautaire, en tant que branche du droit international conventionnel, ne pouvait comme lui avoir de validité interne qu'après transformation, avec comme conséquence logique l'application de la règle 'lex posterior' en cas de conflit.⁷⁹

76. Cf. supra, p.15.

77. Cour constitutionnelle, Arrêt n.14/64 du 24.2.1964.

78. Voir, pour cette conséquence de la doctrine dualiste, supra p.8.

79. Pour cette position orthodoxe, voir notamment H.J.SCHLOCHAUER, "Das Verhältnis des Rechts der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten", in Archiv des Völkerrechts 1963,1.

En France et en Belgique également, la primauté interne du droit européen était loin d'être assurée en 1964, mais pour d'autres raisons. Ces pays adoptaient une position plutôt moniste, et la Constitution française reconnaissait même explicitement la primauté du droit international dans son article 55. Les difficultés y provenaient plutôt de la doctrine de séparation des pouvoirs, en vertu de laquelle les juges ne se sentaient pas autorisés à censurer l'oeuvre du législateur national, pour quelque motif que ce soit, et même si c'était pour pouvoir appliquer la règle internationale. La supériorité théoriquement reconnue à cette dernière, en France du moins, restait lettre morte face à une loi postérieure nationale.

Deux puissantes doctrines, le dualisme et la séparation des pouvoirs concouraient donc pour faire craindre une attitude fermée des juges nationaux devant l'impératif communautaire⁸⁰. Seuls les Pays Bas et le Luxembourg assuraient la primauté au droit international, et donc vraisemblablement au droit communautaire, le premier pays par l'article 66 de sa Constitution, déjà mentionné⁸¹, et le second par une jurisprudence orientée en ce sens⁸².

Il est permis de penser que la Cour de Justice, en rendant son jugement dans l'affaire Costa, ait été sensible au danger de morcellement et de désintégration que ce traitement généralement insatisfaisant des normes de droit international infligeait à la construction communautaire. Si besoin en était, l'avocat-général Lagrange l'avait encore clairement rappelé dans ses conclusions sous l'arrêt. A la fois consciente des limites imposées par l'autonomie institutionnelle des pays membres, et soucieuse d'atteindre le résultat désiré (la primauté interne du droit communautaire), la Cour a pu être tentée de manier à la fois le bâton et la carotte. D'une part, elle pro-

80. P. PESCATORE, "Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe", in Revue Internationale de Droit Comparé 1974, 16-18.

81. Cf. supra p.15. Selon cet article 66 "les dispositions législatives ne sont pas applicables si leur application n'est pas conciliable avec des dispositions d'accords liant un chacun, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs."

clame fermement la priorité de la règle communautaire dans l'ordre interne. D'autre part, plutôt que d'attaquer de front les doctrines vénérables et solidement enracinées que sont le dualisme et la séparation des pouvoirs et de montrer leur inadéquation à l'évolution juridique, elle a sans doute voulu contourner l'obstacle.

L'avocat-général avait, dans ses conclusions, posé une alternative radicale : "si le juge national trouve que la primauté ne peut être appliquée dans le cadre des normes constitutionnelles de son pays, il n'y a que deux solutions : modifier la Constitution ou dénoncer le traité"⁸²; sauf, ajoutait-il cependant, si on pouvait "découvrir le moyen constitutionnel"⁸³, malgré tout, pour assurer la pleine application du traité. C'est précisément à cela que s'emploie la Cour. Si on pouvait laissé entendre au juge national, que le droit communautaire se différencie, de par sa nature, du droit international public, peut-être la question du rang de ce droit dans l'ordre interne recevrait-elle aussi une réponse 'sui generis', plus favorable. Peu importe alors si les Etats membres maintiennent leur doctrine dualiste ou séparationniste quant à la relation entre droit international et droit interne, du moment que le droit communautaire peut échapper à ce sort grâce à sa nature spécifique.

Selon nous, il y aurait donc en quelque sorte une double logique dans l'arrêt Costa : une logique apparente, qui déduit la primauté du droit communautaire de sa nature propre; et une logique intérieure, exactement inverse, qui déduit la nature spécifique du droit communautaire de la nécessité de lui assurer la priorité au plan interne. Cette seconde logique a été pleinement articulé ailleurs que dans l'arrêt. Un excellent exemple est l'intervention du président de la Commission,

82. Conclusions sous l'affaire Costa, citée, p.1180

83. Ibid., 1181.

M. Hallstein, quelque temps après :

"On a tenté ça et là d'assimiler le droit communautaire au droit international public général (...). Si cette opinion était vraie, le juge allemand et le juge italien devraient en effet - comme ils doivent le faire à l'égard du droit international public - appliquer toujours le droit national, si flagrante que soit son opposition avec le droit communautaire. En revanche, le juge néerlandais - pour ne citer que l'autre extrême - devrait toujours, d'après l'article 67 de la Constitution néerlandaise, opérer inversement à savoir laisser inappliquée la loi nationale qui va à l'encontre d'une règle de droit européen. Ceci est inacceptable. (...) La Communauté n'a pas d'infrastructure administrative, pas de pouvoir direct de coercition, pas d'armée et pas de police. Son unique instrument, sa seule arme, c'est le droit qu'elle fixe. Il est clair que sa mission serait au plus haut point menacée, et en définitive mise en échec, si cet unique moyen de mettre en oeuvre les objectifs communautaires perdait son caractère obligatoire uniforme dans tous les Etats-membres."⁸⁴

Précisons tout de suite que la Cour 'laisse entendre', dans l'arrêt Costa, que l'ordre communautaire a rompu les amarres avec le droit international public, mais ne l'affirme pas explicitement. En faisant cela, elle serait d'ailleurs entrée en contradiction flagrante avec sa propre décision Van Gend en Loos de l'année précédente, où elle avait décrit la Communauté comme un "ordre juridique nouveau de droit international"⁸⁵. Pour la doctrine 'spécifiste', ce n'était là qu'une simple "remarque quelque peu malencontreuse", sans suite.⁸⁶ Selon les mots d'un autre auteur⁸⁷,

"Si un jour la Cour de justice a crû voir dans le droit communautaire une certaine forme de droit international, elle s'est hâtée de souligner qu'il s'agissait d'un ordre de droit des gens assorti de caractéristiques très particulières; ensuite, la Cour a corrigé son erreur possible en déclarant, sans laisser de doute, que le droit communautaire constitue un ordonnancement juridique propre, particulier et interne des Communautés."

84. Intervention publiée dans Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1965, 250.

85. Aff. 26-62, citée,

86. G. BEBR, Development..., op.cit., 636.

87. J.L. IGLESIAS BUIQUES, "La nature juridique du droit communautaire", in Cahiers de Droit Européen 1968, 527.

L'arrêt Costa ne laisse-t-il vraiment aucun doute ? L'attendu (1) reste en tout cas fort prudent : "attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre." En affirmant que le traité C.E.E. n'est pas un traité international ordinaire, la Cour ne sous-entend-elle pas qu'il continue d'appartenir à la catégorie des traités internationaux ? En fait, cet attendu (1) ne fait, semble-t-il, qu'amorcer le virage qui, de la formulation de Van Gend en Loos, mène à la formulation de l'attendu (10) de Costa, où la Cour conclut que "le droit du traité...en vertu de sa nature spécifique originale...".

En résumé, sans exclure en toutes lettres l'appartenance internationale des Communautés, la Cour n'en laisse pas moins entendre qu'une telle interprétation pourrait bien être donnée à sa pensée. C'est la doctrine qui s'est chargée de pleinement articuler la doctrine de la spécificité du droit communautaire⁸⁸.

VI. LA COMMUNAUTE : ORDRE JURIDIQUE 'SUI GENERIS' OU SOUS-SYSTEME DU DROIT INTERNATIONAL ?

Sans reprendre ici tout le débat sur la nature juridique de la Communauté, on voudrait simplement noter qu'il a été parfois faussé par une vision beaucoup trop étriquée du droit international public. Celui-ci a beaucoup évolué, et notamment depuis l'apparition du phénomène de l'organisation internationale. Le droit des gens ne constitue pas un tout monolithique aux règles uniformes. On y peut au contraire distinguer entre un droit relationnel classique et un droit institutionnel aux caractéristiques fort différentes⁸⁹. Ce droit institutionnel est

88. Outre les auteurs cités dans les deux notes précédentes, voir aussi L.J.CONSTANTINESCO, "La spécificité du droit communautaire", in Revue Trimestrielle de Droit Européen 1966, 1-30; H.P.IPSEN, "Über Supranationalität", in Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin, 1973, 211-225; P.PESCATORE, "International Law and Community Law - a Comparative Analysis", in Common Market Law Review 1970, 167-183.

89. Pour cette distinction, voir R.J.DUPUY, Le droit international, Paris, 1966, et R.J.DUPUY, "Communauté internationale et disparités de développement- Cours général de droit international public", Recueil des Cours Vol.165, 1979, 9-232.

constitué par un ensemble d'organisations internationales régies par un certain nombre de règles qui leur sont propres, et qui constituent autant d'"ordres juridiques particuliers".

Cette dernière notion n'a rien de choquant ou de révolutionnaire en droit des gens. En fait, il faut "considérer l'ordre international général comme un système universel qui inclut la multiplicité des ordres juridiques particuliers comme sous-systèmes"⁹⁰ Les règles propres de ces sous-systèmes que sont les organisations internationales divergent parfois sensiblement des solutions classiques du droit international⁹¹, notamment quant à leurs structures et leurs compétences. Ainsi, ces organisations possèdent-elles des organes propres dotés d'une certaine autonomie d'action et qui ne représentent pas nécessairement (tous) les Etats membres. Les fonctions de ces organisations s'exercent souvent selon un mode qui préserve au maximum la libre disposition des Etats membres, mais parfois aussi elles peuvent prendre la forme d'un véritable pouvoir réglementaire. Ces 'règlements' ou 'décisions' peuvent se définir par trois qualités cumulatives : il s'agit d'abord d'actes externes, destinés aux Etats et non au fonctionnement interne de l'organisation; ce sont des mesures unilatérales, prises par les organes de l'institution sans acceptation préalable de la part des Etats⁹²; elles sont enfin obligatoires, contrairement aux recommandations et autres exemples de 'soft law' international.⁹³

90. M. SOERENSEN, "Eigene Rechtsordnungen - Skizze zu einigen system-analytischen Betrachtungen über ein Problem der internationalen Organisation", in Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit - Festschrift für Hans Kutscher, Baden Baden 1981, 434.

91. L'article 5 de la Convention de Vienne admet que les traités ayant pour objet la constitution d'organisations internationales dérogent aux règles de la Convention.

92. A ladifférence, par exemple, d'accords internationaux élaborés au sein de certaines organisations internationales et qui sont soumis à ratification.

93. Ces trois qualités caractérisent les règlements, décisions et directives du traité C.E.E. Mais elles se retrouvent aussi, quoique moins fréquemment, dans d'autres organisations internationales.

La théorie de la spécificité radicale de la construction communautaire paraît sous-estimer la capacité de développement du droit international. Plusieurs des indices proposés dans Costa, et repris par la doctrine, pour justifier le caractère sui generis de la Communauté (ainsi que sa primauté) ne sont en fait pas tellement spécifiques.

"En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, 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"⁹⁴, les signataires des traités européens n'ont pas innové. Sans doute, le transfert des fonctions à d'autres organisations internationales n'atteint pas la même ampleur; on peut affirmer également que, dans le cas des autres organisations, ces compétences sont d'ordre essentiellement technique, alors qu'elles sont véritablement politiques dans le cas des Communautés. Mais dans les deux cas, c'est bien la méthode fonctionnaliste qui a inspiré les fondateurs à confier à des organes autonomes certaines compétences bien délimitées. L'objectif visé par cette méthode fonctionnaliste peut être différent : simple coopération dans un cas, et intégration dans l'autre. Mais peut-on attacher des conséquences juridiques à ces arrière-pensées idéologiques?

Deuxième argument souvent avancé, l'effet direct, n'est pas non plus l'apanage exclusif du droit européen. Le phénomène est traditionnellement présenté dans la littérature internationale sous un autre nom ('caractère self-executing'), mais il est fondamentalement identique dans les deux cas⁹⁵.

94. Arrêt Costa, attendu 2

95. M.WAELBROECK, Traités internationaux..., op.cit., 184 et s.; A.KOLLER, op.cit., 201-209.

Nier que le droit des gens contient des dispositions à effet direct est une position dogmatique qui relègue ce droit dans le domaine purement intergouvernemental⁹⁶. En ordre subsidiaire, il est parfois affirmé que le droit communautaire accomplit un renversement de la présomption. D'exception en droit international, l'effet direct serait devenu la règle en droit communautaire⁹⁷. En fait, l'effet direct attire seulement plus l'attention en droit européen, parce qu'il y est reconnu par la Cour de Justice de manière centralisée à travers la procédure de l'article 177, alors que pour le reste du droit international son appréciation est laissée aux tribunaux internes et donc plus dispersée⁹⁸. En cette matière comme en d'autres, c'est par son agencement juridictionnel plus que par son contenu matériel que se distingue le droit communautaire.

Quant à l'applicabilité directe au sens étroit où cette notion a été définie plus haut⁹⁹, elle n'était pas inconnue avant la naissance des Communautés. Seulement, le choix de reconnaître une efficacité immédiate à la règle nationale, sans aucun acte de réception interne, était normalement laissé à la discrétion des Etats. Certains ordres juridiques reconnaissaient une telle applicabilité directe à des règlements internationaux¹⁰⁰. Le fait nouveau, ou relativement nouveau¹⁰¹, est que, à travers l'article 189 C.E.E., tous les Etats membres reconnaissent l'ap-

96. Voir, à ce sujet, les remarques de A.KOLLER, op.cit., 195.

97. G.BEHR, Development..., op.cit., 550 et s.

98. D.WYATT, op.cit., 134 : "Direct effect is not rare in international law at all, it is simply a phenomenon invariably side-stepped by international adjudicatory machinery calculated to establish State responsibility."

99. Cf. supra, p.22.

100. Pour la France, voir D.RUZIE, "Les procédés de mise en vigueur des engagements internationaux pris par la France", in Journal du Droit International (Clunet), 1974, 562, à la page 564.

Pour la Suisse, voir C.DOMINICE, "La nature juridique des actes des organisations et des juridictions internationales et leurs effets en droit interne", in Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel, 1970, 249.

101. Les règlements de l'ancienne Commission du Danube s'appliquaient directement aux navigants, sans la moindre intervention des Etats riverains; voir à son sujet K.VON LINDEINER-WILDAU, La supranationalité en tant que principe de droit, Leyde, 1970, 65 et s.

plicabilité directe du règlement communautaire, indépendamment du caractère moniste ou dualiste de leur ordre juridique¹⁰². Voilà pourquoi l'argument de l'applicabilité directe impressionne surtout dans les pays de tradition dualiste, qui ne connaissaient pas du tout ce phénomène avant. Ce 'Durchgriff' ('pénétration)¹⁰³, cette 'immédiateté'¹⁰⁴ sont pour eux les particularités décisives du système communautaire.

Les remarques de la Cour de Justice dans Van Gend en Loos sont très intéressantes :

"La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants."

On ne saurait mieux dire que ni l'attribution de pouvoirs, ni l'effet direct ne permettent de fonder le caractère spécifique, non international, de l'ordre juridique communautaire.

Le système communautaire offre d'autres points originaux que ceux suggérés par la lecture de l'arrêt Costa. Soerensen¹⁰⁵ dit fort justement que sa particularité principale par rapport aux règles connues du droit international est sans doute son système juridictionnel¹⁰⁶. Mais la véritable question est celle-ci : est-ce que le droit communautaire, malgré ses nombreux traits spécifiques, garde sa place, en tant qu'"ordre juridique particulier", au sein du droit international; ou est-ce

102. J.H.H.WEILER, op.cit., 69.

103. J.A.FROWEIN, op.cit., 192.

104. R.MONACO, "Notes sur l'intégration juridique dans les Communautés européennes", in Miscellanea Ganshof van der Meersch, Paris-Bruxelles, 1972, II, 309.

105. M.SOERENSEN, op.cit., 433.

106. Parmi les auteurs mettant en exergue les traits originaux de l'agencement juridictionnel, citons encore W.J.GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", in Recueil des Cours, Vol.148, 1975, 33-34; et P.PESCATORE, International Law..., op.cit., 175-177. Nous avons déjà noté l'innovation du renvoi préjudiciel et l'interprétation uniforme et obligatoire qui en découle (cf. supra, p.14), ainsi que la spécificité du recours en manquement par rapport à l'action en responsabilité traditionnelle (cf. supra, p.16.)

que sa spécificité est telle qu'elle lui fasse quitter la sphère du droit international et qu'on doive parler désormais d'un ordre juridique 'sui generis', ni international, ni étatique ? Pour répondre à cette question, il ne suffit pas de rejeter, comme nous l'avons fait, tous les indices partiels de spécificité. Même si tous les éléments séparés ne sont pas décisifs, leur accumulation et leur importance quantitative pourraient permettre au droit communautaire d'accomplir un saut qualitatif et de sortir de l'orbite du droit international¹⁰⁷.

Il arrive que des ordres juridiques étatiques trouvent leur origine historique dans des accords internationaux, qui se transforment en constitutions internes et échappent ainsi à l'ordre juridique international¹⁰⁸. C'est une telle métamorphose que nombre d'auteurs croient déceler dans le cas des Communautés :

"Après leur entrée en vigueur, les traités instituant les Communautés européennes doivent être considérés comme des actes constitutifs des Communautés possédant en quelque sorte un caractère constituant. Comme tels ils cessent d'appartenir au droit international classique."¹⁰⁹

Dans la même veine, Ipsen¹¹⁰ décrit le traité comme un acte d'intégration qui n'a fait qu'emprunter la forme du traité pour constituer les Communautés.

Une telle analyse peut relever du domaine du souhaitable, mais ne correspond guère à la réalité communautaire. On peut désigner la Communauté, afin de résumer en une formule tous ses traits distinctifs, comme une organisation supranationale, mais il faut garder présent la relativité de ce terme. Un auteur

107. En ce sens, T.OPPERMANN, "Die europäische Gemeinschaft als parastaatliche Superstruktur", in Festschrift für H.P.Ipsen, 692.

108. Par exemple, l'Empire allemand constitué en 1871.

109. L.J.CONSTANTINESCO, La spécificité..., op.cit., 9.

110. H.P.IPSEN, op.cit., 220-221 : "ein lediglich Vertragsformen verwendenden Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt, der die Gemeinschaften verfasst hat."

comme Schermers¹¹¹ propose de distinguer entre organisations intergouvernementales et organisations supranationales, mais ajoute aussitôt qu'il s'agit là de deux types idéaux, entre lesquels s'échelonnent les organisations concrètement existantes. La Communauté européenne se situe sans doute au bout du continuum, mais présente néanmoins toujours un savant dosage d'éléments d'intégration communautaire et d'éléments de coopération inter-étatique. En particulier, comme le montre l'analyse de Weiler¹¹², les progrès du degré de supranationalité au plan normatif - et la primauté interne en est un des aspects principaux - se sont accompagnés d'un recul correspondant au plan décisionnel.

Le processus décisionnel au sein de la Communauté montre que la volonté des Etats ne s'est pas éteinte par la signature des traités, mais continue de dominer l'évolution de l'ordre juridique communautaire. Surtout, les Etats membres ont gardé le contrôle de la question, cruciale pour notre propos, de l'amendement des traités; la procédure de modification des traités communautaires ne diffère guère d'autres organisations internationales. Sans doute les institutions véritablement communautaires (Parlement et Commission) y sont-elles associées, mais la décision finale est du ressort des Etats membres et de l'organe communautaire composé de leurs représentants, le Conseil. Bien sûr, à côté de la révision formelle, l'article 235 C.E.E. s'est développé en une véritable forme de révision larvée. Mais là encore, cette évolution n'atteste pas la prédominance d'une volonté communautaire propre; elle ne s'est faite que par l'assentiment, et même sous l'impulsion des Etats, et peut être interrompue quand ils le désirent¹¹³.

111. H.G.SCHERMERS, International Institutional Law, Alphen-Rockville, 1980, 29 et s.

112. J.H.H.WEILER, op.cit., 54.

113. J.H.H.WEILER, op.cit., 367 et s.

On peut conclure que l'ensemble des Etats membres reste plus fort que la Communauté, et que la condition fondamentale pour pouvoir classer les Communautés européennes parmi les organisations internationales - la persistance de la volonté des Etats fondateurs - est donc bien toujours présente¹¹⁴.

VII. LES SUITES DE 'COSTA'

Au-delà de la validité de la théorie de la nature spécifique du droit communautaire, que nous venons d'examiner, il convient de s'interroger sur son utilité. Est-ce que son objectif présumé - persuader les Etats membres d'attribuer la primauté au droit communautaire sans qu'ils faillent revoir leur attitude négative envers le droit international - a été atteint dans les années qui ont suivi l'arrêt Costa ? Nous ferons pour cela un rapide survol de l'évolution des jurisprudences nationales, qui montre globalement des progrès considérables dans la reconnaissance de la primauté interne, mais en empruntant des chemins divers¹¹⁵.

En Allemagne et en Italie, comme le note J.V.Louis, "la thèse de la spécificité prévaut à cause même de la conception traditionnellement dualiste des rapports entre droit international et droit interne. Si l'on voulait reconnaître un statut privilégié au droit communautaire, il fallait apporter des justifications propres à la nature de celui-ci."¹¹⁶ Dans les pays auxquels la théorie de la nature propre était surtout destinée, les cours ont donc saisi la perche tendue par la Cour de Luxembourg, et ont ainsi pu accommoder le maintien de leur dualisme envers le droit international, avec une ouverture aux nécessités commu-

114. Dans ce sens, voir notamment M.WAELBROECK, "Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes", in Mélanges Henri Rolin, Paris, 1964, 506-516; M.ZULEEG, "Der Bestand der Europäischen Gemeinschaft", in Das Europa der Zweiten Generation, op.cit., I, 57 et s.

115. Pour des vues d'ensemble plus fouillées sur la jurisprudence en matière de primauté, voir G.OLMI, "Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des Etats membres", in Revue du Marché Commun, 178;

nautaires.

En dernière analyse cependant, cette solution spécifique pour le droit européen trouve sa légitimité, tant en Italie qu'en Allemagne, dans une disposition constitutionnelle interne, et non pas, comme l'aurait voulu la Cour de Justice, uniquement dans le système communautaire lui-même. Tant l'article 24 de la Loi Fondamentale allemande que l'article 11 de la Constitution italienne permettent de transférer des pouvoirs étatiques à des organisations supranationales. Logiquement, ces articles se réfèrent seulement au moment de la conclusion et de la ratification d'accords créant des organisations internationales, et non pas au problème postérieur de l'effet et du rang de ces accords ou du droit secondaire créé par ces organisations¹¹⁷. Pourtant, tant la Cour Constitutionnelle allemande¹¹⁸ qu'italienne¹¹⁹ ont vu dans ces articles des 'leviers' permettant - pour le seul cas de la Communauté européenne - de transpercer la cuirasse dualiste. Dans cette brèche, le droit communautaire peut librement s'engouffrer. Puisque ce droit émane d'une institution à laquelle a été transférée une portion de la souveraineté nationale, le juge national ne peut le soumettre à aucun contrôle et doit lui assurer la primauté¹²⁰.

./ G.BEBR, Development..., op.cit., 663 et s.; D.CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté?" in Revue Trimestrielle de Droit Européen 1978, 405-416; J.FERSTENBERT, "L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national", in Revue Trimestrielle de Droit Européen 1979, 57-72; J.V.LOUIS, "La primauté du droit communautaire", in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Bruxelles, 1978, 145; W.J.GANSHOF VAN DER MEERSCH, op.cit., 216-232.

116. J.V.LOUIS, op.cit., 153.

117. D'ailleurs, des articles similaires existent dans les constitutions de la Belgique (25bis), du Danemark (20,1), de la France (Préambule de 1946), du Luxembourg (49bis) et des Pays Bas (67), sans qu'ils aient joué aucun rôle dans la question de la primauté.

118. Décision du 18 octobre 1967.

119. Arrêt Frontini, n.183 du 2è décembre 1973.

120. On peut réapparaître ici la théorie du 'transfert de souveraineté'; cf. supra p.21. Elle est ainsi formulée par la Cour allemande (décision du 9 juin 1971) : "Si on l'interprète correctement, l'article 24,1 de la loi fondamentale signifie non seulement que le transfert des droits de souveraineté à des organisations interétatiques est licite, mais encore que les actes de leurs institutions (...) doivent être reconnus par le titulaire originellement exclusif du pouvoir souverain."

Plusieurs difficultés demeurent cependant dans cette approche. Premièrement, si la théorie du transfert de souveraineté peut bien justifier l'"intangibilité" des actes pris par l'organisation en cause, elle a du mal à assurer le même statut à l'acte constitutif, le traité lui-même. Dans un de ses arrêts la Cour Constitutionnelle allemande a trouvé une solution astucieuse, mais qui paraît un peu artificielle : parmi les actes secondaires intangibles pris en vertu du traité figurent aussi les arrêts de la Cour de Justice. Si maintenant celle-ci oblige les juges nationaux à reconnaître la primauté interne du traité, ceux-ci doivent obéir à cette interprétation obligatoire¹²¹.

La deuxième difficulté de cette construction est le fait que sa légitimité repose sur une disposition constitutionnelle interne. Les articles 24 et 11, respectivement, ont bien 'ouvert la porte' au droit communautaire, mais celui-ci reste limité par les dimensions de cette porte. Le transfert de souveraineté autorisé par la Constitution ne comporte pas le pouvoir de porter atteinte aux principes de base de cette Constitution, et notamment aux droits fondamentaux. En conséquence, tant le Bundesverfassungsgericht que la Corte Costituzionale se sont réservés le pouvoir de contrôler la conformité des actes communautaires aux règles constitutionnelles essentielles¹²². Il faut y ajouter également, en Italie seulement cette fois-ci, la doctrine-'Simmenthal', en vertu de laquelle la Cour Constitutionnelle, tout en reconnaissant la primauté, entend se réserver - à l'exclusion des autres juridictions italiennes - le droit de l'appliquer face à la loi postérieure. Selon la Cour, puisque la primauté du droit communautaire repose sur le transfert de souveraineté autorisé par l'article 11, elle fait désormais partie du 'bloc de constitutionnalité', le respect duquel doit être assuré par la seule Cour Constitution-

121. Décision du 9 juin 1971, précitée.

122. Respectivement, dans la décision 'Internationale Handelsgesellschaft' du 29 mai 1974 et dans l'arrêt Frontini, précité.

nelle¹²³.

En France et en Belgique, l'évolution a été très différente. Les juridictions belges et les juridictions ordinaires¹²⁴ en France, ont, depuis 1964, sauté le pas et oublié désormais leur déférence à la loi nationale dans l'hypothèse où elle contraste avec une norme communautaire, ou toute autre norme de droit international. S'il n'est pas douteux que le développement communautaire a constitué le facteur déterminant dans ce revirement jurisprudentiel, il est frappant de constater que les Cours de Cassation de ces deux pays étendent le bénéfice de la primauté à l'ensemble du droit international, sans favoriser le droit européen. En France, c'est sur base de l'article 55 de la Constitution - enfin pleinement appliqué - que la Cour de Cassation a élaboré sa nouvelle doctrine dans l'affaire Cafés Jacques Vabre¹²⁵. La Cour belge, au contraire, n'avait pas, dans son revirement, de point d'ancrage constitutionnel, puisque la Constitution belge est muette sur les rapports entre droit international et droit interne. La voie était libre ainsi pour le remarquable arrêt Le Ski¹²⁶, où la Cour a fondé la primauté du droit international sur la nature de ce dernier, et non sur une quelconque disposition interne. Assurer la primauté à l'ensemble des règles internationales n'était pourtant pas évident. Le cas d'espèce relevait du droit communautaire; la Cour aurait donc pu suivre la Cour de Justice dans l'arrêt Costa et baser la primauté de la règle communautaire sur sa spécificité, et ainsi sauver sa jurisprudence traditionnelle par rapport au reste du droit international.

123. Les doctrines exprimées par ces trois derniers arrêts cités ont, comme on sait, été fermement condamnées par la Cour de Justice. Mais c'est là une question du plein effet de la primauté, et non de son fondement, et elle ne sera pas traitée ici.

124. Le Conseil d'Etat français, quant à lui, n'a pas évolué, et refuse toujours de contrôler la conformité de la loi postérieure aux traités (aff. Syndicat général des fabricants de semoules, arrêt du 1 mars 1968.

125. Cour de Cassation, 24 mai 1975.

126. Cour de Cassation belge, 27 mai 1971.

Parmi les autres pays membres, la Grèce, dans son article 28,1 de la Constitution, reconnaît la primauté de l'ensemble des traités internationaux, sans privilégier les traités communautaires. Au Royaume-Uni, en Irlande et au Danemark, la théorie de la spécificité a joué un rôle secondaire. Ces pays, tous trois dualistes envers le droit international, ont pris des mesures législatives afin de permettre l'application directe et effective du droit communautaire, mais sans parvenir - jusqu'à nouvel ordre - à assurer à celui-ci la primauté face à une loi postérieure contraire.

En résumé, si l'évolution de la reconnaissance de la primauté a été généralement favorable, la fortune de la théorie spécifiste a été plutôt mitigée. Certaines juridictions se sont converties à la primauté sans recours à elle. D'autres, notamment en Italie et en Allemagne, ont accueilli la doctrine, sans pourtant aboutir à une primauté claire et nette du droit communautaire. D'où un certain effet paradoxal : en amenant les juridictions nationales à trouver le 'moyen constitutionnel', à exploiter toutes leurs ressources constitutionnelles internes, la Cour ne les a pas suffisamment convaincues que la primauté du droit communautaire, avant d'être une concession étatique, est d'abord une exigence communautaire (et internationale). En outre, on ne peut sous-estimer les conséquences négatives qu'a pu avoir cette théorie pour le développement du droit international. Celui-ci sert trop souvent de repoussoir pour mieux assurer la pleine application du droit communautaire, alors qu'il aurait pu, au contraire, bénéficier de l'effet d'entraînement causé par cette branche dynamique.

VIII. CONCLUSION

La règle bien connue du droit international selon laquelle les Etats sont obligés quant au résultat à atteindre, mais libres quant au choix des moyens, est souvent interprétée de façon un peu sommaire; on ne peut ranger, sous l'étiquette de 'moyens' tous les aspects de l'efficacité interne des traités.

Les Etats peuvent sans doute choisir entre les méthodes de transformation ou d'adoption du droit international; ils peuvent même déduire de là le rang théorique de la règle d'origine internationale dans l'ordre interne. Mais ils ne peuvent appliquer leur droit interne en cas de conflit avec le droit des gens. Ce dernier exige donc, sous peine de responsabilité internationale, une primauté d'application interne.

La solution apportée par l'arrêt Costa c. ENEL en matière de primauté du droit communautaire, s'inscrit donc parfaitement dans la foulée du droit international. Pourtant, cet arrêt suggère une coupure entre ces deux systèmes juridiques. Cette doctrine de la spécificité s'explique sans doute par le souci d'éviter l'application au jeune droit communautaire des canons traditionnels défavorables au droit international dans la plupart des pays. Il n'en reste pas moins que s'opère ainsi une confusion théorique, qui n'est pas sans conséquences néfastes pour le développement du droit international, tout en n'arrivant pas à vaincre toutes les résistances contre la primauté du droit communautaire.

"On ne sert pas une branche de droit en discréditant l'arbre dont elle est issue.¹²⁷ Il est temps, dans l'intérêt des deux systèmes, de rapprocher le droit communautaire du droit international public. On s'apercevra alors que le droit européen "n'est, en quelque sorte, que le 'fer de lance' d'une nouvelle conception de l'Etat et, partant, d'une nouvelle conception du rôle du juge. Dans la mouvance du droit communautaire, nous assistons actuellement à une prise de conscience par le juge de ce qu'on pourrait appeler l'"au-delà" de l'Etat, c'est à dire à une prise de conscience par le juge du conditionnement international de l'existence et de l'action des collectivités politiques nationales."¹²⁸

127. P.DE VISSCHER, Recueil des Cours, Vol.136, 1972,42.

128. P.PESCATORE, Rôle et chance..., op.cit., 19.