



Département des Sciences juridiques

LE PRINCIPE DE PRIMAUTÉ DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

*Contribution à l'étude de la nature juridique de l'Union
européenne et des rapports de système européens**

Karine CAUNES

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Florence, mai 2009

* *Union européenne / Etats membres*

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des Sciences juridiques

LE PRINCIPE DE PRIMAUTÉ
DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE
*Contribution à l'étude de la nature juridique de l'Union
européenne et des rapports de système européens**

Karine CAUNES

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Professeur Neil Walker, Université d'Edimbourg, (IUE)
Professeur Michel Troper, Université de Paris X (Co-directeur de thèse)
Professeur Loïc Azoulai, Université de Paris II
Professeur Bruno De Witte, Institut Universitaire Européen

© 2009, Karine Caunes

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite
ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur.

* *Union européenne / Etats membres*

REMERCIEMENTS

Si l'élaboration d'une thèse est souvent décrite comme un travail long et solitaire, la conception de celle-ci a joui d'un encadrement remarquable sur le plan intellectuel et humain. J'aimerais donc remercier toutes les personnes qui m'ont accompagnée et aidée pendant ces années.

Je tiens tout particulièrement à remercier le Professeur Walker, mon directeur de thèse à l'I.U.E., sans lequel, tout simplement, je ne suis pas sûre que cette thèse aurait vu le jour. Je me souviendrais toujours avec nostalgie mais bonheur de nos longues discussions dans son bureau sous les toits de la Villa Schifanoia. Ma reconnaissance la plus profonde va également à mon co-directeur de thèse, le Professeur Troper, pour tous les commentaires et l'aide inestimable qu'il a bien voulu m'apporter. L'assurance de son aiguillage m'a permis de trouver la confiance nécessaire afin d'affronter les problèmes de droit constitutionnel et de théorie du droit les plus ardues. J'aimerais également remercier le Professeur Azoulai et le Professeur De Witte pour m'avoir fait l'honneur d'accepter d'être membres de mon jury et pour leurs remarques qui m'ont aidée à améliorer la qualité du présent travail. Cette thèse n'aurait certainement pas été la même non plus sans Ruth Gbikpi, bibliothécaire à l'I.U.E., mes étudiants de la faculté de droit de l'Université de Paris X où j'ai eu la chance d'enseigner en tant qu'A.T.E.R. et de développer ainsi des qualités pédagogiques, fondamentales dans la rédaction d'une thèse, ainsi que le séjour que j'ai effectué en tant que *visiting scholar* à la faculté de droit de l'Université de Columbia sous le parrainage du Professeur Bermann et du Professeur Waldron. Ce séjour m'a permis de comprendre le sens et l'importance d'une approche stratégique du droit ainsi que d'assister notamment aux séminaires du Professeur Raz et du Professeur Koskenniemi (NYU), lesquels m'ont été très utiles dans l'élaboration de ma thèse. Dans le même sens, je tiens à souligner le rôle crucial qu'a joué le D.E..A. de l'Académie Européenne de Théorie du Droit et ses professeurs dont le talent n'a d'égal que la gentillesse : les Professeurs Arnaud, Atienza, Bell, Béchillon, Commaille, Eberhard, Flerackers, Gérard, Haarscher, Jackson, Ost, Petev, Rottleuthner, Sadurski, Samuel, Troper, van Gerven, Van Hoecke, Wijffels, Wintgens. Enfin j'aimerais exprimer toute ma gratitude à Jérôme Lavocat, avocat à Lyon, et au Professeur Moréteau de l'Institut de droit comparé de Lyon, lesquels, les premiers, ont su m'accorder leur confiance dans le domaine du droit. Cette thèse est dédiée à ma famille, mes amis, mon amour, pour leur affection et leur soutien sans faille. Merci.

SOMMAIRE

PARTIE I. LA CONCEPTION EUROPÉENNE DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

CHAPITRE I. Stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice

Section I. Exposition

Section II. Intrigue

Section III. Dénouement

CHAPITRE II. Modélisation systémique de la stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice

Section I. « Système vous avez dit système ? » Prolégomènes à toute mise en équation systémique juridique

Section II. Traduction systémique de la position adoptée par la Cour

PARTIE II. LA RÉCEPTION NATIONALE DU PRINCIPE EUROPÉEN DE PRIMAUTÉ

CHAPITRE I. Prémisses de la réception nationale du principe européen de primauté

Section I. Majeure ou conditions de possibilité et de réussite d'un transplant juridique

Section II. Mineure ou adaptation réciproque de la règle de primauté et des systèmes juridiques nationaux

CHAPITRE II. Conclusion de la réception nationale du principe européen de primauté

Section I. Une transplantation réussie ?

Section II. Nature des rapports de système européens

TABLE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
art.	article
c.	contre
Cass. Ass. Plén.	assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.C.A.	Communauté européenne du charbon et de l'acier
cf.	confer / se reporter à
C.I.J.	Cour internationale de Justice
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
coll.	collection
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale
dir.	sous la direction de
éd.	édition
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> / et autres
<i>et seq.</i>	<i>et seq</i> / et pages suivantes
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> / de même
J.O.C.E.	Journal Officiel des Communautés Européennes
J.O.R.F.	Journal Officiel de la République Française
J.O.U.E.	Journal Officiel de l'Union Européenne
l.	ligne
n°	numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> / œuvre précitée
p.	page
pp.	pages
pt	point
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'Etat
spéc.	spécialement
T CE	Traité instituant la Communauté européenne
T CEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
T UE	Traité sur l'Union européenne
t.d.a.	traduction de l'auteur
trad.	traduction
vol.	volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Lorsque j'utilise un mot, il ne signifie que ce que je choisis qu'il signifie – ni plus ni moins »

Humpty Dumpty¹

« Les controverses juridiques ne sont pas toujours le signe d'une agitation stérile ou le reflet de dissensions inutiles. Certes, bien peu échappent à la longue à ce destin et la science du droit, depuis ses origines les plus lointaines, ne pourrait-elle pas être décrite comme un cimetière de controverses, un entassement d'argumentations, une sédimentation de théories ? Et, plus particulièrement, les discussions relatives à la détermination de la nature juridique d'une institution ne semblent-elles pas occuper une place de choix dans le musée des controverses ?

En réalité, ce qu'il faut percevoir immédiatement c'est que la controverse est souvent le signe d'un obstacle spécifique, inhérent à toute pensée scientifique : l'obstacle épistémologique. Et la formule que BACHELARD appliquait aux sciences exactes pourrait certainement être reprise pour la discipline juridique : « c'est en termes d'obstacles qu'il faut poser le problème de la connaissance scientifique »².

Car les difficultés que rencontre le juriste face à la richesse multiforme du réel proviennent sinon exclusivement, du moins principalement, des instruments dont il dispose et de l'usage qui en est fait plus que de la réalité elle-même. Et parmi ces instruments, la méthodologie est sans doute le plus déterminant, même si elle n'est souvent pas perçue comme telle³.

¹ L. Carroll, *Through the looking-glass and what Alice found there*, 1872, chapitre 6, Electronic Text Center, University of Virginia Library, t.d.a. : « *When I use a word, it means just what I choose it to mean – neither more nor less* ».

² « G.Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, 1969, p.10. »

³ « H.Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, p.1 attirait déjà l'attention sur la nécessité d'élaborer une méthodologie juridique : « la méthode doit conquérir son droit de cité dans la science du droit ». Il n'existe pas en France à notre connaissance d'ouvrage général de méthodologie juridique. L'ouvrage paru sous la direction de J.PIAGET, *Logique et connaissance scientifique*, Paris, 1967, est à ce titre révélateur : aucun chapitre n'y est consacré à l'épistémologie juridique. Comp. pour l'Allemagne, l'ouvrage de K.LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1969. »

Il nous faut ici remarquer que la situation a depuis lors quelque peu changée. Cf. Notamment l'ouvrage de Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

Les débats concernant la nature juridique des Communautés européennes constituent certainement une illustration exemplaire des incertitudes auxquelles peuvent mener des analyses dont le soubassement méthodologique est trop souvent insuffisant. »⁴

Or, précisément, voilà l'énigme que nous voudrions tenter de percer à jour : la nature juridique de l'Union européenne. Cependant, comme le précise Vlad Constantinesco, la doctrine s'abîme sur l'écueil de sa « *sui-généricité* »⁵ depuis sa création il y a plus d'un demi-siècle et l'intégration européenne, indomptée ou indéchiffrée, continue son chemin avec pour dernière étape le Traité de Lisbonne. Serait-ce par ailleurs si grave ? A ceux que l'intérêt purement intellectuel de la résolution de l'énigme européenne ne saurait convaincre, nous renverrons aux propos de Jean-Paul Jacqué, Directeur au Service juridique du Conseil de l'Union européenne, quant à l'utilité d'une telle investigation : « *La question de la nature juridique de l'Union est un des ponts aux ânes du droit communautaire. C'est la raison pour laquelle elle intéresse surtout la doctrine (...). Cependant, il ne faudrait pas croire qu'il s'agisse d'une question purement théorique. Tenter de définir la nature de l'Union n'est pas sans intérêt. En effet, si l'on était capable de répondre à cette question, on disposerait d'un modèle de référence pour l'analyse et il serait possible de l'utiliser pour combler les lacunes du droit communautaire. Toute réponse renvoyant à la spécificité communautaire prive de cet ancrage* »^{6,7}. Ainsi, comment définir l'Union européenne ? Afin de trouver le moyen de

⁴ V. Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés, Paris, LGDJ, 1974, p. 3.

⁵ Cf. N. McCormick, « Discours inaugural - Rentrée académique de l'Institut Universitaire européen 2003-2004 » Florence, Institut Universitaire Européen, 2003.

Plus généralement, cf. N. McCormick, « Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the 'European Commonwealth' », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, n° 4, p. 333, spéc. p. 339 : « *A présent coexistent ces deux entités ou groupes d'entités, les Etats d'Europe, des Etats désormais plus complètement souverains, et l'Union européenne, une Union non encore complètement souveraine. L'une des choses rendant toute appréhension difficile est l'absence de terminologie satisfaisante afin d'évoquer de telles entités. Rien n'empêche de dire que l'Union européenne ou la Communauté européenne est une entité sui generis. Cependant cela ne nous conduit pas très loin quant à l'élaboration d'une description raisonnable de ce que cette-chose-d'un-genre-particulier est.* », t.d.a., « *there now co-exist these two entities or sets of entities, the states of Europe, now not-fully-sovereign states, and the European Union, still not-sovereign Union. One of the things which gives rise to a difficulty of comprehension is the absence of a satisfactory terminology to talk about such entities. It is all very well to say that the EU or EC is an entity sui generis. But this does not take us far in the way of constructing a reasonable account of what this thing-of-its-own kind is.* ».

⁶ J.P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2006, p. 96.

⁷ Plus généralement, quant à la « *nécessité de déterminer la nature de l'Union européenne* », cf. L. Dubouis, « La nature de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 82 *et seq.*, cet auteur retraçant la position des deux camps, les 'pros' et les 'cons', de Paul de Visscher (camp des 'cons') qualifiant une telle détermination d'« *entreprise assez vaine...La qualification, en définitive, importe moins que la mise en lumière des divers éléments qui confèrent à l'institution son originalité* », (P. de Visscher, La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres, Centre italien d'études juridiques, Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Milan, Giuffrè, 1957, p. 9), à Louis Dubouis lui-même (camp des 'pros'), lequel après avoir cité notamment Olivier Cayla sur l'importance de la qualification : « *l'acte de qualification*

répondre à cette question (section 3), il nous semble nécessaire de poser et de répondre à une question préalable : quelle méthode adopter (section seconde) ? Or, pour le déterminer, il convient de partir de l'analyse des tentatives doctrinales de définition ayant eu lieu en la matière, lesquelles révèlent toutes un même problème : celui du caractère inapproprié des concepts et classifications utilisées jusqu'à présent (section première).

SECTION I. *UN PROBLÈME DE CATÉGORISATION*

Deux tendances antagoniques principales semblent pouvoir être distinguées parmi les différents essais d'appréhension de la nature de l'Union européenne. La première est caractérisée par le recours à des classifications traditionnelles (§1), la seconde, par la recherche d'une 'autre voie' proprement européenne (§2).

§1. Tentatives de classification traditionnelle

Certains, se fondant sur un clivage selon eux indépassable entre confédération et Etat fédéral, affirment que l'Union européenne, ne possédant pas tous les caractères d'un Etat, fédéral, possède par élimination la nature d'une organisation internationale⁸. A ceux-ci, nous laisserons à Hans Morgenthau le soin de répondre :

*... peut apparaître, en tant que moment critique déterminant l'application des normes de droit, comme étant celui qui révèle la vérité de ce dernier, si l'on soutient, comme beaucoup, que se joue ultimement le sort des faits et des objets soumis à son emprise » », (O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1993, p. 4), conclut en affirmant que « [q]ualifier l'Union européenne permettrait non seulement de combler les lacunes du droit communautaire mais encore de disposer d'un référentiel pour résoudre dans la cohérence les problèmes que le développement de l'intégration ne cesse de poser [illustrés récemment encore par les infortunes du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe]. Pour le juriste, rien n'est plus souhaitable. ». Cf. Enfin, « Intervention du Professeur Hallstein dans le débat juridique sur le rapport de DEHOUSSE », Session de mai 1965, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 212, spéc. p. 246 : « Pour la poursuite de l'intégration en matière d'économie politique et sociale prescrite dans les traités la question du juste rapport entre le droit national et le droit communautaire ne revêt pas seulement une importance fondamentale, c'est aussi une question d'existence. C'est ce qui confère à la question juridique que nous discutons aujourd'hui ici sa portée extraordinaire, politique également, qui nous oblige à lui accorder tant d'attention. ».*

⁸ Cf. P.Pescatore, « International Law and Community Law – A Comparative Analysis », *Common Market Law Review*, 1970, vol. 7, p. 167; D.Wyatt, « New Legal order, or Old », *European Law Review*, 1982, vol. 2, p. 147; T.C.Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 1999, chap.7; B. De Witte, « Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order », in P.Craig, G. de Burca (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 208, du même auteur, « Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, p. 425 ; A.Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 5, t. 2, p. 199.

Parmi les exemples les plus clairs d'un tel raisonnement, on trouve l'ouvrage de droit constitutionnel de Messieurs Burdeau, Hamon et Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005, lesquels, bien qu'ils reconnaissent que l' « Union européenne ne peut être classée ni dans la catégorie des confédérations, ni dans

« Si un événement dans le monde physique contredit l'investigation scientifique, la réaction naturelle de la recherche scientifique est de réexaminer les hypothèses sur lesquelles les évaluations sont fondées et d'essayer de réconcilier théorie scientifique et faits empiriques. Les sciences sociales ne réagissent pas toujours en ce sens. Elles ont la tendance invétérée à camper sur leurs positions et à souffrir une défaite constante de la part de l'expérience plutôt que de changer leurs hypothèses à la lumière des faits les contredisant. Aucun des schémas et artifices par lesquels les grands humanitaires et les habiles politiciens se sont efforcés de réorganiser les relations entre Etats sur la base du droit n'ont passé le test de l'histoire. Au lieu de se demander si les procédés étaient en adéquation avec les problèmes qu'ils étaient supposés résoudre, l'attitude générale des internationalistes [propos que l'on peut étendre aux juristes en général] a consisté à prendre pour acquis le caractère approprié des moyens et à blâmer les faits de l'échec. »^{9, 10}

Ainsi, comme le souligne le Professeur Vlad Constantinesco : « [l]orsqu'une classification n'est pas apte à rendre compte d'un objet nouveau, c'est alors cette classification qui est en cause, qui ne suffit plus pour décrire fidèlement toute la réalité »¹¹.

Cependant, à la décharge de ces auteurs, pris dans les ornières de classifications traditionnelles auxquelles échappe désormais le mouvement du droit (européen)

celle des Etats fédéraux » (p. 85), arrivent à la conclusion selon laquelle il « faut donc considérer que l'Union est encore une organisation internationale, même si ses pouvoirs vont bien au-delà de ceux des autres organisations internationales » (p. 86). On peut également citer dans la doctrine internationaliste, Charles Leben : « ou bien les rapports entre Etats membres de la Communauté ne sont plus du tout régis par du droit international et on se situe alors au sein d'un Etat fédéral, les relations entre entités composantes étant régies par du droit interne et de façon ultime par une constitution, ce que personne ne peut soutenir s'agissant des Communautés, ou bien les rapports entre Etats membres sont effectivement gouvernés par les traités qui ont institué les Communautés, et quel que soit le particularisme de ces traités et le particularisme de l'interprétation qu'en donne la Cour de Luxembourg, ils demeurent évidemment dans la sphère juridique internationale » cf. C. Leben, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes, Droits, 1991, p. 61, spéc. p. 64 ; du même auteur, « Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral? » in "Symposium: Responses to Joschka Fischer", Jean Monnet Working Paper, 2000, n° 7.

⁹ Hans Morgenthau dénonça ce phénomène relativement au droit international mais le constat peut parfaitement être appliqué au cas particulier du droit de l'Union européenne. H.J. Morgenthau, Politics among nations, the struggle for power and peace, New York, Knopf, 4^{ème} éd., 1967, introduction, t.d.a., « If an event in the physical world contradicts scientific inquiry to re-examine the assumptions on which the forecasts have been based, it is the natural reaction of scientific enquiry to re-examine the assumptions and attempt to reconcile scientific theory and empirical facts. The social sciences do not always react in that way. They have an inveterate tendency to stick to their assumptions and to suffer constant defeat from experience rather than to change their assumptions in the light of contradicting facts. None of the schemes and devices by which great humanitarians and shrewd politicians endeavored to reorganize the relations between states on the basis of law has stood the trial of history. Instead of asking whether the devices were adequate to the problems which they were supposed to solve, it was the general attitude of internationalists to take the appropriateness of the devices for granted and to blame the facts for the failure. ».

¹⁰ Cependant, afin d'être plus clément, il est possible de se demander s'il ne s'agit pas là tout simplement d'un travers humain. « Voilà l'homme tout entier, s'en prenant à sa chaussure alors que c'est son pied le coupable. » (S. Beckett, En attendant Godot, Paris, Editions de Minuit, 1952, Acte I, p. 12).

¹¹ V.Constantinesco, *op. cit.*, p. 47.

contemporain, il peut être noté que plutôt que guidée par le dessein politique de préserver à tout prix la prééminence des Etats membres ou bien par la peur du vide déclenchée par l'apparition d'un objet juridique non identifié, leur position pourrait bien s'expliquer par un goût de la précision et de la clarté, ceux-ci n'entrevoiant aucune alternative conceptuelle. Or, il faut bien l'admettre, ce malaise ne semble pas avoir été dissipé par les tenants d'une 'autre voie' européenne.

§2. A la recherche d'une 'autre voie' européenne

Les partisans d'une approche originale du droit de l'Union européenne, phénomène nouveau devant en tant que tel être abordé selon ses spécificités intrinsèques, partent du constat selon lequel les catégories juridiques existantes peinent à appréhender la nature de l'Union européenne¹² et cherchent un chemin original qui permettrait de décrire de manière

¹²Cf. P. Pescatore, Le droit de l'Intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes, Leiden, Sijthoff, 1972, p. 3: « *Ce que je viens de dire pour les représentants de la science économique et politique européenne est doublement vrai pour les juristes. La plupart d'entre eux continuent à penser dans les catégories traditionnelles, qui de son droit privé, qui de son droit public, qui de son droit international... Cette réalité nouvelle qui se crée sous nos yeux, le droit de l'intégration, n'a pas été reconnue dans ce qu'elle a d'original, au point qu'elle n'a pas encore trouvé son locus standi dans les coordonnées établis des catégories juridiques. Sommes-nous ici en zone de droit public, sommes-nous en zone de droit international, ou faut-il revoir ces délimitations afin de faire sa place à ce nouveau domaine de l'action et du savoir ?* ».

De même, F. Mayer, « The European Constitution and the courts », *Jean Monnet Working Paper*, 2003, n° 9, p. 51, lequel se réfère également en la matière aux écrits de G.-F. Schuppert, (cf. note en bas de page 204, *Ibid.* : « Zur Staatswerdung Europas », *StWStP*, 1994, p. 35) et J. Isensee (cf. note en bas de page 203, *Ibid.* : « Integrationsziel Europastaat ? » in O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (dir.), Festschrift für Ulrich Everling zum 70. Geburtstag, 1995, p. 567); N. Walker, « The Idea of Constitutional pluralism », *EUI Working Paper LAW*, 2002, n° 1, p. 9: « *Nous ne pouvons trouver de fondements épistémologiques fermes au-delà des visions du monde offertes par les différentes disciplines sur la base desquels déclarer que le nouvel ordre est soit international (et intergouvernemental) soit constitutionnel (et supranational), ou même qu'il s'apparente plus à l'un qu'à l'autre parce que c'est suivre les canons de la cohérence interne que de le concevoir d'une façon pour les internationalistes et de l'autre pour les constitutionnalistes. Le fait est qu'aucun de ces discours n'est adéquat en lui-même. Nous omettons un élément significatif si nous laissons de côté les origines internationales mais nous manquons à coup sûr également quelque chose revêtant une signification encore plus nouvelle si nous oblitérons l'émergence subséquente d'un mode de pensée institutionnelle au niveau de l'Union européenne qui recèle à tout le moins une parenté avec les formes de mode de pensée institutionnelle rendues familières par les traditions constitutionnelles des Etats nous ont rendu familier.* » t.d.a., « *We cannot find firm epistemological ground beyond the world-views of the different disciplines upon which to declare that the new order is either international (and intergovernmental) or constitutional (and supranational), or even that is more of one than of the other, for it is entirely in keeping with the canons of internal consistency for internationalists to conceive of it one way and for constitutionalists to conceive of it the other. The point is that neither discourse is adequate in itself. We miss something of significance if we disregard the internationalist origins, but we miss something of more novel significance if we disregard the subsequent emergence of a mode of institutional thinking at the EU level which bears at least a family resemblance to the forms of institutional thinking with which we are familiar from the constitutional traditions of states.* ».

Enfin, on ne peut ne pas citer Joseph Weiler en la matière, pour lequel : « *L'Europe a fabriqué sa propre sorte de fédéralisme constitutionnel* » t.d.a., cf. J.H.H. Weiler, « In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg* », in J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), European Constitutionalism beyond the State, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 7, spéc. p. 23.

adéquate l'Union. Force est cependant de constater qu'ils ne parviennent pas à élaborer de modèles convaincants¹³. L'originalité et les mérites de la démarche de ces pionniers se trouvent souvent éclipsés devant la difficulté de penser hors des cadres conceptuels traditionnels¹⁴. En remontant la généalogie de ces tentatives héroïques, l'on pourrait citer le concept de 'supranationalité'¹⁵ tentant d'opérer la synthèse entre traits internationaux et traits étatiques que présenteraient certaines organisations internationales¹⁶. Cependant, le supranational ne semble pas avoir réussi à constituer une catégorie propre¹⁷, un *tertium quid*.

¹³ Cf. Par exemple la brillante démonstration des « contradictions » dont l'Union européenne serait pétrie dont notamment « l'hérésie des 'Maîtres du Traité' » et « l'hérésie de l'ordre constitutionnel national » à laquelle se livre Philip Allot sans pour autant révéler le secret de l'alchimie européenne. Cf. P. Allot, « Epilogue: Europe and the dream of reason », in J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), *op.cit.*, p. 202, spéc. pp. 215-216. Cf. T. Daups, « De la fédération d'Etats-nations et de sa Constitution », *Les Petites Affiches*, 16 juillet 2002, n°141, p. 4.

Loin de nous l'idée qu'il n'existe aucune étude intéressante de l'Union européenne, mais il s'agit souvent d'analyses partielles, se concentrant uniquement sur certains aspects comme par exemple la Communauté européenne et le supranationalisme, comme si la structure de l'Union en piliers avait conduit à une fragmentation des études en la matière. Les analyses théoriques relatives à la nature juridique de l'Union font quant à elles cruellement défaut et le débat se focalise souvent sur des questions secondaires, comme nous le démontrerons plus avant, et dont la réponse se fonde précisément sur la nature juridique de l'Union, présumée et non démontrée.

¹⁴ « Il y a beau temps qu'on est accoutumé de voir remettre à neuf de vieilles connaissances usagées en les soustrayant à leurs anciennes associations et en leur ajustant un vêtement systématique au gré de chacun, mais sous un titre nouveau », cf. E. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science, Paris, Vrin, 2^{ème} éd., 2001, trad. L. Guillermit, p. 20.

Une exception notable est cependant à noter : celle de l'inclassable Joseph Weiler qui ne semble pas avoir succombé à ce que Bachelard appelait 'la bipolarité des erreurs' et dont les idées, notamment celle de l'Union européenne – demoi-cratie, ont été reprises récemment par Kalypso Nicolaïdis in « Notre Demoi-cratie européenne. La Constellation Transnationale à l'horizon du Patriotisme Constitutionnel », *Politique Européenne*, 2006, n°19, notamment p. 13 *et seq.* ; in « We, the peoples of Europe... », *Foreign Affairs*, 2004, vol. 83, n° 6, p. 97 ; in « Our European Demoi-cracy : Is this Constitution a Third Way for Europe ? », in S. Weatherill et K. Nicolaïdis, Whose Europe ? National Models and the Constitution of the European Union, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 137, spéc. p. 141 *et seq.*

¹⁵ Cf. H.P. Ipsen, « Über Supranationalität, in H. Ehmke *et al.* (dir.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, p. 271 ; D. Sidjanski, Le principe de supranational et le processus d'intégration dans les Communautés européennes, Paris, Institut des Hautes Etudes Internationales, 1962 ; K. von Lindeiner-Wildau, La supranationalité en tant que principe de droit, Leiden, Sijthoff, 1970 ; P. Reuter, La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, Paris, LGDJ, 1953 ; P. Pescatore, *op. cit.*, p. 48 *et seq.* ; plus récemment sur la question, cf. R. Barents, The Autonomy of Community Law, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 23 *et seq.*

¹⁶ Sur le caractère désormais obsolète du supranational, cf. L. Dubouis, « La nature de l'Union européenne », in G. Cohen-Jonathan, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 81, spéc. pp. 87-88 notant qu'« [a]ujourd'hui, même si elle suscite quelques adhésions nouvelles, la qualification d'organisation supranationale n'est pas au centre des débats concernant la constitution de l'Union européenne ».

¹⁷ A ce sujet peut être citée la remarque du Professeur Mangas Martin selon lequel : « Que le terme supranational a fait l'objet de nombreux débats et que nombreuses ont été les difficultés qui ont surgi afin de lui attribuer une acception unanime, cela est démontré par le fait que déjà en 1957 le Professeur Verzijl déclarait au Congrès d'étude de Stressa dédié à la CECA qu'il avait rencontré une quinzaine ou vingtaine de significations différentes résultant de l'usage de ce concept », t.d.a., « Que el término supranacional ha sido muy debatido y que nada más surgir encontró dificultades para atribuirle una acepción unánime, lo prueba el hecho de que ya en 1957 el profesor Verzijl declaró, en el Congreso de Estudios sobre la CECA, en Stressa, que había encontrado unas quince o veinte significaciones diferentes de lo que se podía entender con su uso », A. Mangas Martin, « Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la integración europea », *Revista de instituciones europeas*, 1977, vol. 4, n°2, p. 402, spéc. p. 407.

Attiré inexorablement par la flamme de la bipolarité des erreurs¹⁸, ce concept s'est fondu soit en « avatar du fédéral »¹⁹ soit en avatar de l'international²⁰. Une autre manifestation plus contemporaine de cette tendance – que nous traiterons de manière plus détaillée dans le corps de la thèse – est représentée par les tenants de 'l'exception constitutionnelle européenne' pour lesquels la solution à l'imbroglie conceptuel entourant l'Union européenne réside dans la dissociation du lexique « constitutionnel » de son ancrage étatique²¹ : « *le constitutionnalisme national n'est qu'une représentation contextuelle du constitutionnalisme dont les frontières surannées et artificielles sont remises en question par le constitutionnalisme européen. En eux-mêmes, les idéaux constitutionnels ne dépendent pas et ne se trouvent pas légitimés par*

¹⁸ De telles dérives du concept de 'supranational', soit vers le concept de 'fédéral' soit vers le concept d' 'international', peuvent être qualifiées d'erreurs en ce qu'elles privent ledit concept de toute utilité.

¹⁹ Cf. V. Constantinesco, *op. cit.*, p. 56 *et seq.*, plus récemment, cf. J. Porta, La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, thèse pour le doctorat en droit privé, sous la direction du Professeur A. Lyon-Caen, Université Paris X – Nanterre, 2006, p. 17 *et seq.*. Je tiens à remercier l'auteur de cette thèse pour avoir gentiment accepté de m'en remettre une copie électronique.

²⁰ Sur la question, cf. V. Constantinesco, *op. cit.*, p. 56 ; J.L. Kunz, « Supra-national organs », *American Journal of International Law*, 1952, vol. 46, p. 690.

²¹ Sur les questions méthodologiques soulevées par une telle entreprise, cf. N. Walker, « Postnational constitutionalism and the problem of translation » in J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), *op. cit.*, p. 27 ; de même, J.H.H. Weiler, The Constitution of Europe, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Sur le débat autour de la possible utilisation du lexique constitutionnel pour une entité non étatique, spécialement l'Union européenne, cf. E. Stein, « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, p. 1 ; F. Mancini, « The Making of a Constitution for Europe », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, p. 595, K. Lenaerts, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38, p. 205 ; D. Curtin, « The Constitutional Structure of the European Union : A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30, p. 65 ; J.H.H. Weiler, « The reformation of European constitutionalism », *Journal of Common Market Studies*, 1997, vol. 35, p. 97 ; du même auteur, The Constitution of Europe - "Do the New Clothes Have an Emperor?" and other essays on European Integration, *op. cit.* ; J. Gerkrath, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1997 ; E. Zoller, Droit constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 2^{ème} éd., 1998 ; I. Pernice, F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, vol. 36, n° 4, p. 623, spéc. p. 627 ; P. Craig, « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *European Law Journal*, 2001, vol. 7, p. 125 ; U. Haltern, « Pathos and patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination », *Constitutionalism Web-Papers*, 2002, vol. 6 ; P.-Y. Monjal, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2004, vol. 40, n° 3, p. 443 ; O. Pfersmann, « The new revision of the old constitution », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, p. 383 et plus généralement, cf. G. Scelle, Précis de droit des gens : principes et systématique, Paris, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1984, reproduction édition Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1934, Deuxième partie, Chapitre préliminaire : « De la notion de droit constitutionnel en droit des gens », p.1 *et seq.* ; J.L. Kunz, « Revolutionary creation of norms of international law », *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, n° 1, p. 119, spéc. p. 121 *et seq.* ; H. Kelsen, The law of the United Nations, London, Stevens, 1950, p. 330 ; A. Ross, Constitution of the United Nations : analysis of structure and function, New York, Rinehart, 1950 ; T. Opsahl, « An 'International Constitutional Law' ? », *ICLQ*, 1961, vol. 10, n° 4, p. 760 ; M. Sorensen, « Autonomous Legal Orders : Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order », *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, vol. 32, n° 3, p. 559, spéc. p. 562 ; P.-M. Dupuy, « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, n° 1, p. 2 (affirmant que de nombreux auteurs sont d'accord avec l'affirmation de Tomuschat selon laquelle la Charte des Nations Unies est semblable à une constitution de la communauté internationale et qu'ainsi le constitutionnalisme international est enseigné en dehors de l'Allemagne) ; cf. également, T. M. Franck, « Is the U.N. Charter a Constitution ? », in J. A. Frowein *et al.* (dir.), Verhandeln für den Frieden – Negotiating for peace – Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, pp. 95-106.

les frontières des entités politiques nationales. En conséquence, il n'existe souvent pas de titre a priori de validité plus grand en faveur du constitutionnalisme national et au détriment du constitutionnalisme européen. »²². Cependant, face à de telles affirmations, il est possible de se demander si les propos de Joseph Weiler relatifs au traité instituant une Constitution pour l'Europe ne seraient pas transposables plus généralement à ces tentatives de constitutionnalisation : « *Cet engouement nouveau pour une nouvelle constitution pour l'Europe pourrait en réalité nous conduire loin de la Terre Promise, dans un désert ennuyeux et familier.* »²³. Si la première position doctrinale relevée, « classique », conduit à décrire l'Union européenne sous les traits d'une organisation internationale, la seconde position doctrinale, censée être plus novatrice, prête sciemment ou non²⁴ à l'Union européenne les ou certains atours de l'Etat. Il est alors permis de se demander ce qu'il reste d'original dans une telle démarche. Topiques à cet égard sont les qualificatifs que les tenants d'un tel mouvement s'auto-attribuent : 'post-constitutionnalisme'²⁵ ou 'post-souverainisme'²⁶,

²² M. Poyares Maduro, « Europe and the constitution : what if this is as good as it gets ? », in J.H.H.Weiler, M.Wind (dir.), *op. cit.*, p. 74, t.d.a., « *national constitutionalism is simply a contextual representation of constitutionalism whose dated and artificial borders are challenged by European constitutionalism. In themselves, constitutional ideals are not dependent on nor legitimized by the borders of national politics. As a consequence, there is often no a priori claim of higher validity for national constitutionalism vis-à-vis European constitutionalism.* ».

²³ Cf. J.H.H. Weiler, « In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg* » in J.H.H.Weiler, M.Wind (dir.), *op. cit.*, p. 7, t.d.a., « *This new fad of a new constitution for Europe may, in fact, be leading us away from the Promised Land into a familiar and boring desert.* ».

²⁴ Topique à cet égard est l'exemple d'Ingolf Pernice, lequel, bien que prônant un constitutionalisme à niveaux multiples, a défendu devant la *House of Lords* la position selon laquelle le Traité établissant une Constitution pour l'Europe poserait le principe d'une primauté absolue du droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres, donc y compris sur le droit constitutionnel national. Cette position implique la supériorité du 'droit constitutionnel européen' sur le droit national et réduit d'autant le caractère 'multi-niveaux' de l'édifice européen. Cf. « Letter from Professor Dr Ingolf Pernice, Humboldt University », House of Lords, European Union Committee Publications, European Union – Memoranda, session 2003-2004. Mais peut-être cette idée de hiérarchie est-elle déjà induite par l'idée de niveaux multiples. Cf. P. Haberle, « Comparación constitucional y cultural de los modelos federales », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, vol. 4, n° 8 : « *Je m'oppose cependant à certaines expressions très répandues : le concept de 'constitutionnalisme à niveaux multiples' ou 'un fédéralisme à niveaux variés', car je crois que cela conduit à la confusion. Il s'agit de concepts empruntés à la science politique qui n'apportent pas une texture constitutionnelle particulièrement raffinée. De plus, la métaphore des niveaux est liée à des concepts hiérarchiques qui ne sont appropriés ni en ce qui concerne le fédéralisme ni en ce qui concerne l'Union* » européenne, t.d.a., « *Me opongo, sin embargo, a algunas expresiones muy extendidas: el concepto de 'un constitucionalismo en diversos planos' o un 'federalismo de varios niveles', pues creo que conduce a la confusión. Son conceptos propuestos desde la ciencia política que no aportan un tejido constitucional especialmente refinado. Además, la metáfora de los niveles está ligada a conceptos jerárquicos, que no son apropiados ni para el federalismo ni para la Unión.* ».

²⁵ Cf. Par exemple, J. Shaw, « Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism : the Challenge for the Convention on the Future of the Union », *The Federal Trust for Education and Research – Online Paper*, 2002, n° 1. Cet auteur évoque « *le défi de développer un constitutionnalisme 'postnational' dans une communauté politique non étatique* » et explique que « *le fait que l'Union européenne soit une communauté politique non étatique représente plus qu'un simple cadre pour ses pratiques et son futur constitutionnels. L'invocation du postnationalisme suggère non pas l'abandon de l'ancrage des constitutions nationales, lesquelles ont peu de chance de se voir renverser par une vague d'enthousiasme europhile visant à créer des Etats-Unis d'Europe, mais plutôt le renforcement d'une politique constitutionnelle spécifiquement non téléologique et acceptant la contestation et l'absence de fixité comme un mode de vie et non comme une pratique* ».

lesquels en définitive ne dénoncent souvent non pas le dépassement des catégories conceptuelles existantes mais plutôt l'obsolescence de leur 'réceptacle' traditionnel : les Etats membres²⁷.

Il convient alors de distinguer deux lignes d'argumentation différentes développées par cette 'néo' mouvance. La première est défendue par ceux qui prêtent à l'Union européenne les atours d'une fédération²⁸ ou d'une entité définie par sa structure de gouvernance à niveaux multiples²⁹ néanmoins souvent caractérisée en définitive par une hiérarchie en faveur de l'Union européenne³⁰. La seconde est celle que l'on retrouve chez les défenseurs de l'idée de

déviante. » (p. 9), t.d.a., « *the challenge of developing postnational constitutionalism in a non-state polity* » ; « *The fact that the EU is a non-state polity is more than simply a .setting. for its constitutional practices and futures. The invocation of postnationalism suggests not abandonment of the anchoring of the national constitutions, which are hardly likely to be swept away in a Euro-philic tide of enthusiasm for building a United States of Europe, but rather the reinforcement of a constitutional politics which is specifically non-teleological and accepts contestation and non-fixity as a way of life, not a deviant practice.* ».

Cf. Egalement, N.Walker, « Postnational constitutionalism and the problem of translation », *op. cit.*, p. 27.

²⁶ Cf. N. MacCormick, Questioning Sovereignty – Law, State and Nation in the European Commonwealth, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 123 : « *Post-sovereignty* ».

²⁷ Cf. M. Poiaras Maduro, *op. cit.*.

²⁸ Cf. K. Lenaerts, P. Van Nuffel, « La constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *Cahiers de droit européen*, 2005, Vol.1-2, p. 30 : « *Si la notion de « fédéralisme » n'apparaît nulle part dans la Constitution, il ne peut être nié que la construction européenne prend, de plus en plus, la forme d'une structure fédérale, basée sur une répartition équilibrée des compétences entre l'Union et ses États membres. D'une part, l'Union ne dispose que des compétences qui lui sont attribuées par les États membres et qui doivent être exercées dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité et, d'autre part, le droit adopté par les institutions de l'Union dans le cadre de leurs compétences prime sur le droit des États membres.* ».

L'atout essentiel du « fédéralisme » est de ne pas trancher un débat insoluble car posé en termes inadéquats pour ne pas dire archaïques : l'Union, plus une confédération mais non encore une fédération. En ce sens, D. Ritleng, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, vol. 41, n° 2, p. 285, spéc. p. 294 *et seq.* ; J.C. Piris, « L'union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, vol. 41, n° 2, p. 243 *et seq.* ; A. Weber, « Zur föderalen Struktur der Europäischen Union im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrags », *Europarecht*, 2004, n° 6, p. 841, spéc. p. 856 : « *Integrationsansätzen wieder eine Renaissance erlebt. So wird die elementare Frage gestellt, ob 'federalism' auch ohne 'federation' (d.h. einen Bundesstaat) ent- und bestehen könne. Schon W. Hallstein bemerkte 1969, dass die Frage, ob die Gemeinschaft 'Föderation' oder 'Konföderation' sei, ein « falsches Problem » sei: « Die Gemeinschaft ist weder das eine noch andere ganz. Sie ist keine Föderation, weil sie kein Staat ist. Sie ist keine Konföderation, weil sie öffentliche Gewalt unmittelbar über die Bürger ausübt », und zehn Jahre später stellt er fest: « Die föderale Konzeption ist... nicht nur eine Zielvorstellung. Sie ist zugleich die einfachste – und in diesem Sinn richtige – Beschreibung einer partiellen Realität, nämlich der Europäischen Gemeinschaft. ». Auch wenn wir heute vielleicht nicht mehr die Annahme einer bundesstaatlichen Finalität teilen, bleibt das föderale Prinzip weiterhin ein entwicklungsfähiges Interpretationsmodell für die EU, die mit intergouvernementalen oder funktionalistischen Ansätzen angereichert werden kann. Als 'Föderation sui generis' stellt sie eine Herausforderung an die Wissenschaften der Politik, Ökonomie und der Verfassungstheorie dar.* ».

²⁹ I. Pernice, F. Mayer, « De la constitution composée de l'Europe », *op. cit.*, p. 623, I. Pernice, Fondements du droit constitutionnel européen, Paris, Pédone, 2004.

³⁰ P. Pescatore, L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975, p. 269 : « *il n'y a qu'une seule manière de résoudre de façon satisfaisante le problème des rapports entre droit communautaire et droit national : c'est la reconnaissance d'une relation de hiérarchie entre les deux ordres juridiques* ».

Cf. T. Daups, *op.cit.*, notamment p. 9 : « *le fonctionnement du principe de superposition se trouve directement relié à la nature particulière de l'Union européenne. Bien sûr la primauté du droit communautaire, l'applicabilité directe et éventuellement l'effet direct individuel assurent la suprématie du droit communautaire*

pluralisme européen, en réalité cheval de Troie d'un monisme bien ordonné³¹. En effet, il ne faut pas s'y tromper, le pluralisme ici revendiqué est loin d'être radical³². L'argumentation

sur le droit national contraire (...). Cependant, cette superposition comprise dans le cadre constitutionnel particulier de l'Union européenne ne renverrait pas à une supériorité de nature hiérarchique de l'Union sur les Etats puisqu'elle ne dispose pas de la souveraineté ; d'où la nature particulière du fédéralisme de l'Union ».(C'est nous qui soulignons). Il nous appartiendra par ailleurs de démontrer le caractère éminemment contradictoire de ces propos.

Cf. Egalement la très intéressante analyse de la proposition de Joschka Fischer visant à la constitution d'une fédération d'Etats-nations menée par Charles Leben, laquelle pousse cet auteur à s'interroger sur l'existence d'une réelle distinction entre cette fédération et un Etat fédéral classique. C. Leben, « Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ? », *Harvard Jean Monnet Working paper*, 2000, n° 7, « Symposium : Responses to Joschka Fischer », p. 4 *et seq.*.

Enfin, la très fine analyse proposée par Loïc Azoulay de la conceptualisation des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres à laquelle se livrent Messieurs Pernice et Mayer : « *schéma fédéral selon lequel les Etats fédérés trouvent le fondement de leur pouvoir dans la constitution fédérale* », lequel « *réduit par là même la portée du pluralisme auquel elle se dit attachée* » car les ordres juridiques en présence se trouvent « *interconnectés, suivant des liens qui ordonnent une hiérarchie au profit des règles communautaires* », L. Azoulay, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *Revue Française de Droit Administratif*, 2003, p. 859, spéc. pp. 865 et 866.

A contrario, associant selon nous de façon erronée l'œuvre d'Ingolf Pernice à une vision pluraliste radicale, cf. M. Claes, *The National courts' mandate in the European Constitution*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2006, p. 35 *et seq.*.

³¹ Cf. Par exemple, M. Poyares Maduro, « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in N. Walker (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003; M. La Torre, « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law », *Ratio Juris*, 1999, vol. 12, n° 2, p. 182, spéc. p. 193 : « *Il est évident qu'en ce qui concerne le droit communautaire et sa relation avec le droit national, il ne peut s'agir que d'une question de pluralisme connecté. Cependant d'une certaine manière cela implique un cadre ou ordre juridique commun. En d'autres termes, le pluralisme juridique ne peut être opératoire que s'il est réductible à une certaine forme de monisme. (...) Ce concept de pluralisme est de plus un critère qui implique une évaluation comparative des prescriptions et valeurs et leur interprétation en fonction d'une règle générale d'intégrité.* », t.d.a., « *It is evident that for Community law and its relationship to domestic law it can be only a question of connected pluralism. This however somehow implies one common legal framework or order. Legal pluralism in other words can be operative only if it is reducible to some kind of monism. (...) Pluralism in this concept is moreover a criterion which implies the recommendation of a comparative evaluation of prescriptions and values and their interpretations according to a general rule of integrity.* ».

³² N. MacCormick, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 517, spéc. p. 529.

Une exception serait cependant représentée par le travail de Nicholas Barber illustré par son article « Legal Pluralism and the European Union », *European Law Journal*, 2006, vol. 12, p. 306, si seulement cet auteur présentait une définition de ce qu'est le pluralisme entre ordres juridiques. En effet, cet auteur combine pluralisme des ordres juridiques et pluralisme des sources de droit dans un seul et unique ordre juridique ne définissant que ce second type de pluralisme et consacrant principalement son étude à celui-ci. Ainsi l'auteur, se référant à l'œuvre de Neil MacCormick, postule simplement sa préférence pour la conceptualisation des rapports entre systèmes juridiques européen et nationaux sous la forme d'un pluralisme radical et conclut, prenant l'exemple de l'Allemagne, que : « *A la fois les systèmes juridiques de l'Union et de l'Allemagne sont et resteront distincts même s'ils se chevauchent de façon significative. Ce chevauchement signifie que chacun des ces systèmes peut être qualifié de 'pluraliste' en ce sens que les juges, les autorités publiques et les citoyens à l'intérieur de ces systèmes peuvent être confrontés à des règles de reconnaissance contradictoires.* » (pp. 326-327). Mais alors on peut se demander l'intérêt d'un tel exposé sachant que l'auteur lui-même précise en début d'article que « *[l]a suggestion selon laquelle un système juridique peut reconnaître et incorporer des règles issues d'autres systèmes juridiques pouvait difficilement être considérée comme révolutionnaire. Kelsen avait déjà expliqué la façon dont un système juridique pouvait incorporer de telles règles.* » (p. 307), l'auteur précisant même que Kelsen abandonna l'idée selon laquelle les normes d'un même système ne pouvaient être en contradiction (cf. p. 309, note en bas de page n° 10). T.d.a., p. 326-327 : « *Both the European and the German legal systems are, and will remain, distinct, and yet overlap in significant ways. This overlap means that both systems might be termed 'pluralist' in that judges, officials, and citizens within them may be faced with inconsistent rules of recognition.* » ; p. 307 : « *The suggestion that a legal system can recognise and incorporate*

développée se fonde sur l'idée que l'existence même d'un pluralisme dépend de l'existence de limitations à celui-ci³³. Il s'agit donc d'un pluralisme modéré ou limité et l'interrogation qui surgit alors spontanément consiste à se demander s'il s'agit donc encore d'un véritable pluralisme. Ces limitations ne conduisent-elles pas en définitive à la réinstauration par une voie détournée d'une hiérarchisation entre ordres juridiques de l'Union européenne et des Etats membres ?

Par ailleurs, il est souvent difficile de savoir si, lorsque ces auteurs, juristes, traitent de 'constitutionnalisme', ils envisagent celui-ci en tant que doctrine politique ou concept juridique. Cette absence de précision ou de délimitation constitue une source de confusion non négligeable car la sphère du normatif se mélange sans restriction à la sphère du

rules from other legal systems was hardly revolutionary. Kelsen had already explained how a legal system could incorporate the rules of a separate legal system ».

³³ Cf. Par exemple M. Poiares Maduro, « Europe and the constitution : what if this is as good as it gets ? », in J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), *op. cit.*, p. 74, spéc. p. 98 et seq.: « *Le pluralisme juridique constitue une forme de "checks and balances" dans l'organisation du pouvoir au sein des communautés politiques européenne et nationales et, en ce sens, il s'agit d'une expression du constitutionnalisme et de ses paradoxes. Cependant afin de tirer complètement avantage de ce pluralisme juridique, nous devons imaginer des moyens de réduire ou de gérer les conflits potentiels entre ordres juridiques tout en promouvant les échanges entre eux et de requérir des juridictions qu'elles conçoivent leurs décisions et les conflits d'intérêts en jeu à la lumière d'un contexte européen plus large. (...) Tout organe juridictionnel (national ou européen) serait obligé de raisonner et de justifier ses décisions dans le contexte d'un ordre juridique européen intégré et cohérent. Je ne partage pas la position selon laquelle la meilleure façon de sauvegarder le pluralisme juridique est de reconnaître, de façon à la fois pragmatique et normative, la possibilité pour les autorités constitutionnelles nationales de déroger au droit de l'Union européenne tant que celle-ci n'est pas également reconnue par le droit de l'Union européenne et est validée par le droit constitutionnel national mais non par le droit de l'Union européenne. (...) Je soutiens que les déviations nationales peuvent toujours être possibles mais elles doivent être argumentées en termes « universels », sauvegardant la cohérence et l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'idée est de promouvoir l'universalité des décisions nationales à propos du droit de l'Union européenne et de les intégrer dans un système cohérent d'interprétation du droit de l'Union européenne par les juridictions nationales. En d'autres termes, les décisions nationales relatives au droit de l'Union européenne ne doivent pas être considérées comme des interprétations et des applications nationales du droit de l'Union européenne séparées mais comme des décisions intégrées dans un système de droit requérant compatibilité et cohérence.* », t.d.a., « *Legal pluralism constitutes a form of checks and balances in the organization of power in the European and national polities and, in this sense, it is an expression of constitutionalism and its paradoxes. But to take full advantage of this legal pluralism, we need to conceive of forms of reducing or managing the potential conflicts between legal orders while promoting exchanges between them and requiring courts to conceive of their decisions and the conflicts of interests at hand in the light of a broader European context. (...) Any judicial body (national or European) would be obliged to reason and justify its decisions in the context of a coherent and integrated EU legal order. I do not share the view that the best form of safeguarding legal pluralism is to recognize, pragmatically and normatively, the possibility for national constitutional authorities to derogate from EU law so long as that would not itself be recognized by EU law and would be valid under national constitutional law but not EU law. (...) I argue that national deviations can still be possible but they need to be argued in 'universal' terms, safeguarding the coherence and integrity of the EU legal order. The idea is to promote the universality of national decisions on EU law and integrate them into a coherent system of interpretation of EU law by national courts. In other words, national decisions on EU law should not be seen as separated national interpretations and applications of EU law but as decisions to be integrated into a system of law requiring compatibility and coherence* ».

Cf. dans le même sens le concept d'intégrité défendu par Matthias Kumm dans son article « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 262 et également par Samantha Besson in « From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice? », *European Law Journal*, 2004, vol. 10, p. 257.

descriptif³⁴ et l'on peine à individualiser si la question est celle de savoir quelle *est* ou quelle *devrait être* la nature de l'Union européenne³⁵.

On s'aperçoit plus généralement que derrière cette controverse juridique portant sur la conceptualisation adéquate de la nature juridique de l'Union européenne se joue une partie à haute teneur politique³⁶. En effet, la volonté de faire rentrer l'Union européenne à tout prix dans une case juridique préexistante : l'organisation internationale ou l'Etat, reflète sinon un manque d'imagination³⁷, du moins la crainte pour les uns, le souhait pour les autres d'une remise en cause de l'ordre politique établi par l'apparition de ce phénomène nouveau. Ainsi, le débat est souvent sous-tendu par des considérations relatives à la finalité politique³⁸ de

³⁴ On peut ici citer l'exemple de Matthias Kumm, lequel, considérant le « *constitutionalism beyond the State* » indique aux juridictions nationales mais également européenne ce qu'elles devraient faire. Cf. M. Kumm, *op. cit.*, p. 290 : « *What National Courts Should Do* » et p. 302 : « *What the Court of Justice Should Do* ».

³⁵ Sur cette question de délimitation de l'étude juridique par rapport à l'analyse politique, il est possible de citer Kelsen, lequel, à propos du concept de souveraineté, arrive à la conclusion transposable en la matière que « *la forte oscillation de ce concept fondamental pourrait être due en grande partie au fait que (...) avec le concept de souveraineté ont été poursuivies non seulement des objectifs de connaissance juridique mais (...) des visées de politique étatique* » (H. Kelsen, Il problema della sovranità et la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto, Milano, Guiffrè editore, 1989, trad. A. Carrino, p. 5, t.d.a., « *La forte oscillazione di questo concetto fondamentale (...) potrebbe esser fatta risalire in gran parte al fatto che (...) col concetto di sovranità sono stati perseguiti non solo scopi di conoscenza scientifica ma anche (...) mire di politica statale* »). En effet, cet auteur précise que « *En tant que science du droit positif, il convient de parler de ce que le droit est, de l'être du droit, par opposition – en tant que connaissance théorique – avec la politique, qui cherche à connaître ce que le droit doit être, qui aspire au droit juste* », (*ibid.*, p. 6 note en bas de page 1, t.d.a., « *Come scienza del diritto positivo, vale a dire di ciò che il diritto è, essa si contrapone – in quanto conoscenza teoretica – alla politica, che cerca di conoscere cosa il diritto deve essere, che aspira al diritto giusto* »).

Dans le contexte de l'étude du droit de l'Union européenne, pour un constat similaire de la part d'un auteur ayant essayé de définir ce droit sur le fondement de la théorie kelsenienne, cf. C. Richmond, « Preserving the identity crisis : autonomy, system and sovereignty in European law », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, n° 4, p. 377, spéc. p. 379 : « *tout va bien tant que les convictions relatives à la façon dont le droit communautaire devrait être ne sont pas habillées sous la forme de descriptions relatives à ce qu'est la Communauté. Malheureusement, les deux projets sont souvent mélangés entre eux avec pour résultat une critique appauvrie et brouillée car fondée sur tant de présuppositions descriptives non exprimées* », t.d.a., « *this is as well as long as beliefs about the way Community law should be are not dressed-up as descriptions of the way the Community is. Unfortunately the two projects are often swirled in together, resulting in a critique impoverished and muddled by its foundation upon so many unarticulated descriptive assumptions.* ».

³⁶ Dans le même sens, cf. V. Constantinesco, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ I. Ward, « Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination », *European Law Journal*, 2001, vol. 7, p. 24.

³⁸ Cette approche s'est singulièrement et ouvertement développée suite au fameux discours prononcé par le ministre des affaires étrangères allemand Joschka Fischer le 12 mai 2000 à l'Université Humboldt de Berlin sur la finalité politique de l'Union européenne (cf. J. Fischer, « Traduction française du discours sur la finalité de l'intégration européenne prononcé le 12 mai 2000 à Berlin » in R. Dehousse (dir.), Une Constitution pour l'Europe ?, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 229).

Cf. M. Masepow, « Die Finalität Europas im globalen Kontext : Integrationskonzepte und Perspektiven – Zwischen internationaler Organisation und europäischem Bundesstaat », Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität Berlin, *WHI-Paper*, 2004, n° 16, S.2 : « *Der Vertrag von Maastricht stellt eine Zäsur in der Entwicklung des europäischen Integrationsprojektes dar. Nach einhelliger Meinung schwand in den frühen 90er Jahren die passive Zustimmung der Bevölkerungen zur EU, der so genannte „permissive consensus“; Fragen nach der Legitimität der neuartigen politischen Einheit bestimmen seither in weit stärkerem Maße als zuvor die integrationspolitische Debatte. Die Erklärung von Laeken, der*

l'Union européenne, sa description ressemblant alors plus à une prescription, expression de ce que l'Union européenne devrait être³⁹. Cependant, quels enseignements méthodologiques peut-on tirer de ces tentatives de conceptualisation et controverses doctrinales ?

SECTION II. MÉTHODOLOGIE ADOPTÉE

Le débat précédemment retranscrit revêt plusieurs intérêts. En premier lieu, il a le mérite d'exister démontrant ainsi la volonté de relever le défi de la détermination de la nature de l'Union européenne. En second lieu, il est instructif en raison de ses lacunes mêmes. A cet égard, deux remarques peuvent être formulées. Tout d'abord, sont absentes de manière somme toute étonnante des analyses systémiques de l'Union européenne (§1). Or, sur le plan juridique, quelle que soit sa classification ultime, l'Union européenne constitue un système juridique. Ensuite, la question de la nature de l'Union européenne semble être abordée de manière éminemment théorique à travers une bataille de catégorisations conceptuelles. Cependant, il nous semble que toute analyse précisément théorique a pour but la description de phénomènes juridiques. Une approche inductive (§2) semble donc s'imposer. Ce n'est qu'à partir d'une telle approche qu'une opinion scientifique sur la nature de l'Union européenne pourra éventuellement être émise.

§1. Une analyse systémique

Si un constat peut être formulé quant au débat précédemment exposé, c'est celui de l'existence d'un vide conceptuel⁴⁰. Or, si le juriste a fait de se mouvoir dans les eaux du flou un art et de l'interprétation son sésame, poser le flou⁴¹ lui-même en méthode ne semble guère

Konvent und die jüngst beschlossene, obgleich noch nicht ratifizierte, Verfassung sind Folgen dieser Suche nach Legitimation. So ist es nicht verwunderlich, dass in diesem Jahrzehnt eine Vielzahl an Integrationskonzepten entstand, dass mit dem deutschen Außenminister Joschka Fischer im Jahr 2000 wieder ein aktiver Staatsmann seinen Namen mit der Finalitätsdebatte verband und ihr damit einen zusätzlichen Impuls verlieh. ».

Cf. Egalement N. Walker, « European Constitutionalism and the Finalité of Integration », in B. de Witte (dir.), *The Emerging European Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

³⁹ Cf. M. Poiares Maduro, « How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union », in J.H.H. Weiler, C.L. Eisgruber (dir.), « Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, *Jean Monnet Working Paper*, 2004, n° 5.

⁴⁰ Pour un exemple récent, J. Dickson, « How Many Legal Systems ?: Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *Oxford Legal Research Paper Series*, 2008, n° 40, spéc. p. 2.

⁴¹ Cf. F. Ost et G. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; des mêmes auteurs, *Le système juridique entre ordre*

constituer en soi une solution, pragmatique⁴² ou scientifique. Cependant, ce phénomène lui-même est instructif car il ne fait que rehausser le problème de méthode sous-jacent.

Il appert ainsi que la circonscription de l'objet d'étude est ici déterminante. Une interrogation se dresse alors. Sommes-nous face à une « *impasse ou* » à un « *problème mal posé* »⁴³ ?

Se résigner à l'impasse suppose de reconnaître le caractère indépassable des classifications traditionnelles et de se résoudre à retourner à la case départ de la 'sui-généricité' de l'Union européenne. Ainsi, les Professeurs Blumann et Dubouis constatent que « *[l]es controverses sur la détermination de la nature juridique de l'ordre juridique communautaire se sont aujourd'hui largement estompées. On s'accorde généralement à reconnaître que l'ordre juridique communautaire ne mérite ni la qualification d'ordre juridique international, ni celle d'ordre juridique interne, y compris d'ordre juridique fédéral. Aussi bien l'Union européenne n'est-elle ni un Etat fédéral, ni une organisation internationale comme les autres. Elle emprunte aux deux. C'est ce qui fait sa spécificité, laquelle conduit souvent à qualifier l'Union et son ordre juridique de sui generis.* »⁴⁴.

Considérer en revanche qu'il s'agit ici d'un problème mal posé conduit à rechercher l'origine de l'impasse. A ne prendre que l'exemple des catégories d'Etat fédéral et de confédération d'Etats⁴⁵, on ne peut oublier que les critères juridiques d'une telle classification ont fait l'objet de vifs débats. Georges Scelle parmi d'autres a démontré que ces critères ne parvenaient pas à embrasser la totalité des diverses expériences fédératives existantes et qu'ils ne pouvaient être considérés que, au mieux, comme partiels, au pire, comme vains⁴⁶. De surcroît, si les

et désordre, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 ; M. Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit, t. 1, Le relatif et l'Universel, Paris, Seuil, 2004, t. 2, Le pluralisme ordonné, Paris, Seuil, 2005.

⁴² Cf. Le constat de Jean-Paul Jacqué, Directeur au Service juridique du Conseil de l'Union européenne, dans son article « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies – L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, vol. 69, p. 3, spéc. p. 5 : « *Si un professeur au Collège de France pourrait faire son miel de l'idée de « concepts flous » ou de « systèmes autorégulés », il est douteux qu'un investisseur puisse en tirer la même jouissance.* », se fondant à l'appui de son affirmation sur le principe de sécurité juridique.

⁴³ Cf. V. Constantinesco, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ Cf. C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2005, p. 386.

⁴⁵ Cf. Par exemple, D. Ritleng, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, vol. 41, n° 2, p. 285, spéc. p. 294 : « *La nature juridique de l'Union européenne se laisse difficilement réduire aux concepts de confédération ou d'Etat fédéral. Cette distinction renvoie en effet à deux modèles figés de regroupement des entités étatiques. Or, ce qui caractérise essentiellement l'Union, c'est le dynamisme qui l'anime* ». Quant à l'essai de dépassement de cette distinction par la synthèse de la « fédération d'Etats-nations », dans toutes ses recompositions possibles, on ne peut que remarquer qu'aucune théorie exhaustive n'a encore vu le jour, cf. L. Dubouis, *op. cit.*, p. 88 *et seq.*, à part peut-être l'esquisse proposée par Olivier Beaud, « *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht – Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle* », *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, p. 1045 *et seq.* suivie de la théorie elle-même, cf. O. Beaud, Théorie de la fédération, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

⁴⁶ G. Scelle, *op. cit.*, Première partie, p. 192 *et seq.*

catégories esquissées ne se réfèrent qu'à des « *types idéologiques* »⁴⁷, apparaît alors clairement la difficulté d'appliquer de telles classifications, mouvantes, à la description du phénomène d'intégration juridique européenne. Une base aussi friable ne peut donc résolument servir de fondement à une telle opération. Elle contient en elle-même les germes d'une controverse doctrinale sans fin, chacun avançant ses propres critères, tirés d'un exemple concret spécifique et non universellement transposables, à l'appui de sa modélisation, sans pouvoir convaincre les autres parties au débat, puisant aux sources d'autres exemples répondant à d'autres critères.

Cependant, la doctrine a-t-elle réellement creusé jusqu'à la racine du problème ? A-t-elle tenté de remonter jusqu'au plus petit commun dénominateur ?

En effet, combien des études ayant fleuri en la matière traitent de la question fondamentale de la définition du système juridique qu'il soit de type interne ou international ?⁴⁸ Car enfin, si

⁴⁷ *Ibid.*, p. 192.

Cependant pour un tempérament, cf. G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Première partie – Théorie générale de l'Etat, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, trad. G. Fardis, p. 46 *et seq.*.

⁴⁸ Quelques rares auteurs ont tenté et tentent encore une telle aventure, donnant lieu parfois à une conceptualisation astucieuse. Il est ici possible de citer, R. Monaco, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 1967 ; W.C. Starr, « Hart's rule of recognition and the E.E.C. », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1977, vol. 28, n° 3, p. 258 ; F.E. Dowrick, « A Model of the European Communities' Legal System », *Yearbook of European Law*, 1983, n° 3, p. 224 ; M.L. Jones, « The legal nature of the European Community : a jurisprudential analysis using H.L.A. Hart's model of law and a legal system », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, p. 1 ; N. McCormick, « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n° 1, p. 1 ; du même auteur, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *op. cit.*, p. 517 ; T. Schilling, « The Autonomy of the Community Legal Order : An Analysis of Possible Foundations », *Harvard International Law Journal*, 1996, vol. 37, n° 2, p. 389 ; C. Richmond, « Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, p. 377 ; M. La Torre, « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law », *op. cit.*, p. 182 ; I. Weyland, « The application of Kelsen's theory of the legal system to the European Community Law – The supremacy puzzle resolved », *Law and philosophy*, 2002, vol. 21, n° 1, p. 1 ; R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, *op. cit.*, p. 167 *et seq.* ; N.W. Barber, « Legal pluralism and the European Union », *op. cit.*, p. 306.

La question devant alors être posée est celle de savoir si ces auteurs utilisent la théorie kelsenienne ou hartienne afin de décrire le droit de l'Union européenne tel qu'il est le plus adéquatement possible ou afin de trouver une légitimation pseudo-scientifique à leur préférence relativement à ce que l'Union européenne devrait être, cf. sur ce point, C. Richmond, *op. cit.*, p. 380 ; pour une illustration relative à la distortion des théories kelsenienne et hartienne, la première étant supposée favoriser une représentation hiérarchique des rapports droits nationaux / droit de l'Union européenne à l'avantage de ceux-là, la seconde étant supposée favoriser la représentation inverse, cf. T. Schilling, *op. cit.*, p. 398 *et seq.* Par ailleurs, une autre question à laquelle nous essaierons de répondre dans la seconde partie de la thèse est celle de savoir si lesdites théories sont à même de résoudre l'énigme de la nature juridique de l'Union européenne.

Enfin, d'autres auteurs considèrent cette entreprise comme impossible, du fait de l'impossibilité de réconcilier théoriquement des positions qui semblent irréconciliables. En ce sens, cf. P. Eleftheriadis, « Begging the Constitutional Question », *Journal of Common Market Studies*, 1998, vol. 36, n° 2, p. 255, spéc. p. 269 : « *La structure de l'ordre juridique de la Communauté européenne – et le choix entre les modèles 'moniste' et 'dualiste' – est une question à laquelle il ne peut être répondu au moyen de la doctrine constitutionnelle ou par référence aux concepts de souveraineté (ou Kompetenz-Kompetenz). Toute tentative visant à résoudre la question selon ces lignes devra poser la question constitutionnelle. Ainsi, ni la Cour européenne de justice ni le tribunal constitutionnel allemand ne nous fournissent une description convaincante de l'ordre juridique communautaire. En prenant pour acquis ce qui aurait dû être démontré, ils n'ont fait qu'affirmer et n'ont pas défendu leurs choix constitutionnels. Il semble donc que le seul moyen de sortir de ce cercle vicieux est de commencer à envisager l'ordre juridique non de l'intérieur, en tant que système continu de règles juridiques*

l'on raisonne en termes de science du droit, dans le cas d'un Etat, d'une organisation internationale, d'une fédération ou encore d'une confédération, comme il ressort clairement de la citation précédente des professeurs Blumann et Dubouis, n'est-ce pas de systèmes juridiques qu'il s'agit ? L'analyse d'une question aussi complexe que la nature juridique de l'Union européenne ne peut faire l'économie d'une telle recherche fondamentale. Ainsi, c'est en termes de systèmes juridiques que nous formulerons nos hypothèses.

Par ailleurs, le débat précédemment retracé à grands traits met à jour le point névralgique de la controverse : la définition juridique de l'Union européenne influe inexorablement sur la définition juridique des Etats membres. Si le statut conféré à l'Union européenne est celui d'une organisation internationale, aucune ombre ne plane sur le statut d'Etat des Etats membres. Si l'Union européenne devait être définie sous un autre jour juridique, le statut des Etats membres eux-mêmes pourrait alors en être affecté. Ainsi, le cœur du problème juridique considéré réside dans la détermination de la nature de la relation se jouant entre systèmes juridiques de l'Union européenne et des Etats membres. Cependant, par quel bout systémique aborder la question ? Il semble méthodologiquement adapté de se pencher sur la position des différents systèmes en cause quant à la nature de la relation qui les unit : les systèmes juridiques nationaux d'une part, le système juridique de l'Union européenne d'autre part. La question qu'il convient alors de résoudre est celle de savoir où chercher et trouver les indices de telles positions. Il nous semble à cet égard que la méthode inductive constitue le meilleur moyen de ne pas s'égarer.

hiérarchiquement ordonnées, mais de l'extérieur... ». Cependant il ne faut pas se méprendre, l'auteur ne propose pas ici de passer du point de vue interne des acteurs des différents systèmes juridiques étudiés au point de vue externe modéré de l'observateur puisqu'il précise : « ... *de l'extérieur, en tant qu'artifice politique et institutionnel* ». Enfin l'auteur finit par une proposition à faire dresser le poil de tout juriste : « *Selon cette perspective, ce qui compte n'est pas la cohérence et la continuité logique des ensembles de règles juridiques existants mais la justification normative de ce nouvel ordre juridique* ». La solution ici proposée est donc la démission et la dissimulation de carences par le dévoiement de la fonction scientifique juridique. T.d.a., « *The structure of the legal order of the European Community – and the choice between 'monist' or 'dualist' models – is a question that cannot be answered by means of constitutional doctrine or by reference to the concepts of sovereignty (or Kompetenz-Kompetenz). Any attempt to resolve the issue along these lines will have to beg the constitutional question. Hence, neither the European Court of Justice nor the German Constitutional Court has provided us with a convincing theoretical account of the Community legal order. By taking for granted what had to be shown, they merely asserted and did not defend their constitutional choices. It seems, then, that the only way out of the vicious circle is to begin considering the legal order not from within, as a continuous system of hierarchically arranged legal rules, but from without, as an institutional and political artifice. From this perspective, what matters is not the logical consistency and continuity of the existing body of legal rules, but the normative justification of the new legal order.* ».

§2. Une approche inductive

Comme l'affirmait en son temps Louis Le Fur, aux prises avec les catégories d'Etat fédéral et de confédération d'Etats et dont le propos peut sans nul doute être transposé à la typologie des systèmes juridiques que l'intégration juridique européenne interroge et bouscule : « *Il faut de plus se défier des idées a priori, sur lesquelles on base parfois tout un système, sans se préoccuper de savoir si cette conception purement théorique ne se trouve pas en contradiction avec les faits. Dans une question de ce genre, il est nécessaire de partir de l'étude des faits, de se baser sur le droit positif tel qu'il se trouve consacré et mis en pratique* »⁴⁹ par les systèmes juridiques concernés. Or, il nous semble qu'il est une controverse relative à une caractéristique spécifique du droit de l'Union européenne dont l'indétermination de la solution semble refléter celle jouant quant à la nature dudit droit : sa primauté sur le droit des Etats membres. Il s'agit d'une question non résolue qui, elle aussi, est fort ancienne et trouve son origine, peu après la création de la Communauté économique européenne, dans le fameux arrêt *Costa c. ENEL*⁵⁰ de la Cour de justice. De plus, à l'instar de la problématique de la nature de l'Union européenne et comme son nom l'indique, ce principe semble être au cœur des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres. Il convient donc de tester l'hypothèse selon laquelle c'est en tentant de comprendre les enjeux du débat entourant le principe de primauté, son sens et sa portée, que nous pourrions, par ce biais, percer le mystère de la nature de l'Union européenne.

SECTION III. **ANNONCE DE PLAN**

« La création de la société instituante, comme société instituée, est chaque fois monde commun – kosmos koinos : position des individus, de leurs types, de leurs relations et de leurs activités ; mais aussi position de choses, de leurs types, de leurs relations, de leur signification – les uns et les autres pris chaque fois dans des réceptacles et des référentiels

⁴⁹ L. Le Fur, Etat fédéral et confédération d'Etats, Thèse pour le doctorat sous la direction de Louis Renault soutenue en 1896, Faculté de droit de Paris, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, réimp., Gap, Louis-Jean, 2000, p. V.

Cependant, nous tenons à préciser que nous n'adopterons pas comme méthode ce qui est parfois décrit comme un « *réalisme naïf* » (cf. F. Sander, « Das Faktum der Revolution und di Kontinuität der Rechtsordnung », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1920, vol. 1, n° 3 et 4, p. 132), mais plutôt un « *idéalisme critique* » (cf. E. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science, *op. cit.*, p. 59).

Plus généralement, pour une claire présentation de la différence entre ces deux approches de la connaissance scientifique, cf. R. Cotterrel, The Politics of Jurisprudence, Londres, Butterworths, 1989, p. 85 *et seq.*

⁵⁰ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156.

institués comme communs, qui les font être ensemble. Cette institution est institution d'un monde au sens qu'elle doit et qu'elle peut tout recouvrir, que tout doit dans et par elle être, en principe, dicible et représentable, et que tout doit absolument être pris dans le réseau des significations, tout doit faire sens. La manière dont chaque fois tout fait sens, et le sens qu'il fait relève du noyau de significations imaginaires de la société considérée. Mais ce recouvrement n'est jamais assuré : ce qui lui échappe, parfois presque indifférent, peut être et est d'une gravité décisive. Ce qui lui échappe, c'est l'énigme du monde tout court, qui se tient derrière le monde commun social, comme à-être, c'est-à-dire provision inépuisable d'altérité, et comme défi irréductible à toute signification établie. Ce qui lui échappe aussi, c'est l'être même de la société en tant que société instituante, c'est-à-dire finalement en tant que source et origine d'altérité, ou auto-altération perpétuelle. (...) Portée le plus souvent par le phantasme de la maîtrise comme détermination exhaustive de l'être dans et par la théorie, la pensée héritée ne l'abandonne que pour sombrer dans la mélancolie de l'impuissance ou pour se poser comme déterminée elle-même depuis un ailleurs et se consoler en se disant que c'est l'être qui se dit en elle et par elle. »⁵¹

Le principe de primauté représente depuis cinquante ans le gouffre amer des sociétés juridiques européennes, dévoilant au grand jour le paradoxe de leur auto-pensée. Omniscientes et aveugles, elles sont les maîtres de l'ordonnement des significations au sein de leur propre monde juridique mais s'avèrent incapables de concevoir ce qui est autre qu'elles⁵². La primauté jouxte leur point d'indifférence, incarne ce qui leur échappe, constitue le témoin de l'énigme qui se cache derrière leur monde juridique. Absolu pour la société juridique de l'Union européenne, relatif aux yeux des sociétés juridiques nationales, ce principe semble plonger la doctrine dans la mélancolie de l'impuissance et renvoyer les plus hautes juridictions à la détermination de leur charte constitutionnelle. Les ouvrages de droit de l'Union européenne⁵³ mais aussi de droit constitutionnel⁵⁴ se gonflent de détails et précisions

⁵¹ C. Castoriadis, L'institution imaginaire de la société, Paris, Editions du Seuil 1975, réimp. 1999, p. 534 *et seq.*.

⁵² Pour une illustration, cf. J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies – L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *op. cit.*, mettant à jour les limites de l'appréhension par un système ou un de ses représentants du pouvoir judiciaire de son rapport à un autre système juridique du fait de l'existence de normes de référence distinctes, cf. p. 8 : « *Tout juge agit dans le cadre d'un ordre juridique dont les règles s'imposent à lui.* ».

⁵³ J.-P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 564 ; C. Blumann et L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 535 *et seq.* ; J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2006, p. 913 *et seq.* et 1002 *et seq.* ; J. Rideau (dir.), Les États membres de l'Union européenne – Adaptations – Mutations – Résistances, Paris, LGDJ, 1997 ; K. Lenaerts et P. Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, London, Sweet & Maxwell, 2^{ème} éd., 2005, p. 666 *et seq.*, P. Craig, G. De Búrca, EU Law – Text, Cases and Materials, Oxford, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2003, p. 275 ; D. Chalmers, C. Hadjiemmanuil, G. Monti, A. Tomkins, European Union Law – Text and Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 182 *et seq.* ; M. Claes, The national courts'

quant aux positions antagoniques desdites juridictions tandis que celles-ci campent sur leurs positions affûtées.

Christian Timmermans, juge à la Cour européenne de justice, dépeint ainsi la scène :

« En regardant ces dernières cinquante années, on ne peut que réitérer l'évidence. Les fondamentaux de l'ordre juridique de la Communauté furent établis au début des années soixante par les arrêts Van Gend en Loos et Costa c. ENEL et ce fut cette solide fondation qui permit le développement et le renforcement de la qualité de cet ordre juridique »⁵⁵.

Cependant, en contrepoint de cette solidité déclamée, ce juge ne peut s'empêcher de noter du point de vue national que *« les conséquences potentielles de ces décisions, en effet une bombe à retardement capable de briser les concepts traditionnels de souveraineté nationale, ne furent perçues que beaucoup plus tard dans les sphères politiques. A cet égard, on peut rappeler l'initiative prise dans les années soixante-dix par l'ancien Premier ministre français, Michel Debré, présentant une loi devant l'Assemblée nationale visant à sanctionner pour crime de forfaiture tout membre de la fonction judiciaire française qui respecterait une décision particulière de la Cour européenne de justice »⁵⁶.*

Comment les décisions de la Cour de justice ont-elles pu susciter de telles réactions ? La primauté touche-t-elle si profondément les systèmes juridiques en présence que des interprétations divergentes à son sujet ne puissent coexister ? Principe *« existentiel »*⁵⁷ de la société juridique de l'Union européenne défendu par la cour gardienne de celle-ci, combattu

mandate in the European Constitution, Oxford, Hart publishing, 2006, p. 385 *et seq.* ; K.J. Alter, Establishing the Supremacy of European Law – The Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; A. Oppenheimer (dir.), The relationship between European Community law and national law : the cases, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁵⁴ F. Hamon, M. Troper, Droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 29^{ème} éd., 2005 ; A. Ondua, Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution de France, Paris, L'Harmattan, 2001 ; S. Carmelli, La Constitution italienne et le droit communautaire – Etude de droit comparé, Paris, L'Harmattan, 2002.

Cf. Pour la constatation de ce phénomène, cf. F. Chaltiel, « Le droit européen dans les manuels de droit constitutionnel », *LPA*, 22 novembre 2006, n° 233, p. 10, cet auteur citant entre autres : P. Pactet, F. Melin-Soucramanien, Droit constitutionnel, Paris, A. Colin, 22^{ème} éd., 2005 ; P. Balchère, Droit constitutionnel, Paris, Hachette supérieur, 2005 ; B. Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, Paris, A. Collin, 22^{ème} éd., 2005 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, Droit constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

⁵⁵ C. Timmermans, « The European Union's Judicial System », *Common Market Law Review*, 2004, vol. 14, p. 393, t.d.a., « *Looking back over those past fifty years, one cannot but state the obvious again. The fundamentals of the Community's legal order were established in the early 1960s by Van Gend en Loos and Costa v. ENEL and it was this solid foundation that enabled the further development and strengthening of the quality of this legal order.* ».

⁵⁶ *Ibid.*, p. 394, t.d.a., « *The potential consequences of these decisions, indeed a time-bomb capable of shattering traditional concepts of national sovereignty, was only perceived much later at political levels. In that regard, one may recall the initiative taken in the 1970s by the former French Prime Minister, Michel Debré, presenting a bill to the French Assemblée Nationale intending to sanction for misfeasance ("crime de forfaiture") any member of the French judiciary who respected a particular decision of the European Court of Justice.* ».

⁵⁷ Expression empruntée au Tribunal constitutionnel espagnol, qualifiant le principe de primauté tel que consacré à l'article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cf. Tribunal constitutionnel espagnol, opinion 1/2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 13 décembre 2004, spéc. section 3.

ou minoré par les cours gardiennes des sociétés juridiques nationales, comment la primauté est-elle devenue l'un des points de clivage les plus saillants des rapports entre ces sociétés ? L'Union européenne n'est-elle pas avant tout l'Union de ses Etats membres, ceux-ci s'engageant à une loyale et sincère coopération⁵⁸ ? Quelle est donc la portée d'un tel principe ? Comment s'inscrit-il dans les sociétés juridiques européennes instituées et que révèle-t-il sur celles-ci en tant que sociétés institutantes ?

C'est ainsi que la nature même de ce principe est sujette au questionnement de la doctrine. Doit-il être conçu comme le « *fondement d'une nouvelle hiérarchie des normes* » européennes et nationales⁵⁹ ou comme une « *règle de conflit entre deux ordres juridiques* »⁶⁰ ? Soulève-t-il des interrogations quant à la validité ou à l'applicabilité des normes⁶¹ ?

Ce principe, à la limite des systèmes juridiques dont il constitue la passerelle, semble donc se trouver au cœur de l'intégration systémique européenne. Il se situerait ainsi à l'origine même

⁵⁸ Cf. Article 10 du Traité instituant la Communauté européenne ; article I-5 (2) du Traité établissant une Constitution pour l'Europe lequel pourrait être inséré dans un article 4 du Traité sur l'Union européenne remplaçant l'actuel article 3 par l'entremise du Traité réformateur, cf. Annexe 1 « Modifications apportées au Traité sur l'Union européenne » de l'Annexe I « Projet de mandat pour la CIG » des Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Bruxelles, 21 et 22 juin 2007, Bruxelles, 23 juin 2007, 11177/07, CONCL 2, spéc. p. 25.

⁵⁹ A. Levade, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Etudes et doctrines, 2005, n° 18. Pour une conclusion positive en la matière cf. R. Medhi, « La double hiérarchie normative à l'épreuve du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 443, spéc. p. 457 *et seq.*, par application du concept de « deuxième hiérarchie » caractérisant « les rapports entre les normes communautaires et les normes nationales ut singuli » (*ibid.*, p. 445) cher à Jean-Claude Gautron (cf. de cet auteur, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 25, spéc. p. 58). Cf. Dans le même sens, C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, pt 17 : « les dispositions du Traité et les actes des institutions directement applicables (...) font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres ».

Cf. Egalement plus spécialement au sujet de l'arrêt *Costa c. ENEL*, V. Constantinesco, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration – Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne, Heymans, 1984, p. 114 : « ce raisonnement apparaît davantage comme l'opinion de la Cour sur la question des rapports entre ordres juridiques communautaire et national que comme l'expression d'une règle de conflit, même implicite, que contiendraient les traités » ; de même, P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 85 : « De cette conception [de la Cour] résulte la notion d'une hiérarchie clairement tracée entre le droit communautaire et le droit national » et dans le même sens, J.H.H. Weiler, « Federalism without Constitutionalism : Europe's Sonderweg », in K. Nicolaidis et R. Howse (dir.), *The Federal Vision : Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 57.

⁶⁰ D. Ritleng, « Le principe de primauté du droit de l'Union », op. cit., p. 285, spéc. p. 293.

⁶¹ Nous faisons ici référence au raisonnement suivi par le Tribunal constitutionnel espagnol dans sa déclaration 1/2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 13 décembre 2004, distinguant entre d'une part suprématie de la Constitution espagnole et questions de validité et de l'autre primauté du droit de l'Union européenne et questions d'applicabilité, ayant suscité un grand intérêt au sein de la doctrine. Cf. l'excellent commentaire de F. Castillo de la Torre, « Commentary on Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional Court), Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe », *Common Market Law Review*, 2005, vol. 42, p. 1169, spéc. p. 1178 et p. 1186 *et seq.* Pour un commentaire en Français, cf. L. Burgorgue-Larsen, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC no 1/2004) : un Solange II à l'espagnole », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 154.

de cette expression. Afin d'expliquer cette hypothèse et de tenter de répondre aux interrogations qu'il suscite, il convient d'en restituer la perception tant du point de vue du système juridique de l'Union européenne (partie première) que du point de vue des systèmes juridiques des Etats membres (partie seconde), dans l'espoir de percer à jour la nature des rapports de système européens et, par ce biais, celle de l'Union européenne.

Partie I. La conception européenne du principe de primauté

Partie II. La réception nationale du principe européen de primauté

PARTIE I.

LA CONCEPTION EUROPÉENNE DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

*« Dans la langue des oiseaux, la savante cabale,
Melchior, vous vous exprimerez
Et que la Pierre philosophale
Surgisse de vos traités. »⁶²*

⁶² J. Herman, De la Pierre Philosophale, Oubesk, Tetrasomia, 1984, poème VII.

Bien que pierre angulaire de l'effectivité du droit de l'Union européenne⁶³, le principe de primauté ne se trouve actuellement consacré ni dans le Traité sur l'Union européenne, ni dans le Traité instituant la Communauté européenne⁶⁴. Il est en effet d'origine prétorienne et a été formulé pour la première fois en 1964 par la Cour de justice dans son arrêt *Costa c. ENEL* relativement au droit purement communautaire. Celle-ci ne l'a, depuis lors, jamais démenti⁶⁵. On pourrait donc s'interroger sur la pertinence de consacrer une analyse minutieuse à ce principe. Les raisons sont ici plurielles. Tout d'abord, ses contours sont encore aujourd'hui contestés par les juridictions nationales (les plus hautes), alors que, rappelons-le, les juridictions nationales sont les principaux artisans de l'application du droit de l'Union dans les Etats membres⁶⁶. Deuxièmement, le principe de primauté a été récemment en passe de trouver une expression conventionnelle à travers l'article I-6 du défunt Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶⁷. Or la déclaration *ad* article I-6 faisait référence à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière⁶⁸. De plus, si le Traité de Lisbonne, héritier

⁶³ Ceci est l'une des raisons principales invoquées à l'appui de la création prétorienne du principe de primauté suivant de peu celle du principe d'effet direct (C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, p. 1), ces deux principes permettant de préserver l'unité du droit communautaire dans le sens d'une uniformité d'application au sein des Etats membres, cf. P. Pescatore, Le droit de l'intégration, *op. cit.*, p. 85 ; B. De Witte, « Retour à « Costa » – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, *op. cit.*, p. 425, spéc. p. 440 *et seq.* ; J.-P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 563 ; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, *op. cit.*, p. 665 *et seq.*

⁶⁴ Certes le projet Spinelli du 14 février 1984 avait vocation à reconnaître son existence (Cf. Article 42 du projet Spinelli : « *Le droit de l'Union européenne est directement applicable dans les Etats membres. Il prévaut sur les droits nationaux.* » reproduit in C. Blumann et L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 540). De même, de façon cette fois-ci officielle mais purement implicite, l'article 2 du Protocole annexé au Traité d'Amsterdam relatif aux principes de subsidiarité et de proportionnalité dispose que l'application desdits principes « *ne porte pas atteinte aux principes mis au point par la Cour de justice en ce qui concerne la relation entre le droit national et le droit communautaire* ». Il ne faut pas beaucoup d'imagination pour réaliser que le premier d'entre eux n'est autre que le principe de primauté du droit de l'Union européenne.

⁶⁵ Cf. Sur ce point, J.-E. Schoettl, « Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel », in Conseil d'Etat, Rapport public 2007 – Jurisprudence et avis de 2006 – L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ?, Etudes et documents n° 58, disponible sur le site internet du Conseil d'Etat, p. 379, spéc. p. 380 *et seq.*, dressant un bilan de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière.

⁶⁶ Cf. Article 10 du Traité instituant la Communauté européenne et C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629 ; C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame I*, C-213/89, *Rec.* p. 2433. Cf. Egalement l'excellente thèse de Olivier Dubois sur le sujet intitulée Les juridictions nationales, juge communautaire, Paris, Dalloz, 2001.

⁶⁷ Article I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres.* ».

⁶⁸ Cf. A. Déclarations relatives à des dispositions de la Constitution, « *1. Déclaration ad article I-6 – La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance* ». Il convient cependant de noter l'origine de cette déclaration. Celle-ci ayant été élaborée non pas tant en tant que consécration de la position de la Cour relativement au principe de primauté mais en vue d'en circonscrire le champ d'application et d'exclure clairement de son domaine la PESC (politique étrangère et de sécurité commune), cf. Letter from Mr Jack Straw, MP, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs answering further questions put by the Committee on the 5 November 2003 : « *Comme relevé par Monsieur Heathcoat-Amory, nous avons soulevé la question du projet d'article [I-10] auprès de la Présidence, comme nous l'avons fait lors de la Convention (...) afin de recevoir la confirmation que cet article reflète bien simplement, comme cela était l'intention, la jurisprudence existante.* ».

du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, ne contient aucune clause spécifique relative au principe de primauté, la Conférence intergouvernementale qui s'est réunie à Lisbonne le 18 octobre 2007 a approuvé une déclaration à l'Acte final, laquelle, même si elle se trouve dépourvue de force contraignante, fait également expressément référence à la jurisprudence de la Cour, à ce détail près qu'est désormais évoquée⁶⁹ non plus la primauté du droit communautaire, celui-ci fusionnant avec le droit de l'Union européenne⁷⁰, mais et par conséquent, la primauté du droit de l'Union⁷¹, laissant alors ouverte à toutes les conjectures la

Jean-Claude Piris, le Directeur général du Service juridique du Conseil, a confirmé que cela était bien le cas. », t.d.a., « *As Mr Heathcoat-Amory noted, we raised the drafting of the Article with the Presidency, as we did in the Convention (...). This was to seek clarification that the article does indeed, as intended, simply reflect existing case-law. Jean-Claude Piris, Head of the Council Legal Service, has confirmed that this is the case.* »; House of Lords – Select Committee on the European Union, Session 2002-2003, 41ème rapport, « *The Future of Europe – The Convention's Draft Constitutionel Treaty* », p. 25: « *135. Ainsi le projet de Traité apporte à ceux qui craignent que l'Union européenne ne devienne trop similaire à un Etat un soulagement considérable. Nous examinerons plus en détail dans un prochain rapport la question de savoir s'il est nécessaire de clarifier les termes de l'article 10 du projet de Traité en ce qui concerne la primauté du droit de l'Union européenne, laquelle existe depuis 1964 et a été (...) une condition clef de l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne. Cependant, il est nécessaire de clarifier la question de savoir si les matières relatives à la Politique étrangère et de sécurité commune entrent dans le champ de l'article 10.* », en emphase dans le texte, t.d.a., « *135. Thus there is considerable re-assurance in the draft Treaty for those who fear that the EU is becoming too much like a state. We will be examining more closely in a further report whether there is a need to clarify the language of Article 10 of the draft Treaty about the primacy of EU law which has existed since 1964 and was, according to the White Paper (page 30), a key condition for UK membership of the EU. There is, however, a need for clarification whether matters of CSFP fall within the scope of Article 10.* ». Cf. Egalement, J.P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit., p. 569, au sujet du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : « *Une déclaration annexée à l'acte final précise que cette formule reflète la jurisprudence actuelle de la Cour, ce qui laisse ouverte la question de la primauté des mesures adoptées au titre de la PESC puisqu'il n'existe, et pour cause, aucune jurisprudence sur ce point.* ». Les opinions sont donc diverses en la matière.

⁶⁹ Et ce, à l'instar du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁷⁰ Nous aimerions ici préciser un point méthodologique important. En raison de la fusion prévue par le Traité de Lisbonne entre la Communauté européenne et l'Union européenne, la première étant considérée jusqu'à présent comme faisant partie de la seconde (cf. Article 1^{er} TUE : « *L'Union est fondée sur les Communautés européennes complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité* »), il nous semble approprié d'évoquer désormais le principe de primauté du droit de l'Union européenne et non plus celui de primauté du droit communautaire, la question de savoir dans ces conditions quelles sont les normes européennes qui jouissent de la primauté étant une question distincte bien que liée. Par ailleurs, il convient bien entendu d'éviter tout anachronisme. Ceci est la raison pour laquelle lorsque nous analyserons par exemple l'arrêt de principe *Costa c. ENEL* de la Cour de justice (C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, op. cit.) consacrant le principe de primauté, c'est bien entendu la primauté du droit communautaire que nous mentionnerons.

⁷¹ Cf. Présidence de la CIG, « *CIG 2007 – projet de déclarations* », CIG 3/1/07 REV 1, Bruxelles, 5 octobre 2007 : « *27. Déclaration relative à la primauté. La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence. En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260): « Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007 : Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Costa contre ENEL(1)*), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice.* ». (La note en bas de page 1 reproduisant la partie suivante de l'arrêt *Costa c. ENEL* : « *Il [en] résulte (...) qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de*

question de savoir si un tel principe, toujours sur le fondement de l'arrêt *Costa c. ENEL*, pourrait un jour trouver application en ce qui concerne des normes européennes, autres que communautaires⁷². Ainsi, la compréhension de la nature et de la portée ou de l'importance du

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. ».

⁷² La question qui se pose est donc celle de savoir si la suppression formelle de la structure en piliers de l'Union européenne : pilier communautaire, pilier PESC et pilier JAI marque réellement la disparition de celle-ci. En effet, traditionnellement, le principe de primauté ne s'applique que dans le cadre du pilier communautaire et l'extension du jeu de ce principe aux normes des piliers PESC et JAI dépend en premier lieu des critères relatifs à son application. Le jeu du principe de primauté est-il lié à l'effet direct des normes européennes, seules les normes communautaires en étant pourvues, ou à leur caractère obligatoire, permettant alors son extension à d'autres normes européennes ?

Quant au lien entre primauté et effet direct, s'il était implicite dans l'arrêt *Costa* (C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *op. cit.*) comme nous l'étudierons dans le premier chapitre de cette partie, il apparaissait par exemple explicitement dans l'arrêt *Simmenthal* de 1978 (C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, pt 17, *op. cit.*). Cependant, certains auteurs, notamment Koen Lenaerts, juge à la Cour de justice, défendent l'idée selon laquelle un tel lien n'a rien de nécessaire, l'élément déterminant consistant en l'existence ou non d'une contradiction entre une norme européenne et une norme nationale. Cf. K. Lenaerts, T. Corthaut, « Of Birds and Hedges : the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », *European Law Review*, 2006, vol. 31, n° 3, p. 287, spéc. p. 290 : « *Lorsqu'il s'agit de primauté, la seule question consiste à savoir si un conflit peut être identifié.* », t.d.a., « *When it comes to precedence the only question is whether a conflict can be identified.* ». Cf. Egaleant, K. Lenaerts, « The Rule of Law and the Coherence of the Judicial system of the European Union », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, p. 1625, article dans lequel cet auteur semble concevoir la primauté du droit de l'Union européenne et non uniquement du droit communautaire comme un remède aux limites de la compétence de la Cour en ce qui concerne notamment les décisions-cadres (cf. art. 35 TUE) ou l'absence d'effet direct de ces dernières (cf. art. 34 paragraphe 2. b TUE). Or, c'est en ce sens que pourrait également être interprétée la consécration par la Cour de justice de l'effet indirect (ou principe d'interprétation conforme) des décisions-cadres dans son arrêt *Pupino* (C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec. p. I-5285*). L'intérêt réside ici en ce que la combinaison des principes de primauté et d'effet indirect pourrait bien constituer un moyen de pallier à l'absence d'effet direct desdites décisions-cadres. Or, c'est précisément la suggestion que fit l'avocat général Bot dans ses conclusions sous l'affaire *Kozłowski*, (cf. Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 28 avril 2008, *Procédure pénale contre Szymon Kozłowski*, C-66/08 ; nous remercions le Professeur Azoulai de nous les avoir indiquées), interprétant l'arrêt *Costa* (*op. cit.*) comme n'établissant pas un lien nécessaire entre le principe de primauté et l'effet direct de la disposition en cause. En effet, selon l'avocat général Bot, les critères posés par cet arrêt sont ceux de l'existence d'un transfert de compétences dans la matière concernée et du caractère obligatoire de l'acte en cause, critères remplis en ce qui concerne les décisions-cadres, dont il souligne par ailleurs la ressemblance avec les directives communautaires à l'endroit desquelles s'applique le principe de primauté (cf. Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 28 avril 2008, *Procédure pénale contre Szymon Kozłowski*, C-66/08, pts 114-115). Ainsi, « *une décision-cadre, comme tout acte de droit communautaire obligatoire, a vocation à primer toute disposition de droit interne quelle qu'elle soit, même de nature constitutionnelle ou appartenant à une loi fondamentale* » (*ibid.*, pt 115). Cependant la Cour de justice ne suivit pas le raisonnement proposé par l'avocat général Bot et éluda soigneusement cette question de principe (cf. C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Kozłowski*, C-66/08, *JOCE* C107, 30 juillet 2008, p. 18). Le silence de la Cour peut donc être interprété soit comme un refus d'étendre le jeu du principe de primauté aux normes européennes autres que communautaires, soit comme laissant cette question ouverte. Il est enfin à remarquer que l'arrêt *Pupino* de la Cour (C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *op. cit.*) consacrant l'effet indirect des décisions-cadres avait soulevé une levée de boucliers de la part des juridictions nationales, à commencer par le Tribunal constitutionnel allemand auquel l'avocat général Bot semble faire allusion dans ses conclusions (Cf. L'opinion dissidente éloquent en la matière du juge constitutionnel allemand Gerhardt, Tribunal constitutionnel, 18 juillet 2005, 2 *BVerfGE* 2236/04, reproduit en anglais in *Common Market Law Report*, 2006, p. 16, paragraphe 189 : « *Je regrette profondément que le Tribunal constitutionnel refuse ainsi de coopérer de façon constructive à l'élaboration de solutions européennes. (...) Le fait que le Tribunal constitutionnel n'a pas tenu compte de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Pupino, que ce soit sur le plan conceptuel ou dans le cadre d'une discussion sur ses conséquences potentielles, ne sert pas le droit.* », t.d.a., « *I greatly regret that the Court thus refuses to collaborate constructively on European solutions. (...) The fact that the court did not consider the judgment of the Court of justice in the Pupino case, either in conceptual terms or in a discussion of its possible consequences, does not serve the law.* ». Plus généralement,

principe de primauté repose de façon primordiale sur la compréhension de la signification qu'il revêt selon son créateur : la Cour de justice. Quant à sa nature, l'analyse de l'argumentation développée par la Cour à son propos⁷³ s'avère donc primordiale (chapitre premier) et quant à sa portée, celle-ci dépend en premier chef de la place qu'il occupe dans la relation tissée entre Union européenne et Etats membres toujours selon ladite Cour et de la modélisation systémique qu'il est possible de formuler de cette relation (chapitre second). Ceci nous permettra d'explorer l'hypothèse selon laquelle les conséquences systémiques de l'arrêt *Costa c. ENEL* ont été sous-évaluées faute d'une analyse théorique suffisamment poussée. Or « [l]e présent est indéfini⁷⁴, le futur n'a de réalité qu'en tant qu'espoir présent, le passé n'a de réalité qu'en tant que souvenir présent. »⁷⁵. Essayons donc de retracer le passé du principe de primauté dans l'espoir de mieux en appréhender ne serait-ce que le présent.

sur la saga nationale du mandat d'arrêt européen, cf. O. Pollicino, « Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo : la saga del mandato di arresto europeo come modello di analisi », *European Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 220 ; J. Komárek, « European constitutionalism and the European arrest warrant : In search of the limits of 'contrapunctual' principles », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n°1, p. 9). Par conséquent, la position de la Cour dans l'affaire *Kozłowski* précitée peut en tout état de cause être interprétée comme une marque de prudence de sa part. A noter par exemple que la consécration du principe de primauté relativement aux décisions-cadres risquerait de poser des difficultés ou de soulever l'opposition notamment des juridictions italiennes, lesquelles associent étroitement principes de primauté et d'effet direct, ou encore françaises, lesquelles semblent avoir déjà à disposition les moyens d'une 'contre-offensive' comme nous l'étudierons dans le premier chapitre de la seconde partie de cette thèse. Nous tenions simplement à souligner les zones d'ombre qui entourent encore le champ d'application du principe de primauté du droit de l'Union européenne tant en ce qui concerne le pilier JAI que le pilier PESC (cf. notes en bas de page 68 et 71).

⁷³ Nous aimerions en aparté citer la très judicieuse remarque formulée par le Professeur Walker dans le cadre d'une discussion relative au présent développement : « *Pourquoi le cas le plus cité dans l'histoire du droit communautaire est-il si peu analysé ? Parce que, je suppose, il remplit la fonction d'un mythe ou d'un mantra, d'un point de référence clef dans un récit des origines – à ne pas examiner de trop près sauf à le voir perdre sa fonction mythique – plutôt que d'être perçu comme un simple cas, bien qu'important, avec ses propres suppositions, sa logique instrumentale et ses déficiences* », t.d.a., « *Why is the most cited case in the history of EC law so badly analysed? Because, I suppose, it performs a mythic or mantra function, a key point of reference in a narrative of foundations, not to be examined too closely unless it ceases to serve its mythic function, rather than a profane if important case with its own assumptions, instrumental logic and deficiencies.* », courriel du 1er octobre 2007.

En ce sens également, cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Société Française pour le Droit International, *Colloque de Bordeaux – Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Paris, Pédone, 2000, p. 207, spéc. p. 218, à propos de l'arrêt *Costa* : « *On peut légitimement estimer que cette sacralisation de la spécificité du droit communautaire (...) a eu une fonction incantatoire, visant, par répétition rituelle de la formule magique, à forger un véritable mythe.* ».

Si cette analyse est acceptée, alors nous dirons que nous poursuivons une tâche de démythification pour ne pas dire démythification de cet arrêt, meilleur hommage qui puisse lui être rendu.

⁷⁴ Nous aimerions ici préciser la notion d' 'indéfini' en reproduisant l'explication de Gilles Deleuze : « *L'indéfini, c'est le fait que je doive toujours passer d'un terme à un autre terme, toujours, sans arrêt, mais sans que le terme suivant auquel j'arrive préexiste (...)* C'est Kant qui sera le premier philosophe à donner un statut à l'indéfini, et ce statut ce sera précisément que l'indéfini renvoie à un ensemble qui n'est pas séparable de la synthèse successive qui le parcourt. C'est-à-dire que les termes de la série indéfinie ne préexistent pas à la synthèse qui va d'un terme à un autre. » in *Les cours de Gilles Deleuze*, « Deleuze / Leibniz », Cours Vincennes, 22/04/1980, disponible sur le site internet www.webdeleuze.com .

⁷⁵ Extrait de « Tlön, Uqbar, Orbis Tertius », in J.L. Borges, *Fictions*, Paris, Gallimard, 1991.

Chapitre I. Stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice

Chapitre II. Modélisation systémique de la stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice

CHAPITRE I.
STRATÉGIE ARGUMENTATIVE
ADOPTÉE
PAR LA COUR DE JUSTICE

« *La vie [juridique] c'est une pièce de théâtre : ce qui compte (...) [c'] est qu'elle soit bien jouée* »⁷⁶. Or, l'arrêt *Costa c. ENEL*, représentant la consécration jurisprudentielle du principe de primauté du droit communautaire, constitue un véritable bijou d'argumentation juridique. Ceci est d'autant plus remarquable si l'on considère que les juges à la Cour sont issus de traditions juridiques nationales différentes. Cependant comme le note l'avocat général Lagrange⁷⁷ retraçant les premières années de fonctionnement de la Cour : « *ce fut à ce point que se manifesta une seconde surprise. Il s'avéra tout aussi facile d'arriver à une solution concrète dans des affaires spécifiques, ou tout au moins de définir clairement les solutions concurrentes parmi lesquelles la Cour se devait de choisir, qu'il avait été difficile de réconcilier les différences abstraites entre les divers systèmes juridiques. En effet, ces systèmes menaient presque toujours à une solution identique dans chaque cas donné.* »⁷⁸. Ainsi, comment les juges en sont-ils arrivés à concocter le principe de primauté ? Quelle(s) en étai(en)t l(es) alternative(s) et quelles en sont les justifications ? Afin d'en dévoiler la mise en scène juridictionnelle, nous observerons, une fois n'est pas coutume, un mouvement en trois temps. Exposition (section première) ou la présentation des acteurs juridiques, du lieu et du temps de l'action fournissant toute l'information préalable nécessaire à la compréhension de la situation juridique à laquelle la Cour s'est trouvée confrontée, Intrigue (section deuxième) ou nœud de l'action, retraçant l'agencement des différents outils juridiques utilisés par la Cour afin de justifier le principe de primauté, Dénouement (section troisième) soit l'explication de la façon dont les différents éléments de l'action juridique s'articulent les uns par rapport aux autres, l'interprétation-évaluation de la position de la Cour.

SECTION I. *EXPOSITION*

Comprendre le principe de primauté tel que posé par la Cour de justice dans son arrêt *Costa c. ENEL* c'est avant tout comprendre le contexte juridique précis de l'arrêt car la solution à laquelle celui-ci aboutit est le fruit d'un processus d'argumentation juridique c'est-

⁷⁶ Lettre LXXVII – La flotte d'Alexandrie in Sénèque, *Apprendre à vivre – Lettres à Lucilius*, Paris, Editions Arléa, 2001, trad. A. Golomb.

⁷⁷ Maurice Lagrange joua par ailleurs le rôle d'avocat général dans l'affaire *Costa* cf. Conclusions de l'avocat général Lagrange présentées le 25 juin 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1141.

⁷⁸ M. Lagrange, « The Court of Justice as a Factor in European Integration », *American Journal of Comparative Law*, 1966-1967, vol. 15, n° 4, p. 709, spéc. p. 719, t.d.a., « *It was at this point that a second surprise was encountered. It proved quite as easy to arrive at a concrete solution of specific cases, or at least to delineate clearly the competing solutions from which the Court was to choose, as it had been difficult to reconcile the abstract differences between the various legal systems. In fact, those systems almost always led to an identical conclusion in any given case* ».

à-dire d'un processus de justification⁷⁹ de la décision selon le droit en vigueur. A cet égard, il peut être remarqué que la Cour a dû prendre en considération non seulement la duplicité antagonique du principe d'autonomie : autonomie des Etats membres *versus* autonomie du droit communautaire (paragraphe premier) mais encore une série de contraintes argumentatives émergeant du contexte juridique dudit arrêt (paragraphe second).

§1. Autonomie des Etats membres *versus* autonomie du droit communautaire

La Cour, afin de juger de l'opportunité juridique de la consécration du principe de primauté, a dû confronter deux tendances contradictoires : d'un côté le principe traditionnel de l'autonomie des Etats membres questionnant l'acuité du principe de primauté (A), de l'autre le principe émergent de l'autonomie du droit communautaire confortant la consécration d'un tel principe (B).

A. Le principe traditionnel d'autonomie des Etats membres

Le principe d'autonomie des Etats membres constitue l'un des éléments que la Cour a dû prendre en compte afin de déterminer le caractère juridiquement fondé ou non de la consécration du principe de primauté. Il s'agit en effet d'un principe classique du droit international (1) dont la pertinence semble avoir été reconnue en droit communautaire (2).

1. Un principe classique du droit international

Afin de comprendre le raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt *Costa*, il convient d'appréhender les circonstances dans lesquelles le principe d'autonomie des Etats membres est entré en jeu et la portée qui lui a été attribuée dans cette affaire. Or cela suppose d'avoir présent à l'esprit le droit valide en l'espèce et plus précisément les règles de ce droit applicables au cas soumis à la Cour.

Quant au premier point, la solution se trouve dans le texte du Traité instituant la Communauté européenne tel que rédigé à l'époque de l'arrêt *Costa* c'est-à-dire dans le Traité de Rome. En effet, celui-ci dispose en son article 164⁸⁰ que « *la Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité* ». De plus, dans le cas de l'affaire

⁷⁹ Cf. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 19.

⁸⁰ Article 220 du Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée de Nice.

Costa, la saisine de la Cour avait « pour objet une demande de décision préjudicielle, formée sur la base de l'article 177 du Traité CEE par le giudice conciliatore de Milan »⁸¹, l'article 177 du Traité CEE prévoyant que « la Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, a) sur l'interprétation du présent Traité »⁸². Il ressort donc tant de la compétence de la Cour telle que prévue par le Traité CEE que de la procédure de saisine spécifique utilisée en l'espèce que le droit que la Cour se doit d'appliquer aux affaires qui lui sont soumises et à l'affaire 6/64 en particulier est le droit communautaire⁸³.

Dans ce cadre, comment la Cour identifie-t-elle les règles de droit communautaire pertinentes en l'espèce ? Tout d'abord, celles-ci sont bien entendu fonction de l'objet du recours en interprétation formulé par le *giudice conciliatore* de Milan. Cependant, là n'est pas le seul critère. Doivent également être prises en compte les observations éventuelles des Etats membres, de la Commission et du Conseil⁸⁴, auxquelles la Cour se doit d'apporter une réponse. En effet, la particularité de la procédure préjudicielle de l'article 177 du Traité CEE consiste en son caractère participatif⁸⁵. Or, précisément, le principe de primauté du droit communautaire a été posé par la Cour dans le cadre de l'exception d'incompétence soulevée par le gouvernement italien à son encontre. Il constitue sa réplique à l'argumentation développée par ce gouvernement à l'appui de ses observations. Afin de mieux comprendre ce principe, il est donc vital d'éclairer la position dudit gouvernement. Quel est donc le moyen invoqué par le gouvernement italien ? La Cour le présente ainsi : il s'agit de « l'irrecevabilité absolue » de la demande du *giudice conciliatore*, au motif que la

⁸¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156.

⁸² Cf. Article 234 du Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée de Nice.

Il est intéressant de noter que le 3 juin 1964 la Cour a rendu dans l'affaire *Costa c. ENEL* une ordonnance relative à la recevabilité d'une requête en intervention déposée par la société Edison à l'appui des conclusions de Monsieur Costa, dans laquelle elle explicite le rôle du renvoi préjudiciel : « l'article 177 du Traité CEE n'ouvre pas une procédure contentieuse tendant à trancher un différend, mais institue une procédure spéciale destinée, en vue d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire par une coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales, à permettre à celles-ci de solliciter l'interprétation des textes communautaires qu'elles appliqueront aux litiges dont elles sont saisies ».

⁸³ Pour une confirmation absolue de ce principe, antérieure à l'arrêt *Costa*, relativement au système CECA similaire au système CEE en la matière cf. C.J.C.E., 4 février 1959, *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1/58, *Rec.* p. 43, pt 4 A) : « selon l'article 31 du Traité [CECA], la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité et des règlements d'exécution ; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne ; qu'en conséquence elle ne saurait accueillir le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes de droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la Loi fondamentale ». De même dans le cadre du système CEE, cf. C.J.C.E., 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, 13/61, *Rec.* p. 89, arrêt à l'occasion duquel la Cour rappelle que « le droit national de la juridiction, qui demande une décision préjudicielle, et le droit communautaire constituent deux ordres juridiques distincts et différents ».

⁸⁴ Cf. Article 23 du Statut de la Cour de justice et article 104 du Règlement de procédure de ladite Cour.

⁸⁵ Cf. T. de La Mare, « Article 177 in Social and Political Context », in P. Craig et G. de Burca (dir.), *The Evolution of EU Law*, *op. cit.*, p. 215, spéc. p. 242.

juridiction nationale tenue d'appliquer une loi interne ne peut faire usage de l'article 177 »⁸⁶. Se trouve ici résumée en une phrase la quintessence de la conception italienne des rapports entre droit national et droit international. Il convient donc de se replonger dans l'état du droit international et de ses rapports avec les droits nationaux à l'époque de l'arrêt *Costa* afin de comprendre les tenants et les aboutissants du moyen invoqué par le gouvernement italien. Le droit international est traditionnellement indifférent⁸⁷ tant à la doctrine de réception du droit international choisie par les Etats : monisme ou dualisme qu'au rang accordé par ceux-ci aux normes conventionnelles dans la hiérarchie de leurs normes internes ou à la règle de conflit choisie dans le cadre de leur application⁸⁸. *Pacta sunt servanda* constitue en effet une obligation de résultat et non de moyen⁸⁹ consacrant ainsi l'autonomie des Etats membres dans l'exécution de leurs engagements internationaux. Preuve en est que le seul moyen de contrôle de l'action de l'Etat ne joue qu'*a posteriori* et consiste en l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour non respect de ses obligations internationales⁹⁰. Par application de ce principe d'autonomie de l'Etat dans l'accomplissement de ses obligations internationales dans un pays ayant adopté une approche dualiste quant à ses rapports avec le droit international comme l'Italie, toute norme internationale ne produit d'effet en droit interne qu'indirectement : par le biais d'une loi de transposition. Cependant, que se passe-t-il en cas d'adoption d'une loi nouvelle contraire aux dispositions de la loi de transposition ? Il s'agit alors d'une question purement interne, le droit international ayant été 'converti' en droit national. Or, en droit interne, la règle de conflit traditionnellement appliquée entre règles de rang législatif est le principe *lex posterior priori derogat*. Ainsi, l'application de cette règle de conflit de normes interne conduit le juge interne à appliquer la loi postérieure et prive de tout effet les dispositions de la loi de transposition en cause, engendrant par là même une violation du droit international. En raison de l'autonomie de l'Etat dans l'exécution de ses obligations internationales, le seul remède à une telle violation consiste en l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat en cause.

⁸⁶ Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1158.

⁸⁷ Sur cette expression, cf. C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pédone, 2001, p. 411.

⁸⁸ Cf. Sur la question, E. Stein, « Toward Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat : On the Margin of the Costa case », *Rivista di Diritto Internazionale*, 1965, p. 23 *et seq.* ainsi que dans le même sens l'excellente analyse proposée par Bruno De Witte dans son article « Retour à Costa – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *op. cit.*, p. 428 *et seq.*

⁸⁹ Sur la question, cf. toujours B. De Witte, *op. cit.*, p. 428.

⁹⁰ Sur la question, cf. J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 83 *et seq.*

Par conséquent, si l'on revient à la question du droit valide en l'espèce, il s'agit certes selon le gouvernement italien du droit communautaire mais en tant que droit international. De surcroît, suivant l'approche dualiste appliquée traditionnellement aux rapports entre le droit italien et le droit international, le gouvernement italien ne fait ici que défendre l'autonomie dont jouit son Etat dans la mise en œuvre de ses engagements internationaux, en l'espèce communautaires, et corrélativement l'application du principe de droit interne *lex posterior priori derogat*. Il ne fait par ailleurs en cela que suivre le raisonnement de la Cour constitutionnelle italienne dans sa sentence rendue quelques mois plus tôt toujours dans l'affaire *Costa c. ENEL*⁹¹. Ceci a pour conséquence que, selon le droit italien, une loi postérieure est opposable à toute loi de transposition de normes internationales, droit communautaire inclus, intervenue antérieurement. La Cour de justice n'a-t-elle pas elle-même reconnu dans son arrêt *Van Gend en Loos* de 1963 que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international* »⁹² ? Quand bien même la loi italienne n° 1643 du 6 décembre 1962 serait contraire à certaines dispositions du Traité CEE incorporé dans la législation italienne par la loi n° 1203 du 14 octobre 1957, par application du principe *lex posterior priori derogat*, ladite loi n° 1643, la plus récente, prévaut en droit interne et se doit d'être appliquée. Ainsi, la question préjudicielle du *giudice conciliatore* relative à l'interprétation de certaines dispositions du Traité dans l'hypothèse de leur violation par la loi n° 1643 n'a tout simplement pas lieu d'être. Elle reviendrait à remettre en cause le principe de droit

⁹¹ Pour mémoire, on peut ici restituer un extrait de la célèbre sentence n° 14 de la Cour constitutionnelle du 7 mars 1964, pt 6 : « *Il reste à examiner la question de la constitutionnalité de la loi instituant ENEL sous l'aspect de sa contradiction avec l'article 11 de la Constitution. (...) Cette norme signifie que lorsque se trouvent réunies certaines conditions, il est possible de conclure un traité emportant des limitations de la souveraineté et il est consenti de lui donner exécution par des lois ordinaires ; mais cela n'emporte aucune déviation des règles en vigueur concernant l'efficacité dans le droit interne des obligations acceptées par l'Etat dans ses rapports avec les autres Etats puisque l'article 11 n'a pas conféré à la loi ordinaire rendant exécutoire le traité une efficacité supérieure à celle propre à ce type de source de droit. (...) [L]a violation du traité, si elle emporte responsabilité de l'Etat sur le plan international, ne prive pas la loi en contradiction avec celui-ci de sa pleine efficacité. Sans aucun doute l'Etat doit faire honneur à ses engagements et sans aucun doute l'efficacité conférée au traité s'explique par la loi d'exécution. Mais parce que doit rester ferme l'empire des lois postérieures à celle-ci, selon les principes de la succession des lois dans le temps, il en résulte que toute hypothèse de conflit entre l'une et les autres ne peut donner lieu à des questions de constitutionnalité.* », t.d.a., « *Resta da esaminare la questione della incostituzionalità della legge istitutiva dell'E.N.E.L. sotto l'aspetto del suo contrasto con l'art. 11 della Costituzione. (...) La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria ; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto. (...) la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia. (...) Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità.* ».

⁹² C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 23. (C'est nous qui soulignons).

international d'autonomie des Etats dans la mise en œuvre de leurs engagements internationaux – tel le Traité CEE – et son corollaire en droit interne le principe *lex posterior priori derogat*, pouvoir que « *la juridiction nationale tenue d'appliquer la loi interne* »⁹³ ne possède pas.

Ainsi, par application du principe traditionnel de droit international d'autonomie des Etats dans l'exécution de leurs obligations internationales, le droit communautaire ne peut connaître des arrangements internes particuliers prévus par les Etats membres en vue de l'application du droit communautaire. Selon le gouvernement italien, il s'agit ici d'une limite incompressible à la compétence de la Cour. De plus, certains éléments, propres au droit communautaire, viennent étayer une telle interprétation.

2. Un principe reconnu en droit communautaire

Le droit communautaire, de par ses caractéristiques propres et sa faiblesse congénitale (b), semble corroborer la pertinence en l'espèce du principe d'autonomie des Etats membres, pertinence entérinée par la jurisprudence de la Cour de justice elle-même (a).

a. Un appui jurisprudentiel

De l'examen de la jurisprudence de la Cour antérieure à l'arrêt *Costa*, il ressort que celle-ci, dans un arrêt *Humblet* de 1960, a rappelé sans ambiguïté la séparation des fonctions des institutions communautaires d'une part et des organes nationaux d'autre part : « *la Cour n'a pas de compétence pour annuler des actes législatifs ou administratifs d'un des Etats membres ; qu'en effet le Traité CECA s'inspire du principe d'une séparation rigoureuse des compétences des institutions communautaires et de celles des organes des Etats membres ; que le droit communautaire n'accorde pas aux institutions de la Communauté le droit d'annuler des actes législatifs ou administratifs d'un Etat membre ; (...) que cette constatation des limites de la compétence de la Cour peut encore être étayée par un argument tiré des traités de Rome, notamment des articles 171 du Traité CEE et 143 du Traité CEEA, qui n'attribuent qu'un effet déclaratoire aux décisions de la Cour en cas de manquement aux traités, tout en obligeant les Etats à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt* »⁹⁴.⁹⁵ Ainsi cet arrêt consacre-t-il explicitement l'impossibilité pour la Cour « *de*

⁹³ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, Rec. p. 1158.

⁹⁴ C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. Etat belge*, 6/60, Rec. p. 1145.

s'ingérer directement dans la législation ou l'administration des Etats membres »⁹⁶. L'application du droit communautaire et le choix des moyens pour ce faire sont à la discrétion des Etats membres, confortant ainsi la thèse de l'incompétence de la Cour sur le fondement de l'autonomie des Etats membres défendue par le gouvernement italien. Par ailleurs, d'autres éléments confortent également ladite autonomie, notamment la faiblesse congénitale du droit communautaire.

b. Une faiblesse congénitale

Il semble qu'à l'époque de l'arrêt *Costa*, le droit communautaire, en tant que « *nouvel ordre juridique de droit international* »⁹⁷, était encore moins développé que le droit international⁹⁸, renforçant dans ce cadre l'autonomie des Etats membres. En effet, quel type de sanction existait au niveau communautaire afin de faire respecter par les Etats membres leur obligation d'exécution et de respect du droit communautaire ? Il s'agit d'une question vitale car l'absence de moyen de contrainte pourrait relativiser grandement l'effectivité du droit communautaire et laisser la Cour sans arme face à l'affirmation par l'Etat italien de son bon vouloir quant à l'application du droit communautaire. En droit international, l'autonomie de l'Etat dans l'exécution de ses obligations internationales trouve sa limite dans la possible

⁹⁵ Si l'arrêt *Humblet* a pour cadre le Traité CECA, la pertinence de cet arrêt relativement à la CEE provient, outre de la mention du Traité CEE lui-même dans ledit arrêt, du fait que « *les trois Communautés exercent leurs fonctions à l'intérieur des frontières d'un ordre juridique unique, 'l'ordre juridique communautaire'* », d'autant qu' « *il n'y a qu'une seule Cour de justice pour toutes les Communautés* » et que « *chaque Traité définit la fonction de la Cour en termes similaires* », cf. M. Lagrange, « *The Court of Justice as a Factor in European Integration* », *American Journal of Comparative Law*, 1966-1967, vol. 15, n° 4, p. 709, spéc. p. 710, t.d.a. : « *the three Communities exercise their functions within the bounds of a single legal order, the "Community legal order"* » ; « *there is only one Court of Justice for all the Communities* » ; « *each Treaty defines the function of the Court in similar terms* ».

⁹⁶ C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. Etat belge*, 6/60, *op. cit.*, p. 1146.

⁹⁷ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 23, (c'est nous qui soulignons).

⁹⁸ Notre analyse contraste donc ici notamment avec celle de Bruno De Witte, laquelle semble souffrir d'un anachronisme majeur : traiter l'arrêt *Costa* de 1964 avec en arrière fond l'image du droit communautaire – 'super - droit international' de 1984, date à laquelle cet auteur a publié son article. Le Professeur De Witte tente ainsi de prouver la nature internationale du droit communautaire en démontrant que si le droit communautaire est un 'super - droit international', il n'en reste pas moins un droit international, la primauté interne, défendue par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa* en 1964, étant un concept connu, ne serait-ce qu'à l'état embryonnaire, voire logique ou implicite, du droit international. Cependant le droit communautaire de 1964 n'est pas le 'droit international plus' de 1984. L'auteur greffe donc sur un arrêt de 1964 une interprétation du droit communautaire avec ses caractéristiques de 1984. Ce n'est donc pas tant à une analyse de l'arrêt de 1964 qu'il se livre qu'à une discussion relative à la nature du droit communautaire en 1984. Ceci ressortira clairement de notre démonstration.

Conformément à ce qui précède, notre approche consiste donc dans un premier temps à analyser l'arrêt *Costa* de 1964 strictement dans son contexte historique. Il s'agit selon nous du seul moyen d'en dégager et d'en comprendre avec rigueur le sens et la portée.

mise en jeu de la responsabilité internationale de celui-ci. Cependant, cette contre-limite existait-elle en droit communautaire à l'époque de l'arrêt *Costa* ?

Tout d'abord, le Traité CEE reste silencieux à cet égard. N'est prévue qu'une procédure de constatation en manquement contre l'Etat ayant violé ses obligations communautaires à l'article 171 du Traité CEE. En outre, comme le relève la Cour dans l'affaire *Humblet*, un arrêt en constatation de manquement n'est pourvu que d'un effet déclaratoire⁹⁹ et il revient à l'Etat en cause de remédier lui-même aux violations dont il est l'auteur¹⁰⁰. En cas d'inexécution d'un arrêt en manquement, le seul remède disponible est l'introduction d'un nouveau recours en manquement¹⁰¹. Il faudra attendre la modification de l'article 171 par le Traité de Maastricht de 1992 pour que soit mis en place un mécanisme de sanction pécuniaire en cas d'inexécution d'un arrêt de constatation en manquement¹⁰². « *Le système communautaire, en d'autres termes, aboutit clairement à l'engagement juridique des Etats, mais c'est là apparemment, qu'il s'arrête : il n'est pas question de sanctions, moins encore d'une « exécution communautaire » à l'égard des Etats membres. Bien au contraire, la disposition du traité CEE qui traite de l'exécution forcée – à savoir l'article 192 – se limite distinctement aux décisions prises « à la charge des personnes autres que les Etats », accentuant ainsi l'apparence d'une irresponsabilité de ces derniers.* »¹⁰³. Ainsi, à l'époque de l'arrêt *Costa*, il n'existait pas de principe de responsabilité communautaire de l'Etat membre contrairement à la situation prévalant en droit international¹⁰⁴, plus précisément et pour

⁹⁹ Sur la question, cf. également, J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 699.

¹⁰⁰ Sur la « faiblesse » de la procédure de constatation en manquement, cf. C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Royaume des Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 25/59, *Rec.* p. 723, arrêt dans lequel si la Cour affirme, afin de justifier l'interprétation stricte de l'article 88 relatif à la procédure de constatation en manquement, que celle-là « ouvre des voies d'exécution et constitue l'*ultima ratio* permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le traité contre l'inertie et contre la résistance des Etats membres ; qu'il s'agit là d'une procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des Etats », elle admet cependant également que « les termes de l'article 88 n'attribuent à la Haute Autorité que le pouvoir de constater le manquement d'un Etat à une obligation que lui impose le traité, que cette obligation doit découler soit d'une disposition impérative, soit d'une décision ou d'une recommandation antérieures à l'application de cet article ; que la « décision motivée » que vise l'article 88, alinéa 1, ne peut avoir pour objet que la seule constatation du manquement, excluant toute portée réglementaire propre ; que soutenir le contraire équivaldrait à reconnaître à la Haute Autorité un pouvoir réglementaire exorbitant de droit commun vis-à-vis des seuls Etats membres » (pp. 760-761), relativisant ainsi grandement la portée de la procédure de constatation en manquement.

¹⁰¹ Encore faut-il signaler que, selon Denys Simon, la première affaire de « manquement sur manquement » ne date que de 1972 (C.J.C.E., 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, 48/71, *Rec.* p. 529). Elle est donc intervenue postérieurement à l'arrêt *Costa*. Cf. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} éd., 2001, p. 649, note en bas de page 1.

¹⁰² Cf. D. Simon, *op. cit.*, p. 649 et seq..

¹⁰³ P. Pescatore, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁴ Il est intéressant de citer à cet égard les propos du juge Pescatore, publiés en 1971 : « Or, que veut dire « reconnaître un manquement » au sens de l'article 171 du traité ? Quelle est la portée possible de cette constatation ? Beaucoup dépendra évidemment des demandes portées devant la Cour, selon que le requérant (Commission ou éventuellement Etat membre) demandera à la Cour d'établir avec plus ou moins de précision,

paraphraser le juge Pescatore, en 1964 n'était pas reconnue en droit communautaire l'identité entre la violation d'une obligation communautaire et la responsabilité qui en découle¹⁰⁵. Il appert que le droit communautaire, souvent dépeint comme allant au-delà d'un droit international classique, se trouvait sur le plan de la responsabilité bien en deçà du droit international¹⁰⁶, ne disposant que de moyens dérisoires pour inviter l'Etat à ne pas abuser de son autonomie¹⁰⁷. L'état du droit communautaire à la veille de l'arrêt *Costa* semble donc abonder dans le sens de l'autonomie absolue de l'Etat dans l'exécution de ses obligations communautaires à l'image de « l'irrecevabilité « absolue » de la demande du giudice conciliatore »¹⁰⁸ soutenue par le gouvernement italien en l'espèce. Il paraît jouer en faveur du principe d'opposabilité du droit national postérieur et donc *a contrario* contre le principe de primauté du droit communautaire. Cependant est apparue dans la jurisprudence une autre autonomie : celle précisément du droit communautaire.

B. Le principe émergent d'autonomie du droit communautaire

Si le principe d'autonomie des Etats membres constitue un principe traditionnel du droit international ayant un certain ascendant en droit communautaire, il s'est néanmoins vu remettre en cause par la Cour dans l'arrêt *Van Gend en Loos* sous l'effet conjugué des principes d'effets immédiat et direct du droit communautaire (1) laissant alors place au

non seulement la réalité du manquement, mais encore la nature de ses conséquences. Il est possible en effet d'imaginer que, par une action au titre des articles 169 ou 170, la Commission ou un Etat membre vise non seulement à ramener l'Etat défendeur au respect de ses obligations, mais encore à se procurer un titre qui servira de support à des demandes de réparation pour le préjudice infligé, par un comportement contraire au traité, soit aux intérêts matériels de la Communauté, soit à ceux d'un autre Etat. La Cour communautaire pourrait ainsi se trouver confrontée un jour à un problème analogue à celui qu'a déjà résolu la Cour permanente de justice internationale qui a été amenée à reconnaître, dans l'affaire de l'usine de Chorzow, l'identité entre la violation d'une obligation internationale et la responsabilité qui en découle : en d'autres termes, l'identité entre la valeur juridique lésée et la valeur qui en tient lieu sur le plan de la responsabilité. En effet, selon la Cour de La Haye, « c'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même » (Arrêt du 26 juillet 1927, Affaire relative à l'usine de Chorzow, demande en indemnité, compétence, Recueil des arrêts, série A, N° 9, p. 21) ». P. Pescatore, Le droit de l'intégration, op. cit., p. 95.

¹⁰⁵ Cf. Note en bas de page précédente.

¹⁰⁶ Il est intéressant de souligner cet aspect dans la mesure où ceux qui prônent la similitude entre droit communautaire et droit international oublient généralement ce léger détail, d'autant plus important dans l'analyse de l'arrêt *Costa*. Cf. B. De Witte, « Retour à « Costa » - La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », op. cit., p. 425 et seq..

¹⁰⁷ En ce sens, cf. les propos de Robert Lecourt, ancien Président de la Cour de justice : « La Cour ne pouvait pas alors ne pas être frappée par l'extrême vulnérabilité de l'ordre juridique communautaire s'il ne devait être sanctionné que par le blâme d'une longue et insuffisante procédure en manquement d'Etat. », R. Lecourt, « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in Mélanges en hommage à Jean Boulois, L'Europe et le droit, Paris, Dalloz, 1991, p. 341, spéc. p. 360.

¹⁰⁸ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, Rec. p. 1158.

principe d'autonomie du droit communautaire fortifié par la compétence d'interprétation du droit communautaire propre à la Cour (2).

1. Remise en cause de l'autonomie des Etats membres

L'arrêt *Costa* est le cadet de l'arrêt *Van Gend en Loos*. Cette chronologie a son importance si l'on considère que l'arrêt *Van Gend en Loos*, en consacrant les effets immédiat et direct du droit communautaire¹⁰⁹, a ouvert une première brèche dans l'armure de l'autonomie des Etats membres. Qu'est-ce à dire ? Commençons par définir ces deux principes. Le premier, l'effet immédiat¹¹⁰, décrit la situation dans laquelle « *la norme de droit communautaire acquiert automatiquement statut de droit positif dans l'ordre interne des Etats* »¹¹¹. Pour être plus précis nous dirons que les normes communautaires, dès leur entrée en vigueur, sont dotées d'un effet obligatoire ou contraignant immédiat au sein des ordres juridiques nationaux¹¹² sans aucun besoin de mesures nationales de réception supplémentaires. Ainsi, le droit dérivé¹¹³ communautaire produit ses effets en droit interne dès l'accomplissement des formalités requises par le droit communautaire conformément aux articles 249 et 254 TCE¹¹⁴.

¹⁰⁹ Nous tenons cette distinction entre le caractère immédiat et le caractère direct de l'effet du Professeur Isaac bien que celui-ci emploie le terme d' « applicabilité ». Cf. G. Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 3^{ème} éd., 1993, p. 152 *et seq.*

Le qualificatif « immédiat » semble à-propos de par son opposition avec celui de médiat et de par la référence au concept d'immédiateté internationale qu'il évoque.

Nous n'établissons pas de différence entre « applicabilité » et « effet ». Comme le souligne le Professeur Simon : « *L'analyse des effets du droit communautaire a donné lieu à un foisonnement sémantique* », les termes « effet » et « applicabilité » ont été utilisés pour décrire un seul et même phénomène et ceci a été « *le fait non seulement de la doctrine, mais également de la jurisprudence elle-même* » (D. Simon, *op.cit.*, p. 386). Cependant, nous préférons employer le terme « effet » car c'est usuellement celui d'« *effect* » qui est utilisé en anglais cf. P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, p. 163 *et seq.*

¹¹⁰ Cf. G. Isaac, *op. cit.*, p. 152 *et seq.* ; J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 558 *et seq.*

¹¹¹ G. Isaac, *op. cit.*, p. 151.

¹¹² Cf. C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629, dans lequel la Cour précise que ce principe « *signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité* » (pt14).

¹¹³ Nous laissons le cas du droit originaire de côté pour le moment car l'application du principe d'effet immédiat à son endroit fait l'objet d'une controverse doctrinale. Ainsi, par exemple, il est possible de citer la position de Guy Isaac, lequel souligne que la réception des traités dans l'ordre juridique des Etats membres dualistes par des mesures juridiques nationales n'a pas pour effet de transformer les traités de droit communautaire en droit national (cf. G. Isaac, *op. cit.*, p. 153 *et seq.*). *A contrario*, cf. J.-C. Gautron, L. Gard, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in Société française pour le droit international, *Colloque de Bordeaux – Droit international et droit communautaire : Perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 11, spéc. pp. 26-27. Une telle controverse trouvera sa solution naturelle dans la seconde partie de la thèse.

¹¹⁴ Cf. Par exemple en ce qui concerne les règlements, C.J.C.E., 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, 39/72, *Rec.* p. 101 ; C.J.C.E., 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, 34/73, *Rec.* p. 981, pt 10.

En matière de décisions, C.J.C.E., 1^{er} juillet 1965, *Toepfer, op. cit.*, p. 553 ; C.J.C.E., 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9/70, *Rec.* p. 825 ; C.J.C.E., 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda, op. cit.*, pt 33 ; C.J.C.E., 5 octobre 2006, *Commission des Communautés européennes c. France, op. cit.*, pt 49.

Les directives constituent un cas à part et il convient de préciser ici un peu plus notre pensée car la doctrine ne semble pas toujours claire sur ce point. L'article 249 TCE lui-même prévoit la transposition des directives en droit interne. Ainsi, selon le droit communautaire lui-même, il n'y a pas d'effet immédiat des directives en droit interne. Leur effet principal dès leur entrée en vigueur consiste en l'obligation pour les Etats membres de les transposer en droit interne dans un délai déterminé par les directives considérées. Cf. C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, C-321/05, *JOCE* C 199, 25 août 2007, p. 6 : « selon les articles 10 et 249 CE, chacun des Etats membres destinataires d'une directive a l'obligation de prendre, dans son ordre juridique national, toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive conformément à l'objectif qu'elle poursuit ». Dans le même sens, cf. C.J.C.E., 16 juin 2005, *Commission c. Italie*, C-456/03, *Rec.* p. I-5335, pt 50 ; C.J.C.E., 10 mars 2005, *Commission c. Allemagne*, C-531/03, *JOCE* C 115, 14 mai 2005, p. 7 ; C.J.C.E., 26 juin 2003, *Commission c. France*, C-233/00, *Rec.* p. I-6625, pt 75.

Les directives ne déploient donc leur plein effet dans l'ordre interne qu'après leur transposition. Cf. C.J.C.E., 6 mai 1980, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 102/79, *Rec.* p. 1473, arrêt dans lequel le gouvernement belge arguait de l'effet immédiat des directives en cause en vue de justifier son absence de violation de son obligation de transposition desdites directives donnant ainsi l'occasion à la Cour de préciser (pt 12) qu' « il découle de l'article 189, alinéa 3, que l'exécution des directives communautaires doit être assurée par des mesures d'application appropriées, prises par les Etats membres ».

Divers éléments viennent ici corroborer cette thèse. Tout d'abord, l'effet immédiat ne peut constituer qu'une exception jouant dans des cas bien particuliers. Ainsi la Cour a pu juger que « ce n'est que dans des circonstances particulières, notamment dans le cas où un Etat membre aurait omis de prendre les mesures d'exécution requises, ou adopté des mesures non-conformes à une directive, que la Cour a reconnu le droit, pour les justiciables, d'invoquer en justice une directive à l'encontre d'un Etat membre défaillant ». (effet direct vertical ascendant cf. C.J.C.E., 6 mai 1980, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 102/79, *op. cit.*, pt 12 et non descendant cf. C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, C-321/05, *op. cit.*, pt 42 ; C.J.C.E., 11 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, 14/86, *Rec.* p. 2545, pts 19 et 20. Pour une typologie des différents types d'effet direct, cf. Conclusions de l'avocat général Trstenjak, 29 mars 2007, *Carp Snc di L. Moleri et V. Corsi Associazione Nazionale Artigiani Legno e Arredamenti c. Ecorad Srl*, C-80/06, pt 56). De surcroît, la Cour précise bien qu'il s'agit ici d'une « garantie minimale, découlant du caractère contraignant de l'obligation imposée aux Etats membres par l'effet des directives, en vertu de l'article 189, alinéa 3 ». Cf. Egalement C.J.C.E., 2 mai 1996, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, C-253/95, *Rec.* p. I-2423, pt. 13 ; C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, *Rec.* 53, pt 17 et seq. ; C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, *Rec.* p. 1629, pt 17 et seq..

Ensuite, toujours dans le sens de l'absence par principe d'effet immédiat des directives, celles-ci ne sont pas pourvues d'effet direct horizontal. Ainsi la Cour a affirmé qu'« [é]tendre cette jurisprudence [effet direct vertical ascendant] au domaine des rapports entre particuliers reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements » (C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, C-91/92, *Rec.* p. I-3325, pt 24). La Cour a de surcroît récemment confirmé sa jurisprudence traditionnelle en la matière cf. C.J.C.E., 7 juin 2007, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, C-80/06, *JOCE* C 170, 21 juillet 2007, p. 7, pt 20 ; C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, C-321/05, *op. cit.*. Pour une interprétation / clarification de l'arrêt *Mangold* (C.J.C.E., 22 novembre 2005, C-144/04, *Rec.* p. I-9981) comme ne consacrant pas un tel principe, cf. Conclusions de l'avocat général Trstenjak, *op. cit.*, pt 67 et seq..

Enfin, dans ces circonstances, on peut comprendre le constat formulé par Jean-Paul Jacqué (*op. cit.*, p. 545) selon lequel « la question de l'interprétation conforme est essentielle dans les hypothèses où la directive est dénuée d'effet direct ». Plus généralement sur la question, cf. C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, C-321/05, *op. cit.*, pt 40 et seq..

Ainsi, les mesures nationales de transposition de directives constituent en principe des actes de réception desdites directives dans les ordres juridiques nationaux. *A contrario*, cf. G. Isaac, *op. cit.*, p. 155 ; cf. également, S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2006, pp. 92-93. En ce sens, les directives ne jouissent pas en principe d'un effet immédiat en droit interne. Il existe donc une subtile distinction entre l'effet immédiat des directives en droit interne attaché au moment de leur transposition et l'entrée en vigueur des directives, à partir de laquelle « la directive commence à exister et à produire ses effets dans l'ordre juridique communautaire et à l'égard des Etats membres ». C'est d'ailleurs cette entrée en vigueur de la directive en cause qui explique son « effet de blocage » pendant le délai de transposition vis-à-vis de dispositions

Le second, l'effet direct, caractérise la situation dans laquelle « *la norme communautaire (...) est susceptible de créer des droits et des obligations* »¹¹⁵ « *dans le chef des justiciables que les tribunaux nationaux ont pour mission de sauvegarder* »¹¹⁶. L'effet immédiat s'attache donc à la description du droit communautaire en tant que source de droit et l'effet direct à la description du droit communautaire en tant que source de droits, dans le droit interne des Etats membres. Il existe ainsi un lien logique entre ceux-ci : pour être source de droits, le droit de l'Union européenne doit tout d'abord être source de droit¹¹⁷. L'arrêt *Van Gend en Loos* remet donc en cause l'autonomie des Etats membres sous deux points de vue.

En premier lieu, l'effet immédiat du droit dérivé¹¹⁸ suppose la perte pour les Etats membres du choix de la méthode d'introduction des règles communautaires dans leur droit national. Si pour les Etats membres de tradition moniste ce principe ne change en rien leur pratique, il s'agit pour les Etats membres de tradition dualiste d'une mini-révolution : ils ne peuvent désormais plus utiliser d'instrument national de réception des règles de droit communautaire¹¹⁹ ; leur ordre juridique n'est donc plus étanche face aux normes de droit communautaire. Il s'agit d'une première atteinte à l'indifférence du droit interne par rapport au droit communautaire.

En second lieu, l'effet direct des normes de droit communautaire contraint les Etats membres à ne pas abuser de leur autonomie. En effet, si le principe de responsabilité des Etats membres

nationales de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par ladite directive. Sur la question, cf. les très intéressantes conclusions de l'avocat général Poiras Maduro présentées le 25 janvier 2007, dans l'affaire C-422/05 citée ci-après (pt 27 *et seq.*). Cf. Plus généralement, C.J.C.E., 14 juin 2007, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, C-422/05, *JOCE* C 183, 4 août 2007, p. 7, pt 62 ; C.J.C.E., 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, *Rec.* p. I-7411, pt 45.

¹¹⁵ G. Isaac, *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁶ D. Simon, *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁷ Sur la distinction entre effet immédiat et effet direct et son origine, cf. le très intéressant article de Sir David Edward, « Direct Effect – Myth, Mess or Mystery ? », *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, n° 2, p. 215 également publié in J.M. Prinssen, A. Schrauwen (dir.), *Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, p. 1.

A noter également la remarque de cet auteur relativement à l'affaire *Van Gend en Loos* : « *dans son argumentaire, le gouvernement néerlandais insista sur la distinction entre effet interne [interne werking] que je suppose nous appellerions aujourd'hui applicabilité directe et l'effet direct [directe werking], le premier étant la condition du second. La première question est : la norme nationale s'applique-t-elle dans le droit interne national ? La question suivante est : peut-elle être invoquée par un individu ?* », t.d.a., « *In its argument the Netherland Government insisted on the distinction between internal effect [interne werking], which I think we would now call direct applicability, and direct effect [directe werking], the first being the condition of the second. The first question is, does the norm apply in internal national law at all? The next question is, can it be invoked by an individual?* ». Dans le même sens, cf. J.A. Winter, « Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community law », *Common Market Law Review*, 1972, p. 425.

¹¹⁸ Exception faite des directives comme il a précédemment été relevé.

¹¹⁹ Sur la jurisprudence de la Cour en la matière, très explicite, cf. C.J.C.E., 17 mai 1972, *Orsolina Leonisio c. Ministero dell'agricoltura e foreste*, 93/71, *Rec.* p. 287, pt 6 ; C.J.C.E., 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, 34/73, *op. cit.*, pt 11 ; C.J.C.E., 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV c. Produktschap voor Siergewassen*, 50/76, *Rec.* p. 137, pt 4 ; C.J.C.E., 31 janvier 1978, *Fratelli Zerbone Snc c. Amministrazione delle finanze della Stato*, 94/77, *Rec.* p. 99, pt 23.

n'existait pas au temps de l'arrêt *Costa* sur le plan communautaire, l'arrêt *Van Gend en Loos* a ouvert la voie de l'invocation de dispositions communautaires par des justiciables¹²⁰ devant leurs juridictions nationales donc de la reconnaissance de la responsabilité communautaire des Etats membres... sur le plan interne, « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraînant un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres* »¹²¹. L'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire se voit ainsi restreinte de l'intérieur : par le biais de leurs juridictions et de leurs citoyens, lesquels participent au contrôle de ladite application. Le droit communautaire perce donc l'écran des Etats et s'ancre directement en leur cœur¹²².

Cependant, dans cet arrêt, la Cour ne recherche pas l'opposition frontale avec les Etats membres. Elle n'insiste en effet pas tant sur le principe d'effet immédiat, se rattachant directement à la question des rapports entre droit communautaire et droit national, que sur le principe d'effet direct¹²³ qu'elle justifie en invoquant la nature internationale du droit

¹²⁰ Pierre Pescatore, s'interrogeant sur la portée de l'arrêt *Van Gend en Loos*, voyait même dans cette reconnaissance des droits des justiciables l'embryon d'une citoyenneté européenne : « *A-t-on mesuré toutes les implications de cette formule de conception très « moniste » qui, perçant l'écran de l'Etat, affirme à la fois l'autonomie du droit communautaire et son immédiateté, jetant ainsi la base d'une citoyenneté européenne de ceux qui sont appelés à être, à côté des Etats, « sujets » de ce droit nouveau ?* » cf. P. Pescatore, « Chapter II – Fédéralisme et intégration : remarques liminaires » in E. McWhinney et P. Pescatore, *Fédéralisme et cours suprêmes et l'intégration des systèmes juridiques*, Heule – Bruxelles – Namur, Editions EGA, 1973, p. 10.

¹²¹ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 25.

On peut citer à cet égard les propos visionnaires du juge Pescatore au sujet des implications de l'arrêt *Van Gend en Loos* : « *Les Etats membres doivent donc compter à cet égard avec la mise en cause de leur responsabilité devant les tribunaux internes : mais à travers ces tribunaux ils seront, par le truchement des recours préjudiciels, placés en face de la Cour communautaire qui, par juge national interposé, fixe en dernière analyse la nature, la portée et le contenu des obligations incombant aux Etats (...) les Etats membres doivent désormais, en ce qui concerne l'exécution des obligations assumées dans le cadre des traités, compter avec ce « pouvoir judiciaire européen » qui, sous l'impulsion de la doctrine de l'effet direct du droit communautaire, assurera désormais le respect des droits conférés aux individus par la mise en œuvre du marché commun.* », P. Pescatore, *op. cit.*, p. 94.

¹²² En ce sens, cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 236 et *seq.* évoquant « *l'immédiatisation-internisation du droit communautaire* ».

¹²³ La Cour ne distingue en effet pas explicitement principes d'effet immédiat et d'effet direct. Ces termes semblent même interchangeables. Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 22 dans lequel la Cour définit l'« *effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des Etats membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder* » tout en affirmant un peu plus loin (p. 24) que le contenu de l'article 12 du Traité CEE « *se prête parfaitement par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les Etats membres et leurs justiciables* ». L'arrêt *Costa* lui-même confirme l'absence de distinction réelle entre effet immédiat et effet direct puisque la Cour dispose au sujet de l'article 53 du Traité CEE qu'« *une prohibition aussi formellement exprimée, entrée en vigueur avec le Traité dans l'ensemble de la Communauté et, de ce fait, intégrée au système juridique des Etats membres, constitue la loi même de ceux-ci et concerne directement leurs ressortissants, au profit desquels elle a engendré des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* » (C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1163). Pour de rares exceptions, cf. C.J.C.E.,

communautaire. Ce principe ne semble donc de prime abord en rien original ; il est connu et traditionnellement utilisé par les Etats dans le cadre de leurs relations conventionnelles. C'est là le génie de la Cour : moduler la nature des traités internationaux, illustrant ainsi la distinction opérée en doctrine entre traités-contrats et traités-lois¹²⁴. Selon elle, le Traité CEE « constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants »¹²⁵. En effet, « 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 »¹²⁶. La Communauté épouse ainsi les caractéristiques des traités internationaux aux normes *self-executing*. Cependant, il existe une différence de taille

1^{er} juillet 1965, *Toepfer*, 106 et 107/63, *op. cit.*, p. 533 : « Que la dernière phrase du deuxième paragraphe de l'article 22 dispose que la décision de la Commission est immédiatement exécutoire ; Que, dès lors, une décision de la Commission, portant modification ou suppression de mesures de sauvegarde, est directement applicable et concerne les justiciables intéressés aussi directement que les mesures auxquelles elle se substitue » (c'est nous qui soulignons). De même, C.J.C.E., 17 mai 1972, *Orsolina Leonisio c. Ministero dell'agricoltura e foreste*, 93/71, *op. cit.*, pt 5 : « Attendu qu'aux termes de l'article 189, alinéa 2, du Traité, le règlement « a une portée générale » et « est directement applicable dans tout Etat membre » ; Que, dès lors, en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, il produit des effets immédiats *et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger* » (c'est nous qui soulignons).

Sur le caractère approximatif du vocabulaire employé par la Cour, cf. D. Edward, *op. cit.*

Par ailleurs, il est à noter qu'une telle assimilation règne également en droit international cf. C.P.J.I., avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer)*, *Rec. C.P.J.I., série B*, n° 15, ce qui ne préjuge cependant pas de la « distinction nécessaire de l'effet direct et de l'immédiateté », cf. C. Santulli, *op. cit.*, p. 99 *et seq.*

Le principe d'effet immédiat apparaît ainsi comme la conséquence pratique et nécessaire du principe d'effet direct, principe de droit international, et non plus l'inverse, comme la logique le laisserait supposer.

¹²⁴ A ce sujet, cf. l'explication très claire fournie par Jean Combacau à propos de cette « distinction entre les traités, très discutée en doctrine, selon qu'ils sont de nature contractuelle ou législative. Les premiers (« traités-contrats ») auraient pour objet exclusif l'institution entre les parties d'un rapport de créancier à débiteur (et d'un rapport réciproque si le traité est synallagmatique) ; des normes qu'ils posent résulteraient des droits et des obligations pour chaque partie dans ses relations avec l'autre (ou chacune des autres), comme ils le font en droit interne d'une norme contractuelle, génératrice de relations juridiques purement intersubjectives entre des personnes ne poursuivant pas le même but. Dans les seconds au contraire (« traités-lois ») les parties auraient pour but commun de poser des normes d'où résultent objectivement des droits et des obligations au profit et à la charge de chacune d'elles ; à ces droits correspondent certes les obligations réflexes des autres, et à ces obligations des droits, mais la relation intersubjective entre parties se dissoudrait, chacun des Etats se trouvant à l'égard des normes posées par le traité dans une situation juridique statutaire analogue à celle que fait le droit interne aux personnes assujetties à une loi ; la relation commutative entre parties, fondée sur l'échange des prestations s'estomperait ainsi au profit de leur commune soumission à la convention, d'où elles tireraient directement leurs obligations et leurs droits. Les traités-lois, qui ont toujours pour contenu des règles (et non des normes individuelles), devraient à leurs caractéristiques un régime juridique partiellement différent du droit commun des traités ; ainsi la disparition de l'élément de réciprocité exclurait la possibilité pour un Etat d'invoquer la non-exécution de son engagement par l'autre partie comme motif pour ne pas exécuter le sien, et surtout favoriserait l'idée que les Etats dont l'accord a permis la conclusion du traité n'en sont pas les principaux destinataires, ou en tout cas les seuls : agissant collectivement comme législateur conjoint et non individuellement comme contractants, ils produiraient des conventions dont les normes s'adressent à leurs sujets internes autant ou plus qu'à eux-mêmes, et affectent directement la situation juridique de ceux-ci. ». J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹²⁵ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 23.

¹²⁶ *Ibid.*

entre l'effet direct tel qu'il joue en droit international et l'effet direct tel qu'il se présente en droit communautaire. Il s'agit, au-delà d'une différence quantitative et contrairement à ce qu'affirme Bruno De Witte, d'une différence qualitative. En effet, cet auteur considère que « *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 dispersée. 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.* »¹²⁷. Néanmoins, il convient de remarquer à l'instar de Guy Isaac¹²⁸ et de Jean-Paul Jacqué¹²⁹ que l'effet direct de dispositions communautaires, contrairement à la règle prévalant en droit international, découle non de critères subjectifs tels que l'intention des parties contractantes mais de critères objectifs en raison de la nature spécifique de la Communauté et de ses finalités propres. Il y a donc si l'on peut dire changement de paradigme et il est impossible d'assimiler l'effet direct en droit communautaire à l'effet direct en droit international, celui-là étant le fruit d'une toute autre logique, d'un système de raisonnement différent. Cette différence est d'autant plus patente que dans l'affaire *Van Gend en Loos*, l'avocat général Roemer avait plaidé dans ses conclusions en faveur de la thèse subjective¹³⁰ à l'appui de la consécration du principe d'effet direct. Or la Cour n'a manifestement pas suivi son opinion.

Ainsi, de manière très habile, en plaçant l'accent sur l'effet direct plus que sur l'effet immédiat¹³¹ et en mettant en exergue la nature 'typiquement' internationale du droit communautaire, la Cour évite toute confrontation avec les Etats membres, toute question relative aux rapports entre droit communautaire et droits nationaux ou à l'autonomie des Etats membres, cette dernière se trouvant néanmoins inévitablement réduite. Par ailleurs, en sus d'affaiblir le principe d'autonomie du droit des Etats membres, la Cour s'emploie à promouvoir l'autonomie du droit communautaire.

¹²⁷ B. De Witte, *op. cit.*, p. 447.

¹²⁸ G. Isaac, *op. cit.*, p. 156 et seq..

¹²⁹ J.-P. Jacqué, *op. cit.*, p. 586.

¹³⁰ Cf. Conclusions de l'avocat général Roemer, 12 décembre 1962, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. p. 3.

¹³¹ Même si une telle démarche a pu être facilitée par la question posée par la *tarifcommissie* en l'espèce, concernant exclusivement la question de l'effet direct de certaines dispositions du Traité CEE, cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. p. 22.

2. Affirmation de l'autonomie du droit communautaire

Afin de contrebalancer l'autonomie des Etats membres par l'autonomie du droit communautaire, la Cour poursuit dans l'arrêt *Van Gend en Loos* sa stratégie d'évitement. Ainsi, relativement à la première question posée à titre préjudiciel à la Cour par la *Tarifcommissie*, tribunal administratif néerlandais statuant en dernier ressort sur les recours contentieux en matière fiscale, visant à savoir « *si l'article 12 du Traité CEE a un effet interne, en d'autres termes, si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder* »¹³², les gouvernements néerlandais et belge ont soulevé l'incompétence de la Cour « *au motif qu'il s'agirait en l'espèce d'une demande relative non à l'interprétation mais à l'application du Traité dans le cadre du droit constitutionnel des Pays-Bas ; (...) que la solution d'un tel problème tomberait sous la compétence exclusive des juridictions nationales, sous réserve d'un recours selon les conditions fixées par les articles 169 et 170 du Traité* »¹³³. On le voit, l'argumentation avancée par les gouvernements belge et néerlandais ressemble à si méprendre à celle du gouvernement italien un an plus tard dans l'affaire *Costa* : l'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire en tant que droit international implique l'absence d'ingérence de la part de la Cour, le seul remède possible – et dérisoire – consistant à recourir à la procédure de constatation en manquement. Cependant la Cour évite l'écueil et confirme sa compétence en qualifiant la question à elle soumise non de question relative à « *l'application du Traité selon les principes du droit interne néerlandais* » mais « *exclusivement, conformément à l'article 177, a, du Traité, [à l']'interprét[at]ion de l'article 12 dudit Traité dans le cadre du droit communautaire et sous l'aspect de son incidence sur les particuliers* »¹³⁴. Si les gouvernements néerlandais et belge avaient placé la question sur le plan des rapports de système, la Cour s'y refuse, et se place purement dans le champ de l'interprétation du droit communautaire. D'une certaine manière, la Cour reprend à son compte le dualisme pratiqué par les Etats membres en ce sens que ce qui peut sembler, du point de vue national, relever de l'application du droit communautaire – mais, bien entendu, la Cour ne saurait s'immiscer dans les affaires internes des Etats membres – peut, du point de vue communautaire, apparaître comme une question d'interprétation. La Cour joue cependant sur le délicat équilibre entre sa compétence d'interprétation en tant qu'organe communautaire

¹³² C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 20.

¹³³ *Ibid.*, p. 21.

¹³⁴ *Ibid.*.

et la compétence d'application des juridictions étatiques en tant qu'organes nationaux. En outre, trancher en faveur de sa compétence d'interprétation revient inéluctablement à réduire le champ de la compétence d'application des juridictions nationales. Est donc ici mise en exergue non plus l'autonomie des Etats membres mais celle de la Cour et du droit communautaire.

Il ressort donc de cette brève investigation jurisprudentielle qu'à la veille de l'arrêt *Costa* l'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire n'était déjà plus absolue, la Cour ayant subrepticement posé les premiers jalons de sa 'domestication communautaire'. L'arrêt *Costa* allait-il continuer dans cette voie ? Afin de compléter la description de la scène juridique communautaire, il convient de prendre également en considération certaines contraintes argumentatives entourant l'action de la Cour.

§2. Contraintes argumentatives

Les contraintes argumentatives auxquelles la Cour a été soumise dans l'arrêt *Costa* sont essentiellement au nombre de deux : la première résulte de la portée contrastée de l'arrêt *Van Gend en Loos* (A), la seconde tient à l'auditoire de la Cour (B).

A. La portée contrastée de l'arrêt *Van Gend en Loos*

Afin de cerner le contexte juridique communautaire prévalant en 1964, il convient de souligner un dernier lien, double, entre les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. ENEL*, souvent oublié par la doctrine et pourtant essentiel : le premier jouant à l'encontre de la consécration du principe de primauté par la Cour (1), le second en sa faveur (2).

1. Contre le principe de primauté

L'arrêt *Costa* renvoie à l'arrêt *Van Gend en Loos* relativement au principe de primauté. En effet, si ce principe a bien été consacré par l'arrêt *Costa*, il avait fait une première apparition un an auparavant dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. La primauté du droit communautaire fut à l'époque partie non pas de la réponse de la Cour face au recours en interprétation dont elle fut saisie, comme elle le sera dans l'arrêt *Costa*, mais de l'exception

d'incompétence soulevée par les gouvernements hollandais et belge dans cette affaire. La Cour restitue ainsi leur position :

« *Attendu que le gouvernement des Pays-Bas et le gouvernement belge contestent la compétence de la Cour, au motif qu'il s'agirait en l'espèce d'une demande relative non à l'interprétation mais à l'application du traité dans le cadre de l'application du droit constitutionnel des Pays-Bas ; que plus particulièrement la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur une prééminence à reconnaître, le cas échéant, aux dispositions du Traité CEE soit sur la législation néerlandaise, soit sur d'autres accords passés par les Pays-bas et intégrés dans leur droit national ; que la solution d'un tel problème tomberait sous la compétence exclusive des juridictions nationales, sous réserve d'un recours selon les conditions fixées par les articles 160 et 170 du Traité* »¹³⁵.

Ainsi, il ressort de cet extrait de l'arrêt *Van Gend en Loos* que les gouvernements hollandais et belge considèrent la question de la primauté du droit communautaire comme une question de droit national et, en tant que telle, relevant de la compétence exclusive de leurs juridictions et non de celle de la Cour.

La Cour partage-t-elle une telle analyse ?

Voici sa réponse :

« *Attendu cependant qu'en l'espèce la Cour n'est pas appelée à juger de l'application du Traité selon les principes du droit interne néerlandais, qui reste du ressort des juridictions nationales, mais qu'il lui est demandé exclusivement, conformément à l'article 177, A, du Traité, d'interpréter la portée de l'article 12 dudit Traité dans le cadre du droit communautaire et sous l'aspect de son incidence sur les particuliers* ».

Ainsi, la Cour, tout en déplaçant la question, afin d'asseoir sa compétence en l'espèce, de l'application à l'interprétation du Traité, sacerdoce à elle confié par l'article 177 du Traité CEE, avalise l'analyse des gouvernements hollandais et belge quant au principe de primauté. Celui-ci constitue une question de droit national touchant à l'application du Traité dans le droit interne des Etats membres. La Cour ne conteste pas son absence de compétence en la matière.

Ainsi l'état du droit communautaire à la veille de l'arrêt *Costa* semble exclure l'existence d'un principe communautaire de primauté de par la concession par la Cour de son caractère purement interne dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. L'exception d'incompétence soulevée par le gouvernement italien dans l'affaire *Costa* semble donc reposer sur le même fondement que la position des gouvernements hollandais et belge dans l'affaire *Van Gend en Loos* : le

¹³⁵ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 21. C'est nous qui soulignons. C'est exactement le même terme, 'prééminence', qui sera utilisé dans l'arrêt *Costa c. ENEL*, cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1159.

monopole des Etats membres dans l'application du droit communautaire. Cependant il ne faut pas oublier une seconde dimension du lien existant entre les deux affaires évoquées. Celui-ci joue cette fois-ci de l'arrêt *Van Gend en Loos* à l'arrêt *Costa* et concerne l'apport même de l'arrêt *Van Gend en Loos* : les principes d'effets immédiat et direct, pièces majeures dans la protection par la Cour de l'effectivité du droit communautaire¹³⁶.

2. Pour le principe de primauté

La question préjudicielle posée par le *giudice conciliatore* dans l'affaire *Costa c. ENEL* concerne directement les effets immédiat et direct. En voici la présentation par la Cour : « *les questions posées par le giudice conciliatore au sujet des articles 102, 93, 53 et 37 tendent à savoir en premier lieu si ces dispositions produisent des effets immédiats et engendrent dans le chef des justiciables des droits que les juridictions internes doivent sauvegarder, et dans l'affirmative, quel est le sens de ceux-ci* »¹³⁷. La lecture combinée de la question préjudicielle posée par le *giudice conciliatore* (les principes d'effets immédiat et direct du droit communautaire) et de l'exception d'irrecevabilité soulevée par le gouvernement italien (le principe international d'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire, nouvel ordre juridique international (et corrélativement le principe interne *lex posterior priori derogat*)) conduit à la proposition selon laquelle l'opposabilité d'une mesure nationale postérieure entraîne la remise en cause potentielle (en cas de contrariété entre la norme communautaire et la loi nationale postérieure ce qui est le cas en l'espèce) des effets immédiat et direct du droit communautaire. En effet, l'effe(c)t(ivité) du droit communautaire se voit remis(e) en cause par l'application de la règle de droit interne *lex posterior*. Or, dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour vient juste de consacrer les principes d'effets direct et immédiat. Reconnaître l'opposabilité du droit national postérieur conduirait ainsi à limiter sérieusement la portée de sa jurisprudence

¹³⁶ Pour une interprétation en ce sens, cf. L. Azoulay, *op. cit.*, p. 864 : « *Que ce souci d'effectivité fût à l'origine des droits et libertés reconnus au profit des particuliers, les formules classiques de l'arrêt Van Gend en Loos sont là pour en témoigner. Il en ressort que les juges ont entendu répondre à un double souci : accorder peut-être un statut de protection aux individus en leur donnant des droits tirés du droit communautaire, mais assurer surtout l'effectivité de l'objectif d'intégration en obligeant les Etats membres à respecter leurs obligations. A ce double souci correspond un double langage, que Robert Lecourt, relatant son expérience à la Cour de justice, traduit ainsi : « Lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître les droits qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté. » (R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 260) ».*

¹³⁷ Cf. *Rec.* p. 1160.

relative à ces principes. Il s'agit donc ici d'une considération jouant en faveur de la consécration du principe de primauté.

Les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa c. E.N.E.L.* sont donc pris dans un jeu de correspondance. Ils s'opposent et se répondent à la fois. L'arrêt *Van Gend en Loos* soulève la question de la primauté et répond par les effets immédiat et direct ; l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* pose la question des effets immédiat et direct et répond par la primauté. De plus, en consacrant les effets immédiat et direct, l'arrêt *Van Gend en Loos* condamne le principe de primauté alors que pour préserver les effets direct et immédiat l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* devrait consacrer la primauté. Enfin, un dernier élément influençant les choix de la Cour doit être pris en compte afin de restituer la scène juridique sur laquelle celle-ci évolue : son auditoire.

B. L'auditoire de la Cour

Il s'agit ici d'un point assez succinct mais de première importance. Tant l'arrêt *Van Gend en Loos* que l'arrêt *Costa* sont intervenus sur le fondement du recours préjudiciel prévu à l'article 177 du Traité CEE. Le caractère participatif de cette procédure précédemment souligné et « *l'usage de telles opportunités [ont] transformé l'article 177 d'une procédure particulière en une procédure générale avec un contenu variable de création prétorienne* »¹³⁸. Les recours préjudiciels constituent l'occasion particulière pour la Cour de s'adresser aux Etats membres et d'assurer son rôle de gardienne du droit communautaire. Or, à l'époque, la menace pesant sur l'effectivité du communautaire ne provenait pas uniquement des pays d'obédience dualiste tels l'Italie¹³⁹ ou l'Allemagne mais aussi des pays de tradition moniste tels la France ou la Belgique par le jeu du principe de la « *séparation des pouvoirs, en vertu de laquelle les juges ne se sentaient pas autorisés à censurer l'œuvre du législateur* ».

¹³⁸ T. de La Mare, *op. cit.*, p. 240, t.d.a., « *The use of such opportunities has transformed Article 177 from a particular into a general procedure with a variable content of judicial policy-making.* ».

Il est intéressant de noter que le caractère participatif de la procédure préjudicielle a conduit cet auteur à envisager celle-ci plus comme un discours que comme un dialogue uniquement entre juges.

¹³⁹ Cf. B. De Witte, *op. cit.*, p. 443 mentionnant notamment le « *coup de semonce de l'arrêt Costa italien* » rendu par la Cour constitutionnelle italienne dans lequel cette dernière « *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 normes. 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 CEE 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.* ».

national »¹⁴⁰. La règle interne *lex posterior* menaçait encore une fois de produire des effets négatifs quant à l'applicabilité du droit communautaire dans l'ordre interne. Ainsi la Cour devait-elle déterminer sa position en ayant présent à l'esprit que celle-ci aurait un impact sur le futur du droit communautaire tel qu'appliqué non pas seulement par le gouvernement italien, auteur de l'exception d'incompétence dans l'arrêt *Costa*, mais par tous les Etats membres, les principes consacrés dans sa jurisprudence développant leurs effets envers tous et chacun de ceux-ci.

De plus, elle se devait également de justifier sa position de manière à ce qu'elle soit acceptable par son auditoire composé d'Etats membres et de leurs juridictions notamment, en charge de la bonne application du droit communautaire. Il faut ici souligner la position délicate des juridictions nationales, lesquelles, par la consécration de l'effet direct, gagnent en compétence et constituent des alliés pour la Cour de justice¹⁴¹, mais sont également responsables de la préservation de leur ordre juridique et de ses principes¹⁴², au rang desquels la règle *lex posterior*.

La Cour allait-elle rester silencieuse face au danger de voir remettre en cause l'acquis de l'arrêt *Van Gend en Loos* ou bien allait-elle, après avoir une première fois limité la portée du principe d'autonomie des Etats membres, ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance de la 'responsabilité interne'¹⁴³ des Etats membres pour violation du droit communautaire, porter à celui-ci un nouveau coup en condamnant l'usage du principe *lex posterior* sur le plan interne ? Comme il ressort de la présente exposition des arguments en présence, à la veille de l'arrêt *Costa*, nul ne pouvait prédire la solution qu'adopterait la Cour. En effet, il est vrai que d'un côté, en faveur de la remise en cause par la Cour de l'opposabilité des normes juridiques nationales postérieures au droit communautaire et en vue d'assurer une application effective et uniforme de ce dernier, pouvait être argué du fait que la Cour par son arrêt *Van Gend en Loos* avait à la fois initié une remise en cause de l'autonomie des Etats membres dans

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 443 *et seq.*. Cf. Egalement dans le même sens, la très intéressante analyse de Guy Canivet, à l'époque Président de Chambre à la Cour d'appel de Paris, dans son article « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 143, notamment p. 148 *et seq.*.

¹⁴¹ Sur la question, cf. G. Canivet, *op. cit.*, p. 148 *et seq.*.

¹⁴² Cf. Plus généralement sur ces questions, O. Dubos, Les juridictions nationales, juge communautaire, *op. cit.*, p. 721 *et seq.*.

¹⁴³ Nous utilisons cette expression par analogie avec celle employée par Bruno De Witte au sujet de la primauté consacrée par l'arrêt *Costa* : 'primauté interne' car produisant ses effets dans l'ordre interne des Etats, le critère est donc celui de la « portée » du principe considéré. Cf. B. De Witte, *op. cit.*, p. 427. En matière de responsabilité également, celle-ci sera développée non au niveau communautaire mais au niveau proprement interne, par les juridictions des Etats membres, grâce à l'effet direct de certaines dispositions du droit communautaire. Cf. Sur la question, J.-P. Jacqué, *op. cit.*, p. 613 *et seq.*.

l'application du droit communautaire par la consécration des effets immédiat et direct et revendiqué l'autonomie du droit communautaire lui-même à travers notamment une interprétation personnelle de la distinction entre interprétation du droit communautaire, de son ressort, et application du droit communautaire, du ressort des juridictions nationales. Cependant, d'un autre côté, nous avons pu constater que les arguments en faveur du *statu quo ante* étaient loin d'être minimes. En effet, le principe traditionnel de droit international de l'autonomie des Etats membres dans l'exécution de leurs obligations se voyait conforter par la jurisprudence *Humblet* et par l'absence de véritable limite, telle l'existence d'une responsabilité communautaire des Etats membres pour violation de leurs engagements communautaires en droit communautaire. Jouait également en faveur du *statu quo* la circonscription du domaine de l'article 177 du Traité CEE aux questions d'interprétation du droit communautaire, excluant ainsi les questions relatives à son application. Or, il ne faut pas oublier que le fameux arrêt *Van Gend en Loos* emportait reconnaissance par la Cour du caractère purement national de la question de la primauté en tant que question relative à l'application du droit communautaire ressortant de la compétence des Etats membres. Cet arrêt semble donc représenter une phase adolescente dans le développement de la jurisprudence de la Cour et dénote une certaine ambivalence de la part de celle-ci entre d'un côté une vision internationale classique du droit communautaire et de l'autre une pratique remettant en cause l'autonomie traditionnelle des Etats membres dans l'application du droit international/communautaire¹⁴⁴.

En réalité, nous retrouvons ici nos deux questions initiales : quel est le droit valide et quelles sont les règles de droit applicables en l'espèce ? Quant au droit valide, nous avons pu constater que l'enjeu ne consistait pas tant dans l'identité de celui-ci, sans surprise : le droit communautaire, mais dans l'identité même du droit communautaire : droit international classique tel que dépeint par les gouvernements tant hollandais et belge dans l'affaire *Van Gend en Loos* qu'italien dans l'affaire *Costa c. ENEL*, droit international particulier, aux normes *self-executing*, tel que caractérisé par la Cour dans l'affaire *Van Gend en Loos*, condamnant cependant la possible reconnaissance du principe de primauté, ou encore 'tout

¹⁴⁴ Pourrait alors être cité le propos de Léontin-Jean Constantinesco selon lequel : « *Nous nous trouvons dans une de ces périodes de transition vers un monde nouveau, où les principes et les formes du passé ne sont pas encore définitivement morts de même que ceux de l'avenir ne sont pas complètement nés.* », cf. « La spécificité du droit communautaire », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1966, p. 4, cité in D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Société française pour le droit international, *Colloque de Bordeaux – Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 207.

simplement' « *ordre juridique propre* »¹⁴⁵, *sui generis*, différant à la fois « *des traités internationaux ordinaires* »¹⁴⁶ et des droits nationaux¹⁴⁷ ? C'est en choisissant cette troisième option que la Cour, dans son arrêt *Costa c. ENEL*, définit la règle de droit applicable en l'espèce : le principe, purement communautaire, de « *primauté dans l'application interne ou primauté interne* »¹⁴⁸ du droit communautaire. Mais comment la Cour allait-elle pouvoir justifier un tel saut qualitatif, un principe jusque là inexistant en droit communautaire ? C'est ici le principal défi qui l'attendait et que nous nous proposons d'analyser à présent.

SECTION II. *INTRIGUE*

La scène est désormais dressée. L'objection italienne à la compétence de la Cour : « *« l'irrecevabilité absolue » de la demande du giudice conciliatore, au motif que la juridiction nationale, tenue d'appliquer une loi interne ne peut faire usage de l'article 177* »¹⁴⁹ et la réponse de la Cour selon laquelle « *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 ; (...) en conséquence il y a lieu de faire application de l'article 177, nonobstant toute loi nationale, au cas où se pose une question d'interprétation du traité* »¹⁵⁰ sont connues ; l'enjeu semble l'être également : l'effectivité du droit communautaire à travers la question de l'opposabilité à l'application de normes communautaires de normes nationales postérieures. Afin que le tableau soit « *entier* »¹⁵¹ et que le sens et la portée du principe de primauté tel que conçu par la Cour apparaissent au grand jour, il ne nous manque plus que le « *milieu* »¹⁵², le plat de résistance : l'argumentaire développé par la Cour en vue de justifier son choix. En voici donc un extrait :

¹⁴⁵ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1158.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, p. 23 : « *le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* », (c'est nous qui soulignons).

¹⁴⁸ Cf. B. De Witte, *op. cit.*, p. 427.

¹⁴⁹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.* p. 1158.

¹⁵⁰ *Ibid.*, *Rec.* p. 1160.

¹⁵¹ « *J'appelle entier ce qui a un commencement, un milieu et une fin. Le commencement est ce qui ne suppose rien avant soi, mais qui veut quelque chose après. La fin au contraire, est ce qui ne demande rien après soi, mais qui suppose nécessairement, ou le plus souvent, quelque chose avant soi. Le milieu est ce qui suppose quelque chose avant soi, et qui demande quelque chose après.* », in Aristote, *Poétique*, Paris, Ed. Jules Delalain et Fils, 1874, trad. C. Batteux, disponible sur le site internet Gallica.fr, p. 13, au sujet de la tragédie.

¹⁵² *Ibid.*

1. « *Attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la C.E.E. a*
2. *institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de*
3. *l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions ;*
4. *Qu'en effet, en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres,*
5. *de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation et plus*
6. *particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert*
7. *d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines*
8. *restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs*
9. *ressortissants et à eux-mêmes ;*
10. *Attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui*
11. *proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du*
12. *Traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre*
13. *juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure*
14. *qui ne saurait ainsi lui être opposable ;*
15. *Que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à*
16. *l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation*
17. *des buts du Traité visée à l'article 5(2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7 ;*
18. *Que les obligations contractées dans le Traité instituant la Communauté ne seraient pas*
19. *inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes*
20. *législatifs futurs des signataires ;*
21. *Que, lorsque le droit d'agir unilatéralement est reconnu aux Etats, c'est en vertu d'une clause*
22. *spéciale précise (articles 15, 93-3, 223 à 225 par exemple) ;*
23. *Que, d'autre part, les demandes de dérogation des Etats sont soumises à des procédures*
24. *d'autorisation (articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3E alinéa, et 226 par exemple) qui seraient*
25. *sans objet s'ils avaient la possibilité de se soustraire à leurs obligations au moyen d'une simple*
26. *loi ;*
27. *Attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux*
28. *termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables*
29. *dans tout Etat membre » ;*
30. *Que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un Etat*
31. *pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes*
32. *communautaires ;*
33. *Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le*
34. *droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir*
35. *judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère*
36. *communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté*
37. *elle-même ;*

38. *Que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre*
39. *juridique communautaire, des droits et des obligations correspondant aux dispositions du*
40. *Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle*
41. *ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de*
42. *Communauté* »¹⁵³.

Afin de décomposer ce passage et d'en dégager le sens, nous nous référerons à la méthodologie développée par Neil MacCormick en matière d'argumentation juridique et, à tout seigneur, tout honneur, nous débuterons par une citation de ce théoricien du droit :

« *Les juges, répétons-le de nouveau, doivent rendre justice en effet, mais une 'justice selon le droit'. Cela ne signifie pas, et assurément ne peut signifier que les juges ne peuvent trancher des affaires que sur la base d'une justification par simple déduction à partir de règles juridiques obligatoires, cependant d'un autre côté, cela ne peut signifier qu'ils sont laissés libres de suivre leurs propres intuitions de la justice et du sens commun sans aucune limitation. Le champ de leur liberté, pouvoir et en réalité devoir de rechercher des solutions justifiables selon une évaluation en termes conséquentialistes des besoins du cas générique, est limité par leur obligation de présenter quelque garantie juridique à l'appui de leur décision.* »¹⁵⁴.

Par conséquent, en 1964, les juges de la jeune et fringante Cour de justice ne pouvaient guère imposer aux Etats une décision arbitraire niant une solution héritée du droit international classique et dont ils avaient eux-mêmes reconnu le caractère fondé, un an plutôt, dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Si ces juges, « *se sentant être véritablement 'juges de la Communauté'* »¹⁵⁵, pressentaient le caractère inadéquat de la règle de l'opposabilité au droit communautaire de la norme nationale postérieure et la nécessité corrélative de remplacer celle-ci par le principe de primauté interne du droit communautaire afin d'assurer l'effectivité de ce dernier, ils se devaient de justifier une telle innovation en bonne et due forme juridique. Ils se trouvaient donc typiquement dans un cas démontrant les limites de la justification déductive, le principe de primauté n'étant pas expressément prévu par le Traité CEE. Le problème rencontré n'était donc pas un problème d'interprétation mais bien un « *problème de relevance* »¹⁵⁶ ou de pertinence : la majeure du syllogisme judiciaire faisant défaut, il

¹⁵³ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.* p. 1158 *et seq.*.

¹⁵⁴ N. MacCormick, *op. cit.*, p. 166, t.d.a., « *Judges, let us say it again, must do justice indeed, but 'justice according to the law'. That does not, indeed cannot, mean that judges are only to decide cases in a manner justifiable by simple deduction from mandatory legal rules, yet on the other hand, it cannot mean that they are left free to pursue their own intuitions of justice and common sense free of all limitations. The area of their freedom, power, and indeed duty to seek solutions justifiable by an evaluation in consequentialist terms of the needs of the generic case, is limited by the requirement that they show some legal warrant for what they do.* ».

¹⁵⁵ M. Lagrange, *op. cit.*, p. 718, t.d.a., « *they felt themselves truly to be 'judges of the Community'* ».

¹⁵⁶ N. MacCormick, *op. cit.*, p. 70.

convenait de l'établir et de passer à un processus juridique de justification de second ordre c'est-à-dire de justification de la justification ou prémisse de la décision de la Cour, en l'espèce le principe de primauté. Or, démontrer le caractère juridiquement fondé de ce principe implique la démonstration du caractère non fondé de son alternative : le principe de l'opposabilité de la norme nationale postérieure. Ceci est d'autant plus fondamental que ce second principe constituait l'un des arguments majeurs avancé par le gouvernement italien à l'appui de sa prétention : la reconnaissance de l'incompétence de la Cour, moyen que cette dernière se devait préalablement d'écarter afin de pouvoir juger l'espèce quant au fond. Par ailleurs, il pouvait être plus aisé pour la Cour de démontrer le caractère inadéquat du principe d'opposabilité, principe préexistant et séculaire du droit international, que le caractère fondé du principe de primauté, précisément dépourvu de fondement conventionnel exprès. C'est bien là le chemin argumentatif adopté par la Cour. Afin de le démontrer, commençons par définir en quoi consiste une justification de second ordre pour pouvoir en étudier l'usage qu'en fit la Cour. La justification de second ordre, en tant que justification du choix des juges entre de possibles alternatives juridiques, en l'espèce le principe de primauté et le principe d'opposabilité, se compose de deux éléments principaux. Le premier consiste en la démonstration selon laquelle l'hypothèse de solution choisie fait sens dans le monde, par rapport aux sujets de droit auxquels s'adresse la décision, ici principalement les Etats membres (paragraphe premier). Le second consiste à démontrer que ladite hypothèse fait également sens dans le contexte du système juridique considéré : présentement le système juridique communautaire, et ce, par le biais de deux tests : celui de la consistance des alternatives en présence, soit leur absence de contradiction avec les normes de droit communautaire en vigueur, et celui plus large de leur cohérence, soit leur harmonie avec le système juridique communautaire (paragraphe second).

§1. Principe de primauté et vision du monde communautaire

Afin de démontrer la façon dont le principe de primauté fait sens dans le monde, la Cour propose précisément une vision de ce monde que le droit communautaire partage avec les droits nationaux, une vision de son monde. Celle-ci s'articule en deux points : rapports entre droit communautaire et droit des Etats membres (A) et identité du droit communautaire lui-même (B).

A. Rapports entre droit communautaire et droits nationaux

Nous avons pu constater dans le développement précédent que le choix du principe à appliquer se trouvait étroitement lié à la nature retenue du droit communautaire et de ses relations avec le droit national. Semblait prévaloir l'idée selon laquelle droit communautaire et droit national constituaient des « *ordres juridiques distincts et différents* »¹⁵⁷. Cette vision était sous-jacente à la position défendue par le gouvernement italien et ne semblait pas être remise en cause par la Cour jusqu'alors. Même dans son arrêt *Van Gend en Loos*, le premier à attaquer le principe d'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire, la Cour avait admis le caractère purement domestique de la question de la primauté du droit communautaire, question relative à l'application de ce droit dans l'ordre juridique national, et n'avait pas questionné la vision sous-jacente des rapports entre droits nationaux et droit communautaire – droit international. Par conséquent, remettre en cause le caractère purement interne du principe de primauté nécessitait de trouver une vision alternative à même de justifier ce changement. La démarche adoptée par la Cour ne fait ici aucun doute. Celle-ci démontre sa volonté de se démarquer de la vision traditionnelle justifiant le principe de l'opposabilité du droit national postérieur en proposant un modèle de substitution dès le début de son argumentation : « *le Traité CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité* » (l. 1 à 3). L'intégration des ordres juridiques communautaire et nationaux, voici donc la vision adoptée par la Cour rendant plausible l'affirmation d'un principe de primauté interne du droit communautaire au niveau communautaire lui-même : les ordres juridiques nationaux et communautaire n'étant plus considérés comme séparés, l'immixtion de la Cour dans les affaires internes des Etats membres ne se trouve plus par principe condamnée. La Cour trace ainsi expressément le lien entre vision des rapports entre ordres juridiques communautaire et nationaux et hypothèse de solution retenue en l'espèce, le principe de primauté : « *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, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable.* » (l. 10 à 14). La formulation *a contrario* du principe de primauté par la condamnation du principe d'opposabilité reflète le type d'intégration imaginé par la Cour : une intégration instaurant une relation hiérarchique entre

¹⁵⁷ C.J.C.E., 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, 13/61, Rec. p. 89.

le droit communautaire et les droits nationaux au profit du premier. Cette lecture est corroborée par différents éléments tels les principes d'effet immédiat et d'effet direct consacrés dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Il en résulte que les Etats ont « *limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et crée ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes* » (l. 7 à 9)¹⁵⁸ « *et qui s'impose à leurs juridictions* » (l. 3). De plus, afin de démontrer l'acuité d'un tel schéma intégrationniste et de justifier le principe de primauté, la Cour propose une vision inédite de l'identité du droit communautaire.

B. Identité du droit communautaire

Cette image intégrée des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux présentée par la Cour s'accompagne d'un remodelage de l'identité du droit communautaire par le biais de son autonomisation par rapport à la fois au droit international (1) et aux droits nationaux (2)¹⁵⁹.

1. Autonomisation du droit communautaire par rapport au droit international

Quant à l'autonomisation du droit communautaire par rapport au droit international, il faut se rappeler des contraintes argumentatives pesant sur la Cour. Celle-ci avait reconnu dans l'arrêt *Van Gend en Loos* le caractère purement interne de la question de la primauté du droit communautaire sur le fondement d'une vision internationale du droit communautaire partagée avec les Etats membres, plus précisément de la nature internationale du Traité CEE dont elle n'avait fait que clarifier le type : traité-loi contenant des normes *self-executing*. Si promouvoir

¹⁵⁸ Ceci rappelle grandement la formulation employée par la Cour dans son arrêt *Van Gend en Loos*, cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 23: « *il faut conclure de cet état de choses que 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* », omission faite bien sûr de la mention du droit international...

¹⁵⁹ *A contrario* cf. A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *op. cit.*, p. 246 : « *la jurisprudence et la doctrine communautaristes ont un comportement schizoïde : elles affirment à la fois l'autonomie absolue de l'ordre juridique communautaire tant à l'égard du droit international que des droits nationaux – et ceci relève d'une démarche typiquement dualiste – et sa primauté, tout aussi absolue, par rapport à ces autres droits, en tout cas par rapport aux droits nationaux – et ceci ne serait concevable que dans une perspective moniste* ». Dans le même sens, *ibid.*, p. 237. Cependant il nous semble qu'il s'agit d'une erreur d'appréciation de l'articulation logique entre ces deux positions. En effet, l'autonomie ici revendiquée est à comprendre au sens négatif d'absence de dépendance et donc de non subordination par rapport à d'autres systèmes juridiques ; la primauté marque quant à elle par effet récursif la subordination des autres systèmes juridiques au droit communautaire. Il s'agit d'une tactique d'inversion des rapports entre droit communautaire d'une part, droit international et droits nationaux d'autre part.

la consécration d'un principe proprement communautaire de primauté interne des normes communautaires supposait de proposer une vision intégrée des rapports droit communautaire / droits nationaux, cela nécessitait également de lever l'obstacle de la nature internationale du droit communautaire. Or, c'est à cette opération que se livre la Cour dès le début de son argumentation. En effet, à l'appui de sa formulation d'une vision inédite des rapports droit communautaire / droits nationaux, elle commence directement par distinguer le Traité CEE « *des traités internationaux ordinaires* » (l.1), autonomisant le droit communautaire par rapport au droit international. Ainsi, si dans l'arrêt *Van Gend en Loos* elle avait opéré une distinction entre les traités internationaux contenant des normes d'application immédiate et ceux n'en contenant pas, classant le Traité CEE dans la première catégorie et qualifiant corrélativement le droit communautaire de « *nouvel ordre juridique de droit international* », dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, la Cour distingue le Traité CEE de la catégorie générale « *des traités internationaux ordinaires* » (l.1), ledit traité ayant « *institué un ordre juridique propre* » (l. 2), omission faite de sa nature internationale. C'est cette formulation ou plutôt cette simple omission qui, depuis plus de quarante ans, fait couler l'encre de la doctrine, cette dernière s'évertuant à percer le mystère de la 'sui-généricité' du droit communautaire. On le voit bien, au centre de ce mystère se tient l'intégration systémique des ordres juridiques communautaire et nationaux. Mais si la Cour se livre à une opération de distinction du droit communautaire par rapport au droit international, celle-ci s'accompagne d'une autonomisation de ce droit par rapport aux droits nationaux, condition de possibilité d'une intégration jouant en faveur du droit communautaire.

2. Autonomisation du droit communautaire par rapport aux droits nationaux

Il convient tout d'abord de se remémorer l'arrêt *Van Gend en Loos* et plus précisément les termes de l'exception d'incompétence soulevée par les gouvernements belge et hollandais se référant pour la première fois à la question de la primauté : « *la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur une prééminence à reconnaître, le cas échéant, aux dispositions du Traité CEE soit sur la législation néerlandaise, soit sur d'autres accords passés par les Pays-Bas et intégrés dans leur droit national* »¹⁶⁰. On peut constater qu'était déjà fait référence à un modèle d'intégration entre traités internationaux et droit national, mais

¹⁶⁰ Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 21, (c'est nous qui soulignons).

non par la Cour, par des gouvernements nationaux. L'intégration en question est une intégration dont la maîtrise revient aux Etats. Elle correspond à une vision étatique du droit international¹⁶¹ aux antipodes du modèle d'intégration proposé par la Cour¹⁶². Ainsi, selon cette dernière, le Traité CEE, s'il est intégré aux droits nationaux, n'est pas soumis au bon vouloir des Etats membres. Or, cela suppose que ce traité soit différent des « *traités internationaux ordinaires* » (l. 1)¹⁶³, de la vision qu'en ont les Etats membres. Doit donc être assurée l'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux.

Dans ce but, l'argument conséquentialiste¹⁶⁴ utilisé apparaît le plus clairement à la fin de la démonstration de la Cour (l. 33 à 42) : le principe de l'opposabilité de mesures nationales postérieures se voit disqualifié en raison des conséquences désastreuses et purement intolérables qu'il engendrerait. Or, en quoi consistent celles-ci ? Si un tel principe était appliqué, « *le droit né du traité (...)* perd[rait] son caractère communautaire » ; « *la base juridique de la Communauté elle-même* » serait « *mise en cause* »¹⁶⁵, quelle atteinte plus grave pourrait-on imaginer ? Le principe d'opposabilité du droit national postérieur est donc injustifiable...par référence non au droit communautaire mais à la 'Communauté'. Cette atteinte suprême justifie également que sa condamnation soit totale et porte sur « *tout texte interne quel qu'il soit* » ouvrant la voie à la reconnaissance d'un principe de primauté absolue

¹⁶¹ Cf. N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *op. cit.*, p. 4 et seq., distinguant les « *visions monoculaires* » (« *monocular views* ») des Etats membres d'une part et de l'Union européenne de l'autre et dressant une analogie avec les points de vue des Etats d'une part, du droit international de l'autre, relativement au droit international. Sur cette différence de points de vue relativement au droit international, cf. également, la preuve par neuf magistralement orchestrée par Carlo Santulli dans son ouvrage intitulé Le statut international de l'ordre juridique étatique, *op. cit.*

¹⁶² En ce sens par exemple, le constat de Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri : « *si le droit communautaire prétend ainsi à l'autonomie par rapport au droit international, il ne la reconnaît en revanche pas aux droits nationaux, à l'égard desquels il adopte une attitude résolument moniste et hiérarchique* », C. Grewe, H. Ruiz Fabri, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in Société Française pour le Droit International, Colloque de Bordeaux – Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles, Paris, Pédone, 1999, p. 251, spéc. p. 252.

¹⁶³ Pour une position identique défendue déjà lors de l'arrêt *Van Gend en Loos*, cf. le résumé de la position de la Commission européenne dans cette affaire par Denys Simon : « *Pour la Commission, les traités européens, « par comparaison avec le droit international conventionnel et la pratique juridique générale interétatique », constituaient une « innovation profonde », et il serait « faux » de traiter le droit communautaire comme le droit international, en laissant au droit constitutionnel interne la capacité de déterminer les conditions d'application du droit communautaire* », cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 217. Plus généralement, *ibid.*, p. 218 et seq. et R. Kovar, « La contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1993, vol. IV, t. I, p. 15, spéc. p. 29 et seq..

¹⁶⁴ « *Un mode argumentatif conséquentialiste (...)* considère les conséquences liées à la prise de décision dans un sens ou dans l'autre », cf. N. MacCormick, *op. cit.*, p. 105, t.d.a., « *a consequentialist mode of argument (...)* considers the consequences of making a ruling one way or the other ».

¹⁶⁵ Il s'agit ici de ce que Perelman appelle un argument de type quasi-logique consistant en une réduction à l'absurde. Cf. C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1976, p. 125.

du droit communautaire sur le droit national, normes constitutionnelles incluses¹⁶⁶. Le principe de primauté apparaît donc comme le moyen alternatif permettant de sauvegarder une fin ou valeur essentielle : « *la notion de Communauté* » (l. 41 à 42) elle-même. La Cour s'emploie donc dès le début de son argumentaire à donner corps à cette notion, justification première du principe de primauté. Ainsi, la Communauté est mise en valeur grâce à l'usage par la Cour des techniques de dissociation et d'association¹⁶⁷. Comme il a précédemment été analysé, la spécificité de la Communauté est rehaussée par la distinction de sa base juridique de celle des « *traités internationaux ordinaires* » (l.1). De surcroît, une liaison de coexistence est établie entre une essence : la communauté et ses manifestations : « *une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels* » (l. 4 à 6). Ainsi, ces différents éléments trouvent sens grâce à la notion de Communauté tandis que, en tant que caractéristiques propres à la Communauté, ils donnent corps à sa spécificité. Le principe de primauté du droit communautaire apparaît donc comme la seule alternative possible permettant de préserver la Communauté elle-même, le droit communautaire possède donc désormais une âme. Il est l'être politique¹⁶⁸ que les juges se doivent de préserver...notamment à travers le principe de primauté. Ainsi, afin que l'image intégrée présentée par la Cour ne marque pas la vassalisation du droit communautaire par les droits nationaux, celle-ci s'accompagne d'une hypostatisation du droit communautaire. A l'instar des droits nationaux personnifiés sous les traits des Etats membres¹⁶⁹, le droit communautaire s'incarne en la Communauté à la fois justification et conséquence du mouvement d'autonomisation du droit communautaire par rapport aux droits nationaux poursuivi par la Cour. Cette image hypostasiée du droit communautaire sert de support à la consécration prétorienne du principe de primauté.

¹⁶⁶ Pour une confirmation, cf. C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, Rec. p. 1125.

¹⁶⁷ C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*.

¹⁶⁸ Il ne fait en effet aucun doute que la Cour emprunte le vocabulaire propre à la science politique : institutions et pouvoirs sont traduits en droit par les concepts d'organes et de compétences mais ce serait alors lever le voile d'hypostase duquel la Cour pare (recouvre) le droit communautaire.

¹⁶⁹ Sur la question, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant, LGDJ, trad. C. Eisenmann, 1999, p. 281. De même, cf. l'article de Fritz Sander paru dans le *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1920, vol. 1, n° 3 et 4, p. 312 cité par Kelsen dans son ouvrage intitulé *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 30, note en bas de page 6 : Fritz Sander « *décrit l'Etat comme « la forme catégorique de persistence du noeud fonctionnel des normes juridiques »* », t.d.a., « *Egli chiama lo Stato « la forma categoriale di persistenza del nesso funzionale delle norme giuridiche »*. Pour l'origine de cette idée, cf. G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Première partie – Théorie générale de l'Etat, *op. cit.*, p. 13. Pour une présentation historique de l'apparition de cette idée, cf. H. Krabbe, « L'idée moderne de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 13, n° 3, p. 513 et seq..

Cependant l'utilisation d'un argument de type conséquentialiste mettant à jour la vision du monde de la Cour « *n'est pas en lui-même concluant. On peut avoir besoin soit d'un autre élément d'appréciation « pour », en l'absence duquel on ne pourra pas justifier de façon satisfaisante la décision faisant application du principe, soit d'un élément d'appréciation « contre » susceptible d'en écarter l'application. Mais c'est bien le recours à de tels éléments d'appréciation qui doit permettre de trancher l'affaire* »¹⁷⁰. Or, la Cour s'ingénie à trouver des éléments d'appréciation contre le principe d'opposabilité, en définitive raison principale qu'elle invoque à l'appui de l'adoption du principe de primauté. Passons donc à l'étude de la façon dont la Cour, après avoir exposé sa conception de l'identité du droit communautaire et des rapports que celui-ci nourrit avec les droits nationaux, insère dans ce système juridique transfiguré le principe de primauté.

§2. Principe de primauté et système juridique communautaire

Il convient ici d'analyser la façon dont la Cour soumet aux tests de consistance et de cohérence non seulement le principe de primauté mais encore son alternative : le principe d'opposabilité. En effet, la preuve du caractère plus approprié du principe de primauté par rapport au système juridique communautaire est étroitement liée à la disqualification du principe d'opposabilité. L'inconsistance de ce dernier signe pour la Cour la cohérence du premier par référence aux « *termes et [à] l'esprit du Traité* » (l. 11-12). La lettre du Traité CEE, telle qu'interprétée par la Cour de justice, condamne le principe d'opposabilité alors que son esprit semble confirmer le principe de primauté. Ainsi, en sus de la justification première que constitue la notion de Communauté elle-même, la Cour avance une série de justifications secondaires à l'encontre du principe d'opposabilité (A) et à l'appui du principe de primauté (B).

¹⁷⁰ N. MacCormick, *op. cit.*, version française, p. 191. (N. MacCormick, *op. cit.*, version anglaise, p.161.)

Par ailleurs il est intéressant de noter l'observation du Professeur MacCormick selon laquelle : « *son existence [du principe] permet au juge de prendre une décision qui autrement incomberait au corps législatif* » (*ibid.*) relativement à l'organisation des pouvoirs au Royaume-Uni. Si l'on transpose cette réflexion aux rapports entre système institutionnel communautaire et étatiques, il en résulte que sans le recours au principe de respect du caractère communautaire du droit né du traité, il aurait fallu s'interroger sur la compétence de la Cour pour trancher la question de la primauté du droit communautaire.

A. Disqualification du principe d'opposabilité

La disqualification du principe d'opposabilité est opérée à la faveur d'une ribambelle d'arguments conséquentialistes démontrant que la seule fin à laquelle parviendrait un tel principe serait la violation du Traité.

En effet, ce principe se trouve en contradiction sinon directement avec la lettre du moins avec l'esprit de diverses dispositions du Traité, celles-ci jouant le rôle pour ainsi dire d'arguments d'autorité. Tout d'abord, « *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 visés à l'article 5(2)* » (l. 15 à 17), « *ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7* » (l.17). De plus, la nature même de la notion d'obligation serait également remise en cause car « *les obligations contractées dans le Traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles* » (l.18-19) ce qui serait contraire à l'esprit des « *articles 15, 93-3, 223 à 225 par exemple* » (l. 22) puisque ceux-ci consacrent le principe selon lequel le droit d'agir unilatéralement des Etats ne leur est reconnu que par le jeu d'une disposition conventionnelle expresse, de même qu'à l'esprit des « *articles 8-4, 17-4, 25, 26, 73, 93-2, 3E alinéa, et 226 par exemple* » (l. 24) consacrant le principe de la soumission des demandes de dérogation des Etats à des procédures d'autorisation. Enfin, le principe d'opposabilité de la norme nationale postérieure se heurte à la « *valeur « obligatoire »* » et au caractère « *directement applicable* » (l. 28) reconnus aux règlements consacrés par « *l'article 189* » (l. 27).

Ainsi le principe d'opposabilité du droit national postérieur est en contradiction avec l'interprétation que la Cour donne de l'objet ou de la portée de nombreuses dispositions du Traité CEE. Plus que simplement inconsistant, ce principe s'avère manquer de cohérence par rapport à l'esprit du système communautaire tel qu'institué par le Traité CEE. Il n'est donc pas en harmonie avec le système juridique communautaire alors que parallèlement le principe de primauté semble l'être.

B. Consécration du principe de primauté

La Cour présente le principe de primauté comme un « *principe de droit* » « *évit[ant] les conflits avec les règles existantes* »¹⁷¹ et « *constitu[ant] une extrapolation rationnelle à partir de ceux-ci* »¹⁷².

Quant à la démonstration de l'absence de conflit du principe de primauté avec les normes communautaires, celle-ci est opérée *a contrario* par la démonstration de l'inconsistance du principe alternatif d'opposabilité du droit national postérieur et *ex silentio* par l'absence de mention de son propre caractère inconsistant.

Par ailleurs, le principe de primauté est expressément mentionné, une fois, lorsque la Cour affirme que « *la prééminence*¹⁷³ *du droit communautaire est confirmée par l'article 189* » (l. 27). Comme il a précédemment été précisé, l'article 189 relatif aux règlements et consacrant leur applicabilité directe serait privé d'effet si le principe d'opposabilité du droit national postérieur venait en limiter la portée. Le principe de primauté apparaît donc comme une « *extrapolation rationnelle* » de l'esprit de l'article 189 et plus généralement, au vu de l'infortune du principe d'opposabilité, des diverses dispositions du Traité invoquées à l'encontre de ce dernier. Celles-ci ne font sens que grâce au principe de primauté. Il participe de leur rationalisation justifiant ainsi sa consécration.

En résumé, la Cour se livre à une disqualification en règle du principe d'opposabilité au droit communautaire de normes nationales postérieures défendu par le gouvernement italien à l'appui de son exception d'incompétence. Elle démontre son caractère à la fois inconsistant et incohérent par rapport au système juridique communautaire. Ceci constitue le principal argument en faveur de la solution alternative : la consécration du principe de primauté interne du droit communautaire. Mais toutes ces justifications se fondent en réalité sur une vision particulière de l'identité du droit communautaire : la Communauté, dotée d'une existence autonome par rapport tant au droit international qu'au droit des Etats membres fondée sur une vision particulière des rapports du droit communautaire avec le droit international, duquel celui-là se distance, et avec les droits nationaux, auxquels il s'intègre et sur lesquels il prend l'ascendant. La Communauté est donc l'hypostase d'un « *ordre juridique propre, intégré au*

¹⁷¹ N. MacCormick, *op. cit.*, p.121, t.d.a., « *so formulated as to avoid conflict with existing rules* ».

¹⁷² *Ibid.*, p. 120, t.d.a., « *is a rational extrapolation from them* ».

¹⁷³ Il est intéressant de noter que c'est ce terme qu'avaient employé les gouvernements belge et hollandais à son sujet dans l'affaire *Van Gend en Loos*, cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 21.

système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions » (l. 2-3).

Pour conclure, afin de justifier la création prétorienne du principe de primauté interne du droit communautaire sur le droit national, indispensable selon eux afin de garantir la pérennité des principes d'effets immédiat et direct qu'ils ont consacrés un an plus tôt en vue d'assurer l'effectivité du droit communautaire, les juges de Luxembourg, en raison des contraintes de logique argumentative pesant sur eux, ont dû construire une 'vision de rechange', une nouvelle image des rapports se jouant entre droit communautaire et droit des Etats membres et démarquer le droit communautaire du droit international. En ce sens, le principe de primauté se trouve intimement lié à la définition de l'identité du droit communautaire, laquelle en constitue la justification première. Cependant, cette construction fort astucieuse emporte-t-elle la conviction, juridique ? Permet-elle réellement de justifier le principe de primauté et de persuader juridiquement les Etats membres ? Afin de le déterminer, il convient de passer à l'évaluation de l'argumentation développée par la Cour dans l'arrêt *Costa* car si nous en connaissons désormais les tenants, il nous reste à en analyser les aboutissants.

SECTION III. *DÉNOUEMENT*

« L'arrêt Costa c. ENEL de la Cour de justice européenne est souvent considéré comme 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. »¹⁷⁴.

Il convient donc de se concentrer sur la question primordiale de l'apport de cet arrêt. A cet égard, il faut se rappeler que l'enjeu central de l'argumentation est la persuasion. Ainsi, c'est en procédant à l'évaluation de la stratégie argumentative adoptée par la Cour dans l'arrêt *Costa* en vue de justifier son choix d'écarter le principe d'opposabilité de la norme juridique nationale postérieure et de consacrer corrélativement le principe de primauté interne du droit communautaire qu'il est possible de mettre à jour l'enjeu lui-même de cette persuasion. Or, celui-ci semble se rapporter à deux éléments interdépendants : la nature du droit communautaire (paragraphe premier) et la nature de la Cour elle-même (paragraphe second).

¹⁷⁴ B. De Witte, *op. cit.*, 425.

§1. Le droit communautaire : une nature spécifique originale ?

Tout d'abord, nous avons établi que la primauté du droit communautaire est une primauté absolue du droit communautaire sur le droit national, droit constitutionnel inclus, justifiée par l'impératif d'assurer l'effectivité pleine et uniforme du droit communautaire et que cette primauté, au même titre que les principes d'effets immédiat et direct permettant le développement d'une responsabilité interne de droit communautaire, est une primauté interne, déployant ses effets dans l'ordre interne des Etats membres et non dans la sphère communautaire. Ainsi, elle tranche avec l'idée d'une séparation ou dualisme entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux et prône une vision des rapports droit communautaire / droit national selon laquelle ces ordres juridiques se trouvent intégrés en raison de la nature spécifique originale de la Communauté. Ce faisant, la Cour coupe le cordon ombilical entre droit communautaire et droit international. Elle consacre par ce biais l'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux en lui assurant à la fois prévalence sur ceux-ci et maîtrise sur sa propre application. Cette dernière ne dépend plus de doctrines nationales (technique dualiste de réception du droit international en droit interne / séparation des pouvoirs) justifiant la mise en œuvre de la règle *lex posterior priori derogat*, inopposables désormais.

Cependant, certains pourraient soutenir, à l'instar du Professeur De Witte, que le principe de primauté, même interne, n'était guère étranger au droit international¹⁷⁵ justifiant alors la

¹⁷⁵ Si, dans un premier temps, le Professeur De Witte énonce : « *La distinction entre « primauté internationale » et « primauté interne » était connue de la doctrine internationaliste, bien que pas toujours dans ces mêmes termes. Mais seule la première était considérée comme une règle du droit des gens ; la seconde était laissée au droit public interne des Etats, qui pouvaient la reconnaître ou non, de manière discrétionnaire* » (B. De Witte, *op. cit.*, p. 427), cette affirmation est vite relativisée par l'idée selon laquelle : « *la 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* » (*ibid.*, pp. 427-428).

Par ailleurs, nous réfutons une telle analyse contraire à notre propre conception des rapports droit international / droits nationaux que nous exposerons dans la seconde partie de cette étude. Cependant, sur la question, nous renvoyons provisoirement à l'étude de Carlo Santulli, Le statut international de l'ordre juridique étatique, *op. cit.*, car nous pensons qu'il est important de distinguer la vision développée par le droit international du droit international de celle adoptée par les droits nationaux dudit droit international. L'importance de cette distinction est illustrée par exemple par la controverse entre Theodor Schilling d'une part et Joseph Weiler et Ulrich Haltern d'autre part au sujet de la nature de l'Union européenne. Le premier affirmant que « *l'interprétation internationaliste des Traités européens conduit ainsi à la conclusion selon laquelle la Cour de justice n'est pas le juge ultime du système (...)* Par conséquent, les Etats membres, individuellement, doivent avoir le mot de la fin relativement aux questions concernant la champ des compétences qu'ils ont délégués à la Communauté » se fondant donc sur une conception étatique du droit international, les seconds rétorquant que « *selon une perspective internationaliste, la Cour de justice doit être le juge final de ce système* » se référant au point de vue du droit international lui-même. Cf. T. Schilling, « The Autonomy of the Community Legal Order : An Analysis of Possible Foundations », *op. cit.*, p. 407, t.d.a., « *The international law interpretation of the European Treaties thus leads to the conclusion that the ECJ is not the ultimate umpire of the system (...). Therefore, the Member*

nature internationale de ce principe et du droit communautaire lui-même mais c'est ici oublier les contraintes argumentatives auxquelles la Cour était soumise et faire l'impasse sur les justifications possibles de sa position, lui niant sa validité¹⁷⁶. La Cour se devait de trouver une vision alternative, de distinguer le droit communautaire du droit international, car, comme nous avons pu le souligner précédemment, elle avait elle-même condamné la reconnaissance du principe de primauté interne du droit communautaire sur le fondement de la nature internationale du Traité CEE. Toutefois, c'est précisément cette observation qui nous permet cette fois-ci d'abonder dans le sens du Professeur De Witte. Ce qui est peut-être le plus innovant dans cet arrêt n'est pas la primauté elle-même, bien que ce principe soit inédit en droit communautaire, mais son fondement : la nature spécifique originale du droit communautaire personnifié sous les traits de la Communauté¹⁷⁷. C'est cela précisément qui constitue une véritable révolution. Afin d'en appréhender la signification et la portée, il paraît utile de retracer sous la forme d'un schéma dont le canevas est emprunté à Stephen Toulmin¹⁷⁸ l'enchaînement logique des arguments utilisés par la Cour.

States, individually, must have the final word on questions concerning the scope of the competences they have delegated to the Community. » ; J.H.H. Weiler, U.R. Haltern, « The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass », *op. cit.*, p. 446, t.d.a., « *from the internationalist perspective, the ECJ must be the final umpire of that system* ».

¹⁷⁶ Pourrait alors être avancée la critique selon laquelle la Cour elle-même n'avait pas l'intention de remettre en cause la nature internationale du droit communautaire mais c'est ici précisément faire fi des contraintes argumentatives précédemment mentionnées.

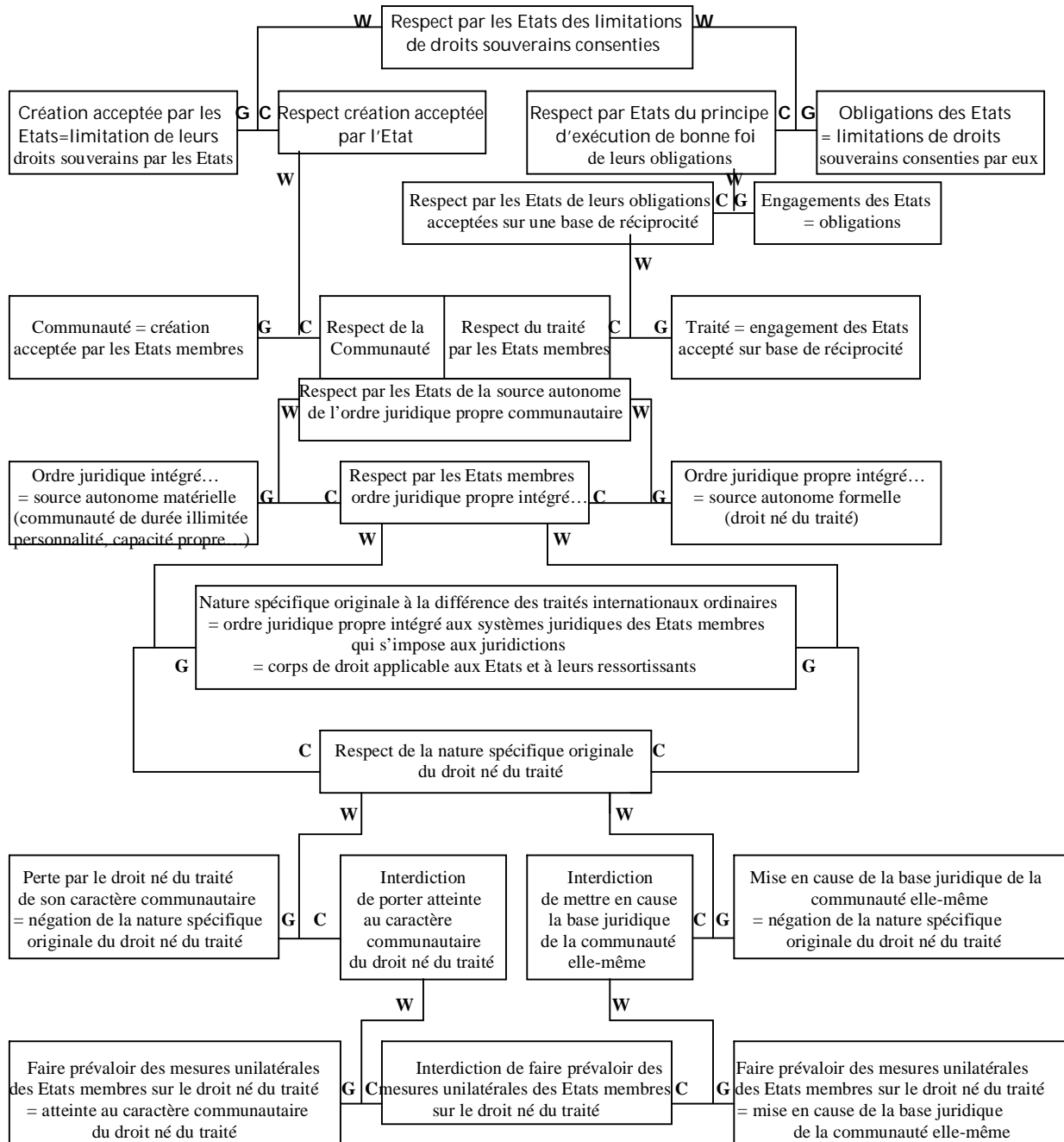
Par ailleurs, nous tenons à rester fidèle à notre approche descriptive et non normative. Ainsi le but poursuivi n'est pas d'évaluer si la Cour avait tort ou raison quant à sa représentation de la nature du droit communautaire mais de tenter de trouver un modèle descriptif permettant de faire droit à sa position en la matière.

¹⁷⁷ Le Professeur De Witte souligne l'ambiguïté intrinsèque de l'arrêt *Costa* lorsqu'il précise : « *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* » (B. De Witte, *op. cit.*, p. 445).

¹⁷⁸ Cf. S. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980. Pour une version française, cf. S. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, trad. P. de Brabanter.

J'aimerais par ailleurs particulièrement remercier le Professeur Manuel Atienza pour son cours d'initiation à la théorie de l'argumentation juridique que j'ai eu l'honneur et le plaisir de suivre lors de mon Mastère à l'Académie Européenne de Théorie du Droit.

Justification interne de l'arrêt
d'après le schéma de Toulmin (partiel)¹⁷⁹



¹⁷⁹ C=Claim
G=Ground
W=Warranty

Afin de préserver l'intelligibilité de ce schéma, nous avons préféré conserver la terminologie anglaise originale tout en en proposant une traduction ainsi qu'une brève explication.

Selon Toulmin, la structure de l'argumentation est toujours la même : on part d'une *claim* (C) ou prétention qu'il s'agit de démontrer et qui fait aussi office de conclusion : par exemple l'interdiction de faire prévaloir des mesures unilatérales des Etats membres sur le droit né du Traité. Cette prétention est fondée sur des *grounds* (G) ou raisons, justifications, assertions selon lesquelles faire prévaloir des mesures unilatérales des Etats membres sur le droit né du traité constitue à la fois une atteinte au caractère communautaire du droit né du traité (l. 35-36) et une mise en cause de la base juridique de la Communauté elle-même (l. 36-37). Cependant afin de passer de la justification à la prétention il est nécessaire de fournir une loi de passage de la justification à la prétention appelée *warranty* (W) ou garantie. En l'espèce, il n'y a qu'une seule et même garantie aux justifications avancées à l'appui du principe d'inopposabilité des mesures nationales postérieures : le principe du respect par les Etats membres de la nature spécifique originale du droit né du traité (l. 34). Il convient alors de justifier cette garantie qui devient donc elle-même une prétention et le schéma peut ainsi remonter jusqu'à la garantie première invoquée par la Cour : le principe de respect par les Etats des limitations de leurs droits souverains auxquelles ils ont consenties (l. 4-9).

Ces précisions apportées, il nous est désormais possible de répondre à notre question : en quoi l'invocation de la nature spécifique originale du droit communautaire constitue-t-elle une véritable révolution ?

Comme le précise Toulmin, il existe deux types d'argument : « *les arguments qui utilisent une garantie et les arguments qui établissent une garantie. Dans ces derniers arguments ce qu'il y a de nouveau ce n'est pas la conclusion mais la garantie elle-même* »¹⁸⁰. Ainsi, d'aucuns pourraient soutenir que l'argumentation de la Cour recèle un argument fallacieux majeur : « *on part du présupposé qu'il est possible de passer des raisons à la prétention sur la base d'une garantie partagée par la plupart ou par tous les membres d'une communauté, quand en fait la garantie en question n'est pas communément admise* »¹⁸¹, ce que Perelman appelle la pétition de principe : « *l'erreur de s'appuyer sur des prémisses que l'interlocuteur* [les Etats

¹⁸⁰ M. Atienza, Le raisonnement juridique, Théorie de l'argumentation juridique, Bruxelles, Catalogue F.U.S.L., p. 90.

Pour une version en espagnol disponible sur internet : Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 93.

membres] *n'a pas admises (...) c'est-à-dire que l'on postule ce que l'on veut prouver* »¹⁸². Cela est le cas à l'époque de la majeure partie des garanties de l'argumentation de la Cour : le principe selon lequel le droit communautaire aurait une nature spécifique originale, le principe de l'effet direct du droit communautaire, de la source autonome du droit communautaire. Ceci est corroboré par l'usage massif d'arguments conséquentialistes comme il a été observé auparavant. Quant aux garanties restantes, la Cour fait amplement usage du propre de l'argumentation c'est-à-dire de la sélection des prémisses avantageuses pour sa thèse.

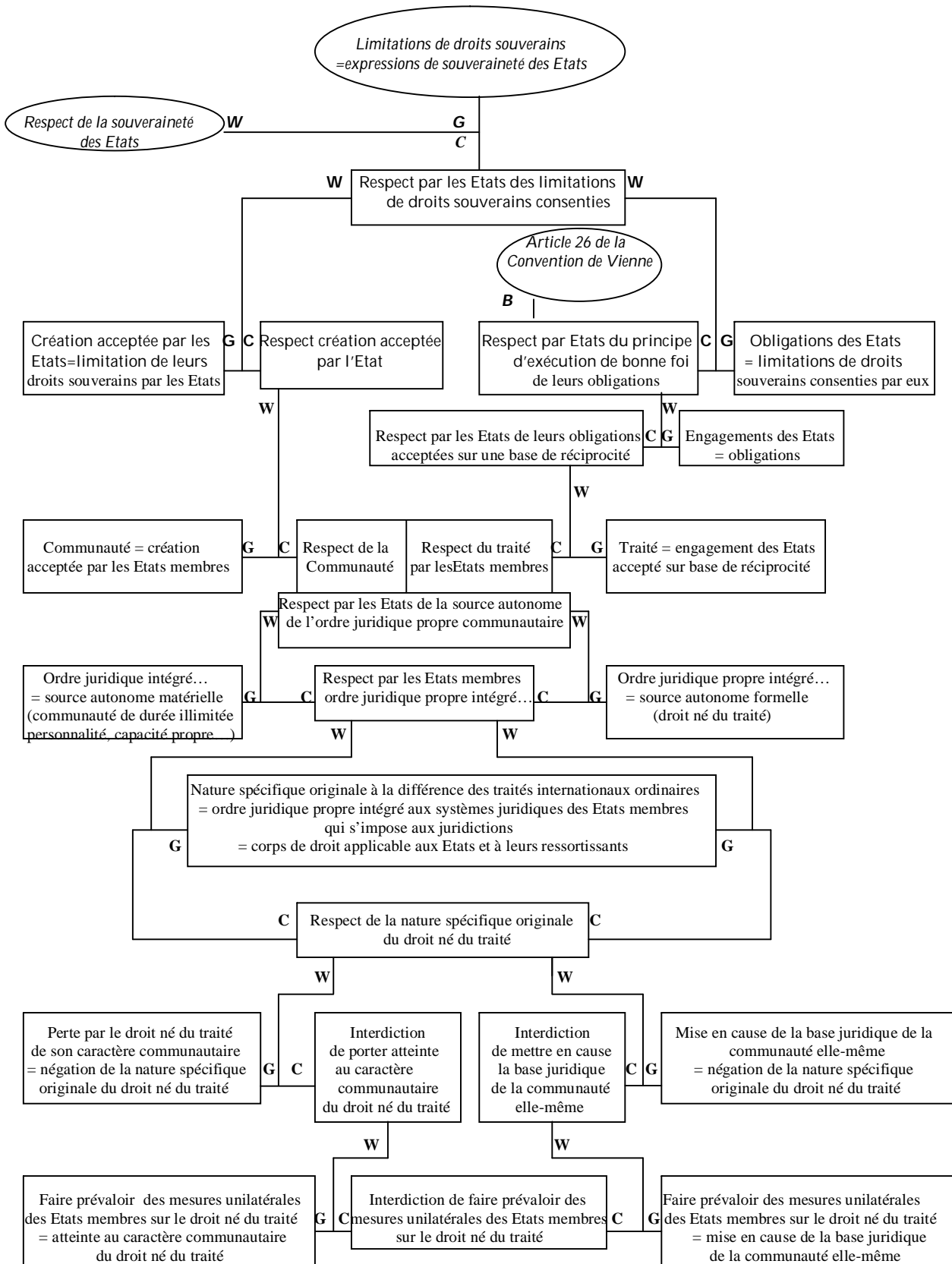
Ainsi, d'une part, la Cour omet de citer le fondement juridique ou *backing* (B) d'une de ses garanties : le principe d'exécution de bonne foi de ses obligations par l'Etat expressément prévu par l'article 26 de la Convention de Vienne lequel est parfois également cité sous la forme coutumière *pacta sunt servanda*. Ici encore, il est possible de penser que c'est la nature internationale de ce fondement juridique qui a retenu la Cour ; ce dernier aurait été à l'encontre de la nature supposée originale du droit communautaire et donc de son autonomie ...véritable enjeu de la présente décision ?¹⁸³

D'autre part et parallèlement, la nature spécifique originale du droit communautaire a pour corollaire la soumission des droits nationaux à celui-ci. En effet, la Cour ne fait état que de certains aspects des garanties qu'elle évoque. Ainsi en est-il notamment du principe du respect par les Etats des limitations acceptées de leurs droits souverains. Premièrement n'est pas fait allusion de façon ostensible au concept de souveraineté : il n'est question que de droits souverains, au pluriel, ce qui suppose qu'il y en ait plusieurs, permettant leur cession, partielle, à la Communauté alors que la souveraineté, elle, est indivisible, et pourtant, même si indirectement invoquée, c'est bien d'elle qu'il s'agit. Deuxièmement, il n'est fait référence qu'à l'aspect « souveraineté-obligation » de l'Etat envers la Communauté, propice à l'instauration d'un rapport hiérarchique au profit de cette dernière, et non à l'aspect « souveraineté-prérogative » de l'Etat, favorable à un rapport hiérarchique à l'avantage de celui-ci. Comme cela est illustré par le schéma précédent dûment complété en italique et reproduit ci-après, il serait possible de remonter, au-delà de la limitation par l'Etat de ses

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Il est ici intéressant de souligner le lien sur le plan théorique entre primauté et autonomie du droit communautaire. La primauté assurant précisément l'autonomie. Sur la constatation explicite de ce lien, voir les propos d'Adolf Merkl relativement à la question de la primauté du droit international par rapport aux droits nationaux, évoquant « *la présupposition d'un droit international autonome – et qui ne veut renoncer à son existence autonome, qui ne veut le dégrader au rang de créature des Etats ne peut que le concevoir de la façon décrite – même si de la sorte chacun des Etats devient créature d'un Etat mondial, à lui subordonné* », t.d.a., « *l'assunto di un diritto internazionale autonomo – e chi non vuole rinunciare alla sua esistenza autonoma, chi non la vuole degradare a creatura degli stati non può che concepirlo nel modo descritto – anche se così i singoli stati diventano creature di uno stato mondiale, a questo subordinate* ». Cf. A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, « Il sistema kelseniano », p. 91.

droits souverains, à la souveraineté même de l'Etat, remettant alors en cause l'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux prônée par la Cour.



Ainsi ce schéma permet-il de démontrer en tant que de besoin le caractère crucial de l'argument à ramifications multiples selon lequel la Communauté jouit d'une nature spécifique originale. Celle-ci constitue à la fois le reflet et la source d'un rapport pour le moins original entre droit communautaire et droits des Etats membres : celui de la subordination de ceux-ci à celui-là.

La question qui se pose alors est la suivante : la Cour fait-elle réellement montre d'une argumentation fallacieuse ? Cela n'est pas si évident : tout dépend du point de vue adopté. En effet, il faut ici se souvenir d'un paramètre fondamental de l'argumentation : l'auditoire de la Cour ou plus exactement la définition ou perception de celui-ci par la Cour. En sus d'un auditoire universel, il s'agit d'un auditoire particulier : les Etats. Or, l'auditoire particulier auquel s'adresse la Cour est constitué des Etats, certes, mais en quelle qualité ? En leur qualité d'Etats proprement dits – au quel cas il s'agit bien d'une argumentation fallacieuse – ou en leur qualité d'Etats membres de la Communauté ?

La Cour étant la gardienne de la bonne application du droit communautaire, c'est dans ce système juridique-là, comme il a pu être précédemment observé, que se situe son action, les règles de reconnaissance (secondaires) identifiées et appliquées par les juges communautaires sont des règles communautaires visant le respect et l'efficacité du droit communautaire, de même les règles juridiques (primaires)¹⁸⁴ dont font usage les juges communautaires sont les règles communautaires et non pas les règles de l'un quelconque des Etats membres. Ainsi, la Cour envisage l'auditoire particulier des Etats en leur qualité d'Etats membres. Mais alors, si les Etats sont membres, ils sont membres de la Communauté. La reconnaissance ou acceptation des garanties avancées par la Cour à l'appui de son argumentation peut donc être interprétée comme étant intrinsèque à ce statut même de membres¹⁸⁵. On s'aperçoit alors qu'à l'évaluation de l'argumentation développée par la Cour, ce n'est plus des critères internes tant

¹⁸⁴ Nous faisons bien entendu ici référence à la célèbre distinction de Herbert Hart entre règles de comportement humain, primaires, et règles sur ces règles, secondaires, sur laquelle nous reviendrons plus avant. Cf. H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 1994, p. 94 *et seq.*

¹⁸⁵ En ce sens, cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.* : « Comme le notait dès 1965 le Président Hallstein, « en créant la Communauté les Etats membres se sont eux-mêmes assujettis à ce nouveau système juridique » (W. Hallstein, « Intervention devant le Parlement européen sur le rapport F. Dehousse », *PE Déb.* n° 72, session 1964-1965, séance du 18 juin 1965, reproduit in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1965, p. 247 *et seq.*), et l'on peut dire qu'en affirmant la primauté absolue du droit communautaire, la Cour n'impose finalement aux Etats membres que ce à quoi ils ont consenti. (...) En d'autres termes, c'est délibérément, volontairement et souverainement, que les Etats membres ont décidé l'émancipation de l'ordre juridique communautaire appelé à s'affranchir du règne exclusif du droit international. ».

formels que matériels qui semblent adaptés, mais des critères externes¹⁸⁶. La question n'est donc plus de savoir si la réponse apportée par la Cour est correcte mais celle, plus théorique, de savoir s'il n'existe qu'une seule réponse correcte¹⁸⁷. Ceci dépend de façon ultime de la conception du bien de chacun et de ses rapports avec le droit. Pour notre part, nous nous limiterons à préciser qu'il nous semble que notre rôle ici n'est pas de juger la position de la Cour ni celle du gouvernement italien quant à la 'meilleure' solution en l'espèce reposant en définitive sur la 'meilleure' conceptualisation du droit communautaire et de ses rapports avec le droit national mais d'observer que sont en présence des hypothèses de solutions différentes reposant de façon ultime sur des conceptions différentes du droit communautaire et de ses rapports avec le droit national. En ce sens, il est possible de conclure que l'argumentation développée par la Cour n'est pas fallacieuse. Elle est correcte logiquement et matériellement et repose simplement sur une conceptualisation dont les racines plongent, en définitive, au-delà du juridique. Cependant, une autre question se profile et se doit d'être abordée au titre de l'évaluation de la position de la Cour. Au-delà de la définition de la nature du système juridique communautaire, il est possible de se demander si le but de la Cour n'était pas également de créer sa propre légitimité et de fortifier ainsi son rôle, juridique.

§2. La Cour de justice : une nature spécifique originale ?

La première interrogation qui surgit après avoir constaté que le fondement du principe de primauté repose en définitive sur une conceptualisation bien particulière du droit communautaire développée par la Cour est celle du titre auquel celle-ci se permet une telle élaboration. Cependant, dans l'arrêt *Costa*, la question semble plutôt apparaître de façon inversée. Le lien entre principe de primauté et légitimité de la Cour est tissé non pas sous l'angle de la compétence de la Cour justifiant la consécration par celle-ci de la primauté du droit communautaire mais plutôt sous celui de la légitimation du rôle de la Cour à travers la consécration du principe de primauté. Ainsi, en caractérisant le droit communautaire comme un ordre juridique propre personnifié par la Communauté, c'est-à-dire en l'autonomisant par rapport au droit international d'une part et en procédant à la soumission des Etats membres, ceux-ci ayant abdiqué certains de leurs droits souverains au profit de la Communauté et le droit communautaire s'imposant à eux (l. 3), « à leurs juridictions », et « à leurs

¹⁸⁶ Sur cette distinction, cf. J. Wroblewski, « Legal Decision and its Justification », *Logique et Analyse*, n° 14, 1971, p. 409 ; « Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision », *Rechtstheorie*, n° 5, 1974, p. 33 et seq..

¹⁸⁷ Cf. N. MacCormick, *op. cit.*, p. 248 et seq..

ressortissants » (l. 9) d'autre part, la Cour procède à son autolégitimation et autonomisation en tant que gardienne et protectrice de cet ordre juridique et donne ses lettres de noblesse à son propre rôle. Une thèse aux accents similaires a été défendue par Hans Lindahl dans un excellent article fondé sur l'analyse de l'arrêt *Van Gend en Loos*, d'un an l'aîné de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, « *Acquiring a Community : The Acquis and the Institution of European Legal Order* »¹⁸⁸. Ainsi, cet auteur pose les questions suivantes : « *l'acquis communautaire ne concerne-t-il pas aussi et avant tout une communauté acquise ? A son tour, est-il réellement possible de comprendre la Communauté européenne en tant que acquise autrement que par référence au processus d'acquisition lui-même ? Ne pourrait-on pas alors envisager l'acquis comme le site privilégié d'une enquête relative à la genèse de l'ordre juridique européen ? Réciproquement, ce terme ne suggère-t-il pas que le propre de la genèse d'un ordre juridique est d'acquérir une communauté ? De plus, cette interaction entre communauté acquise et acquisition d'une communauté ne fournit-elle pas la clef de la façon dont pouvoir constitué et pouvoir constituant jouent dans l'ordre juridique européen ?* »¹⁸⁹. Et le même auteur de préciser: « *la Cour de justice agit comme détentrice du pouvoir constituant en se présentant sous les traits d'un pouvoir constitué. Mais, de façon encore plus frappante, la Cour de justice ne peut agir comme pouvoir constituant que dans la mesure où elle se présente de manière crédible comme pouvoir constitué.* »¹⁹⁰. Est ainsi illustrée ici la nature oscillatoire du droit : interface entre l'acteur du droit, présentement la Cour, qui en est toujours également le créateur, et la règle de droit qui octroie à l'acteur son rôle. C'est au point d'équilibre de ce jeu de pendule du droit ou à la quadrature du cercle du droit que, précisément, la perspective se renverse et l'on peut se demander, l'espace d'un instant, si l'acteur en instituant le droit ne s'auto-institue pas. Ainsi la Cour, en promouvant sa propre conception du droit communautaire et l'acquisition de la Communauté, concourt à son autolégitimation en tant que gardienne de ce droit¹⁹¹, de sa « *charte constitutionnelle* »¹⁹², donc en tant que cour

¹⁸⁸ H. Lindahl, *European Law Journal*, 2003, vol. 9, n° 4, p. 433.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 435, t.d.a. : « *is not the acquis communautaire also and above all about a communauté acquise ? In turn, can we at all make sense of the European community as acquired, other than by reference to the process of acquiring it? Could we not then view the acquis as the privileged locus for an inquiry into the genesis of European legal order? Conversely, does not this term suggest that the genesis of legal order is all about acquiring a community? Would not, moreover, the interplay between acquired community and acquiring a community provide the key to the manner in which constituted power and constituent power are at work in the European legal order?* », (emphases dans le texte original).

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 437, t.d.a. : « *the European Court of justice acts as a constituent power by presenting itself as constituted power. Yet more forcefully, the European Court of Justice can only function as constituent power to the extent that it credibly presents itself as constituted power* ».

¹⁹¹ Pour un exemple ultérieur, cf. C.J.C.E., Ordonnance du 13 juillet 1990, *Rec. p. I-3365*, pt 16.

¹⁹² C.J.C.E., 10 juillet 2003, *Commission des Communautés européennes c. Banque européenne d'investissement*, C-15/00, *Rec. p. I-7281*, pt LXXV ; C.J.C.E., 23 mars 1993, *Beate Weber c. Parlement*

constitutionnelle¹⁹³ du système juridique communautaire¹⁹⁴. Elle en définit les principes les plus fondamentaux, en l'occurrence le principe de primauté,¹⁹⁵ tout en situant cependant (nécessairement) son action et son argumentation au sein de ce même système juridique

européen, C-314/91, *Rec.* p. I-1093, pt 8. Pour la première fois, cf. C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, *Rec.* p. 1339, pt 23.

Enfin, pour la formulation la plus exhaustive en la matière, cf. C.J.C.E., 14 décembre 1991, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du traité – Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, Avis 1/91, *Rec.* p. I-6079, pt 21 : « le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants (voir, notamment, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.* p. 1). Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes. ».

Pour un aperçu des jurisprudences pertinentes en la matière, cf. M.L. Fernandez Esteban, « La noción de constitucion europea en la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas », *Revista española de derecho constitucional*, 1994, n° 40, p. 241.

Dans le même sens, cf. L. Azoulay, *op. cit.*, p. 863, définissant ainsi le « processus de « constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire » » : « [l']expression utilisée par les auteurs de langue anglaise sert à décrire un processus d'origine jurisprudentielle au terme duquel, en vertu des principes de primauté et d'effet direct, le droit communautaire, et en lui d'abord les traités qui le fondent, s'élèvent à la dignité de norme suprême dans l'aire d'influence de la Communauté ». Cf. également sur la question, N. MacCormick, « Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the 'European Commonwealth' », *op. cit.*, p. 337 ; O. Pfersmann, « The new revision of the old constitution », *op. cit.*, p. 383. Pour un lien avec le Traité établissant une constitution pour l'Europe, cf. K. Lenaerts, P. Van Nuffel, « La constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *Cahiers de droit européen*, 2005, n° 1-2, p. 13, spéc. p. 18 et *seq.*

¹⁹³ Sur la question, il est intéressant de souligner la façon dont la Cour dressa son autoportrait dans son rapport relatif à certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne de mai 1995 en vue de la préparation de la Conférence intergouvernementale de 1996 : « Dans l'accomplissement de son rôle constitutionnel, la Cour décide relativement aux pouvoirs respectifs des Communautés et des Etats membres, à ceux des Communautés par rapport à d'autres formes de coopération dans le cadre de l'Union, et, de manière générale, elle détermine le champ des dispositions des Traités qu'elle a le devoir de faire respecter. Elle assure le respect de la délimitation des pouvoirs entre les institutions, concourant de la sorte au maintien de la balance institutionnelle. Elle examine si les droits fondamentaux ont été respectés par les institutions et par les Etats membres lorsque leur action entre dans le champ du droit communautaire. Elle se prononce relativement à la relation entre le droit communautaire et le droit national et aux obligations réciproques entre les Etats membres et les institutions communautaires. Enfin, elle peut être amenée à juger si les engagements internationaux envisagés par les Communautés sont compatibles avec les Traités. », t.d.a., (c'est nous qui soulignons), cité in M. Claes, *op. cit.*, p. 401 : « In its constitutional role, the Court rules on the respective powers of the Communities and of the Member States, on those of the Communities in relation to other forms of co-operation in the framework of the Union and, generally, determines the scope of the provisions of the Treaties whose observance it is the duty to ensure. It ensures that the delimitation of powers between the institutions is safeguarded, thereby helping to maintain the institutional balance. It examines whether fundamental rights have been observed by the institutions, and by the Member States when their actions fall within the scope of Community law. It rules on the relationship between Community law and national law and on the reciprocal obligations between the Member States and the Community institutions. Finally, it may be called upon to judge whether international commitments envisaged by the Communities are compatible with the Treaties. ».

Cf. également, L. Azoulay, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, vol. 44, n° 1, p. 29.

¹⁹⁴ Sur le lien entre charte constitutionnelle et cour constitutionnelle, cf. l'affirmation sans détour du Président du Tribunal de première instance de l'Union européenne, B. Vesterdorf, « A Constitutional Court for the EU ? », in I. Pernice, J. Kokott, C. Saunders (dir.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, *op. cit.*, p. 83, spéc. pp. 83-84.

¹⁹⁵ Sur le lien entre autonomie et constitutionnalisation, cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. 222 et *seq.*

communautaire¹⁹⁶, ce qui, selon Neil MacCormick, est la meilleure illustration du respect de l'Etat de droit par les juges¹⁹⁷.

Cette attitude de la Cour n'est d'ailleurs guère unique en son genre. Il est ainsi possible de dresser un parallèle entre la démarche de la Cour de justice et celle de nombreuses cours constitutionnelles ayant elles-mêmes défini leur rôle¹⁹⁸. L'argument est bien connu et a été amplement traité, le plus souvent sous l'angle de la question du 'gouvernement des juges'. Il suffit de citer à ce propos la légitimation de l'action du Conseil constitutionnel français¹⁹⁹, du Tribunal de Karlsruhe allemand²⁰⁰ ou encore de la Cour d'arbitrage belge²⁰¹ par référence aux droits de l'homme ou encore le nouvel épisode de la guerre des juges au sommet en Belgique entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage suite aux limitations apportées à la loi dite de compétence universelle²⁰² ou en Espagne entre le Tribunal Constitutionnel et le Tribunal Suprême²⁰³.²⁰⁴ De plus, le parallèle avec le principe prévalant en droit international selon

¹⁹⁶ Pour une autre exposition de la question, cf. N. MacCormick, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *op. cit.*, p. 517, spéc. pp. 520-521: « *Il existe un paradoxe évident dans la réponse selon laquelle la Cour de justice a nécessairement cette autorité parce qu'elle interprète sa propre autorité précisément en ce sens, un argument, soulevant évidemment des questions, dont la conclusion est déjà supposée dans les prémisses. Un tel paradoxe, une approche si étonnante, une telle circularité de raisonnement sont peut-être construits à l'intérieur proprement de notre appréhension de la notion de système. L'autorité normative la plus haute dans tout ordre normatif ne peut en appeler à aucune autre confirmation positive de sa propre autorité que celle inscrite dans sa propre jurisprudence.* », t.d.a., « *There is an obviously paradoxical quality in the answer that the ECJ necessarily has this authority because it has interpreted its own authority in just this way, an obviously question-begging argument whose conclusion is already assumed in its premises. Such paradox, such question-begging, such circularity of reasoning, is perhaps built into our very understanding of system. The highest normative authority in any normative order can appeal to no higher positive confirmation of its own authority than that enshrined in its own jurisprudence.* ».

¹⁹⁷ Pour une réaffirmation récente, cf. N. MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law – A theory of Legal Reasoning, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁹⁸ Et l'on ne peut s'empêcher de se demander si la composition de la Cour (personnes ayant occupé les plus hautes fonctions juridictionnelles dans leur Etat membre d'origine) ainsi que ses conditions de travail à Luxembourg n'aurait pas influencé quelque peu sa démarche. Cf. M. Lagrange, « The Court of Justice as a Factor in European Integration », *op. cit.*, p. 718.

¹⁹⁹ Cf. Décision du Conseil constitutionnel n°71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF*, 18 juillet 1971, p. 7114.

²⁰⁰ Cf. *Beschluss des Bundesverfassungsgericht*, 15 janvier 1958, *BverfGE*, vol. 7, p. 198, (*das « Lüth Urteil »*), pour un rappel de l'importance de cet arrêt, cf. G. Casper, « The Karlsruhe Republic – Keynote Address at the State Ceremony Celebrating the 50th Anniversary of the Federal Constitutional Court, *German Law Journal*, 2001, vol. 2, n° 18 ; T. Henne, A. Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin, BWB Berliner-Wissenschaft, 2005 ; R. Wahl, « Aux origines du droit public allemand », *Revue du droit public*, 2007, n° 3, p. 817.

²⁰¹ Cf. Arrêt « Biorim » de la Cour d'arbitrage n° 23/89, 13 octobre 1989, *Moniteur belge*, 8 novembre 1989 ; Arrêt « Pacification » de la Cour d'arbitrage n° 18/90, 23 mai 1990, *Moniteur belge*, 27 juillet 1990, sur la question, cf. « Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par M. Michel Barbeaux », Sénat de Belgique, session de 2002-2003, 17 octobre 2002, n° 2-897/6, p. 8 *et seq.*

²⁰² Cf. J. Van Compernelle, M. Verdussen, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, octobre 2002-février 2003 ; M. Verdussen et M. Lys, « La guerre des juges a assez duré », 2007, consultable à l'adresse internet http://www.birmanie.net/doc/070208_libreopinion.pdf.

²⁰³ Cf. P. Cruz Villalón, « Conflict between Tribunal Constitucional and Tribunal Supremo – A national experience » in I. Pernice, J. Kokott, C. Saunders (dir.), The Future of the European Judicial System in a Comparative perspective, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 111 ; L. Turano, « Spain : Quis Custodiet Ipsos

lequel « *les tribunaux arbitraux ont la compétence de déterminer leur propre compétence par interprétation de leurs instruments constitutifs* »²⁰⁵ ne doit pas non plus être passé sous silence. Ce principe est expressément rappelé par la Cour internationale de justice dans la célèbre affaire Nottebohm²⁰⁶ : « *Le paragraphe 6 de l'article 36 ne fait que reprendre pour la Cour une règle que le droit international commun a consacrée en matière d'arbitrage international. Depuis l'affaire Alabama, il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci. (...) Ce principe que le droit international commun admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral constitué par l'accord spécial des parties en vue de statuer sur un différend particulier, mais une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement et, dans le cas présent, l'organe judiciaire principal des Nations Unies. (...) L'article 36, paragraphe 6, suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa compétence dans le cas présent. Même si tel n'était pas le cas, la Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (article 38, paragraphe 1, du Statut), devrait suivre à cet égard ce que prescrit le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire.* ». Ainsi, sans rien enlever à l'originalité de l'argumentaire de la Cour de justice au vu de l'état du droit communautaire à l'époque de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, il est possible de remarquer que la conception qu'elle développe d'elle-même, à la base de son raisonnement, n'est somme toute pas follement originale, surtout si l'on se rappelle que la Cour est composée de hauts magistrats...nationaux.

De ce qui précède, – et si l'on raisonne dans le cadre de ce que nous supposons être les buts recherchés par la Cour à travers cet arrêt : assurer l'effectivité du droit communautaire, fonder

Custodes ? : The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo », *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, n° 1, p. 151; F. Duranti, « Un singolare conflitto tra Corti in Spagna », *Quaderni costituzionali*, 2004, n° 2, p. 399.

²⁰⁴ Plus généralement, relativement à cette problématique, cf. M. Troper, Le gouvernement des juges, mode d'emploi, Québec, PUL, 2006, notamment p. 32, cf. également le très bel article de Lech Garlicki, « Constitutional courts versus supreme courts », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 1, 2007, p. 44.

²⁰⁵ J.H.H. Weiler, U.R. Haltern, *op. cit.*, p. 428, t.d.a., « *Tribunals do have jurisdiction to determine their own competence by interpreting their constitutive instruments* ». C'est nous qui soulignons.

²⁰⁶ Affaire Nottebohm (exception préliminaire), Arrêt du 18 novembre 1953 : C.I.J. *Recueil* 1953, p. 111 spéc. p. 119. C'est nous qui soulignons.

l'autonomie du droit communautaire et de la juridiction de la Cour elle-même, chacun étant libre de hiérarchiser ces différents buts entre eux – il résulte qu'il n'y a en fait qu'une seule solution possible du point de vue de la Cour, gardienne du droit communautaire : la primauté du droit communautaire dont le fondement se trouve précisément dans le droit communautaire lui-même, en raison de sa nature spécifique originale, une primauté donc absolue et *per se*.

En conclusion, lors de l'évaluation de l'argumentation développée par la Cour fondée sur la nature propre du droit communautaire, il est apparu que celle-ci ne souffrait pas de défauts intrinsèques, elle est correcte logiquement et matériellement. Ainsi ce n'est pas tant la justification interne de l'arrêt qui se trouve être ici fondamentale mais la vision politique qui la sous-tend et, par conséquent, le schéma juridique tracé par la Cour des relations droit communautaire / droit des Etats membres, ordres juridiques intégrés. Au vu des contraintes argumentatives juridiques encadrant l'action de la Cour, celle-ci a dû, afin de consacrer le principe de primauté interne du droit communautaire, formuler une nouvelle mythologie, écrire le récit de la genèse de la Communauté, hypostase du droit communautaire. C'est ainsi que le principe de primauté, complément des principes d'effets direct et immédiat, nécessaire en vue d'assurer l'efficacité « *en gros et de façon générale* »²⁰⁷ du droit communautaire et donc, en ultime instance, sa validité, est devenu l'un des dogmes fondamentaux du droit communautaire au cœur des rapports entretenus par le droit communautaire avec les droits nationaux.

²⁰⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 215.

Cf. *Ibid.* : « *Un ordre juridique est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, en gros et de façon générale.* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Avant que le rideau ne tombe sur cette présentation en trois actes de la pièce argumentative déclamée par la Cour, il convient d'en récapituler brièvement les points forts et d'en souligner l'articulation nous préparant de la sorte un passage serein vers le second chapitre de cette première partie. L'exposition a présenté le contexte juridique dans lequel allait s'insérer l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* permettant ainsi de cerner les arguments allant à l'encontre ou en faveur de la consécration du principe de primauté. Son but a donc été d'éclairer la problématique juridique entourant une telle consécration et de mettre en perspective le raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt. En effet, à la veille de celui-ci, la Cour se trouvait face à un dilemme : entériner la solution classique internationale de l'opposabilité du droit national postérieur ou consacrer le principe de primauté afin de sauvegarder les principes d'effets immédiat et direct. Ce dilemme était alimenté par deux courants antagoniques : d'un côté le respect de l'autonomie des Etats membres dans l'application du droit communautaire, principe traditionnel du droit international, de l'autre la garantie de l'autonomie et de l'efficacité du droit communautaire. L'intrigue quant à elle a dévoilé que la Cour avait opté pour la seconde solution en opérant subtilement ce qui pourrait s'apparenter non pas à un revirement jurisprudentiel, proprement impossible sur la base de la nature internationale du droit communautaire, principale contrainte argumentative pesant sur la Cour, mais à une véritable révolution, laquelle pourrait plutôt être comparée à un changement de paradigme²⁰⁸ obéissant au principe « pour changer de règle, changeons de cadre ». Cela lui a permis non seulement d'adopter le principe de primauté mais encore de le justifier, et, corrélativement, de démontrer le caractère inadéquat du principe d'opposabilité. L'intrigue a donc présenté à la fois un nouveau 'paradigme' : la nature originale du droit communautaire, ordre juridique auquel sont intégrés les droits des Etats membres hypostasié sous les traits de la Communauté, et la façon dont le principe de primauté s'insère 'naturellement' dans la logique d'un système juridique communautaire reconceptualisé. Le dénouement enfin a constitué le stade final de l'analyse : l'évaluation de la stratégie argumentative adoptée par la Cour. Il a mis en lumière précisément le fait que dans le cadre d'un 'changement de paradigme', l'argumentation développée par la Cour ne pouvait être considérée comme fallacieuse mais qu'elle reposait en définitive, au-delà d'une représentation

²⁰⁸ Sur cette notion, cf. T.S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983.

juridique des rapports entre systèmes juridiques communautaire et nationaux, sur une vision politique desdits rapports qui ne pouvait donc être critiquée sur le plan juridique. Cependant ceci démontre tout autant le champ de l'investigation juridique que ses limites. Une telle investigation est loin d'être vaine et a pour tâche d'appréhender le rôle proprement juridique du principe de primauté. En effet, celui-ci trouvant sa justification dans une vision particulière des rapports entre systèmes juridiques européen et nationaux développée par la Cour, il se situe au cœur de ces rapports : il cristallise au micro-niveau de l'interaction entre normes juridiques européennes et nationales les macro-rapports se jouant entre systèmes juridiques européen et nationaux tels que dépeints par la Cour²⁰⁹. Il convient donc à présent d'analyser plus précisément le schéma desdits rapports promu par la Cour à la lumière de cette partie de la théorie du droit dédiée à la définition de ce qu'est un système juridique²¹⁰.

²⁰⁹ Ce point est important à souligner si l'on pense que certains auteurs soutiennent par exemple qu'un tel lien entre principe de primauté et rapports entre systèmes ne résulte pas de l'arrêt *Costa* mais de la jurisprudence ultérieure de la Cour. En ce sens, cf. M. Claes, *The national courts' mandate in the European Constitution*, *op. cit.*, p. 98.

²¹⁰ Nous voudrions remarquer que c'est précisément l'absence d'une analyse poussée de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L* qui brouille le lien entre principe de primauté et relations entre systèmes juridiques communautaire et nationaux. Pour un exemple patent, cf. C. Santulli, *op. cit.*, p. 437 *et seq.*, lequel, après avoir affirmé de façon péremptoire qu'il n'était pas nécessaire d'« entrer dans le détail d'une affaire trop connue », constate que la « prééminence se résume à ceci : un Etat membre de la Communauté ne saurait utiliser son droit interne pour faire échec à ses obligations découlant du droit communautaire. C'est donc le principe général de l'indifférence du droit étatique qui est retenu par la Cour, et la spécificité de la jurisprudence se résume au fait que, en tant que 'conseil des juridictions étatiques', la Cour peut rappeler au juge étatique que s'il n'écarte pas son droit national au profit du droit communautaire, il viole ce dernier », pour ensuite soutenir que « [c]e n'est qu'avec l'arrêt *Simmenthal* que la théorie de la primauté se rapprocha véritablement de l'idée d'une supériorité hiérarchique du droit communautaire qui impliquerait que le droit national des Etats membres soit considéré comme un droit communautaire dérivé tirant sa validité de sa conformité avec ce dernier ». Nous espérons que la démonstration à laquelle nous nous sommes livrée montre le caractère erroné de telles assertions. Le prochain chapitre ne devrait de plus que le confirmer.

CHAPITRE II.

MODÉLISATION SYSTÉMIQUE

DE LA STRATÉGIE ARGUMENTATIVE

ADOPTÉE PAR LA COUR DE JUSTICE

« Alors que le concept de primauté développé par la Cour de justice est univoque – tout le droit communautaire prévaut sur tout le droit national – son raisonnement et le fondement théorique de sa position sont beaucoup moins apparents. La Cour n'est pas dogmatique et ne semble pas avoir choisi une doctrine ou théorie particulière relativement à la relation entre ordres juridiques afin d'asseoir sa version de la primauté (...). La Cour utilise les éléments de différentes doctrines, les entassant ensemble dans un récit puissant ayant pour but de convaincre les juridictions nationales et le reste de son audience. Le résultat n'est pas nécessairement cohérent : comme le dit un commentateur : « Peut-être le talon d'Achille de *Costa c. E.N.E.L.* consiste-t-il en ce que l'arrêt avance trop plutôt que pas assez d'arguments afin d'étayer le principe de primauté »²¹¹. »²¹².

Empilement d'arguments pêle-mêle afin que les juridictions nationales puissent faire leur marché communautaire ? Absence de cohérence de la part de la Cour, bien excusable devant la difficulté de la tâche consistant à fonder un nouveau principe de droit communautaire et à convaincre un auditoire si hétéroclite ? Ne serait-ce pas plutôt le talon d'Achille de ces commentateurs que de n'avoir passé l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* au crible d'une analyse théorique suffisamment poussée ? En effet, nous espérons que le chapitre précédent aura convaincu le lecteur qu'il n'en est rien et que la démarche de la Cour est tout sauf incohérente, son argumentaire, parfaitement irréprochable sur le plan juridique. On ne saurait trop souligner cet aspect car, cela est manifeste dans l'extrait sus reproduit, cette idée d'absence de cohérence est trop souvent associée à celle d'une absence de vision systémique de la Cour ou plutôt d'une absence de vision claire de l'identité du droit communautaire et de ses rapports avec les droits nationaux, amputant ainsi l'arrêt *Costa* d'une part non négligeable de son apport et le principe européen de primauté de sa signification profonde²¹³. Cet arrêt est

²¹¹ « J. Wouters, « National Constitutions and the European Union », *LIEI*, 2000, p. 25, spéc. p. 68. »

²¹² M. Claes, *The National courts' mandate in the European Constitution*, op. cit., p. 179 et seq., t.d.a., « While the European Court's concept of supremacy is unequivocal – all Community law takes precedence over national law – its reasoning and theoretical grounding is much less apparent. The Court is not dogmatic and does not seem to have chosen one doctrine or theory of the relation between legal orders to base its version of supremacy (...). The Court used elements of several doctrines, piling them together into a forceful narrative aimed at convincing the referring court and the rest of the audience. The result is not necessarily cohesive: as one commentator put it: « perhaps it is the Achilles heel of *Costa v E.N.E.L.* that the judgment puts forward too many, rather than too few, arguments to underpin the principle of primacy. » ».

²¹³ Une telle démarche peut notamment conduire à des erreurs d'interprétation quant au principe de primauté. Ainsi Monica Claes de distinguer entre concept de « primauté judiciaire », lequel « signifie que du fait proprement de sa nature, le droit communautaire, dérivant d'une source autonome et constituant une part intégrale des ordres juridiques nationaux, ne peut se voir judiciairement opposer des dispositions juridiques domestiques, quelles qu'elles soient » et concept de « primauté normative, lequel impliquerait que les normes communautaires occupent un rang supérieur par rapport au droit national », ce dernier, toujours selon cet auteur, ayant été consacré par des arrêts ultérieurs. Outre le fait que la définition même de la primauté judiciaire semble faire référence à des questions d'ordre systémique (source autonome, part intégrale des ordres juridiques nationaux) démontrant ainsi la préséance logique du principe de 'primauté normative' par rapport au principe dit

en effet le reflet non pas d'une approche à tâtons de la part de la Cour mais bien au contraire d'une démarche des plus assertives. Or précisément, celle-ci rend d'autant plus intéressant et pertinent le 'décodage théorique systémique' de cet arrêt.

Si l'étude de l'argumentation développée dans l'arrêt *Costa* nous a permis de découvrir que la consécration du principe de primauté interne du droit communautaire était inextricablement liée à une conception spécifique, originale, du droit communautaire, il convient désormais de passer à un degré théorique supérieur de l'analyse soit, pour utiliser une métaphore mathématique, de mettre sous forme d'équation systémique les rapports entre droit communautaire et droits nationaux tels que dessinés par la Cour de justice à l'appui de sa démonstration. En paraphrasant Catherine Richmond nous dirons que le principe européen de primauté « peut être connu en construisant un cadre conceptuel, une théorie, nous permettant d'organiser ce que nous observons en une structure intelligible »²¹⁴. Quel est donc le schéma systémique correspondant à la vision de la Cour ? Que signifie exactement et quelles sont les implications du principe de primauté tel que dépeint par la Cour ? Afin de tenter d'apporter des éléments de réponse à ces questions, nous commencerons par une présentation des concepts mobilisés à l'appui de cette mise en équation théorique de la position de la Cour (section première) pour ensuite proposer une traduction systémique de l'arrêt *Costa c. ENEL* (section seconde).

SECTION I. « SYSTÈME VOUS AVEZ DIT SYSTÈME ? » PROLÉGOMÈNES À TOUTE MISE EN ÉQUATION SYSTÉMIQUE JURIDIQUE

Il ressort de l'analyse de l'argumentation développée par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. ENEL* que la principale justification avancée par celle-ci à l'appui de la consécration du principe de primauté peut se résumer en un mot : 'autonomie'. Ainsi, le but ici poursuivi consiste à tenter de retranscrire en termes systémiques cette revendication d'autonomie de la Cour au nom du droit communautaire, autonomie identitaire par rapport au droit international

de 'primauté judiciaire', nous tenterons de démontrer que la 'primauté normative' se trouvait au cœur de l'arrêt *Costa*. Cf. M. Claes, *op. cit.*, p. 98, t.d.a., « *Judicial supremacy means that because of its very nature, Community law, deriving from an autonomous source and constituting an integral part of the national legal orders, cannot be judicially overridden by domestic legal provisions, however framed* », *ibid.*, t.d.a., « *normative supremacy, which would imply that the Community norms is higher in rank than national law* ».

²¹⁴ C. Richmond, « Preserving the identity crisis: autonomy, system and sovereignty in European law », *op. cit.*, p. 380, t.d.a., l'original se lit ainsi : « *European Community Law can therefore be 'known' by constructing a framework of concepts, a theory, to allow us to organise what we observe into an intelligible structure* ».

et autonomie relationnelle par rapport aux droits nationaux²¹⁵. Il convient donc de définir ce concept *a contrario* par sa distinction d'autres concepts (paragraphe premier) pour ensuite pouvoir en mettre à jour les critères d'identification pertinents (paragraphe second).

§1. Système et autonomie

Notre première tâche consiste à définir le concept d'autonomie tel qu'utilisé par la Cour. Or, la doctrine est partagée sur la question (B), deux interprétations principales reposant sur deux concepts différents d'autonomie semblant *a priori* possibles (A).

A. Deux concepts d'autonomie

Il peut être de bonne méthode de commencer par rappeler le passage clef de l'arrêt *Costa* en la matière :

« 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 »²¹⁶.

On peut observer ici que la Cour n'emploie pas le nom propre 'autonomie' mais l'adjectif 'autonome'. Celui-ci qualifie dans le passage précité la source de laquelle est issu le droit né du traité. Cette phrase pourrait alors sembler de prime abord mal construite puisque, si est en question le droit né du traité, cela signifie que sa source n'est autre que le traité. Cependant, à tout seigneur, tout honneur, il peut paraître approprié d'appliquer à la Cour ses propres méthodes d'interprétation. Or l'une de ses méthodes préférées est celle selon laquelle, lorsqu'une disposition du droit communautaire est susceptible de plusieurs interprétations, il convient de donner la priorité à celle qui est de nature à en sauvegarder l'effet utile²¹⁷. Ainsi

²¹⁵ Nous entendons ici l'expression dans le sens strict d'absence de soumission du droit communautaire aux droits nationaux.

²¹⁶ Lignes 33-37. C'est nous qui soulignons.

²¹⁷ Cf. Par exemple, C.J.C.E., 24 février 2000, *Commission c. France*, C-434/97, *Rec.* p. I-1129, pt 21 ; C.J.C.E., 9 mars 2000, *EKW et Wein & Co.*, C-437/97, *Rec.* p. I-1157, pt 41.

Cf. Plus généralement, A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1978 ; G. Slynny, « The Court of Justice of the European Communities », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33, n° 2, p. 409, spéc. p. 415 *et seq.*, A. Rosas, « The European Court of Justice : sources of law and methods of interpretation », in G. Sacerdoti, A. Yanovich, J. Bohanes (dir.), *The WTO at Ten*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, chapitre 28 ; J. Bengoetxea, L. Moral Soriano, N. MacCormick, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the Court of Justice », in G. de Búrca, J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 73 ; T.

le mot source n'est-il pas une coquetterie de langage visant à éviter la redondance avec celui de traité mais désigne un concept juridique : celui de source ou fondement de validité. En ce sens, deux interprétations ou lectures semblent syntaxiquement possibles.

- Première lecture : le droit né du traité est issu d'une source – le traité – qui est autonome. L'autonomie considérée se rapporte à la source du système juridique communautaire. Est en jeu le fondement de la validité dudit système et celui-ci est qualifié d'autonome par la Cour.
- Seconde lecture : le droit né du traité – le droit dérivé – est issu d'une source autonome – le droit originaire. L'autonomie en question se rapporte au droit dérivé. Est en jeu le fondement de la validité du droit dérivé que constitue le droit originaire.

Ces deux interprétations mènent donc à deux concepts distincts d'autonomie. Avant de trancher quant au sens voulu par la Cour, il convient de cerner la signification exacte desdits concepts ainsi que la portée de leur différence. A cet égard, il ressort des deux lectures exposées que les notions d'autonomie et de système juridique sont étroitement liées. Ainsi, afin de dénouer le nœud de leur signification, il s'avère nécessaire de préciser quelques définitions essentielles : quant au concept de système juridique, celle de 'complexe de normes'(1) et quant au concept d'autonomie, celle d' 'unité'(2).

1. Deux types de complexes de normes

La différence existant entre les deux lectures présentées se joue autour des concepts précités de 'système juridique', de 'source', de 'fondement de validité' et de 'norme'. La logique impose de commencer par le concept de système juridique. Pourquoi ? Afin de ne pas empiéter sur des développements ultérieurs et d'appliquer nous-même le principe de l'effet utile, nous noterons simplement que la raison première consiste en ce que le système juridique est traditionnellement défini comme un ensemble de normes, la norme juridique se définissant par son appartenance au système juridique et non l'inverse²¹⁸, « *déplaçant manifestement le*

Koopmans, « The Theory of Interpretation and the Court of Justice », in D. O'Keeffe (dir.), Judicial Review in European Union Law – Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 48.

²¹⁸ M.Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p.163 ; cf. dans le même sens, N. Bobbio, Teoria dell'ordinamento giuridico, Turin, G. Giappichelli, 1960, p. 7 : « *Il ne nous a pas été possible de donner une définition du droit en se positionnant du point de vue de la norme juridique, considérée isolément ; nous avons dû élargir notre horizon en prenant en compte le mode selon lequel une norme déterminée est rendue efficace par une organisation complexe déterminant la nature et l'essence des sanctions, les personnes qui doivent les activer et leur exécution. Cette organisation complexe est le produit d'un ordre juridique. Cela signifie alors qu'une définition satisfaisante du droit n'est possible que si l'on se place du point de vue de l'ordre juridique.* », t.d.a., « *non ci è stato possibile dare una definizione del diritto ponendoci*

problème consistant à déterminer ce que signifie 'juridique' de la norme » au système²¹⁹. Or, si des normes sont regroupées ensemble, cela signifie qu'il existe un lien logique entre elles, « *un rapport unitaire dans lequel se trouvent les normes* »²²⁰. C'est lui précisément qui constitue le principal critère d'identification du système juridique. Quel peut-il être ? On peut imaginer de regrouper les normes par « *type* » ou « *forme normative* »²²¹ selon leur classification, leur rang dans la construction à échelons²²² ou pyramide des normes d'un système juridique donné²²³. Cette catégorisation formelle des normes est due à la plume ou

dal punto di vista della norma giuridica, considerata isolamente ; ma abbiamo dovuto allargare il nostro orizzonte alla considerazione del modo con cui una determinata norma è resa efficace da una complessa organizzazione che determina la natura e l'entità delle sanzioni, le persone che devono esercitarle, e la loro esecuzione. Questa complessa organizzazione è il prodotto di un ordinamento giuridico. Ciò significa allora che una soddisfacente definizione del diritto è possibile solo se ci si pone dal punto di vista dell'ordinamento giuridico. ».

²¹⁹ Extrait de N. Bobbio, *op. cit.*, p. 15 : « *pour définir la norme juridique, il suffira de dire que la norme juridique est celle qui appartient à un ordre juridique, déplaçant manifestement le problème consistant à déterminer ce que signifie le 'juridique' de la norme à l'ordre* », t.d.a., « *per definire la norma giuridica basterà dire che norma giuridica è quella che appartiene a un ordinamento giuridico, rinviando manifestamente il problema di determinare che cosa significa 'giuridico' dalla norma all'ordinamento* ».

²²⁰ H. Kelsen, Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 30, t.d.a., « *rapporto unitario in cui si trovano le norme* ». Dans le même sens, cf. A. Merkl, Il duplice volto del diritto, *op. cit.*, p. 34 : « *Les actes déterminés peuvent être insérés dans le système juridique à construire uniquement quand et uniquement parce que entre elles et un autre acte dont l'appartenance à ce système est certaine il existe une relation unitaire* », t.d.a., « *Gli atti determinati possono essere inseriti nel sistema giuridico da costruire solo quando e solo perché tra essi e un altro atto di cui è sicura l'appartenenza a questo sistema vi sia una relazione unitaria* ».

²²¹ Cf. Merkl, *op. cit.*, p. 5, t.d.a., « *tipi di norme* » ; « *forme di normazione* ».

²²² *Ibid.*, p. 50 : « *Parmi les images proposées à titre de comparaison – une chaîne, un arbre généalogique, un cours d'eau, un processus technico-productif, etc. – celle d'une hiérarchie (Stufenfolge), d'une construction à échelons (Stufenbau) est certainement la plus dépouillée mais également la plus expressive. Nous sommes ainsi parvenu à indiquer comme construction à échelons du droit le donné de l'expérience selon lequel les phénomènes juridiques ou actes étatiques ne viennent pas à la lumière sous une forme unique mais sous des formes les plus variées, parmi lesquelles tour à tour l'une est déterminante et la suivante est déterminée.* », t.d.a., « *Fra le immagini proposte per il paragone – una catena, un albero genealogico, un corso d'acqua, un processo tecnico-produttivo, etc. – quella di una gerarchia (Stufenfolge), di una costruzione a gradi (Stufenbau) è certo la più disadorna ma anche la più espressiva. Si è giunti così a indicare come costruzione a gradi del diritto il dato di esperienza per il quale i fenomeni giuridici o atti statali non vengono alla luce in una sola forma ma nelle forme le più varie, delle quali volta a volta una è determinante e la successiva determinata.* », (en emphase dans la version originale).

cf. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 174, note en bas de page 10 : « *Que de la constitution (au sens logico-juridique) au contrat il n'existe pas une solution de continuité mais une structure unitaire à échelons ; (...) que de la constitution à la loi, du règlement à l'acte administratif et au contrat de droit privé se réalise la concrétisation continue ou l'individualisation du droit, son précipité de la forme la plus générale – la constitution – à la plus particulière des droits et obligations subjectifs, il s'agit de notions démontrées de manière assez heureuse par Merkl, cf. en particulier son article « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », in Deutsche Richterzeitung, 1917* », t.d.a., « *Che dalla costituzione (in senso logico-giuridico) fino al negozio giuridico non c'è soluzione di continuità ma una struttura unitaria a gradi ; (...) che dalla costituzione alla legge, dal regolamento all'atto amministrativo e al negozio di diritto privato si realizza la continua concretizzazione o individualizzazione del diritto, il suo precipitare dalla forma più generale – la costituzione – a quella particolarissima dei diritti ed obblighi soggettivi, sono nozioni dimostrate in maniera assai felice da Merkl. Cf. in particolare il suo saggio « Das Recht im Lichte seiner Anwendung », in Deutsche Richterzeitung, 1917* ».

²²³ Adolf Merkl précise que chaque forme normative n'est pas universelle mais particulière à un système juridique donné. Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 4 : « *la diversification formelle de l'ordre en une pluralité de formes normatives a un caractère uniquement historique* », t.d.a., « *la diversificazione formale dell'ordinamento in una pluralità di forme di normazione ha carattere soltanto storico* » et p. 10 : « *La construction des formes*

plutôt au génie d'Adolf Merkl, lequel décrivait ainsi la construction obtenue : « *L'ordre juridique est un complexe de normes juridiques reliées entre elles. L'analyse structurelle identifie en ces normes non seulement une quantité presque inépuisable de contenus juridiques mais aussi une variété, bien que plus limitée, de formes juridiques ou plus exactement de formes normatives. Non seulement chaque norme a un contenu différent de celui de toute autre norme, mais chaque groupe de normes a une forme qui se différencie de celle des autres groupes : et c'est précisément cette diversité qui constitue, sur le plan formel, le critère de regroupement* »²²⁴. Ainsi les 'lois' ou encore les 'règlements'... forment des ensembles de normes unies entre elles par le principe logique de leur classification dans le système juridique considéré. On peut donc appeler chacun de ces ensembles des complexes²²⁵ de normes. De plus, toutes ces normes étant regroupées par type formel, chacun desdits complexes ne comprend qu'un seul type de normes. Par conséquent, il est possible de préciser que chacun de ces complexes est un complexe de normes élémentaire. Selon une conceptualisation dynamique du droit, c'est-à-dire en ce qui concerne le processus de production des normes juridiques se focalisant sur les conditions de validité²²⁶, tant formelles

normatives particulières de chaque ordre étatique varie d'Etat à Etat », t.d.a., « *La costruzione delle forme di normazione peculiari di ciascun ordinamento statale varia da stato a stato.* ». Ce qui peut par contre selon nous être considéré universel ou caractéristique de tout système juridique quel qu'il soit est l'existence même de différents types normatifs.

²²⁴ Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 3, t.d.a., « *L'ordinamento giuridico è un complesso di norme giuridiche tra loro collegate. L'analisi strutturale individua in queste norme non solo una quantità pressochè inesauribili di contenuti giuridici ma anche una varietà, sebbene assai più limitata, di forme giuridiche o meglio di forme di normazione. Non solo ogni singola norma ha un contenuto diverso da quello di ogni altra, ma ogni gruppo di norme ha una forma che si differenzia da quella degli altri gruppi: ed è appunto questa diversità che costituisce, sul piano formale, il criterio di raggruppamento.* », (en emphase dans la version originale). A noter, il existe également une traduction espagnole de la théorie de Merkl, cf. A. Merkl, « *Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento* », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, n° 2 et 2005, n° 3.

²²⁵ Le terme complexe (du latin *complexus, us* : enchaînement, cohésion, union) reflète l'idée que les éléments de cet ensemble sont unis par un lien logique. En ce sens, pour l'utilisation d'une telle expression cf. en premier lieu A. Merkl, *op. cit.*, p. 3 : « *L'ordre juridique est un complexe de normes juridiques reliées entre elles.* », t.d.a., « *L'ordinamento giuridico è un complesso di norme giuridiche tra loro collegate.* », mais aussi par exemple, H. Kelsen, Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, critiquant l'hypostatisation du droit. Cet auteur évoque ainsi les « *personnifications de complexes individuels de normes* », t.d.a., « *personificazioni di singoli complessi normativi* » (p. 161) ; de même « *si la 'personne' est reconnue comme personnification d'un complexe de normes, d'un ordre partiel ou total, pourraient également être considérées comme ordres supérieurs et 'inférieurs' les personnes supra-ordonnées ou subordonnées* », t.d.a., « *Se si riconosce la 'persona' come personificazione di un complesso di norme, di un ordinamento parziale o totale, si potrebbero considerare le persone sovraordinate e subordinate anche come ordinamenti 'superiori' ed 'inferiori'* ». ».

²²⁶ Est ici en jeu « *le conditionnement* » des normes. Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 39, t.d.a., « *il condizionamento* ». « *Le rapport hiérarchique [entre les normes] doit être (...) tiré des conditions juridiques desquelles dépend l'émanation de ces différents actes* », *ibid.*, p. 39, c'est nous qui soulignons, t.d.a., « *il loro rapporto gerarchico dev'essere piuttosto ricavato dalle condizioni giuridiche dalle quali vien fatta dipendere l'emanazione di questi vari atti* ». De même, *ibid.*, p. 34.

que substantielles²²⁷, desdites normes, cela signifie que chaque complexe de normes élémentaire trouve les conditions de sa validité dans un autre complexe de normes élémentaire ; il occupe un échelon spécifique de la pyramide du droit conditionné par l'échelon supérieur de ladite pyramide. Selon une conceptualisation statique du droit, c'est-à-dire sur le plan logico-cognitif du système juridique se focalisant sur le fondement de validité²²⁸, cela signifie que tous les complexes de normes élémentaires reliés entre eux par un rapport logique de validité peuvent être affiliés, dérivés de façon ultime d'un complexe de normes élémentaire originaire. Ils se trouvent sur le plan conceptuel « déjà anticipés à l'état embryonnaire »²²⁹ par ledit complexe originaire (d'où le caractère statique d'une telle conceptualisation).²³⁰

²²⁷ Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 37: « Appelons normes juridiques déterminantes les normes juridiques qui définissent la forme et le contenu d'autres normes juridiques », t.d.a., « Chiamamo norme giuridiche determinanti (bedingende Rechtssätze) quelle norme giuridiche che delineano la forma e il contenuto di altre norme ».

²²⁸ Le lecteur féru de théorie du droit aura compris la nature de la distinction opérée entre conditions de validité et fondement de validité. Les conditions de validité représentent l'incarnation particulière du fondement de validité d'une norme spécifique du système juridique considéré. Il y a donc autant de conditions de validité que de normes présentes dans le système juridique concerné. Elles illustrent le fait que l'architecture de tout système juridique est une construction à échelons pour reprendre l'expression de Merkl. Le fondement de validité s'applique quant à lui à toutes les normes du système et est en réalité le fondement de validité du système juridique lui-même. Il en assure le caractère unitaire. Sur la notion de fondement de validité, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 199 : « Si l'on pose la question du fondement de la validité d'une norme juridique appartenant à un ordre juridique déterminé, la réponse ne peut consister qu'à la rapporter à la norme fondamentale de cet ordre juridique, autrement dit : elle réside dans l'assertion que cette norme a été créée conformément à la norme fondamentale. ».

²²⁹ Cf. Kelsen approfondissant les conclusions de Merkl (cf. A. Merkl, *op. cit.*, p.85), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 175 : « toute modification – afin de pouvoir être appréhendée en général selon une considération normologique statique – doit être rattachée à une disposition du premier ordonnancement du complexe de normes originaire, il doit être délégué par cet ordonnancement et, pour ainsi dire, déjà anticipé à l'état embryonnaire », t.d.a., « ogni modificazione – per poter essere in generale compresa dalla considerazione normologica statica – deve essere ricondotta ad una disposizione del primo ordinamento dell'originario complesso di norme, dev'essere delegata da questo ordinamento e, per così dire, già anticipata in nuce », (en emphase dans la version originale).

²³⁰ Afin de dissiper tout malentendu, il convient de préciser que la distinction opérée ici entre dynamique et statique du droit diffère à la fois de celle de Kelsen et de celle de Merkl.

D'un côté, si nous rattachons la dynamique du droit à la question des conditions de validité et la statique du droit à celle du fondement de validité, Kelsen quant à lui relie son principe dynamique à la question du fondement de validité cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 195 et non à celle des conditions de validité. Le critère de distinction entre statique et dynamique du droit qu'il utilise est donc différent du nôtre. Pour cet auteur, la validité d'un système de normes de type dynamique dépend « d'une norme présupposée d'après laquelle on doit se conduire de la façon qui correspond aux commandements de l'autorité qui l'a posée ou aux normes créées par voie de coutume. Or une telle norme ne peut fournir que le fondement de validité des normes reposant sur elles, elle ne peut fournir leur contenu de validité » par opposition à la validité d'un système de normes de type statique, laquelle dépend du fond d'une norme, fondamentale, soit du contenu de sa validité. La distinction cardinale adoptée par Kelsen est donc celle jouant entre fondement de validité, formel, et contenu de validité, substantiel.

La raison pour laquelle nous n'adhérons pas à une telle conceptualisation consiste en ce que, en accord avec la conceptualisation de Merkl et avec la critique de la théorie kelsenienne de Troper, nous pensons qu'il est important de souligner que le fondement de validité tel que dépeint par Kelsen est lui-même un contenu, même si peut-être un contenu du droit structurel, ce que Merkl dénomme le droit formel, cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 59 : « La traditionnelle division bipartite du droit en formel et substantiel subit à la lumière de la théorie des échelons une

De cette description il ressort que le complexe de normes élémentaire, bien que formant une unité logique dont le critère est la forme normative propre à ce complexe soit son échelon dans le système juridique considéré, ne peut être qualifié de système. En effet, comme il a précédemment été analysé, un système suppose la présence d'un rapport logique de

interprétation nouvelle. Les domaines du droit formel et du droit substantiel, si nettement distincts dans la conception unidimensionnelle du droit – même si plus en termes de codification que conceptuels – assument par rapport à l'échelon immédiatement inférieur de production ou d'application le caractère unitaire de droit formel, en tant que présupposé processuel commun pour l'acte de l'échelon immédiatement inférieur. Ce qui constitue en soi une distinction assez problématique entre droit formel et droit substantiel est, dans le système de la construction à échelons, pour le moins relativisé, sinon éliminé. », t.d.a., « La tradizionale bipartizione del diritto in formale e sostanziale subisce alla luce della teoria gradualistica una nuova interpretazione. I settori del diritto formale e sostanziale, così nettamente distinti nella concezione unidimensionale del diritto – anche se più in termini codificatori che concettuali – assumono rispetto al grado immediatamente inferiore di produzione o applicazione il carattere unitario di diritto formale, in quanto comune presupposto procedimentale per l'atto del grado immediatamente inferiore. Quella che è in sé una differenza assai problematica tra diritto formale et diritto sostanziale, nel sistema della costruzione a gradi è quanto meno relativizzata, se non eliminata. ».

En ce sens, la distinction de Kelsen entre fondement de validité et contenu de validité est quelque peu factice et dénote un certain paradoxe de la norme fondamentale, produit d'une assimilation périlleuse entre « *connaître le fondement de la validité normative d'un ordre* » et « *fondement cognitif* », (cf. H. Kelsen, Il problema della sovranità, op. cit., p. 155, t.d.a., « *conoscere il fondamento della validità normativa di un ordinamento* », « *fondamento conoscitivo* » ; de même sur la question, la remarque de Michel Troper in Pour une théorie juridique de l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 45 : « *certaines théories partielles peuvent être rattachées à la fois à la métathéorie et à la théorie de l'ordre juridique, par exemple la théorie de la norme fondamentale* »), point que nous traiterons dans le second chapitre de la seconde partie de la thèse.

Ainsi, selon notre propre perspective, ce que Kelsen appelle le fondement de validité se rattache à une vision statique et non dynamique et le contenu de validité à une vision dynamique et non statique, sous réserve bien entendu des commentaires susvisés. Cf. en complément, les intéressantes remarques de Merkl, op. cit., p. 180. Mais alors, peut-être que ce qu'il y a de correct dans la conception de Kelsen vient en réalité de Fritz Sander et se trouve non dans sa théorie pure du droit mais dans un ouvrage antérieur, Il problema della sovranità, op. cit., p. 176, note 11 : « *L'idée que toute modification possible des contenus normatifs, toute possibilité de concrétisation est déjà contenue, à l'état embryonnaire, dans l'hypothèse originarie, cette façon d'appréhender le droit comme système statique, ne contredisent absolument pas la notion de 'production' dynamique du système juridique, à partir d'une origine unitaire, dans un processus continu qui va de l'hypothèse de la Constitution jusqu'à l'acte de concrétisation ultime correspondant. Cf. Sander, Zeitschrift für öffentliches Recht, vol. 1, n° 3 et 4, p. 150 : « La dynamique du procédé coule le long de la statique du système. » »*, t.d.a., « *L'idea che ogni possibile modificazione dei contenuti normativi, ogni possibile concretizzazione è contenuta già, in nuce, nell'ipotesi originaria ; questo modo di vedere il diritto come un sistema statico, non contraddicono affatto la nozione di una 'produzione' dinamica del sistema giuridico, a partire da un'origine unitaria, in un processo continuo che va dall'ipotesi della costituzione fino al corrispondente atto della concretizzazione ultima. Cf. Sander, op. cit., p. 150 : « La dinamica del metodo scorre sciolta attraverso la statica del sistema »*. » ; cf. également F. Sander, op. cit., p. 132 et du même auteur, « *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsfahung ? : kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens* », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1921, n° 2, p. 511.

D'un autre côté, les concepts ici développés de dynamique et de statique du droit diffèrent également de ceux employés par Merkl. En effet, si cet auteur rattache la dynamique du droit au processus de production du droit, il donne à celui-ci une acception différente de la nôtre. Pour cet auteur, le processus dynamique de production du droit s'oppose à « *la considération statique* » en ce que si ledit processus réserve une place aux actes « *pertinents juridiquement* » bien que non normatifs dans la chaîne de la création du droit, « *la considération statique, au contraire, pratique des césures dans la continuité du processus juridique* ». Cf. A. Merkl, op. cit., pp. 36-37, t.d.a.: « *In una considerazione statica dell'ordinamento giuridico restano naturalmente fuori questione tutte le fasi determinanti del processo giuridico, ad eccezione di quelle che sono da considerare norme giuridiche. (...) Diverso discorso è da fare per la considerazione dinamica del diritto, ormai avviata, cioè per un sistema del processo giuridico in quanto diverso da un sistema di norme giuridiche. (...) La considerazione statica, invece, compie delle cesure nella continuità del processo giuridico.* ».

production entre ses différents complexes de normes élémentaires, donc au minimum deux formes normatives distinctes, l'une dérivée de l'autre, originaire²³¹ ²³².

Si en revanche on appelle complexe de normes composé tout complexe regroupant au moins deux formes normatives différentes liées entre elles par un principe hiérarchique²³³, peut être qualifié de système juridique tout complexe de normes composé.

Une autre question apparaît alors. En effet, on peut imaginer l'existence de plusieurs complexes de normes composés. En ce cas, quel peut être leur rapport logique, si tant est qu'il y en ait un ?²³⁴ Il est possible de penser qu'un complexe de normes composé dérive sa validité d'un autre complexe de normes composé, lequel dérive la sienne d'un autre complexe de normes composé jusqu'à remonter jusqu'au complexe de normes composé, originaire²³⁵. En ce cas, comment peut-on affirmer que les complexes de normes composés dérivés forment toujours des complexes distincts et qu'ils ne forment pas avec le complexe de normes composé originaire, une longue chaîne de complexes de normes élémentaires, un seul et unique complexe de normes composé ? Perdent-ils leur identité au sein de l'unité qui les relie et les englobe ?

2. Deux types d'unité

Adolf Merkl a pu écrire au sujet de l'approfondissement de sa théorie de la hiérarchie des normes par Hans Kelsen que « [l']ordre délégué – qui reste immuable du point de vue substantiel – devient sur le plan formel partie de l'ordre délégataire, il s'assimile à celui-ci, ou mieux, il est complètement absorbé par lui. (...) [D]ans ce processus de délégation, sa qualité juridique spécifique disparaît entièrement. « Lorsque est présumé un rapport de subordination entre deux systèmes normatifs – ce qui constitue une représentation symbolique

²³¹ La question des critères de validité du complexe de normes élémentaire originaire, c'est-à-dire non lui-même dérivé, est une question que nous traiterons en profondeur dans le second chapitre de la seconde partie de la thèse.

²³² En ce sens, cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 106, lequel défend « une conception dans un certain sens dualiste ou pluraliste. Je distingue une pluralité de formes du droit, au moins deux, dérivées l'une de l'autre, présentant un contenu différencié. », t.d.a., « una concezione in un certo senso dualistica o pluralistica. Io distinguo una pluralità di forme del diritto, quanto meno due, derivate l'una dall'altra, che presentano un contenuto differenziato. ».

²³³ Cette présentation n'est bien sûr que schématique et ne sont reproduits que les éléments utiles à la démonstration. Le traitement approfondi de la question de la nature et des types de systèmes juridiques étant réservé pour le dernier chapitre de la thèse.

²³⁴ Il ne faut en effet pas négliger la possibilité de la coexistence de complexes de normes composés sans lien entre eux, hypothèse que nous analyserons plus en détail dans le second chapitre de la seconde partie de la thèse.

²³⁵ La question du fondement de validité du complexe de normes composé originaire sera étudiée dans le dernier chapitre de la thèse.

du rapport de dérivation logique »²³⁶ – on ne peut plus parler en substance de deux ordres différents. L'ordre inférieur doit être pensé comme contenu dans celui supérieur, comme partie constitutive de celui-ci. « L'idée de deux ordres peut ne pas être appropriée. Est en jeu un unique système normatif »²³⁷. »²³⁸.

Face à une telle affirmation, comment est-il possible de penser que les systèmes juridiques dérivés subsistent en tant que systèmes au sein du méga-système total originaire ? La réponse trouve sa source dans l'énoncé de la question elle-même, plus précisément dans la formule : 'méga-système total originaire'. Cette expression pourrait de prime abord sembler ambiguë : comment un méga-système total pourrait en même temps être qualifié de système originaire ? Pour utiliser une image : comment l'infiniment grand pourrait rejoindre l'infiniment petit ? Quel tour de passe-passe permet de changer d'échelle dans la cohérence logique ? Si l'on se fonde sur le développement précédent, tout dépend de la perspective adoptée : approche dynamique ou statique du droit. Ce 'méga-système total', sur le plan dynamique, correspond à l'ensemble des systèmes qu'il englobe reliés entre eux par un rapport unitaire de détermination. Cependant, sur le plan statique, il se résume au complexe de normes composé originaire et, au sein de celui-ci, au complexe de normes élémentaire originaire puisque toutes les autres normes se trouvent à l'état embryonnaire prévues par celui-ci. Ainsi, selon une vue statique, il y a une solution de continuité entre les normes, celles-ci ayant toutes de façon ultime le même fondement de validité. Selon une vue dynamique, les normes considérées forment ensemble une structure unitaire à échelons. En résumé, il s'agit donc d'un méga-système à la fois total sur le plan dynamique et originaire sur le plan statique. La question de savoir si peuvent exister des complexes de normes composés et non seulement des complexes de normes élémentaires au sein du méga-système total (originaire) ne fait donc sens que si est adoptée une perspective dynamique globale²³⁹. Or, qu'est-ce qui assure l'existence ou validité de ces sous-systèmes sur le plan dynamique ? Qu'est-ce qui en assure l'unité ?

²³⁶ « H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtstheorie*, Tübingen, 1920, p. 113 ».

²³⁷ « *Ibid.*, p. 112 ».

²³⁸ A. Merkl, *op. cit.*, p. 83, t.d.a., « L'ordinamento delegato – che resta immutato dal punto di vista sostanziale – diviene sul piano formale parte dell'ordinamento delegante, si assimila ad esso, anzi viene da questo completamente assorbito. (...) in questo processo di delegazione, la specifica qualità giuridica di ciascuno di essi viene interamente perduta. « Qualora si assuma un rapporto di subordinazione-sovrordinazione tra due sistemi normativi il che è soltanto una raffigurazione simbolica del rapporto di derivazione logica » (p. 113) – non si può più parlare in sostanza di due ordinamenti diversi. L'ordinamento inferiore dev'essere pensato come contenuto in quello superiore, come parte costitutiva di questo. « L'idea di due ordinamenti può non essere adeguata. Si tratta di un unico sistema normativo » (p. 112). ».

²³⁹ Sur l'importance de la perspective dynamique, cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 46 : « le droit implique la vie juridique et donc le mouvement ou, en d'autres termes, il est un ordre essentiellement dynamique », t.d.a., « il

Si l'on se tourne du côté de Kelsen, cet auteur affirme que « [l']*unité relative et provisoire du système de normes inférieures repose sur une norme en blanc de l'ordonnement supérieur, la 'source' unitaire de laquelle ce système subordonné tire sa validité* »²⁴⁰. Cette explication est-elle convaincante ? Elle ne l'est en réalité qu'à moitié. En effet, tout dépend de la façon dont on envisage l'unité relative du système, laquelle peut revêtir deux sens.

Selon une première acception, unité relative signifie unité relationnelle entre système de normes inférieures et norme en blanc de l'ordonnement supérieur. L'attention se focalise ici sur le lien logique de détermination jouant entre deux complexes de normes : le complexe de normes considéré (inférieur) trouve son identité ou sa validité en fonction de la détermination du complexe de normes qui en fixe les conditions de validité comme suggéré par Kelsen. Cette unité est ainsi non seulement relative mais encore provisoire puisque le complexe de normes hiérarchiquement supérieur peut lui-même trouver les conditions de sa validité définies dans un complexe qui lui est hiérarchiquement supérieur.

Selon une seconde acception cependant, passée sous silence par Kelsen, unité relative signifie unité relative au complexe de normes considéré (inférieur) lui-même. Ainsi l'unité relative interne d'un complexe de normes élémentaire repose sur le type normatif que ce complexe incarne. L'unité relative interne d'un complexe de normes composé, soit d'un système, repose quant à elle sur une norme unique ou complexe de normes élémentaire intérieure ou propre à ce système. Ainsi par exemple l'unité relative du système juridique du Land de Brandebourg repose sur la Constitution de cet Etat fédéré. Ce système juridique constitue une unité car il est possible de rattacher en son sein tous les complexes de normes élémentaires à un complexe de normes élémentaire unique et originaire dudit système. Cette unité n'est que relative et provisoire car ce complexe de normes élémentaire en haut du système juridique du Land de Brandebourg trouve sa validité conditionnée par le système juridique allemand incarnant une unité plus large que nous présupposons pour la simplicité de la démonstration comme non elle-même dérivée. En résumé, le système juridique brandebourgeois apparaît sous les traits d'un système dérivé et le système juridique allemand comme un système originaire. L'unité relative et provisoire d'un système de normes dérivé est donc double : à la fois interne et externe par rapport à celui-ci. Elle n'apparaît que si est adoptée une perspective dynamique globale mettant en lumière la structure unitaire à échelons du système juridique total et, au niveau partiel de chaque sous-système ainsi mis en exergue, une perspective

diritto implica la vita giuridica e quindi il movimento o, in altre parole, è un ordinamento essenzialmente dinamico ».

²⁴⁰ Cf. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 94.

statique. Ainsi perspective dynamique globale et perspective(s) statique(s) partielle(s) se complètent-elles tout en donnant son architecture particulière au système juridique considéré. Le théoricien de l'école de Vienne, Fritz Sander, l'avait bien compris lorsqu'il écrivait dans un brillant article de 1919 intitulé « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung » : « *Die Dynamik der Methode durchströmt lösend die Statik des Systems* »²⁴¹.

Par ailleurs, l'unité relative du système dérivé partiel²⁴² peut donc être qualifiée d'autonomie dérivée ou secondaire et l'unité totale du système originaire global d'autonomie originaire ou primaire²⁴³. En résumé, le terme 'autonomie', du grec *auto-nomos* : qui se régit par ses propres règles, peut être décliné sous la forme de deux concepts juridiques distincts. L'un, l'autonomie primaire, décrit la situation d'un système juridique détenant le fondement de sa validité en propre (unité totale, originaire²⁴⁴). L'autre, l'autonomie secondaire, désigne la situation d'un système juridique dont le fondement de validité se trouve dans un autre système juridique qui lui est logiquement hiérarchiquement supérieur ou, pour le dire autrement, dont

²⁴¹ *Op. cit.*, p. 150.

²⁴² Nous empruntons ici l'expression à Kelsen, lequel évoque dans son ouvrage Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale – Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 16 : « *un ordre particulier qui, par rapport à l'ordre 'supérieur' qui le contient, a le caractère d'un ordre partiel dérivé* », t.d.a., « *un particolare ordinamento che, in rapporto all'ordinamento 'superiore' che lo racchiude, ha il carattere di un ordinamento parziale derivato* ».

²⁴³ Dans un article paru en 2003, nous avons choisi les qualificatifs 'primaire' et 'secondaire' notamment afin d'éviter toute confusion avec les concepts de droit originaire et de droit dérivé utilisés en droit communautaire. Cf. K. Caunes, « La nature du système juridique européen – Retour sur le principe de primauté », in J. Ziller (dir.), L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe, Paris, L'Harmattan, 2003, p.285. Cependant, nous reconnaissons l'équivalence entre d'une part autonomie primaire et autonomie originaire et d'autre part autonomie secondaire et autonomie dérivée. Cette reconnaissance est d'importance si l'on considère que Theodor Schilling a développé les concepts d'autonomie originaire et d'autonomie dérivée bien que selon des critères quelque peu différents dans un article relatif au droit communautaire, cf. T. Schilling, « The Autonomy of the Community Legal Order : An Analysis of Possible Foundations », *op. cit.*, p. 389 : « *L'autonomie peut avoir différentes significations. L' 'autonomie originaire' décrit un ordre juridique particulier qui ne dérive d'aucun autre ordre juridique. Il est créé de façon ultime par son propre pouvoir constituant originaire et est absolu par nécessité. L' 'autonomie dérivée' indique que l'ordre juridique particulier, bien que dérivant d'autres ordres juridiques, une fois établi, est indépendant par rapport au contenu de ces autres ordres juridiques. L'autonomie dérivée peut exister à des degrés divers.* », t.d.a., « *Autonomy can have different meanings. 'Original autonomy' describes a particular legal order that is not derived from any other legal order. It is ultimately created by its own original constituent power and is absolute by necessity. 'Derivative autonomy' indicates that the particular legal order, although derived from other legal orders, once it has been set up, is independent from the contents of those orders. Derivative autonomy may exist in varying degrees* ». On le voit les concepts d'autonomie développés par Theodor Schilling se rapprochent des nôtres et nous pouvons donc reprendre les qualificatifs originaire et dérivé. Cependant il convient de noter la différence de critère. Cet auteur évoque ainsi le lien entre deux systèmes juridiques par rapport à leur contenu alors que nous concevons cette relation comme essentiellement structurelle c'est-à-dire fondée sur des critères tant formel que matériel. C'est la raison pour laquelle notre concept d'autonomie secondaire n'est pas sujet à une différence de degré. Il convient donc d'opérer une requalification de ces concepts.

²⁴⁴ Ce type d'unité se réfère donc au concept d'unité relative interne mais non au concept d'unité relative externe puisqu'il ne se rapporte pas à un système juridique dérivé mais originaire, dont la validité ne dépend pas d'un autre système juridique.

la validité dépend d'un autre système juridique (unité relative²⁴⁵). Ces définitions ainsi posées, il convient désormais de rapprocher les deux concepts d'autonomie identifiés des deux lectures possibles de l'autonomie envisagée par la Cour de justice. La proposition selon laquelle le droit né du traité est issu d'une source – le traité – qui est autonome se réfère au concept d'autonomie primaire. En d'autres termes, le complexe de normes composé communautaire ou système juridique communautaire jouit d'une autonomie primaire, il ne dérive sa validité ou n'est subordonné à aucun autre système juridique, international ou national. Quant à la proposition selon laquelle le droit né du traité – le droit dérivé – est issu d'une source autonome – le droit originaire –, elle doit être interprétée comme ne dotant le système juridique communautaire que d'une autonomie de type secondaire, celui-ci constitue alors un système juridique partiel ou dérivé. C'est selon les lignes de ces deux lectures que la doctrine se partage sur la question.

B. Une doctrine partagée

Depuis bientôt un demi-siècle, la doctrine, sur fond de querelles d'écoles²⁴⁶, ne parvient guère à s'accorder quant à la nature du système juridique communautaire et, en premier lieu, quant au type d'autonomie dont celui-ci est pourvu, sur le fondement d'une analyse de l'arrêt *Costa c. ENEL*. Afin de comprendre les différentes hypothèses en présence et de trancher nous-même la question, il convient de restituer les positions et les arguments des différentes parties au débat. On trouve ainsi d'un côté les partisans de l'autonomie primaire du droit communautaire (2) et de l'autre les défenseurs de l'autonomie secondaire du droit communautaire (1).

²⁴⁵ L'unité relative ici mentionnée est une unité relative à la fois sur le plan interne et externe du système juridique considéré, système juridique dérivé.

²⁴⁶ On peut ici citer à titre illustratif le commentaire plus général du Professeur Pérez Tremps selon lequel : « la formation 'constitutionnaliste', 'internationaliste', ou 'communautariste' de l'interprète se fait sentir à nombreuses reprises dans l'analyse de l'idée même d'intégration et de son contenu », t.d.a., « la formación 'constitucionalista', 'internacionalista' o 'comunitarista' del intérprete se deja sentir muchas veces en el análisis de la idea misma de integración y de su contenido », P. Pérez Tremps, « El concepto de integración supranacional en la constitucion », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, n° 13, p. 103, spéc. p. 105.

1. Une doctrine pro-autonomie secondaire contrastée

Si la reconnaissance de l'autonomie secondaire du droit communautaire ne préjuge pas de la réponse à la question de l'autonomie primaire du système juridique communautaire²⁴⁷, les commentateurs ayant opté pour cette lecture ont en même temps dénié au droit communautaire – droit international – une telle autonomie de type primaire. Parmi ceux-ci, on peut distinguer deux courants correspondant en définitive à deux conceptions différentes du droit international et de ses relations avec les droits nationaux. Le premier reflète un regard 'internationaliste' porté sur le droit communautaire (a), le fondement de la validité du droit communautaire étant à rechercher dans le droit international ; le second, un regard 'étatiste' posé sur le droit communautaire (b), le fondement de sa validité étant à rechercher dans le droit national.

a. Une perspective internationaliste du droit communautaire

Illustrant ce courant, Alain Pellet, dans sa croisade contre « *le « terrorisme intellectuel » que font régner certains communautaristes parmi les juristes* »²⁴⁸, analyse de la façon suivante l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* à la lumière de l'arrêt *Van Gend en Loos* : « à à peine plus d'un an d'intervalle, le « *nouvel ordre juridique de droit international* » devient « *un ordre juridique propre* ». Exit le droit international, alors qu'il ne s'était produit, entre-temps, aucune mutation juridique majeure. Il est, dans ces conditions, exclu que l'« *ordre juridique de droit international* » de 1963 ait pu perdre ce caractère en 1964 et, d'ailleurs, l'arrêt *Costa* ne dit rien de tel : posant le principe de primauté du droit communautaire, il établit fermement que l'ordre juridique communautaire a été institué par le Traité et que sa primauté découle des « *termes et [de] l'esprit* » de celui-ci qui, malgré les particularités qu'il

²⁴⁷ En effet, un système doté d'une autonomie de type primaire est nécessairement pourvu d'une autonomie de type secondaire par contre l'inverse n'est pas vrai : un système juridique peut être doté d'une autonomie de type secondaire sans pour autant jouir d'une autonomie de type primaire.

²⁴⁸ A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *op. cit.*, p. 203.

Sur cette même controverse, cf. pour un autre regard sur la question, P. Pescatore, « L'apport du droit communautaire au droit international public », *Cahiers de droit européen*, 1970, n° 5, lequel émet page 501 « *une observation de caractère psychologique plutôt que juridique : l'incompréhension qu'il m'est arrivé de constater entre les représentants attirés du droit communautaire et ceux du droit international. Les premiers, venus en règle générale des différents secteurs du droit interne, public ou privé, considèrent avec quelque méfiance les principes et les procédés du droit international qu'ils sentent, comme inappropriés au domaine juridique qui est le leur (J'ai exposé plus longuement les raisons de cette attitude dans un article sous le titre : « International Law and Community Law – A Comparative Analysis* », paru dans la *Common Market Law Review*, 1970, n° 7, p. 167). Quant aux internationalistes, lorsqu'on leur parle de droit européen, on a bien des fois le sentiment d'une réaction de défense à l'égard de phénomènes juridiques qu'ils considèrent comme inintéressants de leur point de vue, parce que liés à un contexte trop particulier. ».

présente par rapport à ceux que la Cour appelle, un peu dédaigneusement, les « traités ordinaires », n'en est pas moins un « accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international ».²⁴⁹ Il ne paraît pas aventureux d'en déduire que, malgré la différence de formulation existant entre ces deux arrêts essentiels, la Cour de Justice ne méconnaît pas dans le second le fondement international de la Communauté et de son droit, même si elle l'explicite moins nettement ; après tout, la Cour a tendance à tenir pour acquis les principes posés par elle et il n'était, en effet, pas indispensable de reprendre la formule explicite qu'elle avait retenue dans l'affaire *Van Gend en Loos*.²⁵⁰ Ainsi cet auteur conclut-il au sujet du Traité que « sa source, son fondement, n'est pas autonome mais, au contraire, l'ancre dans le droit international dont il est la création. »²⁵¹. Le droit communautaire ne jouit donc pas selon lui d'une autonomie de type primaire. Il s'agit d'un système juridique dont la validité dérive du droit international dont il ne représente qu'un sous-système. Cependant, Alain Pellet reconnaît à la Communauté une « autonomie relative »²⁵² car « il n'en résulte pas que le droit communautaire ne constitue pas un véritable ordre juridique. La créature échappe à son créateur ; une fois créée, la Communauté s'est développée en fonction d'une logique juridique qui lui est propre ; elle a élaboré ses propres règles et les a mises en œuvre conformément aux mécanismes, autonomes et spécifiques, institués par les traités constitutifs et qui se distinguent de ceux qui caractérisent tant les droits nationaux que le droit international lui-même. (...) La CJCE est dès lors fondée à estimer, dans l'arrêt *Costa* (...) qu'il en résulte l'institution d'un « ordre juridique propre » »²⁵³.

En conclusion, si cet auteur reconnaît que le droit communautaire constitue un système juridique doté d'une autonomie secondaire, il le considère cependant comme dépourvu d'autonomie primaire du fait de son fondement international. Le raisonnement de cet auteur correspond donc à une vue internationaliste du droit communautaire. Cependant, d'autres auteurs, adoptant le point de vue des Etats membres par rapport au droit communautaire – droit international –, arrivent à la même conclusion : l'absence d'autonomie primaire du droit communautaire, afin cependant de préserver cette fois-ci l'autonomie desdits Etats.

²⁴⁹ « Définition du traité aux fins de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (article 2, paragraphe 1(a)). »

²⁵⁰ A. Pellet, *op. cit.*, pp. 206-207. De même, p. 247 et seq..

²⁵¹ *Ibid.*, p. 248.

²⁵² *Ibid.*, p. 247.

²⁵³ *Ibid.*, p. 249.

b. Une perspective étatiste du droit communautaire

A la même époque, Theodor Schilling affirme que « *les Traités européens, en tant que traités internationaux, lient les Etats et ont une autonomie dérivée* »²⁵⁴. Il ne manque pas de préciser que « *l'interprétation de droit international [plus précisément selon un prisme étatiste appliqué au droit international²⁵⁵] des Traités européens conduit (...) à la conclusion selon laquelle la Cour de justice n'est pas l'arbitre ultime du système. La prétention à une autonomie interprétative échoue parce que les Etats membres ont préservé leur pouvoir d'auto-interprétation de ces traités.* »²⁵⁶. « *[L]a Kompetenz-Kompetenz judiciaire reste à ces derniers et à leurs juridictions* »²⁵⁷. Le droit communautaire ne peut donc prétendre à une autonomie primaire. Il ne jouit que d'une autonomie de type secondaire car il s'agit d'un système juridique, qui, selon cet auteur, comme tout système juridique international, dérive sa validité du droit national.

Ainsi on rencontre deux positions distinctes dans la doctrine ayant le même résultat : la réfutation de l'autonomie primaire du droit communautaire. La première est sous-tendue par une perspective purement internationaliste²⁵⁸, visant principalement à nier la spécificité identitaire du droit communautaire et assimilant celui-ci au droit international. Le fondement de la validité du droit communautaire est alors à rechercher dans le droit international. La seconde position identifiée reflète une perspective étatiste visant principalement à préserver l'autonomie des droits nationaux. Le fondement de la validité du droit communautaire, en tant que droit international, et c'est ici que la différence réside par rapport à la première position, se trouve dans le droit des Etats membres. Il est également intéressant de noter que de cette différence, touchant en définitive plus au fondement de la validité du droit international lui-même – droit doté d'une autonomie primaire ou droit dont la validité dérive des droits

²⁵⁴ Theodor Schilling, *op. cit.*, p. 404, t.d.a., « *the European Treaties, as international treaties, are binding on the Member States and have derivative autonomy* ».

²⁵⁵ Cette précision est d'importance car elle répond au principal reproche formulé par Joseph Weiler et Ulrich Haltern à l'encontre de la position défendue par Theodor Schilling selon lequel une perspective internationaliste arriverait à une conclusion exactement opposée à la sienne et que nous avons déjà analysé précédemment.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 407, t.d.a., « *The international law interpretation of the European treaties (...) leads to the conclusion that the ECJ is not the ultimate umpire of the system. The claim to interpretive autonomy fails because the Member States have preserved their power to autointerpret these treaties.* ».

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 409, t.d.a., « *judicial Kompetenz-Kompetenz remains with the latter and their courts* ».

²⁵⁸ Nous visons par cette expression le fait qu'il s'agisse ici du droit international vu depuis la perspective du droit international lui-même.

étatiques²⁵⁹ – , il se dégage une appréhension différente de l'autonomie secondaire en question. Selon la perspective internationaliste représentée par les écrits du Professeur Pellet, l'autonomie secondaire du droit communautaire (par rapport au droit international) est précisément celle qui interroge le droit international : créé-t-elle une spécificité du droit communautaire telle que celui-ci se détache désormais de son origine internationale ? Selon la perspective étatique, illustrée par les propos du Professeur Schilling, cette autonomie secondaire (du droit communautaire en tant que droit international par rapport au droit des Etats membres) n'est que le reflet de la nature internationale du droit communautaire et ne la questionne pas. Ainsi cet auteur d'affirmer : « *La seule base sur laquelle le droit communautaire pourrait prétendre à une certaine autonomie par rapport aux ordres juridiques des Etats membres est le droit international.* »²⁶⁰. En ce cas, la question toute hypothétique serait celle de savoir si, un jour, l'autonomie secondaire du droit international pourrait créer une spécificité telle que ce dernier se détacherait de son origine nationale. L'autonomie secondaire peut donc être envisagée comme la pomme d'Adam et Eve, elle est la source possible de l'acquisition par le système considéré de l'autonomie primaire. Dans les deux cas cependant cette dernière est niée... de la bouche même de Dieu ou de la Cour de justice. D'autres auteurs cependant défendent précisément la thèse contraire de l'autonomie primaire du droit communautaire... toujours sur le fondement de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*

2. Une doctrine pro-autonomie primaire timorée

Si l'on part maintenant à la recherche des défenseurs de l'autonomie primaire du droit communautaire, la surprise est de taille. En effet, il s'avère difficile d'identifier le groupe de communautaristes sectaires et extrémistes dépeint par Alain Pellet. On peut citer bien sûr comme le fait cet auteur Constantinos Kakouris lequel « [d]ans [s]es réflexions (...) explique que le *Traité (de Rome)* « est en vigueur par lui-même, de façon autonome, et constitue la source primaire de tout l'ordre juridique communautaire » ; après quoi il met l'accent sur l'abandon par la jurisprudence de l'expression « ordre juridique de droit international »

²⁵⁹ Notons qu'il s'agit là d'un dualisme de points de vue récemment mis en relief par Carlo Santulli, *op. cit.*, au sujet du droit international.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 409, t.d.a., « *The only basis on which Community law could claim a certain autonomy from the legal orders of the Member States is international law.* ».

pour conclure à la nature fédérale de la « relation Communauté – Etats membres »²⁶¹. Certes, mais qu'en conclure quant à la nature systémique d'un tel ensemble ?²⁶²

Une autre exception peut être trouvée en la personne de Denys Simon, lequel offre le commentaire suivant de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* : « Le caractère « propre » et « nouveau » de l'ordre juridique institué par les traités renvoie ainsi à l'affirmation de la « spécificité » du système juridique communautaire, qui deviendra le leitmotiv de la partition jurisprudentielle jouée par la Cour de justice. Au-delà de la répétition incantatoire de la formule, il convient cependant de préciser la portée de cette notion de spécificité de l'ordre juridique communautaire. En premier lieu, elle correspond à l'idée de l'autonomie de la norme fondamentale de l'ordre juridique communautaire, aussi bien par rapport au droit international qu'au droit interne des Etats membres : le système de normes qui caractérise le droit communautaire est fondé sur une norme spécifique – la constitution communautaire – dont la nature ne « s'épuise pas dans les rapports contractuels entre plusieurs Etats en tant que sujets du droit des gens » [autonomie primaire]. En second lieu, toutes les règles du droit de la Communauté peuvent être « rapportées (zurückgeführt) à une norme fondamentale commune »²⁶³, qui sous-tend la hiérarchie normative et garantit la cohérence interne de l'ordre juridique communautaire. »²⁶⁴ [autonomie secondaire]. Cependant, quels enseignements cet auteur tire-t-il d'une telle analyse quant à la nature du système juridique communautaire ? Nous laissons au lecteur le soin de tirer ses propres conclusions : « Les

²⁶¹ A. Pellet, *op. cit.*, pp. 208-209.

²⁶² Il convient ici cependant de ne pas amputer la pensée de Constantinos Kakouris, regretté juge à la Cour de justice des Communautés européennes, de son originalité puisque cet auteur a le mérite de faire partie de ce petit groupe de communautaristes qui ont réellement essayé de penser le droit communautaire tout en le façonnant. Ainsi donc, si le juge Kakouris part bien de la notion d'ordre juridique, s'il précise qu'« [i]l n'est pas exact de dire que 'l'Etat a un ordre juridique'. La formulation exacte est que l'Etat consiste en un ordre juridique » (« La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Liber Amicorum Pierre Pescatore – Du droit international au droit de l'intégration*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 319, spéc. p. 324) ; s'il définit également l'autonomie de l'ordre juridique (« Toute pyramide des normes qui tirent leur validité de la même norme de départ constitue un ordre juridique autonome » (*ibid.*), il conclut cependant en affirmant que « les ressemblances concernent la structure juridique d'une part de la Communauté et d'autre part de l'Etat fédéral, conçue de façon statique et du point de vue fonctionnel, tandis que les différences concernent le contenu matériel de la répartition des compétences » (*ibid.*, p. 344), tentant ensuite de mitiger la portée de telles différences en affirmant notamment qu'« il est vrai que les Etats membres de la Communauté conservent la compétence de la compétence, mais ceci n'a pas aujourd'hui la même importance qu'autrefois, lorsque la souveraineté était considérée comme unique, indivisible et inaliénable » (*ibid.*, p. 345). Mais qui pourrait soutenir que la compétence de la compétence n'est pas au cœur de l'autonomie de l'ordre juridique ? C'est ainsi que Constantinos Kakouris prête lui-même le flanc à la critique sapant les fondements de sa tentative de conceptualisation de l'ordre juridique communautaire et laissant l'énigme irrésolue.

²⁶³ « H.Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, vol. IV, n° 14, p. 231, spéc. p. 264. Cf. aussi W.Wengler, « La crise de l'unité de l'ordre juridique international », *Mélanges Rousseau*, p. 329 ».

²⁶⁴ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} éd., 2001, p. 78 et seq.

*principes qui constituent les bases constitutionnelles de l'ordre juridique communautaire*²⁶⁵ débouchent sur l'affirmation de l'identité propre de la Communauté et de l'Union, qui dépasse, à raison de sa nature spécifique²⁶⁶, le statut habituellement reconnu aux organisations internationales. La reconnaissance du caractère constitutionnel de la structure communautaire implique en effet que la Communauté dispose d'un statut qui emprunte fonctionnellement au modèle étatique. Il ne s'agit pas pour autant d'assimiler la Communauté à un Etat, et encore moins à un super-Etat »²⁶⁷. Il semble donc que si le Professeur Simon répugne à embrasser « la logique binaire et alternative du 'ou/ou' »²⁶⁸, on peine à identifier sous sa plume une quelconque qualification juridique, systémique, du droit communautaire au-delà de l'affirmation de sa spécificité²⁶⁹.

Est-ce la difficulté de conceptualiser un système juridique d'un troisième type qui retient la plume de ces auteurs ? Ou bien est-ce plus généralement le tabou d'une nature potentiellement étatique du droit communautaire qui arrête ceux-ci aux portes de l'arrêt *Costa*, « la nature fédérale « de la relation Communauté – Etats membres » »²⁷⁰ ou le « caractère constitutionnel de la structure communautaire »²⁷¹ n'étant que le voile pudique d'une nature interdite au regard... et à la pensée ? Ont souvent été mises en avant des caractéristiques qui seraient propres et présentées comme uniques au droit communautaire. Ainsi Pierre Pescatore de considérer que « tout ce qui fait l'originalité et la force du droit

²⁶⁵ A noter que Denys Simon défend une conception absolue du principe de primauté du droit communautaire, cf. D. Simon, « *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire* », *op. cit.*, p. 240 et seq.

²⁶⁶ Pour une autre expression de l'insistance de Denys Simon quant à la nature spécifique du droit communautaire, différent du droit international, cf. D. Simon, « *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire* », *op. cit.*, pp. 235-236.

²⁶⁷ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 80.

²⁶⁸ D. Simon, « *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire* », *op. cit.*, p. 226.

²⁶⁹ Il serait également loisible de citer par exemple la doctrine italienne, laquelle reconnaît sans peine l'approche moniste – sous-entendue avec primauté du droit communautaire – adoptée par la Cour de justice, par opposition à l'approche dualiste de la Cour constitutionnelle italienne, sans en tirer aucune conclusion quant à la nature du droit communautaire lui-même tel que décrit par la Cour de justice. Cf. E. Cannizzaro, « La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale », *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, n° 1, p. 1 et seq.; V. Onida, « 'Armonia tra diversi' e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Quaderni costituzionali*, 2002, n° 3, p. 549 et seq.; L. Albino, « Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2001, n° 6, p. 923 et seq..

Quant au raisonnement de la doctrine espagnole, cf. par exemple, F. J. Enériz Olaechea, « La denominada 'Constitución Europea' y la nuevas fuentes del Derecho Comunitario », *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2004, n° 9, parte Estudio, p. 878.

²⁷⁰ A. Pellet, *op. cit.*, pp. 208-209.

²⁷¹ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 80.

communautaire échappe aux catégories du droit international »²⁷². Cependant on peine à identifier ici autre chose qu'un tas d'arguments pêle-mêle.

A l'heure actuelle, la considération d'une autonomie primaire du droit communautaire a surtout été relancée à la faveur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et de l'élaboration concomitante d'une mythologie de la « *constitutionnalisation* »²⁷³, en tant que « *processus évolutif* »²⁷⁴, du droit de l'Union européenne. Ainsi la Cour, par sa jurisprudence, aurait été, en sa qualité de moteur de l'intégration, pionnière en la matière, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe représentant la dernière pierre de cet édifice construit de longue haleine²⁷⁵. Certains communautaristes pensent alors pouvoir proclamer avec soulagement : la Cour avait raison ! Mais une telle réflexion aux fondements incertains pourrait bien s'effondrer tel un château de cartes, l'amoncellement d'arguments divers et variés ne remplaçant précisément pas la rigueur d'une démonstration théorique rondement menée. A l'heure où ledit Traité a été transformé en simple Traité modificatif, *exit* la mention constitutionnelle, il serait peut-être temps de revenir à une attitude platement juridique plus que politique, fondée sur une analyse en profondeur des arrêts de la Cour de justice afin de pouvoir réellement évaluer les options en présence.

Sont édifiants en la matière les propos de Messieurs Gautron et Grard, lesquels expliquent que : « *A la question, quelque peu théorique, de savoir s'il existe entre les Communautés et les autres organisations internationales une différence de degré ou une différence de nature, il n'est pas possible de donner une réponse objective détachée des inclinaisons théoriques ou des convictions idéologiques des auteurs de la réponse. Cependant, faute d'une catégorisation intermédiaire entre les Etats et les organisations internationales, compte tenu de la plasticité de la notion d'organisation internationale*²⁷⁶, il paraît légitime – et sage – d'évoquer après le Professeur Louis, une « *manifestation très avancée du droit des organisations internationales.* »²⁷⁷ »²⁷⁸. Et l'on ne peut qu'éprouver un certain malaise

²⁷² P. Pescatore, Droit international et droit communautaire – Essai de réflexion comparative, Nancy, Centre universitaire européen, p. 33, cité in A. Pellet, *op. cit.*, p. 210.

²⁷³ Cf. par exemple, N. Berger, « Les origines du processus constitutionnel européen », in G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte (dir.), Genèse et destinée de la Constitution européenne, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3, spéc. p. 25, l'auteur concluant ainsi : « *Le processus constitutionnel européen, à force d'accélération, devient quasi continu. (...) La Convention est venue apporter un vent de vigueur à un processus constitutionnel usé* » dont elle fait remonter les origines (non lointaines) au sommet de Copenhague de 1973. Il s'agit ici d'un bel exemple d'anachronisme ou comment lire le passé à l'aide de concepts inexistant à l'époque.

²⁷⁴ J.P. Jacqué, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, p. 92.

²⁷⁵ Cf. J.P. Jacqué, *op. cit.*, p. 91 et seq..

²⁷⁶ « *M. Virally, Remarques sur la classification des organisations internationales, Miscellanea Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, Paris, Bruylant LGDJ, 1972, p. 283 et seq.* ».

²⁷⁷ « *J.V. Louis, L'ordre juridique communautaire, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1988, p. 173* ».

logique lorsque ces auteurs arrivent à associer à l'avertissement selon lequel « *il convient d'écarter la tentation de faire de l'ordre juridique communautaire un tiers ordre d'une essence nouvelle, distinct à la fois de l'ordre juridique international et des ordres juridiques étatiques internes (...) la créature ne peut totalement échapper à ses créateurs dès lors qu'elle associe ceux des Etats souverains qui l'ont établie et dont les attributions de souveraineté ne sont atteintes que dans le champ fonctionnel du traité. Avec le Professeur Boulouis une nouvelle fois, il est possible de considérer que la Cour de Justice n'a pas voulu se prononcer sur la nature politique et juridique des Communautés* »²⁷⁹, la mention d'un « *ordre juridique autonome* »²⁸⁰, « *l'observation très pertinente de Jean Boulouis pour qui l'affirmation de l'autonomie permet de poser les bases de la spécificité des Communautés au regard des organisations internationales, lesquelles reposent aussi sur des traités créateurs d'un ordre juridique particulier et partiel dont ils affichent les finalités et fixent, s'il y a lieu, les modes institutionnels de formation des normes dérivées* »²⁸¹, ainsi que la réitération de l'affirmation selon laquelle « *l'autonomie caractérise bien un ordre juridique qui n'est subordonné à aucun autre (...). C'est selon le Professeur Kovar, l'autonomie de validité, dont les bases instrumentales préexistaient à son affirmation par la Cour : une hiérarchie de normes, un système institutionnel apte à produire des normes dérivées, une régulation juridictionnelle très complète, des destinataires du droit qui sont à la fois les Etats membres et les particuliers* »²⁸².

On ne peut qu'être ébahi par cette impossible réconciliation des contraires. Comme si, finalement, les communautaristes tant décriés par Alain Pellet pour leur hardiesse se trouvaient plutôt bien embarrassés par la gênante autonomie primaire du droit communautaire décrétée par la Cour et dont ils ne savent que faire, tentant de temporiser une caractéristique précisément difficilement sujette à relativisation. Car enfin, qui pourrait justifier ce formidable tour de passe-passe grâce auquel l'autonomie primaire d'un système juridique ne serait pas au cœur de sa nature juridique ? Qui pourrait prouver que l'absence de subordination n'est pas précisément le signe d'une irréductible spécificité ou singularité communautaire ?

²⁷⁸ J.-C. Gautron, L. Gard, « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in Société Française pour le Droit International, *op. cit.*, spéc. p. 16.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 22.

²⁸⁰ *Ibid.*.

²⁸¹ *Ibid.*.

²⁸² *Ibid.*, p. 23.

L'embarras de la doctrine communautariste reflète peut-être en définitive celui des politiques que certains qualifient purement de désintéret. Ainsi Messieurs Gautron et Grard de remarquer que « [d]ans la construction entre la structure de l'Union d'une part, sa nature juridique d'autre part, le premier élément a prévalu si manifestement que l'Union est apparue à l'issue des deux conférences intergouvernementales préparatoires au Traité de Maastricht comme une construction existentielle tant ses concepteurs ont fait preuve d'une grande indifférence quant à la qualification juridique de la nouvelle entité, laissant en quelque sorte à la doctrine le soin de proposer une définition substantielle de l'Union européenne. Secondairement, l'élaboration du Traité de Maastricht a montré que les Etats accordaient à la future structure de l'Union une importance au moins égale à son contenu. (...) Déterminante, la structure (...) a créé une différenciation complexe et changeante. Elle a relégué au second plan la question de la nature juridique. »²⁸³. Cependant, plutôt que d'évoquer le désintéret des gouvernants vis-à-vis de la question, une autre piste explicative pourrait tout simplement être trouvée dans la méthode intergouvernementale propre à la négociation des traités, ce haut lieu du marchandage interétatique ne constituant peut-être pas le cadre le plus propice à des discussions générales et approfondies²⁸⁴, les résultats de la

²⁸³ *Ibid.*, pp. 29-30.

²⁸⁴ Cf. H. Kortenbergh, « La négociation du Traité – Une vue cavalière », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, vol. 33, n° 4, p. 709, spéc. p. 713 : « La méthode suivie dans le cadre des négociations n'a guère évolué par rapport à celle utilisée lors de l'élaboration du traité sur l'Union européenne. Une fois le cadre et les objectifs fixés par le Conseil européen, un certain nombre d'Etats membres ont publié leurs propres objectifs. Durant la présidence italienne, les travaux ont été consacrés à une analyse des différentes questions avec, lorsque c'était possible, des tentatives de rédaction d'articles. La présidence irlandaise a été consacrée à l'élaboration du cadre d'un projet de traité avec des articles rédigés. La présidence néerlandaise a poursuivi ce travail en s'efforçant de trouver un accord sur des textes. Les discussions se sont déroulées pour l'essentiel au sein du groupe des représentants, celui-ci renvoyant certains textes sur lesquels un accord général semblait possible au groupe des Amis pour en affiner la rédaction. Au fur et à mesure de l'avancement des travaux, les débats ont été enrichis par des propositions ou des contributions écrites des Etats membres et de la Commission. Une telle structure se prête peu à des échanges de vues approfondis. L'essentiel des travaux est constitué par des tours de table sur la base de propositions de la présidence. Au fil des réunions et en fonction des positions exprimées, les propositions ont été raffinées jusqu'à ce que la présidence estime que le résultat atteint était satisfaisant. Il est cependant difficile d'arriver à un accord définitif avant la fin des travaux, car, dès lors que tout n'est pas acquis, rien n'est acquis. En effet, une délégation n'est pas prête à abandonner son point de vue sur une question dès lors qu'elle estime n'avoir pas obtenu satisfaction sur d'autres questions. ».

Cf. Egalement, quant aux complexités des négociations internationales impliquant « un jeu à double niveau », R. D. Putnam, « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games », *International Organization*, 1988, vol. 42, n° 3, p. 427 spéc. p. 434 : « Au niveau national, les groupes domestiques poursuivent leurs intérêts en tentant de convaincre le gouvernement d'adopter des politiques qui leur sont favorables, et les politiciens recherchent le pouvoir par la construction de coalitions au sein de ces groupes. Au niveau international, les gouvernements nationaux cherchent à maximiser leur propre capacité à répondre aux pressions domestiques tout en minimisant les conséquences adverses des développements à l'extérieur. Aucun de ces deux jeux ne peut être ignoré par les acteurs publics centraux aussi longtemps que leurs pays restent interdépendants même si souverains », « a two level game. At the national level, domestic groups pursue their interests by pressuring the government to adopt favorable policies, and politicians seek power by constructing coalitions among those groups. At the international level, national governments seek to maximize their own ability to satisfy domestic

méthode conventionnelle utilisée en vue de la rédaction du Traité établissant une Constitution pour l'Europe pouvant en être une preuve *a contrario*²⁸⁵. Enfin, il serait intéressant de consulter les politologues afin de savoir si ce soi-disant désintérêt du politique pour la définition de la nature juridique de l'Union européenne – mais Monsieur Fischer par exemple ne s'est-il pas essayé à l'exercice ? – ne reflèterait pas la difficulté de trouver une définition acceptable par tous les gouvernements et tous les citoyens des désormais vingt-sept Etats membres²⁸⁶. Il n'est que de se souvenir du récent épisode de l'ambigu 'traité – constitution' que le gouvernement britannique tentait désespérément de présenter à ses concitoyens comme un traité et non une constitution²⁸⁷ et son successeur le traité modificatif descendu de son piédestal constitutionnel afin d'éviter tout référendum à l'issue incertaine en France, en Hollande ou encore en Grande-Bretagne²⁸⁸. Si des considérations d'opportunité politique

pressures, while minimizing the adverse consequences of foreign developments. Neither of the two games can be ignored by central decision-makers, so long as their countries remain interdependent, yet sovereign ».

²⁸⁵ Sur la question, cf. F. Deloche-Gaudez, « La Convention européenne sur l'avenir de l'Europe : ruptures et continuités », in G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, *op. cit.*, p. 47 ; R. Dehousse, F. Deloche-Gaudez, « The Making of a Transnational Constitution : An Institutional Perspective on the European Convention », *Cahiers européens de Sciences-Po*, 2005, n° 2 ; M. Kleine, T. Risse, « Arguing and Persuasion in the European Convention », *FP6 NEWGOV*, Groupe 1, Projet 3 ; également des mêmes auteurs, « Assessing the Legitimacy of the EU's Treaty Revision Methods », *Journal of Common Market Studies*, 2007, vol. 45, n° 1, p. 69 ; D. Beach, « Towards a new method of constitutional bargaining ? », *Federal Trust Online*, 2003, n° 13 ; J.E. Fossum, A.J. Menéndez, « The Constitution's Gift ? A deliberative democratic analysis of constitution-making in the European Union », *ARENA*, 2005, n° 13 ; L. Hoffmann, « The Convention on the Future of Europe – Thoughts on the Convention Model », *The Jean Monnet Working Papers*, 2002, n° 11 ; P. Magnette (dir.), « La Convention européenne – Anatomie d'un consensus », *Politique européenne*, 2004, numéro spécial ; du même auteur, « La Convention européenne : Argumenter et négocier dans une assemblée constituante transnationale », *Revue française de science politique*, 2004, vol. 54, n° 1, p. 5. Pour la palme de la vision la plus critique, cf. P.-Y. Monjal, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 443.

²⁸⁶ En ce sens et relativement au résultat des négociations du Traité d'Amsterdam, on peut citer les réflexions d'Helmut Kortenber, pseudonyme d'un fonctionnaire européen, lequel note que « *n'en déplaise aux zéloteurs de la cause européenne, les gouvernements, lorsqu'ils négocient doivent tenir compte de l'acceptabilité par leurs opinions et leurs parlements nationaux envers lesquels ils sont d'abord comptables, des réformes proposées. Dans ces conditions, rien ne sert d'établir un magnifique traité qui ne serait jamais ratifié. (...) Dans ce cas, les contraintes seront les mêmes : élaborer des projets ambitieux qui resteront lettre morte ou sacrifier humblement au réalisme.* »... et l'on ne peut s'empêcher d'avoir une pensée pour le défunt Traité établissant une constitution pour l'Europe... Cf. H. Kortenber, *op. cit.*, p. 719.

²⁸⁷ On peut également citer Jack Straw, alors ministre des affaires étrangères, lequel lors d'un entretien à la BBC Radio 4 expliqua en août 2002 que « *l'idée d'avoir une constitution s'explique par le fait qu'il s'agit d'un mot clair décrivant les règles de base relatives au fonctionnement d'une institution, que ce soit un club de golf, un parti politique ou dans le cas présent une Union européenne* », t.d.a., « *The point about having a constitution is that it's a clearly understood word describing the basic rules for the operation of an institution, whether it's a golf club, a political party or in this case a European Union* », tentant ainsi de banaliser le terme. Cf. « *Straw calls for EU constitution* », *Guardian unlimited*, mardi 27 août 2002.

Pour la position britannique lors des travaux de la Convention européenne, cf. H. Bribosia, « De la simplification des Traités au Traité constitutionnel », in G. Amato, H. Bribosia, B. De Witte (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, *op. cit.*, p. 187 ; G. Milton, *The European Constitution : Its Origins, Negotiation and Meaning*, London, John Harper Publishing, 2005.

²⁸⁸ Au-delà du contenu même du texte du Traité, la portée symbolique de la sémantique constitutionnelle a pu être l'une des causes de la flambée référendaire en Europe. Sur la question, cf. D. Grimm, « Integration by Constitution », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 193 *et seq.* ; M. Poiares

guident le choix de certains gouvernements d'avancer sur le chemin de l'intégration européenne en se bandant les yeux et/ou en bandant les yeux de leurs concitoyens, elles devraient néanmoins rester étrangères au juriste dont la tâche est de connaître son objet, présentement le droit communautaire²⁸⁹. L'embarras des communautaristes précédemment souligné n'est pas le signe de leur extrémisme, loin s'en faut, mais traduit plutôt le trou noir conceptuel ôtant de leur bouche les mots pour décrire l'Union européenne. De plus, il est possible de constater plus généralement que l'opposition existant entre défenseurs de l'autonomie primaire du droit communautaire et partisans de l'autonomie secondaire du droit communautaire trouve sa source dans une attitude méthodologique commune. Ces auteurs ne

Maduro, « The importance of being called a constitution : Constitutional authority and the authority of constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 332, spéc. p. 351 et seq.; J.H.H. Weiler, « On the power of the Word: Europe's constitutional iconography », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 173 ; N. Walker, « Europe's Constitutional Momentum and the Search for Polity Legitimacy », *Jean Monnet Working Paper*, 2004, n° 5, p. 19 et seq..

²⁸⁹ En ce sens, cf. J.-C. Piris, « Does the European Union have a Constitution. Does it need one ? », *Jean Monnet Working Paper*, 2000, n° 5, « Depuis presque un demi siècle, le chemin emprunté par l'intégration européenne n'a pas suivi de modèle cartésien préétabli. C'est pour des raisons politiques et de façon pragmatique que le complexe système de gouvernance de l'Union européenne et ses règles de prise de décision nombreuses et compliquées ont été établis et affinés par les Etats membres dans les traités successifs. Il est donc difficile de les décrire en termes de 'système constitutionnel' cohérent. (...) D'un point de vue juridique, au final, « le résultat n'a peut-être pas la symétrie et le sens de la proportion associés aux principes d'une architecture classique » mais une « Europe faite de 'parcelles et de morceaux' ne manque pas nécessairement de justification et de légitimité » », t.d.a., « For nearly half a century, the path taken by European integration has not followed any pre-established cartesian model. It is for political reasons and pragmatically that the complex system of governance of the EU and its many complicated decision-making rules have been established and refined by its Member States in successive treaties. It is therefore difficult to describe them in terms of a coherent 'constitutional system'. (...) From a legal point of view, in the end, « the result may not have the symmetry and proportionality that come with the principles of classical architecture » but a « Europe of 'bits and pieces' (implicit reference to Deirdre Curtin, « The Constitutional Structure of the Union, A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review*, 1993, p. 22) may not necessarily lack justification and legitimacy » (R. Bellamy, D. Castiglione, « Building the Union : The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe », in N. MacCormick (ed.), *Constructing Legal Systems – European Union in Legal Theory*, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 115 and 91 respectively) ». Cf. Egalement, « Intervention du Professeur Walter Hallstein, Président de la Commission de la Communauté économique européenne, dans le débat juridique sur le rapport Dehousse (Primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres) Session de juin 1965 du Parlement européen », *op. cit.*, p. 248 : « soyons aussi conscients en même temps de deux autres choses. Jusqu'ici – et j'espère qu'il en sera encore ainsi à l'avenir – le problème a plutôt revêtu une importance de principe qu'une importance pratique. Assurément on pourrait vite en venir à cette importance actuelle, si l'aspect de principe n'est pas élucidé à temps. C'est dans cet effet préventif que je vois le sens le plus important d'échanges de vues comme celui d'aujourd'hui. Mais un autre élément encore distingue notre problème d'aujourd'hui des grandes options politiques : il s'agit d'une question juridique. Elle doit être tranchée selon des critères juridiques à l'aide d'une méthode juridique et seule une solution corroborée par cette méthode peut prétendre être la bonne. ». Cf. Enfin les conclusions de l'avocat général Lagrange sous l'affaire *Costa c. E.N.E.L.* : « Without recourse to legal theory upon the nature of the European Community (which is too open to controversy) and without taking sides between 'Federal Europe' and 'the Europe of Countries', or between the 'supranational' and the 'international', the Court (and indeed such is its function) can only consider the Treaty as it is. But – and it is indeed a simple observation – the Treaty establishing the European Economic Community, as well as the other two 'European Treaties', creates its own legal system which, although distinct from the legal system of each of the Member States, by virtue of certain precise provisions of the Treaty, which bring about a transfer of jurisdiction to the Community institutions, partly replaces the internal legal system », ECJ, *Reports of Cases before the Court*, 1964, Luxembourg, pp. 602-603, l'avocat général Lagrange précisant *ab initio* que l'affaire *Costa* « brings in issue the constitutional relations between the European Economic Community and its Member States », *ibid.*, p. 600.

semblent en effet pas partir de la conception spécifique des relations droit communautaire / droits nationaux, droit communautaire / droit international développée par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* pour en exciper une traduction systémique mais plutôt appliquer à l'analyse de l'arrêt *Costa* une vision préconçue des rapports entre les systèmes considérés, qui une approche 'internationaliste', qui une approche 'étatiste', qui une approche 'communautariste' plus ou moins timorée.

Par conséquent, si nous entreprenons de tenter de déterminer dans ce contexte si, aux yeux de la Cour de justice, le droit communautaire est doté d'une autonomie primaire ou uniquement d'une autonomie secondaire et quelles en sont les conséquences sur la conceptualisation de sa nature juridique et de celle du principe de primauté, il convient de partir de l'arrêt dans lequel la question ou l'ambiguïté a émergé : l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* auquel nous appliquerons une grille théorique 'neutre' c'est-à-dire utilisable pour l'analyse de tout type de système et reposant sur l'identification des critères de l'autonomie primaire d'un système juridique²⁹⁰.

§2. Critères de l'autonomie primaire

Selon la définition qui en a été adoptée, le concept de système juridique correspond à un complexe de normes composé. Il en existe deux types : premièrement, un système juridique partiel ou dérivé c'est-à-dire pourvu uniquement d'une autonomie dérivée (unité relative), deuxièmement un système juridique total ou originaire jouissant non seulement d'une autonomie secondaire mais encore d'une autonomie primaire c'est-à-dire possédant en propre le fondement de sa validité (unité totale). Or, si nul ne dénie dans la doctrine le caractère de système juridique du droit communautaire et donc son autonomie secondaire, la controverse subsiste quant à la question de savoir si la Cour de justice a entendu reconnaître au droit communautaire, à travers sa jurisprudence *Costa*, la possession d'une autonomie de type primaire. Afin de trancher cette question juridique de la manière la plus impartiale possible, il convient donc au préalable d'avoir présent à l'esprit les critères d'identification de l'autonomie primaire d'un système juridique. A cet égard, il est à noter que le concept d'autonomie primaire peut être abordé sous deux angles complémentaires : l'un positif, l'autre négatif. En effet, sous son aspect positif, il se traduit par le phénomène d'auto-engendrement du système c'est-à-dire, comme il a précédemment été rappelé, que celui-ci dispose en propre du fondement de sa validité (A). Sous son aspect négatif, ce concept signifie que le système

²⁹⁰ L'autonomie secondaire du droit communautaire ne semble quant à elle guère être contestée.

juridique en question ne dépend pas d'autres systèmes juridiques c'est-à-dire qu'il trouve en lui le principe de son interaction avec lesdits systèmes (B).

A. Un fondement de validité autonome

Aborder la question du fondement de la validité d'un système juridique c'est plonger au cœur des limites du droit lui-même et de sa conceptualisation, c'est louvoyer entre le règne du *Sollen* et le règne du *Sein*. Ainsi, le principal défi relatif à la définition de ce qu'est un fondement de validité autonome consiste à parvenir à en cerner les éléments et leur qualification selon une certaine « *théorie du droit* », reposant elle-même sur une « *métathéorie du droit* »²⁹¹ particulière. Seulement après en avoir cerner la possible nature (1) est-il possible d'en formuler les critères de reconnaissance dans un cas concret (2).

1. Nature du fondement de validité d'un système juridique

Afin de ne pas nous égarer dans les méandres de controverses scolastiques qui, bien que non dépourvues d'intérêt, nous feraient perdre le fil de notre démonstration,²⁹² nous énoncerons simplement à ce stade de l'analyse que sont reconnus en général deux types de fondement de la validité d'un système juridique : fondement à caractère factuel, fondement à caractère normatif. Pour cette raison et afin de continuer notre démonstration dans le cadre théorique normatif élaboré, nous définirons ledit fondement à travers la confrontation de deux écoles : celle de la théorie purement normative du droit défendue par Hans Kelsen et Adolf Merkl et celle d'une théorie normative du droit au fondement sociologique²⁹³ proposée par Joseph Raz, ancien disciple de Herbert Hart²⁹⁴.

²⁹¹ Cf. M. Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, *op. cit.*, p. 45 : « *une théorie du droit, c'est-à-dire une description de la structure de l'ordre juridique* », « *une théorie de la science du droit, c'est-à-dire une métathéorie du droit* ».

²⁹² Nous reviendrons sur la question du fondement de la validité d'un système juridique dans le chapitre final de la thèse.

²⁹³ Nous reviendrons sur cette caractéristique plus avant dans le chapitre final de la thèse. Roger Cotterrell pour sa part évoque la « *tendance sociologique* », t.d.a., « *sociological drift* » de la théorie de Hart. Cf. R. Cotterrell, The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy, London, Butterworths, 1989, pp. 85-87, 94-96, 100-101.

²⁹⁴ Nous avons donc décidé de nous concentrer sur les auteurs partisans d'une voie médiane dans la discussion fondamentale relative à la relation entre le *Sein* et le *Sollen* et en phase avec notre propre conceptualisation du droit, normative. Nous ne mentionnons donc pas les deux 'extrêmes' niant toute relation entre ces deux règnes et optant pour l'un ou pour l'autre afin de déterminer la nature du droit c'est-à-dire les théories idéalistes (*Sollen*) et les théories réalistes (*Sein*). Cependant, nous espérons que la présentation ici proposée est suffisamment ouverte pour permettre au lecteur qui serait d'obédience idéaliste ou réaliste de trouver son chemin au travers des

Définir la nature du fondement de validité d'un système juridique c'est en réalité répondre à la question suivante : qu'est-ce qui assure la validité du système juridique considéré, c'est-à-dire, en ultime instance, de son complexe de normes élémentaire originaire²⁹⁵ ? Selon Raz, dans la continuité de la pensée de Hart²⁹⁶, la « *validité systémique* »²⁹⁷ est d'ordre factuel. Ainsi, utilisant le concept hartien de règle de reconnaissance, Raz affirme que « [I]a *validité juridique d'une règle est établie en démontrant que celle-ci est en conformité avec les tests de validité posés par d'autres règles du système qui peuvent être appelées règles de reconnaissance. Ces tests concernent normalement la façon dont la règle a été édictée ou posée par l'autorité judiciaire. La validité juridique des règles de reconnaissance est déterminée de façon similaire à l'exception de la validité des règles de reconnaissance ultimes, laquelle est une question de fait social, c'est-à-dire que les règles de reconnaissance ultimes dotées de force contraignante sont celles qui sont effectivement mises en pratique et suivies par les juridictions* »^{298, 299}. C'est la raison pour laquelle Raz met l'accent sur ce qui peut être appelé le fondement factuel de la validité. Or, selon cet auteur, ce dernier se décompose en deux éléments que nous appellerons les sources factuelles du droit c'est-à-dire

arguments présentés. Pour un aperçu des différentes écoles en la matière, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 211 *et seq.*

²⁹⁵ Est ici présupposé que le système considéré n'est pas un système juridique dérivé.

²⁹⁶ Il convient cependant ici de préciser une différence entre la position de Raz et celle de Hart quant au concept de validité. Pour Hart, contrairement à Raz, la question de la validité ne se pose pas en ce qui concerne la règle de reconnaissance ultime, simple énoncé externe de fait. Cf. H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, *op.cit.*, pp. 106-107. A ce sujet, cf. également J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, réimp. 2002, p. 150, note en bas de page 10. Nous reviendrons sur la position de Hart dans le dernier chapitre de la thèse.

²⁹⁷ Cf. J. Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 150.

²⁹⁸ Cf. J. Raz, *op. cit.*, pp. 150-151, t.d.a. : « *The legal validity of a rule is established by showing that it conforms to tests of validity laid down by some other rules of the system which can be called rules of recognition. These tests normally concern the way the rule was enacted or laid down by judicial authority. The legal validity of rules of recognition is determined in a similar way except for the validity of the ultimate rules of recognition which is a matter of social fact, namely those ultimate rules of recognition are binding which are actually practised and followed by courts.* ».

²⁹⁹ Dans le même sens et peut-être d'une façon encore plus explicite, cf. J. Raz, « On the Authority and Interpretation of Constitutions », in L. Alexander (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 152, spéc. p. 161 : « *La règle de reconnaissance est distincte du reste du droit. Elle est une pratique selon laquelle – c'est-à-dire le fait que – les juridictions et les autres institutions juridiques reconnaissent la validité, la légitimité du droit et qu'elles sont prêtes à le suivre et à l'appliquer aux autres. (...) Si la règle de reconnaissance existe – c'est-à-dire si la pratique de reconnaissance appropriée est suivie par les juridictions – alors le droit existe. (...) Formulé d'une autre façon : parce que nous pouvons identifier un fait social consistant en la reconnaissance juridictionnelle du droit par les juridictions, nous pouvons établir qu'il y a une règle de droit dans un certain pays et établir son contenu* », t.d.a., « *The rule of recognition is unlike the rest of the law. It is the practice – that is, the fact – that the courts and other legal institutions recognize the validity, the legitimacy, of the law, and that they are willing to follow it and apply it to others. (...) If the rule of recognition exists – that is, if the appropriate practice of recognition is followed by the courts – then the law exists. (...) Put it in different terms : Because we can identify a social fact of the judicial recognition of the law by the courts, we can establish that there is a law in a certain country and establish its content* ».

les « faits créateurs de droit »³⁰⁰ et les conséquences factuelles du droit, en d'autres termes, l'« efficacité sociale »³⁰¹ de celui-ci, la façon dont il « est effectivement suivi, observé et appliqué au sein de la communauté »³⁰². En résumé, « la validité présuppose appartenance et applicabilité »³⁰³. Or l'importance de ces deux éléments quant à la validité d'un système juridique, c'est-à-dire de son complexe de normes élémentaire originaire, fait l'objet d'un certain consensus dans la doctrine³⁰⁴. Ainsi Kelsen par exemple souligne à l'instar de Raz l'importance de « l'édiction et l'efficacité »³⁰⁵ en matière de validité systémique : « l'efficacité de l'ordre juridique en tant que tout est condition de sa validité ; pareillement l'efficacité d'une norme juridique en particulier est condition de sa validité – comme l'est également l'acte de création de la norme – ; cette proposition signifiant qu'un ordre juridique pris globalement et une norme juridique prise en particulier ne sont plus considérés comme valables lorsqu'ils cessent d'être efficaces. »³⁰⁶. La différence entre la vision de Raz et celle de Kelsen ne joue donc pas quant à l'importance desdits éléments mais quant à leur statut, théorique, celui-ci dépendant de la position adoptée par ces auteurs relativement à la question du lien entre le « Sollen de la norme juridique » et le « Sein de la réalité naturelle »³⁰⁷. En effet, « [l]un des problèmes les plus difficiles de la science juridique (...) consiste (...) à déterminer comment le sens incontestablement normatif, dans lequel l'ordre juridique se

³⁰⁰ Cf. J. Raz, *op. cit.*, p. 151 : « Cependant le droit est un fait social dans un second sens : toute règle a une source. La validité de chaque règle est conditionnée par l'existence de certains faits : des lois, des arrêtés ministériels ou municipaux, certains arrêts jurisprudentiels, une ligne générale de comportement de la population en général traduisant l'existence d'une coutume etc., tous sont des faits créateurs de droit. », t.d.a., « There is, however, a second way in which law is a social fact : all laws have a source. The validity of every law is conditional on the existence of certain facts : certain Acts of Parliament or of a minister or of a town council, certain decisions of the courts, a general pattern of behaviour of the general population amounting to the existence of a custom, etc., these are law-creating facts. »

³⁰¹ *Ibid.*, p. 152 : « l'existence d'un système juridique est fonction de son efficacité sociale », t.d.a., « the existence of a legal system is a function of its social efficacy ».

³⁰² *Ibid.*, p. 151 : « Le droit est social en un sens évident. Un système juridique (...) est en vigueur s'il est effectivement suivi, observé et appliqué au sein de la communauté. », t.d.a., « There is an obvious sense in which law is social. A legal system (...) is in force if it is effectively followed, observed, and enforced within the community ».

³⁰³ *Ibid.*, p. 153, t.d.a. : « Validity presupposes membership and enforceability »; « Une règle de droit (...) est juridiquement valide si et seulement si elle est valide parce qu'elle appartient à un système juridique en vigueur dans un certain pays ou est applicable dans celui-ci c'est-à-dire si elle est dotée d'une validité systémique. », t.d.a., « A rule of law (...) is legally valid if and only if it is valid because it belongs to a legal system in force in a certain country or is enforceable in it, i.e. if it is systemically valid. ».

³⁰⁴ Pour les différentes positions en la matière, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 212, notamment note en bas de page 7. Sont bien entendues exclues de ce consensus les théories idéalistes, lesquelles « consist[ent] à affirmer qu'entre la validité, qui est un Sollen, et l'efficacité, qui est un Sein, il n'y a absolument aucun rapport, (...) la validité du droit est absolument indépendante de son efficacité », *ibid.*, pp. 211-212.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 215.

³⁰⁶ *Ibid.*. Dans le même sens, quant à la question des sources factuelles du droit, cf. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 212 : « il existe une relation entre le Sollen de la norme juridique et le Sein de la réalité naturelle par le fait que, pour valoir comme norme, les normes juridiques positives doivent nécessairement être posées par un acte qui appartient au règne du Sein ».

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 212.

*rapporte au comportement humain qu'il régit, peut être relié au fait, également incontestable, qu'un événement réel, correspondant jusqu'à un certain point à cet ordre juridique, constitue le présumé indispensable sans lequel on ne peut parler d'un ordre juridique valide. C'est le problème du rapport dans le concept de droit entre être et devoir-être »³⁰⁸. Or, il ressort de l'analyse précédente que Raz considère qu'il existe une solution de continuité nécessaire entre le *Sein* et le *Sollen*, le *Sollen* trouvant sa source dans le *Sein* qui en constitue le fondement de validité, factuel. Kelsen quant à lui n'accepte pas une telle proposition. Il instaure une distinction entre conditions de validité, factuelles, et fondement de validité, normatif,³⁰⁹ et par ce biais un jeu de miroirs entre le règne du *Sein* et celui du *Sollen*. Ainsi Kelsen de préciser que « l'efficacité d'un ordre juridique est aussi peu le fondement de sa validité que l'est le fait de sa création. Ce fondement de la validité, c'est-à-dire l'élément qui donne la réponse à la question de savoir pourquoi les normes de cet ordre juridique doivent être obéies et appliquées, c'est la norme fondamentale supposée, suivant laquelle on doit se conformer à une Constitution qui est en gros et de façon générale efficace, et, par voie de conséquence, aux normes qui ont été posées effectivement conformément à cette Constitution et qui sont efficaces en gros et de façon générale. C'est la norme fondamentale qui érige l'édiction et l'efficacité en conditions de la validité. (...) Mais une condition ne peut pas être identique à ce qui est conditionné par elle. (...) Les normes d'un ordre juridique positif sont valables parce que la norme fondamentale qui forme la règle fondamentale de leur création est supposée valable, non parce qu'elles sont efficaces ; mais elles ne sont valables que si, et par conséquent tant que cet ordre juridique est efficace. »³¹⁰. En conclusion, pour Kelsen, par application d'un principe de séparation scientifique entre le règne du *Sein* et celui du *Sollen*, le fondement de la validité d'un système juridique ne peut être que normatif et est incarné par la norme fondamentale supposée. On le voit bien, la règle de reconnaissance ultime de Raz et la norme fondamentale de Kelsen jouissent d'une parenté évidente. Cependant, dans la pensée de Raz, ladite règle ne constitue pas le fondement de validité du système ou si l'on veut, elle n'en constitue que le 'fondement normatif' et il est possible de remonter encore d'un cran dans la recherche de l'origine de la validité du système juridique pour trouver un fondement factuel à cette ultime règle de reconnaissance. En définitive, « l'origine de la différence la*

³⁰⁸ Extrait d'une lettre – autobiographie intellectuelle de Kelsen de février 1927 reproduite in C. Varga, « Documents de Kelsen en Hongrie – Hans Kelsen et Julius Moór », *Droit & Société*, 1987, n°7, p. 331, spéc. p. 338.

³⁰⁹ Nous tenons à signaler que cette distinction entre conditions factuelles de la validité et fondement normatif de la validité n'a pas de lien de parenté avec celle que nous avons précédemment adoptée entre conditions de validité des normes d'un système juridique et fondement de validité d'un système juridique dans le chapitre I, section I, paragraphe 1, A, 1.

³¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 215, emphases dans le texte.

plus fondamentale entre les approches théoriques de Hart [et donc de Raz] et de Kelsen se trouve dans deux idées différentes de la nature de la théorie elle-même. »³¹¹. Selon l'approche « conceptualiste »³¹² de Kelsen, « les concepts doivent être formés à l'avance – a priori – afin d'organiser les preuves empiriques. Les concepts préalablement établis non seulement déterminent ce qui est pertinent au niveau empirique mais aussi reflètent une vision du pourquoi de cette pertinence. Ainsi, une théorie visant à une explication scientifique d'un objet de connaissance ne peut tirer ses concepts de l'expérience observée mais doit de façon délibérée élaborer ses concepts comme un moyen d'interpréter l'expérience, de lui imposer un ordre. Une théorie n'est pas une tentative de représentation de la réalité observable mais une construction intellectuelle – un modèle produit logiquement – qui peut être utilisé afin d'organiser l'étude de ce qui peut être observé dans l'expérience. »³¹³. A l'opposé méthodologique bien sûr, le lecteur l'aura compris, se trouve l'« empirisme »³¹⁴ de Raz hérité de Hart conduisant cet auteur à « représente[r] ou décri[re] en termes théoriques la réalité de systèmes juridiques existants, identifiant des éléments communs à ces systèmes de droit modernes et les organisant en un corps de connaissance scientifique »³¹⁵. Une telle différence d'orientation théorique entre Raz et Kelsen éclaire donc d'une lumière particulière leur divergence quant à la nature factuelle (influence empiriste) ou normative (influence conceptualiste) du fondement de la validité d'un système juridique. Cependant, la valeur d'une théorie dépendant de son utilité, l'essentiel consiste à déterminer la façon dont les conceptions de Raz et de Kelsen du fondement de la validité d'un système juridique peuvent nous aider à déterminer dans un cas concret, en l'espèce le système juridique communautaire tel que dépeint par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, la présence ou non d'une autonomie de type primaire. Il convient donc à présent de cerner les critères de reconnaissance d'une telle autonomie.

³¹¹ R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 85, t.d.a. : « The root of the most fundamental difference between Hart's and Kelsen's theoretical approaches is in two different ideas of the very nature of theory itself. »

³¹² Expression visant à traduire « Kelsen's conceptualism » identifié par Roger Cotterrell, *ibid.*, p. 106.

³¹³ *Ibid.*, pp. 85-86, t.d.a. : « Concepts need to be formed in advance – a priori – in order to organise empirical evidence. The previously established concepts not only determine what is empirically relevant but also reflect a view of why it is relevant. Thus, theory aiming at a scientific explanation of any object of knowledge cannot take its concepts from observed experience but must deliberately construct concepts as a means of interpreting experience, of imposing order on it. A theory is not an attempted representation of observable reality but an intellectual construction – a logically worked out model – which can be used to organise the study of what can be observed in experience. ».

³¹⁴ *Ibid.*, p. 85, t.d.a. : « empiricism ».

³¹⁵ *Ibid.*, t.d.a. : « represent or describe in theoretical terms the reality of actually existing legal systems, identifying elements common to the modern legal systems of law and organising them into a body of scientific knowledge ».

2. Critères de reconnaissance d'un fondement de validité autonome

Comment reconnaître si un système juridique donné est doté d'une autonomie primaire, qui plus est selon la représentation qu'en donne une juridiction à travers l'un de ses arrêts de principe ? Le juriste doit pour ce faire procéder à la 'qualification théorique' du contenu de l'arrêt en question par l'usage de concepts reflétant sa conception de la théorie du droit. Il est possible que la Cour elle-même dans son œuvre créatrice de droit ait recours à des concepts communs ou similaires à ceux du juriste dont le but est de décrire la portée théorique de cette œuvre. Cependant, la différence d'objectif de la Cour (prescription) et du juriste (description) oblige ce dernier à considérer lesdits concepts uniquement comme des indices de la présence des concepts qu'il recherche, des indices factuels ou empiriques à l'instar du contenu entier de l'arrêt considéré. Ainsi, déterminer si le système juridique en cause est doté d'une autonomie primaire d'après l'image qui en est donnée dans une décision de justice suppose de pratiquer un certain nombre de qualifications théoriques du contenu de l'arrêt, opérations supposant elles-mêmes la sélection ou identification des faits jurisprudentiels ou données empiriques pertinents. Ces qualifications théoriques peuvent être réalisées par référence à l'une des deux conceptualisations précédemment étudiées du fondement de la validité d'un système juridique, lesquelles reconnaissent toutes deux l'importance de la base factuelle (b) et de la base normative (a) du système juridique considéré³¹⁶.

a. Identification de la base normative d'un système juridique

Comme il a précédemment pu être rappelé, selon la théorie kelsenienne du droit, un système juridique trouve le fondement de sa validité dans une norme fondamentale supposée. La question qui surgit alors est la suivante : comment identifier ladite norme si celle-ci est supposée plutôt que posée ? A moins que sa mention ne soit expresse dans le raisonnement de la juridiction considérée – ce qui est fort douteux considérant le caractère hautement théorique de ce concept – identifier une telle norme à travers une décision de justice relève de la mission impossible. Cependant, il est alors possible de descendre d'un cran dans la structure du système juridique considéré pour trouver un indice déterminant de sa présence : le complexe

³¹⁶ Le terme de 'base' est utilisé de manière temporaire afin de ne pas trancher nous-même pour l'instant entre fondement factuel et fondement normatif de la validité d'un système juridique tout en mettant en évidence l'importance de leurs éléments, expression de la relation entre *Sein* et *Sollen* tissée par les théories normatives du droit. Cette question sera cependant tranchée dans le chapitre final de la thèse.

de normes élémentaire identifié comme originaire par la juridiction en cause³¹⁷. Une solution encore plus simple pour ceux qui n'adhèrent pas à la théorie kelsenienne de la norme fondamentale est également d'adopter la théorie normative d'Adolf Merkl, laquelle identifie comme degré ultime de la structure à échelons du droit, une norme non pas supposée mais posée. En effet, cet auteur présente ainsi le jeu de correspondance entre le *Sein* et le *Sollen* : « *les sources ne sont (...) rien d'autre que des coquilles formées par le droit positif dans lesquelles se trouvent encapsulées les normes juridiques que la science du droit a le devoir de connaître, et certainement à chaque type particulier de source correspond une forme normative spécifique. (...) Le système juridique scientifiquement construit par le biais des normes correspond donc, pour ne faire ici qu'une esquisse, au matériel des sources offert par le droit positif.* »³¹⁸. Ainsi la détermination de la possession par un système juridique donné de l'autonomie primaire dépend notamment de l'identification au sein dudit système d'un complexe de normes élémentaire originaire considéré dans la décision de justice comme source originaire. Cela signifie donc que, que l'on adopte une conception purement normative ou normative avec un fondement sociologique du fondement de la validité d'un système juridique donné, l'un des éléments clefs à identifier afin de localiser ledit fondement est la source positive originaire de ce système.

Cependant le caractère originaire de cette source au sein du système juridique considéré ne prouve pas nécessairement le caractère non dérivé du système lui-même. Il faut alors se tourner vers d'autres indices tels qu'une référence à la base factuelle du système corroborant l'autonomie primaire de celui-ci. De plus, pour les adeptes d'une théorie du droit normative aux allants sociologiques, c'est précisément l'analyse de cette base factuelle soit du fondement factuel de la règle de reconnaissance ultime³¹⁹, et plus généralement de la validité du système, qui s'avère déterminante.

³¹⁷ Sur le caractère « *historiquement conditionné* » dudit complexe, cf. A. Merkl, *op. cit.*, pp. 12-13.

³¹⁸ A. Merkl, *op. cit.*, p. 12, t.d.a. : « *le fonti sono cioè null'altro che gusci formati dal diritto positivo, nei quali si trovano incapsulate le norme giuridiche che la scienza del diritto ha il compito di conoscere, e certamente a ciascun tipo particolare di fonte corrisponde una specifica forma di normazione. (...) Il sistema giuridico scientificamente costruito mediante le norme corrisponde pertanto, per far qui solo un accenno, al materiale delle fonti offerto dal diritto positivo.* ».

³¹⁹ Le singulier ici utilisé reflète simplement le fait que nous utilisons le concept de règle de reconnaissance en termes génériques.

b. Identification de la base factuelle d'un système juridique

Les partisans d'une conceptualisation purement normative du droit admettent clairement que les conditions factuelles de la validité ont une importance pratique quant à la reconnaissance de l'autonomie primaire et plus largement de la validité elle-même du système juridique considéré. Les tenants d'une théorie normativiste aux allants sociologiques pour leur part les considèrent comme cruciales puisque plus que des conditions, ces éléments factuels constituent le fondement de la validité du système juridique considéré, un fondement factuel. Comme il a précédemment été relevé, la détermination de la base factuelle d'un système repose à la fois sur l'identification d'un ou de faits créateurs de droit, plus précisément de faits créateurs du complexe de normes élémentaire originaire ou faits créateurs originaires par le jeu des règles de reconnaissance ultimes / norme fondamentale³²⁰ et du constat ou de la considération de l'efficacité du système juridique en cause.

En conclusion, chacun peut prendre en considération une même série de facteurs ou faisceau d'indices dont il détermine la qualification conceptuelle en fonction de ses affinités théoriques afin de trancher la question de savoir si le système juridique en cause est doté d'une autonomie de type primaire. Il s'agit d'identifier dans la décision de justice considérée, en l'espèce l'arrêt de la Cour de justice *Costa c. E.N.E.L.*, au titre de la base factuelle du système juridique en question, la présence de faits créateurs de droit originaires et la considération de l'efficacité dudit système et au titre de sa base normative, la coquille matérielle ou source correspondant au complexe de normes élémentaire originaire, non lui-même dérivé sur le plan positif. Cependant, un autre critère permet de corroborer le caractère non dérivé du système considéré : ce dernier doit de façon complémentaire porter en lui le principe de son interaction avec les autres systèmes juridiques.

³²⁰ L'expression 'par le jeu de' permet bien entendu ici de se référer aux deux configurations possibles du fondement de la validité dans le cadre d'une théorie normative du droit : soit on estime que ces faits créateurs de droit sont, sur le plan logique, postérieurs à la norme fondamentale et constituent des conditions factuelles de la validité du système juridique et de son complexe de normes élémentaire originaire, soit on considère que les faits créateurs de droit précèdent et déterminent les règles de reconnaissance ultimes, lesquelles identifient le complexe de normes élémentaire originaire.

B. Un principe d'interaction autonome

Comment penser l'autonomie primaire d'un système juridique ? L'une des difficultés provient du fait qu'un système peut être pourvu d'une unité simplement relative. Tout système étant doté d'un complexe de normes élémentaire originaire, cette caractéristique ne suffit pas à faire du système considéré un système autonome. A cette fin, il faut également que ce complexe de normes élémentaire soit originaire sur le plan externe c'est-à-dire que sa validité ne soit pas conditionnée par une norme relevant d'un autre système juridique. En d'autres termes, il faut que le système juridique considéré ait la maîtrise de ses rapports avec les autres systèmes, il doit avoir le contrôle du principe de son interaction avec ceux-ci. A cet égard, il est possible d'envisager deux types de relation de base entretenue par un système juridique autonome. La première hypothèse correspond à une relation hétérarchique entre systèmes juridiques. Ainsi, dans le cas d'une relation entre systèmes autonomes, chacun des systèmes considérés développe ses propres principes d'interaction. La seconde hypothèse correspond à une relation hiérarchique. En ce cas, le système juridique 1, pour être autonome, doit nécessairement constituer un système juridique originaire délégrant leur validité à d'autres systèmes juridiques 2, 3, 4 ; il leur est hiérarchiquement supérieur et c'est lui qui détient la clef du principe de son interaction avec eux. Il existe donc deux types de principe d'interaction autonome : hétérarchique ou multilatéral³²¹ et hiérarchique ou unilatéral. Il s'agit, en sus de l'autonomie du fondement de validité, d'un élément fondamental de l'autonomie primaire d'un système juridique en ce qu'il démontre que ce dernier a la maîtrise de sa relation avec les autres systèmes juridiques. Il convient désormais de vérifier si le droit communautaire, d'après la représentation qu'en donne la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, est pourvu d'une telle autonomie primaire.

³²¹ L'expression 'multilatéral' est ici à prendre au sens large. Elle recouvre ainsi tout d'abord l'hypothèse d'un instrument juridique multilatéral, outil relationnel entre systèmes juridiques autonomes c'est-à-dire non liés entre eux par un rapport de validité, tel que pourrait l'être par exemple un traité inter/national entre différents Etats, mais encore l'hypothèse d'une multitude d'instruments juridiques unilatéraux tels que pourrait être considéré le droit international privé de différents Etats. Ainsi, l'expression 'multilatéral' doit-elle être entendue au sens propre mais également dans un sens plus large comme 'multi-unilatéral'.

SECTION II. *TRADUCTION SYSTÉMIQUE DE LA POSITION ADOPTÉE PAR LA COUR*

De précédents développements³²² ont permis de découvrir que la Cour a choisi d'adopter dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L* le principe de primauté du droit communautaire afin de préserver la pérennité des effets immédiat et direct consacrés un an plutôt dans l'arrêt *Van Gend en Loos* et plus généralement l'effectivité du droit communautaire. De par les contraintes argumentatives entourant son action, elle a dû pour ce faire associer à la consécration d'un tel principe une vision alternative des rapports de système classiques droit international / droits nationaux placés sous le signe d'un dualisme bien compris³²³. Renversant la perspective nationale de l'intégration du droit communautaire au droit interne, elle a offert une image intégrée des droits nationaux et du droit communautaire jouant en faveur de ce dernier supportée par une stratégie d'autonomisation du droit communautaire par rapport tant au droit international qu'aux droits des Etats membres. C'est ainsi que le principe de primauté se trouve au cœur des rapports entre système juridique communautaire et systèmes juridiques nationaux placés par la Cour sous le signe de l'intégration. Il est donc essentiel afin de comprendre la signification et la portée de ce principe du point de vue de la Cour, oracle du droit communautaire, d'analyser le schéma systémique dans lequel il s'insère et qu'il contribue à façonner (paragraphe second). Il ne nous reste donc plus qu'à assembler les pièces du puzzle systémique grâce aux concepts dégagés dans la première section de ce chapitre afin de mettre à jour la nature du droit communautaire telle que définie par la Cour. Plus précisément, il convient de répondre à la question de savoir si, d'après l'analyse de l'arrêt de principe *Costa c. E.N.E.L*, l'image que donne la Cour du droit communautaire est celle d'un système juridique dérivé, tenant sa validité du droit international ou du droit des Etats membres, ou d'un système juridique autonome (paragraphe premier).

³²² Cf. Chapitre premier.

³²³ Pour une illustration récente, cf. C. Santulli, *op. cit.*.

§1. Le droit communautaire : un système juridique autonome ?

Déterminer si le droit communautaire, tel que dépeint par la Cour dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, constitue un système juridique autonome c'est répondre à la question de savoir s'il est doté d'une autonomie de type primaire. A cette fin, il convient de vérifier si son portrait jurisprudentiel répond aux critères de ladite autonomie : celui d'un fondement de validité autonome (A) et celui d'un principe d'interaction autonome (B).

A. Le droit communautaire : un fondement de validité autonome ?

Afin de vérifier si le droit communautaire est doté d'un fondement de validité autonome, il convient de déterminer la présence ou non dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* des critères de reconnaissance d'un tel fondement relatifs à la base normative (1) et à la base factuelle (2) du droit communautaire.

1. Base normative du droit communautaire

En ce qui concerne la base normative du droit communautaire, nous avons précédemment établi que le plus petit commun dénominateur entre les différentes théories (normatives) du droit afin d'en identifier la présence dans un cas concret était de localiser la source originare positive du système juridique. Or, en l'espèce, il s'agit clairement du Traité CEE. Ainsi la Cour décrit-elle celui-ci comme ayant « *institué un ordre juridique propre* »³²⁴. Il représente donc sans nul doute et selon notre propre terminologie le complexe de normes élémentaire originare interne au système juridique communautaire. De plus, comme il a précédemment été mis en lumière par le schéma retraçant la ligne argumentative adoptée par la Cour, cette dernière s'est bien gardée de mentionner tout fondement international – tel le principe *pacta sunt servanda* – ou national du droit communautaire. Ainsi la seule base normative du droit communautaire identifiable dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* semble être non de nature internationale non plus que de nature nationale mais bien de nature communautaire : le Traité CEE. Le droit communautaire semble donc disposer en fonction de ce premier critère d'un fondement autonome : le Traité CEE. Cependant, un autre critère doit ici être appliqué afin de confirmer ou d'infirmer (en cas de simple omission de la part de la Cour d'un

³²⁴ Lignes 1-2.

fondement externe – international ou national – du droit communautaire) une telle conclusion. Il s’agit de celui de la base factuelle du droit communautaire.

2. Base factuelle du droit communautaire

En termes de séquences temporelles, quelle que soit la position théorique adoptée quant au statut de la base factuelle d’un système juridique, l’un de ses éléments de reconnaissance – les sources factuelles ou faits créateurs de droit – précède le complexe de normes élémentaire originaire. Ainsi tout d’abord quelle est la source factuelle du droit communautaire ? Il ressort clairement de l’arrêt *Costa c. E.N.E.L.* qu’il s’agit de l’acte de volonté des Etats membres portant création de l’ordre juridique communautaire. La Cour énonce en effet que « *les Etats (...) ont limité (...) leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes* »³²⁵. Cependant, comme l’explique le schéma retraçant l’argumentation développée par la Cour, cet acte de volonté n’est pas présenté de façon neutre. Il est fait référence uniquement à l’aspect souveraineté-obligation et non souveraineté-droit des Etats. La Cour est on ne peut plus claire en la matière puisqu’elle réitère ce point en affirmant que « *le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l’ordre juridique communautaire, des droits et des obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains* »³²⁶. Cet « *ordre juridique accepté par* » les Etats membres est un « *ordre juridique propre institué par le Traité de la C.E.E.* », « *intégré au système juridique [des Etats membres] lors de l’entrée en vigueur du Traité* » et qui « *s’impose à leurs juridictions* ». Ainsi l’acte de volonté des Etats membres constituant la source factuelle du Traité, complexe de normes élémentaire originaire interne à l’ordre juridique communautaire, semble emporter la soumission desdits Etats à cet ordre et non l’inverse.

De plus, toujours relativement à la base factuelle, il est possible de chercher les traces des conséquences factuelles associées au système juridique communautaire. Or, on s’aperçoit à cet égard que les seules conséquences envisagées sont celles propres au droit communautaire, non aux Etats membres ni au droit international. Comme il a précédemment pu être relevé, l’un des objectifs de la Cour est en effet de préserver l’efficacité du droit communautaire. Elle précise ainsi « *que le droit né du traité ne pourrait donc (...) se voir judiciairement opposer*

³²⁵ Lignes 7-8.

³²⁶ Lignes 38-40.

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 »³²⁷. Le raisonnement de la Cour se concentre donc exclusivement autour de la préservation de la validité du droit communautaire, sans autre préoccupation relative au droit international ou aux droits des Etats membres.

En résumé, tant les sources que les conséquences factuelles associées à la base factuelle du droit communautaire semblent confirmer l'analyse de la base normative du droit communautaire précédemment menée : le droit communautaire est présenté par la Cour comme disposant de son propre fondement de validité. S'il ne paraît guère subsister de doute sur le plan interne du système juridique communautaire, un dernier critère doit être appliqué afin que cette analyse soit également irréfutable sur le plan externe : celui de son principe d'interaction avec les autres systèmes juridiques. Le droit communautaire détient-il en propre le principe de son interaction avec ceux-ci ?

B. Le droit communautaire : un principe d'interaction autonome ?

Il convient tout d'abord de rappeler que la Cour ne semble suggérer à aucun moment que le Traité CEE trouve le fondement de sa validité dans un autre système juridique. La question à laquelle il convient alors de répondre est la suivante : la Cour fait-elle cependant état de relations entre le droit communautaire et d'autres systèmes juridiques et quelles sont-elles ? A cet égard, on ne trouve dans l'arrêt *Costa* que deux références à d'autres types de systèmes juridiques.

La première, la plus évidente et la plus longuement traitée, est relative aux systèmes juridiques nationaux. Ainsi la Cour de préciser que « *le Traité 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* »³²⁸. Or, il est possible de découper cette phrase selon la séquence suivante : 1/ le Traité est la source du système juridique communautaire 2/ le système juridique communautaire est intégré aux systèmes juridiques nationaux 3/ le système juridique communautaire s'impose aux juridictions nationales. On peut même aller plus loin si l'on prolonge quelque peu la lecture en précisant que 4/ le système juridique communautaire s'impose aux Etats et à leurs ressortissants, la Cour ayant en effet qualifié le

³²⁷ Lignes 34-37. Dans le même sens, cf. lignes 15-16 : « *la force exécutive du droit communautaire ne saurait (...) varier (...) sans mettre en péril la réalisation des buts du Traité* ».

³²⁸ Lignes 1-3.

droit communautaire de « *corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes* »³²⁹ (les Etats membres). Il semble donc qu'elle envisage la relation se jouant entre droit communautaire et droits nationaux comme une relation hiérarchique jouant en faveur du droit communautaire³³⁰. Cette analyse se trouve corroborée par notre précédente étude de la stratégie argumentative de la Cour, laquelle nous a permis de conclure que les principes d'effet immédiat, d'effet direct et de primauté constituent autant de brèches dans l'autonomie des Etats membres en matière d'application du droit communautaire et reflètent la stratégie d'autonomisation du droit communautaire par rapport aux droits nationaux, une telle stratégie étant elle-même renforcée par une autonomisation identitaire du droit communautaire sous la forme de son hypostatisation visant à en empêcher la vassalisation par les Etats membres. En effet, l'autonomie des Etats membres aurait empêché de renverser le principe d'opposabilité au droit communautaire de normes nationales postérieures par le principe de primauté, lui-même nécessaire afin de préserver les effets immédiat et direct du droit communautaire. Pour conclure, en termes de rapports de validité, cette relation hiérarchique jouant au profit du droit communautaire signifie que les systèmes juridiques nationaux constituent des systèmes juridiques dérivant leur validité du système juridique communautaire. En d'autres termes, la source originaire du droit communautaire : le Traité CEE ne trouve pas le fondement de sa validité dans le droit des Etats membres mais au contraire constitue en ultime instance le fondement de la validité des droits nationaux.

De plus, les principes d'effet immédiat, d'effet direct et de primauté, en ancrant le droit communautaire au cœur des droits nationaux, jouent le rôle de principes organisant l'interaction entre normes communautaires et nationales. Il s'agit donc ici d'un indice en faveur de l'autonomie primaire du droit communautaire.

Contrairement à la position des auteurs jetant un regard 'étatiste' sur la relation droit communautaire / droits nationaux, la Cour ne semble point reconnaître, par application d'un schéma moniste avec primauté du droit national, la supériorité hiérarchique des systèmes juridiques nationaux sur le droit communautaire. Cependant, cela ne prouve pas pour autant que la Cour ne considère pas le droit communautaire comme un droit international, plus précisément comme un système juridique tirant sa validité du droit international. N'oublions

³²⁹ Lignes 8-9.

³³⁰ En ce sens, cf. le raisonnement de Robert Garron : « *si l'on opte pour la primauté du droit européen, au sens le plus large du terme, il est évident que l'on reconnaît par la même occasion un pouvoir supranational aux institutions de la Communauté. En effet, les règlements et les directives adoptés par ces institutions s'imposant, dans cette hypothèse, aux Etats membres comme aux particuliers, l'organisation de l'Europe économique se trouve alors fondée sur une idée de subordination et non pas de coordination des Etats : l'ordre communautaire tend à se rapprocher d'un ordre fédéral.* », in R. Garron, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1969, p. 28, spéc. p. 30.

pas en effet la thèse des défenseurs d'un regard 'internationaliste' porté sur le droit communautaire, par application soit d'une vision moniste avec primauté du droit international, soit d'une vision dualiste. Ainsi Alain Pellet par exemple défend l'idée précédemment exposée selon laquelle le Traité CEE étant un traité international, il a beau créer un ordre juridique particulier, le droit communautaire n'en reste pas moins un droit de nature internationale³³¹. Cependant, cet auteur semble méconnaître l'idée selon laquelle le lien entre traité international et nature internationale du droit né du traité n'est pas automatique. En effet, le traité peut très bien être envisagé sur le plan conceptuel comme un principe d'interaction, un tiers-droit, entre systèmes juridiques nationaux autonomes. En ce sens, il peut constituer l'enveloppe formelle de la constitution matérielle d'Etats ayant choisi d'unir leur destin. Illustrant cette hypothèse, il serait loisible de citer les propos de Charles Leben : « *la pyramide normative d'un État est couronnée par ce qu'on appelle d'ordinaire, une constitution. Dans le cas d'un État fédéral, cette constitution peut trouver son origine dans un ou plusieurs traités. Dans ce cas, la constitution de la fédération est l'objet du traité par lequel des États jusqu'alors indépendants s'unissent pour créer un nouvel État fédéral. Le traité d'union politique conclu par les deux États allemands le 31 août 1990 pour leur réunification, est un exemple récent d'une telle hypothèse.* »³³². Pourrait également être évoqué celui du Traité fédératif du 31 mars 1992 portant création de la Fédération de Russie³³³ suite à la dislocation de l'U.R.S.S.. Ainsi le lien entre nature internationale du Traité CEE et nature internationale du droit né du Traité est à prouver et ne semble pas l'avoir été jusqu'à présent par la doctrine 'internationaliste', laquelle s'est contentée de le supposer.

Or, voici l'unique référence faite par la Cour au droit international dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*: « *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* ». Ainsi la Cour distingue-t-elle le Traité CEE des « *traités internationaux ordinaires* », ce qui ne signifie pas que le Traité CEE n'est pas un traité international mais que sa spécificité vient d'ailleurs : du type

³³¹ Pour mémoire, cf. A. Pellet, *op. cit.*, p. 207 : « *posant le principe de primauté du droit communautaire, [l'arrêt Costa] établit fermement que l'ordre juridique communautaire a été institué par le Traité et que sa primauté découle des « termes et [de] l'esprit » de celui-ci qui, malgré les particularités qu'il présente par rapport à ceux que la Cour appelle, un peu dédaigneusement, les « traités ordinaires », n'en est pas moins un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international* ».

³³² C. Leben, « *Fédération d'États-nations ou État fédéral?* », *op. cit.*, p. 11 ; dans le même sens, cf. E. Cannizzaro, « *La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale* », *op. cit.*, note en bas de page 5 notamment.

³³³ Ce n'est que le 12 décembre 1993 que sera adoptée par référendum la Constitution de la Fédération de Russie.

d'ordre juridique qu'il institue : celui-ci possède une « *nature spécifique originale* »³³⁴ ; il répond à un modèle particulier : l'intégration et se caractérise notamment par le fait qu'il crée un lien direct entre lui et les droits nationaux, brisant la traditionnelle autonomie des Etats dans l'accomplissement de leurs engagements internationaux notamment par le jeu combiné de l'effet immédiat, de l'effet direct et de la primauté. L'ordre juridique ainsi créé n'est donc pas un ordre juridique de type international³³⁵ comme le suggère l'absence de mention de ce caractère dans l'arrêt *Costa*. Cette interprétation se trouve également corroborée par l'analyse menée de la stratégie argumentative de la Cour, laquelle a révélé qu'il était apparu nécessaire pour la Cour de différencier le droit communautaire du droit international ayant en effet précédemment condamné toute possibilité de consécration du principe de primauté sur le fondement d'une appréhension internationale du droit communautaire³³⁶.

En conclusion, il semble bien que le système juridique communautaire ne soit un système dérivé ni du droit international – dont il s'écarte – ni des droits nationaux – qu'il soumet. Il possède en propre le principe de son interaction avec les autres systèmes juridiques dont l'effet immédiat, l'effet direct et la primauté constituent des manifestations concrètes par rapport aux droits nationaux. Ce principe d'interaction autonome du droit communautaire par rapport aux autres systèmes juridiques, les bases factuelles (volonté des Etats membres / efficacité du droit communautaire) et normative (Traité CEE) de celui-ci pointent tous dans une seule direction : celle de l'autonomie primaire du droit communautaire. Ainsi, lorsque la Cour conclut dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* « 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 »³³⁷, cette affirmation doit être lue comme signifiant que la Cour

³³⁴ Ligne 34.

³³⁵ Et l'on ne peut s'empêcher de penser à la réflexion quelque peu acerbe de Denys Simon selon laquelle : « Il est clair que le droit international correspond aux caractères structurels de la société interétatique, et que le droit communautaire – c'est ce qui justifie en dernière analyse qu'il se soit détaché de ses racines internationalistes et revendique sa spécificité – est adapté aux besoins d'un projet d'intégration. Si du fait de l'irruption du droit communautaire, la vieille boussole internationaliste s'affole, ce n'est pas une raison pour s'en tenir aux certitudes cadencées de l'éternel hier, et de refuser que ce système puisse se voir appliquer la formule de Galilée : « *E pur, si muove...* » », cf. D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 249.

³³⁶ Pour une autre ligne de raisonnement, cf. F. Dehousse, *op. cit.*, pp. 216-217 ; W. Hallstein, *op. cit.*, p. 250 et *seq.*.

³³⁷ Lignes 33-37. C'est nous qui soulignons.

envisage le Traité CEE comme la source normative autonome du droit communautaire. Que peut-on alors en conclure quant à la nature du droit communautaire lui-même?

§2. Schéma systémique communautaire

Il ressort du précédent développement que le droit communautaire tel que décrit par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa* constitue indéniablement un système juridique autonome en ce qu'il est pourvu d'une autonomie de type primaire. De plus, sa relation avec les droits nationaux est placée sous le signe d'une intégration hiérarchisée à son profit : les droits nationaux tirent le fondement de leur validité du droit communautaire. Le droit communautaire constitue donc un système juridique composé de sous-systèmes dérivés : les droits nationaux. Cependant, il serait erroné d'en conclure qu'il s'agit ici d'une relation moniste entre un système juridique de type international : le droit communautaire et des systèmes juridiques de type interne : les droits nationaux, caractérisée par une primauté du droit communautaire-droit international. En effet, la Cour a clairement écarté l'hypothèse de la nature internationale du droit communautaire. Elle dépeint ce dernier comme un système juridique doté d'une nature spécifique originale, différent du droit international, proprement intégré au système juridique des Etats membres par le biais des principes d'effet immédiat, d'effet direct et de primauté. C'est alors la combinaison de la singularisation du droit communautaire par rapport au droit international et de la subordination des droits nationaux au droit communautaire qui constitue la clef du mystère de la nature systémique du droit communautaire selon le point de vue de la Cour de justice. « [E]n effet, en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation 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 » fait plus que « limit[er], bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et cré[er] ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »³³⁸. Ils ont créé d'après la Cour non pas un nouveau système juridique de type

³³⁸ Sont ici éloquentes les réflexions de Léo Hamon relativement à la distinction entre limitation et transfert de souveraineté et l'action de la Cour de justice en la matière : « Une autre distinction peut aussi être faite entre, d'une part, les limitations de souveraineté exactement mesurées, définies au moment où elles sont consenties par l'Etat national qui trace ainsi lui-même la limite de ses compétences vis-à-vis des organes communautaires et, d'autre part, une situation dans laquelle l'Etat national conférerait en fait à une instance plurinationale (ou dite supranationale) la possibilité de fixer elle-même l'étendue de l'abandon de souveraineté nationale. Il y a alors naturellement transfert de souveraineté auprès de celui qui fixe lui-même l'étendue de l'abandon national consenti ; et il en est notamment ainsi, selon nous, quand une autorité, dite juridictionnelle, procède en fait à une interprétation systématiquement extensive des compétences communautaires en alléguant, à défaut de texte

international mais, configuration alternative, un système juridique de type interne dont ils constituent désormais les sous-systèmes. Ceci revient à conclure selon l'équation classique opérée en théorie du droit entre système juridique de type interne et Etat³³⁹ que la Cour, en 1964, dans son arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, a prôné l'existence d'un Etat européen qu'il serait alors loisible de qualifier d'Etat fédéral, composé d'entités fédérées : les Etats membres³⁴⁰. C'est ainsi qu'apparaît au grand jour la nécessité d'une analyse théorique approfondie et implacable de la vision développée par la Cour du droit communautaire. Celle-ci, il y a près de cinquante ans, est allée plus loin que les plus téméraires des communautaristes. Elle a brisé, consciemment ou non³⁴¹, le tabou de la nature étatique du droit communautaire, pour en faire la démonstration la plus parfaite. On comprend alors la pérennité et l'enjeu d'un tel arrêt.

*précis, la « finalité » des traités de Communauté, se considérant ainsi en fait bien plus comme un organe de cette Communauté que comme un arbitre entre la Communauté et les Etats nationaux ... appelé à garantir « l'équilibre des relations de ces Etats avec les Communautés ». », cf. L. Hamon, « La souveraineté nationale, la Constitution ... et les négociations 'européennes' en cours », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 301.*

³³⁹ Cf. H. Krabbe, « L'idée moderne de l'Etat », *op. cit.* ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 280 et *seq.* ; et du même auteur, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, p. 17 et *seq.*. Cf. également note en bas de page 165. Nous reviendrons dans la seconde partie de la thèse sur la distinction opérée par Kelsen entre système juridique de type interne et système juridique de type international.

³⁴⁰ On ne peut ici s'empêcher de penser aux propos de Jean Combacau relativement au droit des traités : « *Le droit international est indifférent au mode d'incorporation par les droits internes des normes immédiates incluses dans les traités ; seule importe leur mise en vigueur effective, avec ou sans opération de réception ; chaque système national est donc libre au regard du droit international de se rallier à l'un ou à l'autre des modes correspondant aux analyses théoriques qu'on vient de présenter [monisme / dualisme]. Il n'en va autrement que dans les systèmes fédératifs d'aménagement des relations entre le droit émanant de l'élément fédéral et l'ordre juridique de chaque élément fédéré ; les deux ordres s'emboîtant dans un rapport hiérarchique tel que le second tire sa validité de sa conformité au premier, il devient alors à la fois nécessaire et possible d'inclure dans le traité qui institue l'ordre fédéral une disposition rendant automatique l'incorporation de toute norme fédérale dans les ordres fédérés.* », cf. J. Combacau, *Le droit des traités*, *op. cit.*, p. 78.

³⁴¹ Nous laisserons au lecteur le soin d'évaluer la portée de l'affirmation du Président de la Cour de justice Vassilios Skouris lors de sa présentation relative à la position de la Cour de justice dans l'ordre juridique de l'Union européenne et à ses rapports avec les cours constitutionnelles nationales dans le cadre de la conférence internationale intitulée : 'Position des cours constitutionnelles après l'intégration dans l'Union européenne' à Bled en Slovénie en octobre 2004 : « *Au cours des cinquante ans d'existence de la Communauté européenne, on ne peut s'empêcher de noter un développement étonnant : la transformation d'une organisation internationale (aux buts relativement limités) en un ordre juridique quasi [fédéral] constitutionnel. (...). Ce développement n'a absolument pas été accidentel et il est plutôt bien établi qu'un certain nombre de facteurs ont contribué à sa réalisation.* », t.d.a., « *In the European Community's 50-year existence one cannot help but noticing an astonishing development : the transformation of an international organization (with relatively limited purposes) to a quasi [federal] constitutional legal order. (...) This development was by no means accidental and it is quite well established that a number of factors contributed to its realisation.* ». *Emphases dans le texte original.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Face à la vivacité du débat et à la diversité des positions entourant la question de la nature du droit communautaire et de ses liens avec le principe de primauté tels que dépeints par la Cour dans son arrêt de principe, *Costa c. E.N.E.L.*, il nous a paru nécessaire de décrypter la position de la Cour par application d'une grille de lecture conceptuelle la plus rigoureuse et impartiale possible applicable à tout type de système juridique et appliquée en l'espèce à la vision défendue par la Cour du droit communautaire. Ceci nous a permis de conclure qu'en consacrant en 1964 la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, principe d'interaction jouant en faveur du droit communautaire, la Cour a rompu avec l'imagerie traditionnelle des rapports droit international / droits nationaux caractérisée par l'autonomie des Etats dans la mise en œuvre de leurs engagements internationaux. Elle a hissé le droit communautaire au rang de système juridique de type interne par vassalisation des droits nationaux désormais ses sous-systèmes. Le principe de primauté, à la fois interne et absolu, joue donc un rôle crucial dans l'avènement de l'Etat européen tel que conçu par la Cour. Aux yeux de celle-ci, il est plus qu'une règle de conflit entre normes d'ordres juridiques différents, il constitue le soubassement d'une nouvelle hiérarchie des normes, à la fois communautaires et nationales, au sommet de laquelle se trouve le Traité CEE.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Si l'on rapproche les enseignements tirés des deux chapitres de cette première partie, on s'aperçoit que principe de primauté et nature du droit communautaire sont pris dans une relation symbiotique complexe. La nature spécifique originale du droit communautaire, Etat européen, constitue la justification première de la consécration du principe de primauté. En sens inverse, la nature spécifique originale du droit communautaire, son intégration au cœur des droits nationaux vassalisés, n'est possible que si est consacrée la primauté absolue et interne du droit communautaire. C'est ici à la fois le coup de force et la faiblesse de l'argumentation juridique et de la construction systémique sous-jacente adoptées par la Cour. Accepter le principe de primauté interne absolue du droit communautaire, c'est soumettre les droits nationaux à ce dernier et lui reconnaître le caractère étatique. Refuser ce principe, c'est prendre le risque de mettre en danger la construction européenne. C'est sur le fond de ce délicat équilibre juridique au soubassement hautement politique que s'est construite la réponse des Etats membres à une telle vision des rapports droit communautaire / droits nationaux avec pour champ de bataille : le principe de primauté. Par un parallélisme des plus saisissants, la riposte a été organisée par des organes juridictionnels, nationaux, gardiens des systèmes juridiques, nationaux. Est donc venu le moment de passer à l'étude des contre-attaques, des stratégies argumentatives nationales et, pour ne pas placer inutilement l'analyse sous le signe d'une confrontation guerrière³⁴², d'un dialogue des juges, européens,³⁴³ espace de négociation et de gestation de l'identité du droit communautaire et du principe de primauté.

³⁴² De telles références marquant plutôt une phase antérieure de la construction européenne, cf. J.-P. Jacqué, « A propos de la guerre des juges. Accords et désaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue administrative de l'Est*, 1981, n° 24, p. 5 même si l'on peut parfois se demander si l'on n'en ressent pas les relents – plus ou moins 'policés', cf. par exemple l'article de Peter Wattel, avocat général près le Conseil Supérieur de la Justice hollandais, P. Wattel, « *Köbler, CILFIT and Welthgrove : We can't go on meeting like this* », *Common Market Law Review*, 2004, n° 41, p. 177.

³⁴³ Sur la question, cf. notamment J. Luther, « Jueces europeos y jueces nacionales : La Consitución del diálogo (En memoria de Louis Favoreu) », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2005, n° 3, p. 159. Cf. également la remarque de Bernard Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, juridiction souvent considérée comme le dernier bastion de la souveraineté nationale (sur la question, cf. par exemple, P. Sabourin, « Le jardin à la française du Conseil d'Etat », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 135) dont le champ peut certainement être élargi à toutes les juridictions ayant à traiter du droit de l'Union européenne : « *A la chronique des conflits annoncés a succédé le temps des échanges. Ecoute réciproque et enrichissement mutuel tracent les voies de l'avenir, qui consistent non seulement à surmonter les divergences mais plus encore à édifier en commun le droit de l'Europe : du dialogue qui s'est instauré entre juridictions administratives et cours européennes se dégagent les perspectives d'un droit public européen.* », B. Stirn, « Juridictions administratives et cours administratives », *Revue administrative*, 1998, n° 301, p. 212 cité in B. de Lamy, P. Deumier, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *Les Petites Affiches*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8. Dans le même sens, cf. Conclusions du Commissaire du gouvernement Guyomar sur Conseil d'Etat, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, p. 384, soulignant : « un

PARTIE II.

LA RÉCEPTION NATIONALE DU PRINCIPE EUROPÉEN DE PRIMAUTÉ

*« Le syllogisme est un discours dans lequel,
certaines choses étant posées,
quelque chose d'autre que ces données
en résulte nécessairement
par le seul fait de ces données. »³⁴⁴*

mouvement général de coopération judiciaire entre les cours suprêmes nationales et la Cour de justice des Communautés européennes ». Cf. Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, BOE n° 3, 20050104, Fondements juridiques, pt 3.

³⁴⁴ Aristote, *Premiers Analytiques*, I, 1, 24 a 10.

« Dévorée de curiosité, elle traversa le champ en courant à [l]a poursuite [du lapin], et eut la chance d'arriver juste à temps pour le voir s'enfoncer comme une flèche dans un large terrier placé sous la haie.

Un instant plus tard, elle y pénétrait à son tour, sans se demander une seule fois comment diable elle pourrait bien en sortir. Le terrier était d'abord creusé horizontalement comme un tunnel, puis il présentait une pente si brusque et si raide qu'Alice n'eut même pas le temps de songer à s'arrêter avant de se sentir tomber dans un puits apparemment très profond.

Soit que le puits fût très profond, soit que Alice tombât très lentement, elle s'aperçut qu'elle avait le temps, tout en descendant, de regarder autour d'elle et de se demander ce qui allait se passer. D'abord, elle essaya de regarder en bas pour voir où elle allait arriver, mais il faisait trop noir pour qu'elle pût rien distinguer. Ensuite, elle examina les parois du puits, et remarqua qu'elles étaient garnies de placards et d'étagères ; par endroits, des cartes de géographie et des tableaux se trouvaient accrochés à des pitons.

Plus bas, encore plus bas, toujours plus bas. Est-ce que cette chute ne finirait jamais ? « Je me demande combien de kilomètres j'ai pu parcourir ? dit-elle à haute voix. Je ne dois pas être bien loin du centre de la terre. (...) Mais, par exemple, je me demande à quelle latitude et à quelle longitude je me trouve ? » (Alice n'avait pas la moindre idée de ce qu'était la latitude, pas plus d'ailleurs que la longitude, mais elle jugeait que c'étaient de très jolis mots, impressionnants à prononcer.)

Bientôt, elle recommença : « Je me demande si je vais traverser la terre d'un bout à l'autre ! Cela serait rudement drôle d'arriver au milieu de ces gens qui marchent la tête en bas ! On les appelle les Antipattes. »³⁴⁵

Les conceptions nationales du principe de primauté constituent-elles les « Antipattes » de la conception européenne du principe de primauté précédemment exposée ? Doit-on ou peut-on pour les comprendre avoir recours aux compas, aux latitudes et longitudes européennes ? Pour que le principe de primauté fasse sens ou plutôt afin d'appréhender 'le sens qu'il fait' au sein des systèmes juridiques des Etats membres, faut-il au contraire perdre le sens – voulu commun par la Cour de justice – européen ? Comment se repérer ? Quelle boussole utiliser ? Existe-t-il un centre de la terre entre conception européenne et conceptions nationales dudit principe ?

³⁴⁵ L. Carroll, *Alice au pays des merveilles*, Paris, Gallimard, 1994, chapitre premier.

C'est alors que se révèle la véritable analogie avec les aventures d'Alice : de même que du monde des « Pattes » à celui des « Antipattes », il y a un chemin, de même entre la conception européenne et les conceptions nationales du principe de primauté, existe un lien.

Comparer l'intitulé de cette seconde partie : « la réception nationale du principe européen de primauté » à celui de la première : « la conception européenne du principe de primauté » pourrait laisser penser que l'objet de cette étude est de mener deux analyses parallèles et symétriques du principe de primauté : tout d'abord dans le contexte et selon le sens qui lui est attribué par le système juridique communautaire puis dans le contexte et selon le sens qui lui est attribué par les systèmes juridiques nationaux. Cela pourrait en effet sembler de prime abord la méthode la plus adéquate afin de comparer la signification du principe de primauté au sein des systèmes juridiques qu'il met en relation sans faire primer une vision sur l'autre, c'est-à-dire sans en formuler une vision partielle et partiale. Cependant, même si analyser ce principe simplement 'en contexte' semblerait de bon aloi, ce serait en réalité le moyen le plus sûr de couper le fil de son sens et ce, pour deux raisons complémentaires. La première consiste en ce que la dénomination 'principe de primauté' est une abréviation commode visant le principe de primauté DU droit de l'Union européenne SUR le droit des Etats membres. Il s'agit donc essentiellement d'un principe relationnel au cœur des rapports entre systèmes juridiques européen et nationaux. Procéder uniquement à deux études parallèles du principe de primauté dans ces deux types d'univers de sens juridiques : le système juridique européen et les systèmes juridiques nationaux ne manquerait donc pas d'édulcorer ou de gommer le sens profond de ce principe. De surcroît, une telle approche n'est pas adaptée en l'espèce pour une seconde raison : elle reviendrait à mettre dos à dos deux types de conception du principe de primauté³⁴⁶ donnant ainsi l'impression qu'il n'existe aucun lien entre elles. Or précisément, un tel lien existe.

Comme il a précédemment été analysé, le principe de primauté a été façonné par la Cour de justice des Communautés européennes et présente deux caractéristiques spécifiques. La primauté dont s'agit est à la fois absolue (le droit communautaire prévaut sur toutes les normes de droit interne quelles qu'elles soient) et interne (le principe de primauté n'est pas un principe uniquement européen, il joue également automatiquement ou immédiatement dans la sphère juridique nationale³⁴⁷). L'invocation du principe de primauté ainsi défini constitue

³⁴⁶ Il convient de souligner que nous nous plaçons ici uniquement sur le plan formel : principe de primauté au sein du système juridique européen / principe de primauté au sein des systèmes juridiques nationaux et non sur le plan substantiel : la définition dudit principe au sein des différents systèmes en présence.

³⁴⁷ Cf. A ce sujet, les remarques de Jean-Paul Jacqué : « *Si l'on se situait dans le cadre d'un rapport classique de droit international public, la Cour se limiterait à affirmer la primauté et laisserait aux Etats membres toute*

donc un instrument clef de la hiérarchisation des rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux au profit de celui-là, reflétant la nature du droit de l'Union européenne : système juridique de type interne intégrant en son sein les systèmes juridiques nationaux en tant que sous-systèmes qui lui sont hiérarchiquement subordonnés. Ainsi, en raison même de la configuration qu'elle a donnée à ce principe, la Cour attend des Etats membres qu'ils l'appliquent tel qu'elle l'a créé. La question qui se pose réellement n'est donc pas celle de la comparaison de la position européenne d'un côté et des positions nationales de l'autre quant au principe de primauté, mais, de façon plus subtile, celle de la réception de ce principe, créé au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, par les ordres juridiques nationaux. L'idée même de réception constitue donc le puits dans lequel nous nous trouvons, le lieu ou le lien de transition entre conception européenne et conceptions nationales du principe de primauté. Ainsi, avant et afin de pouvoir distinguer les caractéristiques des conceptions nationales et d'analyser si et dans quelle mesure elles correspondent à la conception européenne, il convient, comme Alice, d'explorer notre puits, de prendre le temps de regarder autour de nous afin d'être à même de comprendre ce qui se passe dans les univers de sens juridiques nationaux.

Or, sur le plan juridique, la première question qui se pose, déterminant la configuration de notre puits ou lieu de transition d'une conception aux autres, n'est pas celle de savoir si les Etats membres ont adopté le principe de primauté tel qu'élaboré par la Cour de justice, s'ils s'y sont pliés, mais celle, préalable, de savoir s'ils en avaient l'obligation juridique.

Afin de définir l'existence ou non d'une telle obligation, il convient de se reporter aux traités relatifs à l'Union européenne négociés et ratifiés par les Etats membres puisqu'ils reflètent l'état des obligations européennes consenties par ceux-ci. Comme il a pu être précisé dans la première partie, le principe de primauté du droit communautaire est d'origine prétorienne. Il a été énoncé par la Cour de justice pour la première fois dans son arrêt *Costa c. E.N.E.L.* du 15 juillet 1964³⁴⁸. Il n'était donc pas présent dans le Traité de Rome, instituant la Communauté économique européenne, de 1957.

La seconde question, complémentaire, qu'il convient alors de se poser est celle de savoir si les traités européens successifs ont consacré un tel principe. A ce sujet, on peut noter que l'Acte

liberté pour en tirer les effets dans leur sphère interne au risque éventuel de mettre en jeu leur responsabilité internationale s'ils violent la norme internationale. En droit communautaire, cette liberté est restreinte, car les Etats membres ont, selon la Cour et en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 10 du traité CE, l'obligation d'abroger la norme nationale incompatible avec le droit communautaire et, dans l'attente, de la laisser inappliquée (arrêt du 24 mars 1988, Commission c. Italie, affaire 104/86, rec. 1799). », J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 567.

³⁴⁸ *Op. cit.*.

unique européen de 1987, les traités de Maastricht de 1992, d'Amsterdam de 1997 et enfin le traité de Nice de 2001, actuellement en vigueur, sont muets. Il est vrai cependant que le défunt Traité établissant une Constitution pour l'Europe consacrait un principe de primauté en son article I-6 : « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres* ». Mais s'agissait-il du principe de primauté absolue et interne érigé par la Cour de justice quarante ans auparavant ? Une certaine ambiguïté règne à cet égard³⁴⁹ en raison de l'article I-5 consacré aux relations entre l'Union et les Etats membres dont l'alinéa premier énonce : « *L'union respecte l'égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». Cet article peut donc être interprété comme transformant le principe de primauté en un principe à la portée toute relative. En effet, celui-ci ne pouvant jouer que dans le cadre et donc dans la limite des compétences attribuées à l'Union, une telle limite se trouverait dans le respect de l'identité nationale des Etats membres. De plus, faut-il le rappeler, le traité de Lisbonne de 2007³⁵⁰, version allégée du 'traité constitutionnel' visant à surmonter les obstacles rencontrés par ce dernier lors de la phase de ratification, se distingue de son prédécesseur en ceci que le principe de primauté a désormais disparu de ses dispositions pour se trouver relégué au rang de déclaration, dépourvue de toute valeur juridique contraignante. Ceci laisse à penser qu'il s'agit d'un sujet pour le moins polémique sur lequel l'accord parfait n'a pas encore été atteint.

Ainsi, dans le silence des traités européens relativement au principe de primauté, déterminer si les Etats membres ont l'obligation juridique de respecter la jurisprudence de la Cour en la matière suppose de s'intéresser à sa compétence telle que définie par les traités européens.

Or, selon l'article 220 TCE, « [l]a Cour de justice (...) assure, dans le cadre de [ses] compétences (...), le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité », cette disposition pouvant être précisée par l'article 234 TCE, lequel dispose en son point b) que la

³⁴⁹ Cf. A ce sujet, K. Caunes, « La nature du système juridique européen – Retour sur le principe de primauté », in J. Ziller (dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 285, dans le même sens, cf. P. Craig, « What Constitution Does Europe Need ? The House that Giscard Built : Constitutional Rooms with a View », *The Federal Trust for Education and Research*, 2003, n° 26. Cf. également l'interprétation de J.P. Jacqué, *op. cit.*, pp. 568-569, lequel précise : « *Quant à la mention des compétences, elle est inutile et source de confusions. Nul ne conteste que les actes adoptés hors du domaine des compétences de l'Union soient illégaux et ne puissent bénéficier de la primauté. La précision a été introduite pour rassurer les Etats membres et tenir compte de la jurisprudence Maastricht du Tribunal constitutionnel allemand. (...) En ratifiant cette dernière [la Constitution européenne], les Etats membres inscrivent explicitement la primauté dans leur droit constitutionnel. Cependant, l'affirmation de la primauté par la Constitution tient compte des réserves émises par certaines Cours constitutionnelles.* ».

³⁵⁰ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *JORF*, C 306, 17 décembre 2007.

Cour est également (ou par voie de conséquence) compétente pour connaître des questions relatives à « *la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté* ». En résumé et schématiquement, la Cour est compétente en matière d'interprétation et d'application du droit communautaire tant originaire que dérivé. Cependant, il ne semble pas ressortir de la lettre du traité qu'elle soit également compétente pour créer des règles de droit communautaire. Deux interprétations sont alors envisageables : soit on considère que le principe de primauté ressort si ce n'est de la lettre, du moins et de manière plus fondamentale de l'esprit du Traité³⁵¹, auquel cas le respect de ce principe tel qu'il a été déduit par la Cour semble s'imposer aux Etats membres ; soit on estime qu'un tel principe ne ressort pas de la lettre du Traité et qu'il est par conséquent pure création de la Cour de justice, laquelle n'avait pas compétence pour ce faire³⁵², les Etats membres n'étant alors pas liés par ce principe qu'ils n'ont d'ailleurs jusqu'à présent aucunement décidé de reconnaître lors des révisions successives du Traité instituant la Communauté européenne. En conclusion, l'analyse du statut de la jurisprudence de la Cour tel qu'il ressort dudit Traité ne semble pas concluante afin de déterminer la force obligatoire du principe de primauté tel que consacré par la Cour. Cependant, il convient alors de se reporter à une autre notion : celle d'acquis communautaire.

A cet égard et comme l'a souligné la doctrine, plus que l'acquis communautaire, devrait être évoqué le « *acquis communautaire* »³⁵³ tant cette notion est polymorphe et polysémique³⁵⁴. Bien qu'elle soit consacrée aux articles 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne³⁵⁵, ce dernier

³⁵¹ Ceci est à mettre en relation avec la notion d'acquis communautaire que nous allons aborder également dans cette introduction.

³⁵² Une variante de cette version consisterait à admettre que le principe de primauté est inhérent au système juridique communautaire *qua* système juridique international mais que ce sont le raisonnement suivi par la Cour et les conséquences qu'elle a tirées de ce principe qui ne le sont pas, cf. J.P. Jacqué, *op. cit.*, pp. 564-565 : « *En sa qualité de juridiction communautaire, la Cour pouvait difficilement s'abstenir de reconnaître la primauté. D'ailleurs, toute juridiction internationale saisie d'un litige similaire opinerait dans le même sens. On verrait mal la Cour internationale de justice refuser de reconnaître la primauté du droit international sur le droit national. Aussi n'est-ce pas la solution retenue par la Cour de justice des Communautés qui est remarquable, mais bien plus le raisonnement qui l'appuie et surtout les conséquences qu'elle en tire.* ».

³⁵³ « [s]elon la méthode définie par Finkelkraut dans son *Petit dictionnaire illustré* », Paris, Editions du Seuil, 1981, C. Delcourt, « The acquis communautaire : has the concept had its day ? », *Common Market Law Review*, 2001, n° 38, p. 829, spéc. p. 869, t.d.a., « *according to the method defined by Finkelkraut in his Petit dictionnaire illustré* ».

³⁵⁴ Cf. surtout sur cette question : C. Delcourt, *op. cit.*.

³⁵⁵ Cf. Article 2 TUE : « *L'Union se donne pour objectif (...) de maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer afin d'examiner dans quelle mesure les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité devraient être révisées en vue d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires* ». Cf. Article 3 TUE : « *L'Union dispose d'un cadre institutionnel unique qui assure la cohérence et la continuité des actions menées en vue d'atteindre ses objectifs, tout en respectant et en développant l'acquis communautaire.* ».

n'en fournit cependant aucune définition. L'intérêt qu'elle revêt néanmoins en l'espèce tient au rôle qu'elle joue dans le cadre de l'élargissement de l'Union européenne. Nous nous intéresserons donc plus particulièrement à ce qu'il est convenu d'appeler l'« *acquis d'adhésion* »³⁵⁶. En effet, lorsqu'un Etat choisit d'adhérer à l'Union européenne, il se doit d'accepter et d'appliquer l'acquis communautaire tel qu'il s'est développé depuis le Traité de Rome de 1957. Ainsi, selon Jean-Pierre Puissochet, juge à la Cour de justice des Communautés européennes, « [c]e principe signifie que les nouveaux Etats membres doivent accepter (...) tout ce que, à des titres divers, recouvre l'œuvre des Communautés depuis leur création »³⁵⁷. Le but d'une telle démarche est de protéger le droit de l'Union européenne tel qu'il existe au moment de l'adhésion de nouveaux Etats, ceux-ci pouvant être tentés d'essayer de remettre en cause les compromis antérieurement, et parfois difficilement, atteints³⁵⁸. Il s'agit donc de ne pas ébranler le délicat équilibre politique sur lequel l'Union européenne a été bâtie. La question qui se pose ainsi est la suivante : lorsque de nouveaux Etats membres ont exprimé le souhait de joindre l'Union européenne, le respect de la jurisprudence de la Cour de justice et/ ou celui du principe de primauté tel qu'élaboré par la Cour ont-ils été posés comme conditions juridiques préalables à leur adhésion ? Une telle conditionnalité serait en effet à même de démontrer l'acceptation par les Etats membres³⁵⁹ dudit principe.

Afin de trancher cette question, il convient de se référer aux traités d'adhésion ayant entériné la participation à l'Union européenne de nouveaux Etats membres. Dans le cadre de l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, l'Acte relatif aux conditions

³⁵⁶ C. Curti Gialdino, « Some reflections on the acquis communautaire », *Common Market Law Review*, 1995, p. 1089, spéc. p. 1090 ; C. Delcourt, *op. cit.*, p. 852.

Pour une analyse détaillée des différents éléments de l'acquis d'adhésion, cf. R.J. Goebel, « Joining the European Union : The Accession Procedure for the Central European and Mediterranean States », *International Law Review*, 2003-2004, vol. 1, n° 1, p. 15, spéc. p. 34 *et seq.*

³⁵⁷ J.-P. Puissochet, *L'élargissement des Communautés européennes*, Paris, éd. Techniques économiques, 1974, p. 45.

³⁵⁸ Quant à cette idée, cf. « *Le principe de l'acquis communautaire a une origine hautement pragmatique. En 1969, les six Etats membres originaires étaient confrontés à la possible adhésion de quatre nouveaux Etats membres (la Norvège avait posé sa candidature, de même que le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni, lesquels devaient finalement adhérer en 1973). Une augmentation des deux tiers du nombre de votes au Conseil et à la Commission (à l'époque, le rôle du Parlement était relativement mineur) pouvait de manière concevable mener à des révisions radicales en matière de structure, d'opérations et de politiques. Les chefs des six Etats membres originaires et des institutions communautaires ne voulaient décidément pas que cela se produise.* », t.d.a., « *The acquis communautaire principle has a highly pragmatic origin. In 1969, the original six Member States were confronted with the possible accession of four new ones (Norway had applied along with Denmark, Ireland and the United Kingdom, which ultimately joined in 1973). An increase of two-thirds in the voting membership of the Council and the Commission (at the time, the Parliament's role was relatively unimportant) might conceivably have led to radical revisions in structure, operations and policies. This the leaders of the initial six Member States and of the Community institutions definitely did not want to happen.* ».

³⁵⁹ Il convient de souligner qu'est ici fait référence tant aux nouveaux Etats membres qu'aux 'anciens' Etats membres, lesquels, en imposant une telle obligation aux nouveaux Etats membres, reconnaissent implicitement leur acceptation.

d'adhésion et aux adaptations des traités³⁶⁰ précise notamment en son article 2 que « [d]ès l'adhésion les dispositions des traités originaires et les actes pris par les institutions des Communautés lient les nouveaux Etats membres et sont applicables dans ces Etats dans les conditions prévues par ces traités et par le présent acte »³⁶¹. On retrouve la même formule en ce qui concerne l'adhésion de la Grèce³⁶², de l'Espagne et du Portugal³⁶³, de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède³⁶⁴, de la République tchèque, de l'Estonie, de Chypre, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de Malte, de la Pologne, de la Slovénie et de la Slovaquie³⁶⁵, de

³⁶⁰ A noter que selon l'article 1.2. du Traité entre le Royaume de Belgique, la république fédérale d'Allemagne, la République française, la République italienne, le Grand Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas (Etats membres des Communautés européennes), le Royaume de Danemark, l'Irlande, le Royaume de Norvège et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, relatif à l'adhésion à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *JOCE*, n° L 73, 27 mars 1992, p. 5, spéc. p. 7, « [l]es dispositions de cet acte qui concernent la Communauté économique européenne (...) font partie intégrante du présent traité. ». L'acte en question a donc valeur juridique contraignante pour les Etats parties.

³⁶¹ *JOCE*, *op. cit.*, p. 14.

³⁶² Cf. Article 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion de la République hellénique et aux adaptations des traités, *JOCE*, n° L 291, 19 novembre 1979, p. 17.

Quant à la force obligatoire dudit acte, cf. article 1.2. du Traité entre le Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la république fédérale d'Allemagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, le Grand Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, (Etats membres des Communautés européennes), et la République hellénique relatif à l'adhésion de la République hellénique à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique, *ibid.*, p. 9, spéc. p. 12.

³⁶³ Cf. Article 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise et aux adaptations des traités, *JOCE*, n° L 302, 15 novembre 1985, p. 23.

Quant à la force obligatoire dudit acte, cf. article 1.2. du Traité entre le Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la république fédérale d'Allemagne, la République hellénique, la République française, l'Irlande, la République italienne, le Grand Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, (Etats membres des Communautés européennes) et le Royaume d'Espagne, la République portugaise, relatif à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique, *ibid.*, p. 9, spéc. p. 13.

³⁶⁴ Cf. Article 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *JOCE*, n° C 241, 29 août 1994, p. 8.

Quant à la force obligatoire dudit acte, cf. article 1.2. du Traité entre le Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, le royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, le Grand Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la République portugaise, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Etats membres de l'Union européenne) et le Royaume de Norvège, la République d'Autriche, la République de Finlande, le Royaume de Suède, relatif à l'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède à l'Union européenne, *ibid.*, p. 7 : « Les conditions de l'admission et les adaptations des traités sur lesquels l'Union européenne est fondée que celle-ci entraîne figurent dans l'acte joint au présent traité. Les dispositions de cet acte font partie intégrante du présent traité. ».

³⁶⁵ Cf. Article 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *JOCE*, n° L 236, 23 septembre 2003, p. 33.

Quant à la force obligatoire dudit acte, cf. article 1.2. du Traité entre le Royaume de Belgique, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République hellénique, le royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, le Grand Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas, la

même que de la Bulgarie et de la Roumanie³⁶⁶. Aucun des dits traités d'adhésion ne mentionne expressément la jurisprudence de la Cour de justice ou le principe de primauté. La question qui se pose alors est une question d'interprétation : doit-on comprendre l'expression « *actes pris par les institutions* » comme incluant la jurisprudence de la Cour de justice ? Sans aucun doute la Cour est-elle une institution communautaire cependant, ses arrêts constituent-ils des « *actes* » ? Carlo Curti Gialdino, à l'époque référendaire près la Cour de justice, a pu défendre l'idée selon laquelle « *il est indiscutable que (...) la jurisprudence de la Cour de justice (...) est incluse parmi les 'actes' des institutions européennes* »³⁶⁷. Cependant, il serait alors possible de distinguer entre jurisprudence de la Cour visant à interpréter une règle de droit communautaire, dotée de force contraignante en vertu de l'article 220 TCE précité, et jurisprudence 'créatrice' de la Cour dépourvue de toute force contraignante.

Par ailleurs et dans le même sens, si l'on se reporte à la lettre des traités européens eux-mêmes, l'expression 'actes des institutions' est utilisée par référence aux actes pris par le triangle institutionnel³⁶⁸ que constituent le Parlement européen, la Commission et le Conseil

République d'Autriche, la République portugaise, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Etats membres de l'Union européenne) et la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovaquie, la République slovaque relatif à l'adhésion de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque à l'Union européenne, *ibid.*, p. 17, spéc. p. 22.

³⁶⁶ Cf. Article 2 de l'Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *JOCE*, n° L 157, 21 juin 2005, p. 203.

Quant à la force obligatoire dudit acte, cf. article 1.3. du Traité entre le Royaume de Belgique, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la République de Slovaquie, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (Etats membres de l'Union européenne) et la République de Bulgarie et la Roumanie, relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, *ibid.*, p. 11, spéc. p. 22.

³⁶⁷ C. Curti Gialdino, *op. cit.*, p. 1098, t.d.a.: « *it is beyond doubt that (...) the case law of the Court of Justice (...) are included among the "acts" of the European Institutions* ». De plus cet auteur précise qu' « *une mention expresse de la jurisprudence aurait été à la fois inappropriée et incorrecte. Inappropriée parce que cela aurait eu pour effet de « geler » la jurisprudence ; incorrecte juridiquement parce que cela aurait conduit à une différence de régime entre d'un côté les Etats membres originaires et actuels et de l'autre les Etats candidats. En effet, les décisions judiciaires auraient acquis un caractère normatif pour ceux-ci alors que ceux-là n'auraient été liés que par le biais de la jurisprudence* », *ibid.*, t.d.a., « *a specific reference to the case law would have been both inappropriate and incorrect from a legal point of view. Inappropriate, because it would have had the effect of « freezing » the case law ; legally incorrect, because it would have resulted in a difference of regime between the original and present Member States on the one hand and the applicant Member States on the other. In fact, judicial decisions would have acquired a normative character for the latter States, while the former States would have been bound only through the case law.* ».

³⁶⁸ Pour cette expression, cf. par exemple, J.-P. Jacqué, « L'évolution du triangle institutionnel communautaire depuis l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct », in Etudes de droit des Communautés

soit ce qu'il est convenu d'appeler le droit originaire et le droit dérivé mais en aucune manière par référence à la jurisprudence de la Cour de justice³⁶⁹. En ce sens, l'analyse des traités d'adhésion ne semble pas concluante afin de déterminer si le principe de primauté est doté d'une force contraignante ou non.

Cependant, un dernier élément doit être pris en considération : les avis de la Commission³⁷⁰. En effet, selon une pratique consacrée à l'article 49 TUE, la Commission est consultée par le Conseil à la fin des négociations que celui-ci mène avec chaque pays candidat sur la question de savoir si ceux-ci sont prêts à adhérer. La Commission recommande ainsi à cette occasion au Conseil d'accepter ou non les candidatures en cause. Or, tous les avis de la Commission en la matière³⁷¹ comportent une formule similaire dont la version la plus récente est la suivante : « *Une caractéristique essentielle de l'ordre juridique instauré par les traités instituant les Communautés européennes et, lorsqu'il entrera en vigueur, le traité établissant une Constitution pour l'Europe, est que certaines de leurs dispositions et certains actes adoptés par les institutions sont directement applicables, que le droit communautaire prime toute disposition nationale éventuellement contradictoire et qu'il existe des procédures garantissant l'interprétation uniforme du droit de l'Union ; l'adhésion à l'Union européenne exige la reconnaissance du caractère obligatoire de ces règles, dont l'observation est indispensable pour garantir l'efficacité et l'unité du droit de l'Union.* »³⁷². Ainsi la

européennes – Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Paris, Pédone, 1984, p. 183 ; D. Lassalle, N. Levrat, « Un triangle à quatre côtés : l'équilibre institutionnel et le Conseil européen », *Revue d'intégration européenne*, 2004, vol. 26, n° 4, p. 431. Pour une expression quelque peu similaire, cf. S. Roland, Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs – Recherches sur la distribution des pouvoirs législatif et exécutif dans la Communauté, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'Université François Rabelais de Tours présentée et soutenue publiquement le 4 novembre 2006. Je tiens à remercier l'auteur pour avoir gentiment accepté de bien vouloir me remettre une copie de sa thèse.

³⁶⁹ Cf. Pour un exemple flagrant, l'article 234 TCE précité.

³⁷⁰ Sur la question, cf. notamment, R.J. Geobel, « The European Union grows : the constitutional impact of the accession of Austria, Finland and Sweden », *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, n° 18, p. 1092, spéc. p. 1158 et seq..

³⁷¹ Cf. Avis de la Commission du 19 janvier 1972 relatif aux demandes d'adhésion aux Communautés européennes du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, *JOCE*, n° L 73, 27 mars 1972, p. 3 ; Avis de la Commission du 23 mai 1979 relatif à la demande d'adhésion de la République hellénique aux Communautés européennes, *JOCE*, n° L 291, 19 novembre 1979, p. 3 ; Avis de la Commission du 31 mai 1985 relatif aux demandes d'adhésion aux Communautés européennes du Royaume d'Espagne et de la République portugaise, *JOCE*, n° L 302, 15 novembre 1985, p. 3 ; Avis de la Commission du 19 avril 1994 relatif aux demandes d'adhésion à l'Union européenne de la République d'Autriche, du Royaume de Suède, de la République de Finlande et du Royaume de Norvège, *JOCE*, n° C 241, 29 août 1994, p. 1 ; Avis de la Commission du 19 février 2003 sur les demandes d'adhésion à l'Union européenne présentées par la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovaquie et la République slovaque, *JOCE*, n° L 236, 23 septembre 2003, p. 3 ; Avis de la Commission du 22 février 2005 concernant les demandes d'adhésion à l'Union européenne présentées par la République de Bulgarie et la Roumanie, *JOCE*, n° L 157, 21 juin 2005, p. 3.

³⁷² Avis de la Commission du 22 février 2005 concernant les demandes d'adhésion à l'Union européenne présentées par la République de Bulgarie et la Roumanie *op. cit.*, p. 4. C'est nous qui soulignons.

Commission présente-t-elle le principe de primauté comme une « *caractéristique essentielle de l'ordre juridique* » européen et pour cette raison même comme doté d'un « *caractère obligatoire* ». Cette position semble faire écho à une certaine conception de l'acquis communautaire, rappelant fortement le raisonnement suivi par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. ENEL*³⁷³, développée il y a bientôt trente ans par le juge Pescatore. Au-delà de l'acquis communautaire tel qu'il ressort des actes d'adhésion de nouveaux Etats membres, existerait un « *acquis fondamental* », « *de rang supérieur* » ou constitutionnel, incluant toutes les « *exigences qui touchent aux fondements même de la Communauté, des règles dont la méconnaissance mettrait en cause l'unité, l'identité et jusqu'à l'existence même de l'entreprise européenne* »³⁷⁴.³⁷⁵ Le principe de primauté, en tant que principe fondamental de l'ordre juridique européen, ferait donc partie de l'acquis communautaire que tout Etat Membre se doit d'accepter lors de son adhésion à l'Union européenne.

Cependant et en sens inverse, il convient de se poser la question de la valeur juridique des avis de la Commission. Selon l'article 249 TCE, « *les avis ne lient pas* ». Ainsi, les Etats membres n'ont en aucune manière l'obligation d'épouser la conception de la Commission en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'acquis communautaire et ne sont donc pas obligés juridiquement de reconnaître le principe de primauté tel que défini par la Cour de justice sur le fondement de l'avis de la Commission lors de leur adhésion à l'Union européenne.

Pour conclure, la notion d'acquis communautaire, à l'instar des différents instruments juridiques européens précédemment analysés, ne semble pas apporter de réponse réellement probante à notre question : celle de l'existence d'une obligation juridique des Etats membres consistant à respecter le principe de primauté tel que formulé par la Cour il y a plus de quarante ans. Par conséquent, si la réponse à une telle question est marquée du sceau de l'ambiguïté au niveau du droit de l'Union européenne, il convient alors de se tourner vers le droit des Etats membres eux-mêmes, afin de déterminer si ceux-ci ont accepté ledit principe jurisprudentiel³⁷⁶. Après tout, et selon l'affirmation de la Cour de justice elle-même, la primauté ne constitue-t-elle pas un principe interne au droit des Etats membres ?

³⁷³ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156.

³⁷⁴ P. Pescatore, « Aspects judiciaires de l'acquis communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, p. 617, spéc. p. 620, également reproduit in P. Pescatore, *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 553.

³⁷⁵ Pour une discussion du caractère supra-constitutionnel ou non de l'acquis fondamental, cf. C. Curti Gialdino, *op. cit.*, p. 1108 *et seq.*

³⁷⁶ Dans le même sens, cf. J.H.H. Weiler, « The Community System : the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, p. 267, spéc. p. 275 : « *Comme dans le cas de 'l'effet direct', faire dériver la primauté du Traité reposait sur une interprétation 'constitutionnelle' plutôt que de droit international.* »

Or, si l'enjeu central afin de délimiter les contours du principe de primauté réside dans l'appréhension de la réception³⁷⁷ de ce dernier par les systèmes juridiques nationaux, en fonction de leurs spécificités, la question qui se pose alors est celle de savoir comment identifier la position desdits Etats.

Ici encore il faut se souvenir que le principe de primauté est d'origine prétorienne. Ceci a pour conséquence que d'une part les Etats membres n'avaient pas initialement prévu ce principe, expliquant ainsi le silence de leurs constitutions respectives à cet égard, de l'autre la Cour a développé un véritable attirail jurisprudentiel afin d'assurer le respect dudit principe. En ce qui concerne le premier point, nous verrons plus avant que si les constitutions nationales fournissent des indices quant à la position des Etats membres face au principe européen de primauté, aucune ne le consacre explicitement, laissant alors aux juridictions nationales compétentes le soin d'interpréter le droit, et notamment la Constitution, nationale. Analyser les jurisprudences nationales semble donc de prime abord constituer une méthode permettant de définir la position adoptée par les Etats membres quant au principe de primauté. En ce qui concerne le second point, la Cour a pu notamment par le jeu du renvoi préjudiciel³⁷⁸ et de la mise en cause de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire³⁷⁹ imposer aux Etats le respect du principe de primauté du droit

Le raisonnement de la Cour selon lequel la primauté était inscrite dans le Traité était contesté par les gouvernements des Etats membres (...). Il s'ensuit que la nature évolutive de la doctrine de la primauté est nécessairement bi-dimensionnelle. Une première dimension consiste en l'élaboration des caractéristiques de la doctrine par la Cour de justice. Mais sa pleine réception, la seconde dimension, dépend de son incorporation dans les ordres constitutionnels des Etats membres et de son affirmation par les cours suprêmes. », t.d.a., « As in the case of 'direct effect' the derivation of supremacy from the Treaty depended on a 'constitutional' rather than international law interpretation. The Court's reasoning that supremacy was enshrined in the Treaty was contested by the governments of Member States (...). It follows that the evolutionary nature of the doctrine of supremacy is necessarily bidimensional. One dimension is the elaboration of the parameters of the doctrine by the European Court. But its full reception, the second dimension, depends on its incorporation into the constitutional orders of the Member States and its affirmation by their supreme courts. ».

³⁷⁷ Cf. E. Öricü, « Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, n° 1, p. 60 : « l'existence d'un choix est ce qui différencie une réception d'une imposition », t.d.a. « the existence of choice is what differentiates a reception from an imposition ».

³⁷⁸ Cf. Article 234 TCE ; C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156 ; C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629 ; C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame I*, C-213/89, *Rec.* p. 2433.

³⁷⁹ Que ce soit devant la Cour de justice par le biais du recours en manquement cf. article 228 TCE ou devant les juridictions nationales ; C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357 ; C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029.

communautaire. Si la Cour fait ainsi obligation aux organes nationaux, législateur³⁸⁰, administration³⁸¹ ou juge³⁸², de respecter et de concourir à l'application du principe de primauté, analyser la réponse desdits organes à l'intimation de la Cour pourrait permettre de cerner leur position, et donc celle de l'Etat qu'ils représentent, face à un tel principe. Or, la position la plus documentée est certainement celle des juridictions nationales puisqu'il 'suffit' alors de rechercher les jugements dans lesquels celles-ci ont eu l'occasion de se prononcer sur la question³⁸³.

Ainsi, différents éléments convergent en faveur de l'analyse de la jurisprudence des juridictions nationales comme moyen le plus efficace de déterminer la position des Etats membres en matière de primauté³⁸⁴. Cependant, considérant le nombre d'Etats membres de l'Union européenne : vingt-sept, de juridictions existantes dans chacun d'eux, du multilinguisme régnant, une vie ne suffirait certes pas à procéder à une telle analyse. Il convient donc de circonscrire notre recherche en fonction du but recherché. Rappelons que l'objectif poursuivi est à triple détente. Il consiste 1/ à élucider la position des Etats membres face au principe de primauté posé par la Cour de justice et, par là même, 2/ à déterminer si ceux-ci ont adopté le schéma ou conceptualisation systémique sous-tendant un tel principe et

³⁸⁰ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec. p.* 629 ; C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte : Factorame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec. p.* I-1029.

³⁸¹ C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, 103/88, *Rec. p.* 1839.

³⁸² C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *Rec. p.* 629 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, C-224/01, *Rec. p.* I-10239.

³⁸³ Ceci n'équivaut pas à prendre uniquement en compte les décisions juridictionnelles. Comme le précise Rodolfo Sacco : « *Nous ne devrions cependant pas penser que nous comprenons un système juridique lorsque nous ne connaissons que la façon dont les juridictions ont effectivement résolu des affaires. (...) Nous devons connaître non seulement la façon dont les juridictions ont agi mais encore considérer les influences auxquelles les juges sont sujets* », notamment les formants juridiques, sur cette notion, cf. note en bas de page suivante. Cf. R. Sacco, « *Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II)* », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 23, t.d.a. : « *We should not think, however, that we understand a legal system when we know only how courts have actually resolved cases. (...) We must know not only how courts have acted but consider the influences to which judges are subject.* ».

³⁸⁴ Il convient de noter ici en aparté à l'instar de Rodolfo Sacco que l'individualisation de toute règle juridique, en l'espèce, le principe de primauté, est toujours le fruit d'une interprétation / réduction à l'unité du matériel juridique par et à la disposition du juriste. En effet, « *même le juriste qui cherche une règle juridique unique, partant en effet de l'axiome selon lequel il ne peut y avoir qu'une seule règle en vigueur, reconnaît implicitement que le droit vivant contient des éléments nombreux et variés tels que des lois, les formulations de la doctrine et les décisions des juges – éléments qu'il garde séparés dans sa pensée (...) nous les appellerons (...) des 'formants juridiques'. Le juriste s'occupant du droit d'un seul pays examine tous ces éléments et élimine ensuite les complications provenant de leur multiplicité afin d'arriver à une règle. Il le fait par le biais d'un processus d'interprétation.* », R. Sacco, *op. cit.*, p. 22, t.d.a. : « *even the jurist who seeks a single legal rule, indeed who proceeds from the axiom that there can be only one rule in force, recognizes implicitly that living law contains many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges – elements that he keeps separate in his own thinking. In this essay, we will call them, borrowing from phonetics, the 'legal formants'. The jurist concerned with the law within a single country examines all of these elements and then eliminates the complications that arise from their multiplicity to arrive at one rule. He does so by a process of interpretation.* ».

ce, 3/ en vue de tenter d'éclairer la nature des rapports se jouant entre droits des Etats membres et de l'Union européenne et donc par ricochet le sens de ce principe. Si de nombreux ouvrages et articles³⁸⁵ relatent désormais la position des différents Etats membres face au principe européen de primauté, à travers notamment les jurisprudences développées par leurs juridictions, seule une étude approfondie des soubassements desdites jurisprudences peut s'avérer utile afin d'atteindre notre but. Il nous faudra donc choisir parmi les Etats membres, les sujets / objets de notre investigation, archétypes des conceptions nationales possibles du principe de primauté. Les critères pertinents pour ce faire nous semblent être les suivants : les compétences linguistiques de l'auteur de ces lignes, le caractère développé de la jurisprudence nationale en la matière, l'accessibilité des ressources jurisprudentielles et doctrinales nationales, les différences existant entre chaque position nationale, la date d'adhésion des différents Etats membres. Cette première circonscription méthodologique du champ de notre recherche opérée, il convient encore de définir les juridictions nationales dont la jurisprudence sera prise en compte. Deux critères convergents doivent être considérés : celui de l'autorité de la chose jugée attachée à la jurisprudence des juridictions considérées, concept existant dans tous les systèmes juridiques des Etats membres et, corrélativement, celui du rôle imparti à ces juridictions au sein desdits systèmes. Quant au premier critère, sans écarter de manière totalement drastique la jurisprudence de juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours dans l'ordre juridique interne concerné, l'attention se concentrera principalement sur la jurisprudence des juridictions statuant en dernier ressort. Cette focalisation sur les décisions couvertes du sceau de l'autorité absolue de la chose jugée s'explique, outre par le fait qu'elle permet de capturer l'état du droit dans les systèmes

³⁸⁵ Cf. Entre autres, F. Hoffmeister, « Constitutional Implications of EU Membership : A View from the Commission », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2007, vol. 3, p. 59, offrant un panorama de la situation dans les 27 Etats membres ; J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2006, p. 1013 *et seq.*, panorama de la situation dans 25 Etats membres de même que K. Lenaerts, P. Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, p. 678 *et seq.*. Pour des analyses à moins grande échelle, cf. T. Groppi, « La 'primauté' del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional : un punto de vista comparado », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n° 5, p. 226, spéc. p. 230 *et seq.*, version italienne parue in *Astrid – Rassegna*, 2005, n° 13 ; M. Claes, The National courts' mandate in the European Constitution, *op. cit.* ; A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler (dir.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, Oxford, Hart publishing, 2^{ème} éd., 2000 ; P. Craig, G. de Búrca, EU Law, text, cases, and materials, Oxford, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2008, p. 353 ; Actes de la conférence internationale « Position of Constitutional Courts following integration into the European Union, Bled, 2004, disponibles à l'adresse suivante : http://www.us-rs.si/en/index.php?sv_path=3583,3367,3368 ; Z. Kühn, « The Application of European Law in the New Member States : Several (Early) Predictions », *German Law Journal*, 2005, vol. 6, n° 3, p. 563 *et seq.* ; D. Piqani, « Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their Attitude towards European Integration », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 2, n° 1 ; W. Sadurski, « 'Solange Chapter 3' : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », *EUI Law Working Paper*, 2006.

juridiques considérés³⁸⁶, par le second critère : celui du rôle des juridictions nationales. En effet, celles qui se situent au sommet de la hiérarchie juridictionnelle sont coutumières des questions de droit les plus fondamentales du système juridique auquel elles appartiennent. A cet égard, notre intérêt ne portant pas uniquement sur l'acceptation du principe de primauté mais de manière plus cruciale sur sa signification quant aux rapports entre systèmes européen et nationaux, il peut s'avérer judicieux de porter notre attention notamment sur les juridictions ayant précisément pour rôle d'être les gardiennes de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, au premier rang duquel, les normes de rang constitutionnel. En effet, les juridictions spécialisées dans le traitement des questions de nature constitutionnelle, lorsqu'elles existent, semblent les mieux placées, de par leur fonction, pour détecter, éclairer et proposer une interprétation et une réponse aux questions touchant aux rapports de leur système juridique avec celui de l'Union européenne et mettre ainsi en perspective celle de la primauté du droit de l'Union européenne. Il nous semble donc que ces deux critères, à la fois sélectifs et souples, soit le recours au faisceau d'indices exposé, sont à même de nous permettre de circonscrire adéquatement et efficacement le champ matériel de notre recherche. En résumé, afin de cerner les conceptions nationales du principe de primauté, en réponse à la conception européenne dudit principe, il convient d'en analyser la réception par les juridictions nationales les plus hautes pour ensuite comprendre la contextualisation systémique dont ce principe fait l'objet au sein des droits nationaux. Si l'enjeu est donc ici de comprendre le mécanisme de la réception d'une même règle de droit étrangère : le principe européen de primauté au sein de différents systèmes juridiques nationaux, la méthode s'avère cruciale. C'est la raison pour laquelle nous procéderons sous la forme d'un syllogisme en analysant tout d'abord les prémisses d'une telle réception (chapitre premier) pour pouvoir ensuite en déduire la conclusion, tant en ce qui concerne le principe de primauté lui-même que la nature des rapports entre systèmes juridiques nationaux et système juridique de l'Union européenne (chapitre second).

³⁸⁶ Cf. A cet égard, les propos instructifs de Martin Krygier, lequel souligne que : « *Dans les sociétés ayant développé des institutions à l'autorité sacrée ou séculière, les castes d'experts – les rois, prêtres, juges, érudits – se voient fréquemment conférer un monopole officiel sur l'interprétation authentique des textes conservés. Lorsque leur autorité n'est pas contestable ou ultime, les interprétations desdits textes deviennent le sens officiel de leur tradition.* », M. Krygier, « Law as Tradition », *Law and Philosophy*, 1986, vol. 5, n° 2, p. 237, spéc. p. 251, t.d.a., « *In societies which have developed insitutions of sacred and / or secular authority, castes of experts – kings, priests, judges, scholars – are frequently granted an official monopoly in the authorized interpretation of recorded texts. Where their authority is unappealable or ultimate, their interpretations of such texts become what their tradition is officially taken to mean.* ».

Chapitre I. Prémisses de la réception nationale du principe européen de primauté

Chapitre II. Conclusion de la réception nationale du principe européen de primauté

CHAPITRE I.

PRÉMISSES

DE LA RÉCEPTION NATIONALE DU PRINCIPE EUROPÉEN DE PRIMAUTÉ

« *Figure-toi des hommes dans une demeure souterraine, en forme de caverne, ayant sur toute sa largeur une entrée ouverte à la lumière; ces hommes sont là depuis leur enfance, les jambes et le cou enchaînés, de sorte qu'ils ne peuvent bouger ni voir ailleurs que [514b] devant eux, la chaîne les empêchant de tourner la tête; la lumière leur vient d'un feu allumé sur une hauteur, au loin derrière eux; entre le feu et les prisonniers passe une route élevée : imagine que le long de cette route est construit un petit mur, pareil aux cloisons que les montreurs de marionnettes dressent devant eux, et au-dessus desquelles ils font voir leurs merveilles.(...)*

Figure-toi maintenant le long de ce petit mur des hommes portant des objets de toute sorte, qui dépassent le mur, et des statuettes d'hommes et d'animaux, en [515] pierre, en bois, et en toute espèce de matière; naturellement, parmi ces porteurs, les uns parlent et les autres se taisent.

(...) penses-tu que dans une telle situation ils aient jamais vu autre chose d'eux-mêmes et de leurs voisins que les ombres projetées par le feu sur la paroi de la caverne qui leur fait face? Et comment? observa-t-il, s'ils sont forcés de rester la tête immobile durant toute leur vie? [515b] Et pour les objets qui défilent, n'en est-il pas de même?

Sans contredit.

Si donc ils pouvaient s'entretenir ensemble ne penses-tu pas qu'ils prendraient pour des objets réels les ombres qu'ils verraient ?

Il y a nécessité. (...)

[515c] Assurément, repris-je, de tels hommes n'attribueront de réalité qu'aux ombres des objets fabriqués.

C'est de toute nécessité. »³⁸⁷.

Les juridictions nationales et européennes sont semblables à ces prisonniers, n'attribuant réalité qu'aux objets perçus depuis et selon leur propre position. Il y a là nécessité.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, l'une des caractéristiques fondamentales du principe de primauté, le différenciant de son homologue existant traditionnellement en droit international, consiste en ce qu'il constitue un principe interne aux droits nationaux, c'est-à-dire qu'il jouit d'un effet immédiat en leur sein. Cependant, du point de vue des Etats membres, il s'agit avant tout d'une règle de droit étrangère, formulée par un

³⁸⁷ *Œuvres de Platon, traduites par Victor Cousin, Tome dixième, Paris, Rey et Gravier, Libraires, 1834, Livre VII, (allégorie de la caverne) p. 454 et seq..*

autre ordre juridique, distinct du leur : l'Union européenne. De plus, si, selon l'analyse précédemment menée, l'existence d'une obligation juridique des Etats membres d'adopter ce principe est pour le moins ambiguë, démontrant ainsi les limites d'une approche de la question axée sur le droit de l'Union européenne, la reconnaissance d'un tel principe par les Etats membres ne peut être recherchée qu'en leur sein et il convient d'adopter leur perspective. Nous sommes donc ici confrontés à la question de la réception d'une règle de droit étrangère par un ou des systèmes juridiques. Or, il s'agit d'un des sujets de prédilection du droit comparé, lequel a notamment pour objet d'analyser « *la mobilité 'trans-frontière' du droit et l'influence réciproque entre systèmes* »³⁸⁸. C'est la raison pour laquelle, afin de comprendre le destin du principe européen de primauté au sein des droits nationaux, il convient de recourir aux outils du droit comparé, au premier rang desquels le concept de transplant juridique, lequel sert précisément traditionnellement à appréhender le destin de règles juridiques exogènes dans un ou des systèmes juridiques récepteurs. Une telle conceptualisation ou problématisation a donc pour but de déterminer les paramètres influençant la configuration du principe de primauté dans le cadre des systèmes juridiques des Etats membres. Elle consiste donc sur le plan théorique à analyser le processus de son intégration au cœur de leur matrice normative et implique sur le plan pratique de mesurer l'ampleur de l'adaptation nécessaire à une telle intégration. Ainsi, les prémisses de la réception nationale du principe européen de primauté peuvent être formulées comme suit : la majeure de notre syllogisme consiste à cerner les conditions de possibilité et de réussite d'un transplant juridique (section première) et la mineure à vérifier si de telles conditions sont remplies dans le cas de la transplantation du principe européen de primauté dans les systèmes juridiques des Etats membres (section seconde).

SECTION I. MAJEURE ou CONDITIONS DE POSSIBILITÉ ET DE RÉUSSITE D'UN TRANSPLANT JURIDIQUE

Conceptualiser la question de la réception du principe européen de primauté par les systèmes juridiques des Etats membres sous les traits de la problématique du transplant juridique, c'est délimiter par là même le champ de notre investigation au transplant d'une règle de droit, la primauté du droit de l'Union européenne, plutôt que d'une institution juridique : faisceau de règles de droit, d'un concept juridique, contenu dans une règle de droit,

³⁸⁸ E. Örcüci, « Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4, n° 1, t.d.a., « *transfrontier mobility of law and reciprocal influence between systems* ».

d'un raisonnement juridique, servant à l'interprétation d'une règle de droit. En conséquence, si définir ce qu'est un transplant juridique (paragraphe second) doit nous permettre d'appréhender les dynamiques de la réception du principe européen de primauté par les systèmes juridiques nationaux et d'en cerner la configuration et le rôle au sein desdits systèmes, une telle définition repose avant tout sur la compréhension de ce qu'est une règle de droit, car afin de pouvoir en retracer l'évolution, la trajectoire, il faut d'abord en connaître les caractéristiques (paragraphe premier).

§1. Caractéristiques d'une règle de droit

Une règle de droit se définit selon nous par deux caractéristiques principales : la centralité de l'interprétation (A) et la centralité de l'ambiguïté (B), repères fondamentaux lorsque l'on s'aventure à la recherche de sa signification, c'est-à-dire de son identité.

A. Centralité de l'interprétation

Comment est déterminée la signification du principe de primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux soit, énoncé de façon plus abstraite, comment est déterminée la signification d'une règle de droit ? Et de façon ultime, comment est déterminée la signification de la signification elle-même ?

Commençons par quelques exemples colorés :

« [U]n certain bleu de la mer est si bleu qu'il n'y a que le sang qui soit plus rouge »³⁸⁹

« L'étoile a pleuré rose au cœur de tes oreilles,
L'infini roulé blanc de ta nuque à tes reins
La mer a perlé rousse à tes mammes vermeilles
Et l'Homme saigné noir à ton flanc souverain. »³⁹⁰

³⁸⁹ Propos attribué à Claudel par Merleau-Ponty in M. Merleau-Ponty, Le visible et l'invisible, texte établi par Claude Lefort, Paris, Gallimard, 2004, publication initiale 1964, p. 172.

³⁹⁰ A. Rimbaud, Poème sans titre, 1871, publié ultérieurement par Verlaine.

Où l'on voit que les mots prennent corps en même temps que la phrase dans laquelle ils s'insèrent et « *le mot 'signification' peut être expliqué de la façon suivante : la signification d'un mot est son emploi dans le langage* »³⁹¹. Elle est donc essentiellement contextuelle. De manière similaire, peut être soutenue l'idée selon laquelle la signification d'une règle de droit est son emploi dans un système juridique puisqu'une règle de droit constitue le versant matériel, le contenu d'une ou de normes appartenant à un système juridique donné. Mais filons la métaphore.

« *Un certain rouge, c'est aussi un fossile ramené du fond des mondes imaginaires. Si l'on faisait état de toutes ces participations, on s'apercevrait qu'une couleur nue, et en général un visible, n'est pas un morceau d'être absolument dur, insécable, offert tout nu à une vision qui ne pourrait être que totale ou nulle, mais plutôt une sorte de détroit entre des horizons extérieurs et des horizons intérieurs toujours béants, quelque chose qui vient toucher doucement et fait résonner à distance diverses régions du monde coloré ou visible, une certaine différenciation, une modulation éphémère de ce monde, moins couleur ou chose donc, que différence entre des choses et des couleurs, cristallisation momentanée de l'être coloré ou de la visibilité. Entre les couleurs et les visibles prétendus, on retrouverait le tissu qui les double, les soutient, les nourrit, et qui, lui, n'est pas chose, mais possibilité, latence et chair des choses.* »³⁹².

Car la chair d'une règle de droit n'en est pas que l'énoncé mais également l'interprétation. La signification de la règle est cet invisible derrière le visible de l'énoncé, visible et invisible, énoncé et signification, inextricablement liés par la visibilité de l'interprétation.

Mais alors l'énoncé n'est que « *la surface d'une profondeur* »³⁹³. « *Le sens de la règle n'est pas sur [lui] comme le beurre sur la tartine (...) il est donné avec les mots chez ceux qui ont des oreilles pour entendre* »³⁹⁴ et les oreilles en l'occurrence sont celles des organes juridiques désignés comme compétents en la matière par le système juridique en cause lui-même, plus précisément par ses « *normes d'habilitation* » selon la terminologie employée par Guillaume Tusseau³⁹⁵ et dont on peut trouver la trace dans les écrits tant d'Adolf Merkl³⁹⁶ que d'Herbert Hart^{397 398}.

³⁹¹ L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Paris, nrf – Editions Gallimard, 2004, titre original : *Philosophische Untersuchungen*, traduit de l'allemand par F. Dastur, M. Elie, J.-L. Gautero, D. Janicaud, E. Rigal, p. 50, § 43.

³⁹² M. Merleau-Ponty, *op. cit.*, pp. 172-173.

³⁹³ *Ibid.*, p. 177.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 201.

³⁹⁵ Cf. G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.

La règle de droit n'est donc pas cet énoncé inerte couché sur une feuille de papier juridique. Elle est le produit de son interprétation authentique par l'organe juridique compétent pour ce faire qui en retour est lui-même habilité en ce sens par une autre règle de droit cristallisée dans une norme du système considéré. L'objet, la règle de droit, et le sujet, l'organe juridique, sont pris dans une relation chiasmique³⁹⁹ et le droit se révèle comme interprétation.

Par conséquent, si le droit est interprétation, il convient de le concevoir en tant que discours. Comme le soutient outre-Manche le père de la sémiotique juridique contemporaine, Bernard Jackson, « '[l]e droit' ou 'les normes' ne sont pas des objets extérieurs à des formes particulières de discours auxquels ces discours se réfèrent, ils sont façonnés à l'intérieur de

³⁹⁶ Cf. A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, op. cit., p. 384 : « l'ordre juridique se compose de deux parties, distinctes quant à leur contenu : d'un côté, il y a les règles de conduite humaine ; de l'autre, les règles relatives à l'introduction, la forme, en bref la production de ces règles de conduite », t.d.a., « l'ordinamento giuridico è composto di due parti, diverso nel loro contenuto: da un lato, vi sono le regole del comportamento umano; dall'altro, le regole che disciplinano l'introduzione, la forma, in breve la produzione di queste regole di comportamento ».

³⁹⁷ Cf. La distinction de Hart entre règles primaires et règles secondaires, dont celles relatives à l'habilitation des organes juridiques, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 94 : « Alors que les règles primaires sont relatives aux actions que les individus doivent ou ne doivent pas accomplir, [l]es règles secondaires concernent toutes les règles primaires elles-mêmes. Elles précisent la façon dont les règles primaires sont valablement identifiées, introduites, éliminées, changées, et le fait de leur violation valablement déterminé. », t.d.a., « while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the way in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined ».

³⁹⁸ La théorie kelsenienne quant à elle est écartée en la matière car l'habilitation telle que conçue par Kelsen a un champ bien plus large, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 150 : « La fonction de l'ordre juridique que nous avons nommée « habilitation » (Ermächtigung) – synonyme d'attribution de pouvoir – ne se rapporte qu'à la conduite humaine. (...) En un sens très large, on peut dire qu'une conduite déterminée d'un individu donné est dotée de pouvoir par l'ordre juridique, non seulement quand est attribué à un individu un pouvoir juridique, c'est-à-dire la capacité de créer des normes juridiques, mais, d'une façon tout à fait générale, lorsque la conduite de l'individu est érigée en condition directe ou indirecte de la conséquence de droit, c'est-à-dire de l'acte de contrainte posé comme devant avoir lieu, ou qu'elle est elle-même cette conduite qui constitue l'acte de contrainte. (...) En ce sens très large du mot, tout fait de conduite humaine – mais uniquement des faits de cette nature, que l'ordre juridique prévoit soit comme conditions, soit comme conséquences, peuvent être considérés comme habilités par lui. ».

Cependant, nous aimerions abonder dans le sens de Kelsen et préciser-rectifier ici la distinction entre droit matériel et droit structurel en soulignant que les deux types de normes dont s'agit constituent des règles de comportement humain, la différence résidant dans l'identité ou statut juridique des destinataires desdites règles : dans le cas des « règles primaires » il s'agit des êtres humains en général, sujets de l'ordre juridique considéré, dans le cas des « règles secondaires », il s'agit des individus agissant en leur qualité d'organes du système juridique considéré.

³⁹⁹ « L'entrelacs – Le chiasme » (M. Merleau-Ponty, op. cit., p. 170 et seq.) tel qu'envisagé par Merleau-Ponty peut être décrit en l'espèce à la fois comme une médiation et un renversement entre l'objet et le sujet mais peut-être la meilleure définition est proposée par Merleau-Ponty lui-même dans ses notes de travail, lorsqu'il précise que le chiasme « c'est aussi échange de moi et du monde, du corps phénoménal et du corps 'objectif', du percevant et du perçu : ce qui commence comme chose finit comme conscience de la chose, ce qui commence comme 'état de conscience' finit comme chose », cf. M. Merleau-Ponty, op. cit., p. 264.

ces formes de discours et font partie du système de signification qui donne son sens à un tel discours »⁴⁰⁰

mais discours singulier ou pluriel ? C'est alors que le tableau se complique et qu'il faut envisager la multiplication des objets et des sujets, des règles de droit et des acteurs du droit, en réalité, pluralité des sources juridiques et pluralité des organes juridiques.

En effet, premièrement, la règle ne se livre pas unanimement à la perception de l'acteur du droit. L'unité de la règle de droit est un mythe percé à jour par le comparatiste Rodolfo Sacco⁴⁰¹. En lieu et place de la règle de droit, le juriste découvre une « *variété de matériels juridiques* »⁴⁰², des « *formants* »⁴⁰³ ou sources juridiques matérielles, parfois au-delà des sources de droit formelles⁴⁰⁴ : derrière la règle de droit, « *les règles constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles et, bien sûr, celles formulées par la doctrine* »⁴⁰⁵. « *Le juriste qui s'intéresse au droit au sein d'un seul pays examine tous ces éléments puis élimine les complications qui émergent de leur multiplicité pour arriver à une règle unique. Il le fait par le biais d'un processus d'interprétation* »⁴⁰⁶.

L'interprétation se retrouve donc encore au cœur de la détermination du sens d'une règle de droit à partir et par-delà la diversité des sources juridiques matérielles. Mais alors cette diversité ouvre la voie à une pluralité (latente) d'interprétations et donc de significations potentielles de la règle et la possibilité d'une telle occurrence se voit renforcée par la pluralité des acteurs du droit.

⁴⁰⁰ B.S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Roby, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1988, pp. 140-141, t.d.a., « *'The law' or the 'norms' are not objects external to particular forms of discourse, to which those discourses refer; they are constructed within those forms of discourse, and form part of the system of signification which makes such discourse meaningful.* ».

⁴⁰¹ Cf. Notamment, R. Sacco, « *Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law* », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, première partie: p. 1, seconde partie : p. 343.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 22, t.d.a., « *a variety of legal material* ».

⁴⁰³ *Ibid.*, t.d.a., « *borrowing from phonetics, the 'legal formants'* ».

⁴⁰⁴ En effet, si l'on suit la pensée de Sacco, la congruence entre sources juridiques, matérielles, et sources du droit, formelles, est loin d'être parfaite et varie d'un système juridique à l'autre. En effet, par exemple, la jurisprudence ou encore la doctrine n'ont pas le statut officiel de sources de droit dans tous les systèmes juridiques bien qu'elles constituent des sources juridiques, informant la signification de la règle de droit, sur le plan matériel. Cf. R. Sacco, *op. cit.*, p. 21 *et seq.*

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 21, t.d.a., « *the rules of the constitutions, legislatures, courts, and, indeed, of the scholars who formulate legal doctrine* ».

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 22, t.d.a., « *The jurist concerned with the law within a single country examines all of these elements and then eliminates the complications that arise from their multiplicity to arrive at one rule. He does so by a process of interpretation.* ».

Ainsi et deuxièmement, la pluralité des acteurs du droit constitue également un facteur de multiplication des interprétations possibles de la règle de droit. Pour bien en cerner les raisons, il convient de faire un détour par le concept de culture juridique.

Il est de coutume d'évoquer par exemple le droit français, le droit allemand, le droit slovène, soit un droit national et en filigrane derrière ses lignes une culture juridique nationale. Sans tomber dans le débat *Volksgeist* europhobe à la manière d'un Legrand⁴⁰⁷ *versus*

⁴⁰⁷ Topique à cet égard est, parmi tant d'autres, son article intitulé « European Legal Systems Are not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52, lequel illustre à merveille son approche. En effet, pour cet auteur, la culture juridique n'est qu'une partie de LA culture. Ainsi, la définition de la culture juridique dépend de celle de la culture (cf. par exemple : P. Legrand, Le droit comparé, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, n° 3478, p. 10 : la culture juridique est « *cette dimension de la culture relative à ce qu'on y entend comme constituant du droit* »). Or, Legrand adopte une conception pour le moins statique de la culture, celle-ci reposant sur des « *cadres d'intangibles* » hélas non réellement définis. Ainsi, « *la 'culture' concerne des cadres d'intangibles à l'intérieur desquels les communautés interprétatives opèrent et qui ont force normative pour ces communautés* », (P. Legrand, « European Legal Systems Are not Converging », *op. cit.*, p. 56, t.d.a., « *'culture' concerns frameworks of intangibles within which interpretive communities operate and which have normative force for these communities* »). On ne sera alors pas étonné de trouver sous sa plume une définition quasiment identique de la culture juridique évoquée sous la forme du « *'droit – comme – culture' qu'[il] considère comme signifiant le cadre d'intangibles à l'intérieur duquel une communauté 'juridique' donnée (comprise ici au sens plus technique ou spécialisé) opère et qui organise (pas toujours de façon cohérente) l'identité d'une telle communauté juridique en tant que communauté juridique* », (P. Legrand, « Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity », University of San Diego – School of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, 2008, Research Paper n° 08-071, p. 365, spéc. p. 374 (reprenant par ailleurs la même définition de la culture que celle de 1996), t.d.a., « *'law – as – culture', which I take to mean the framework of intangibles within which an ascertainable 'legal' community (understood here in the more specialised or technical sense) operates and which organises (not always seamlessly) the identity of such legal community as legal community* », emphases dans le texte). Ainsi, la culture donne à la culture juridique sa staticité par le glissement d'une définition à l'autre, toutes deux étant centrées sur la notion pivot de « *cadre d'intangibles* ». Mais la staticité ou rigidité de la conceptualisation de Legrand ne s'arrête pas là. Selon cet auteur, le cœur de la culture juridique réside dans sa « *mentalité* », juridique. « *La clé principale de l'appréciation d'une culture juridique réside dans une élucidation de la structure cognitive qui caractérise cette culture. Le but doit être d'essayer de définir le cadre de la perception et de la compréhension d'une communauté juridique afin d'expliquer comment une communauté pense à propos du droit et pourquoi elle pense au sujet du droit comme elle le fait. Le comparatiste doit ainsi se concentrer sur la structure cognitive d'une culture juridique donnée et, plus particulièrement, sur les fondements épistémologiques de cette structure cognitive. C'est ce substratum épistémologique qui illustre le mieux ce à quoi j'aimerais me référer par l'expression mentalité juridique (le programme mental collectif) ou la culture juridique intériorisée à l'intérieur d'une culture juridique donnée.* », (P. Legrand, « European Legal Systems Are not Converging », *op. cit.*, p. 60, t.d.a., « *The essential key for an appreciation of a legal culture lies in an unravelling of the cognitive structure that characterises that culture. The aim must be to try to define the frame of perception and of understanding of a legal community so as to explicate how a community thinks about the law and why it thinks about the law in the way it does. The comparatist must, therefore, focus on the cognitive structure of a given legal culture and, more specifically, on the epistemological foundations of that cognitive structure. It is this epistemological substratum which best epitomises what I wish to refer to as the legal mentalité (the collective programme), or the interiorised legal culture, within a given legal culture.* »). Or c'est précisément ce concept de mentalité juridique confortablement calé sur une culture juridique formatée selon un cadre d'intangibles (pour une critique de l'approche de Legrand qualifiée de « *désuète* » et comme se référant à « *la vision implicite – cependant parfois presque explicite – selon laquelle le droit est 'l'esprit du peuple'* », cf. A. Watson, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 44, t.d.a., « *To begin with, I wish to state frankly that I believe his views are old-fashioned. (...) Underlying his approach is the unspoken – yet at times almost explicit – view that law is the 'spirit of the people'* ») qui sépare irrémédiablement le droit anglais, tradition de *Common Law*, des droits continentaux, tradition romaniste, empêchant toute réelle convergence entre systèmes juridiques de l'Union européenne. Cependant, les juristes du continent, héritiers de la tradition romaniste, seront heureux d'apprendre que leurs

mondialisation du droit d'un cosmopolite tel Teubner⁴⁰⁸, il est possible de s'interroger sur le caractère totalitaire de LA culture juridique, laquelle constitue l'esprit de la relation de l'acteur au droit. En effet, cette idée de LA culture juridique est consubstantielle à toute culture. « *L'affirmation culturelle est la conséquence de la reconnaissance simultanée du « nous » et de la différence culturelle : elle a pour effet l'abolition – au dedans du « nous » – de tout écart qui viendrait mettre en péril la valeur d'intégration et d'unité narcissique dans*

droits peuvent cependant converger car « aucune des différences [qui sépare par exemple « les cultures juridiques italienne, française et hollandaise] n'est fondamentale ou irréductible de la façon dont l'est la différence épistémologique entre les traditions 'civiliste' et de Common Law », (P. Legrand, « European Legal Systems Are not Converging », *op. cit.*, p. 63, t.d.a., « none of these differences is fundamental or irreducible in the manner of the epistemological difference between the civil law and common law traditions »). En outre, la raison pour laquelle les mentalités juridiques continentales ne sont pas si différentes et les droits de tradition civiliste pourraient éventuellement converger consiste en ce que « [l]es systèmes juridiques civilistes représentent différents états d'équilibre (ou différentes solutions stables) sur le thème du système institutionnel de Gaius – une condition qui les différencie, en tant que groupe, des systèmes de Common Law lesquels, en tant que groupe, ne présentent aucune variation du thème institutionnel de Gaius », (*Ibid.*, t.d.a., « The civilian legal systems represent diverse states of equilibrium (or different stable solutions) on the theme of the Gaian institutional system – a condition which differentiates them, as a group, from common law jurisdictions which, as a group, do not offer any variation on the Gaian institutional theme »). Et l'on est soudain frappé de constater, sans s'arrêter sur ces affirmations qui pourraient susciter des critiques de la part de certains historiens du droit, qu'un auteur ayant répété sans relâche qu'une règle de droit n'était pas qu'un texte et que tout transplant juridique ne pouvait exister en raison du caractère intransposable du sens de la règle, de son interprétation, d'un système juridique à l'autre, parvienne à regrouper ensemble les droits français, italien et hollandais... sur le fondement des Institutes de Gaius, écrits par ailleurs bien avant l'apparition même de ces pays... L'esprit du peuple romain aurait-il survécu à travers le temps et l'espace pour venir s'incarner au cœur des différentes communautés interprétatives de l'Europe continentale ?

Pour une très belle étude de cette question, cf. G. Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2003, chapitre 4 « Institutions and Concepts », p. 125 *et seq.*

⁴⁰⁸ Cf. G. Teubner, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review*, 1998, vol. 61, n° 1, p. 11, spéc. p. 15 : « Montesquieu, dans son ouvrage *De l'esprit des lois*, pouvait encore soutenir que les lois sont l'expression de l'esprit des nations, qu'elles sont profondément enracinées et inséparables de leurs particularismes géographiques, leurs coutumes et leurs mœurs politiques. (...) De nos jours, en raison des processus historiques à long terme de différenciation et de mondialisation, la situation est en effet différente. L'unité première n'est plus la nation exprimant son esprit unique dans un droit qui lui est propre telle une expérience culturelle qui ne peut pas être partagée par d'autres nations de traditions culturelles différentes. Les lois nationales – à l'instar des économies nationales – se sont plutôt distancées de leur ancrage totale originelle dans la culture d'une nation. Et les processus de mondialisation ont créé un réseau mondial de communications juridiques qui relègue les lois des Etats nations au rang de simples parties régionales de ce réseau en communication étroite les unes avec les autres. », t.d.a., « Montesquieu, in his 'esprit des lois', could still maintain that laws are the expression of the spirit of nations, that they are embedded in and unseparable from their geographical peculiarities, their customs and politics. (...) Today, due to long-term historical processes of differentiation and globalisation, the situation is indeed different. The primary unit is no longer the nation which expresses its unique spirit in a law of its own as a cultural experience which cannot be shared by other nations with different cultural traditions. Rather, national laws – similar to national economies – have become separated from their original comprehensive embeddedness in the culture of a nation. And globalisation processes have created one world-wide network of legal communications which downgrades the laws of the nation states to mere regional parts of this network which are in close communication with each other. ».

De même, *ibid.*, p. 22: « La société d'aujourd'hui ne se présente pas au droit comme l'unité mystique d'une nation, d'une langue, d'une culture, d'une société, comme le Volksgeist au sens de Savigny et Herder, mais plutôt comme une multitude fracturée de systèmes sociaux qui ne permet ainsi que des liens discrets avec ces fragments », t.d.a., « Today's society does not present itself to law as the mystical unity of nation, language, culture and society, as Volksgeist in the sense of Savigny and Herder, but rather as fractured multitude of social systems which allows accordingly only for discrete linkages with these fragments. ».

les espaces et les formations psychiques partagées et communes. »⁴⁰⁹. La culture « *n'ouvre pas d'elle-même l'accès à sa propre différence* »⁴¹⁰. C'est ici que se révèle l'intérêt d'une approche sémiotique du droit. En envisageant celui-ci en tant que discours, elle permet l'accès à l'interdiscursivité et donc intersubjectivité jouant entre et au sein des différents groupes sémiotiques juridiques et dont la règle de droit est le fruit. Expliquons-nous.

La culture juridique, suscitée par la spécification fonctionnelle du droit, est le fruit d'une relation chiasmique entre les règles juridiques (objets) et les interprètes du droit (sujets) : la signification des règles de droit est le fruit de l'interprétation des acteurs du droit : vision ou représentation du droit par ses acteurs tandis que ces derniers voient leur rôle défini en fonction de leur statut, précisément juridique : vision ou représentation des acteurs par le droit. Ces visions ou représentations sont donc intimement entrelacées d'autant plus si l'on pense que le rôle et le statut des acteurs font l'objet d'une interprétation par les acteurs eux-mêmes qui les guide dans l'accomplissement de leur mission juridique. Ainsi, la spécification fonctionnelle au sein du système juridique lui-même génère une pluralité de statuts juridiques : législateur, juge, etc., implique, malgré une éducation juridique souvent commune⁴¹¹, des visions et des interprétations différentes du droit et s'accompagne donc de l'existence corrélative d'une pluralité de groupes sémiotiques, expression ici utilisée pour faire référence à « *un groupe d'individus qui partagent un système particulier de communication [et de signification] qui se limite à eux* »⁴¹², caractérisé par « *un ensemble de conventions relativement au mode de transmission des messages et les codes dans lesquels ils sont transmis* »⁴¹³. « *La similitude requise afin de constituer ces systèmes communs de signification et de communication* » résulte d'une « *combinaison de critères herméneutiques, socio-linguistiques et sémiotiques* » « *qui nous emmène au niveau de la 'structure profonde' de la signification d'une forme particulière de discours. Ce niveau profond contient des 'règles de clôture' spécifiques à des formes particulières de discours* » « *qui limitent la construction du sens dans des formes particulières du discours juridique [et qui] peuvent être*

⁴⁰⁹ O. Douville, « L'identité/altérité, fractures et montages, Essai d'anthropologie clinique », in R. Kaës, *Différence culturelle et souffrances de l'identité*, Paris, Dunod, 1998, p. 12.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 46.

⁴¹¹ P. S. Atiyah et R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 329 *et seq.*, p. 339 *et seq.*, p. 359 *et seq.*, p. 384 *et seq.*. De même, pour des exemples concrets, cf. C. Guarnieri, « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire – Pouvoir judiciaire, indépendance, responsabilité, recrutement, formation, carrière », in M. Troper, *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, à paraître.

⁴¹² B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, *op. cit.*, p. 133, t.d.a., « *here used to refer to a group of people who share a particular system of communication, this system being restricted to themselves* ».

⁴¹³ *Ibid.*, p. 134, t.d.a., « *a set of conventions regarding the media of transmission of messages, and the codes in which they are transmitted* ».

regardées comme partie du 'code' qui définit l'identité de systèmes de communication particuliers »⁴¹⁴. Ainsi, les interprètes du droit, en fonction de leur statut juridique, appartiennent à des groupes sémiotiques différents qui, par leurs conventions respectives, charpentent et limitent chacun leur rapport au droit, leur façon de penser le droit, leur interprétation des règles de droit, qui, chacun, possède une culture juridique qui leur est propre. La culture juridique nationale par exemple n'est donc une qu'en tant qu'elle se rapporte à un système juridique donné. Elle résulte de la rencontre de différentes sous-cultures juridiques c'est-à-dire de l'interdiscursivité prenant place entre différents groupes sémiotiques se livrant à des interprétations réciproques de leurs discours respectifs, discours dont la trace tangible et le réceptacle sont les sources juridiques matérielles – dont certaines jouissent du statut de sources formelles du droit –, et qui contribuent à l'élaboration et à l'évolution du sens de la règle de droit.

Ceci bien sûr n'enlève rien à l'influence de la culture⁴¹⁵ – systèmes de valeurs et croyances de toute nature : politiques, économiques, religieuses etc. – de chaque acteur *qua* individu⁴¹⁶ sur sa compréhension et son interprétation de la règle de droit. Ainsi, au sein d'un même groupe sémiotique peut également exister une pluralité d'interprétations d'une même règle de droit.

Par conséquent, l'existence d'une pluralité d'acteurs du droit suscite inévitablement une pluralité d'interprétations possibles d'une même règle de droit. Le droit apparaît alors comme le fruit d'une intersubjectivité que l'on peut expliquer comme un dialogue ou un jeu incessant entre acteurs et groupes sémiotiques juridiques autour de la signification des règles de droit puisque « *ce sont les utilisateurs qui attribuent leur sens aux règles* »⁴¹⁷.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 134-135, t.d.a., « *the similarity required to constitute common systems of signification and communication* » résulte d'une « *combination of hermeneutic, socio-linguistic and semiotic criteria* » « *which takes us to the 'deep structure' of signification of a particular form of discourse. This deep level contains 'closure rules' peculiar to particular forms of discourse* » « *which constrain the construction of sense in particular forms of legal discourse [and which] may be regarded as part of the 'code' which defines the identity of particular communicational systems* ».

⁴¹⁵ Pour une tentative de définition récente de la culture et de ses liens avec le droit cf. R. Cotterrell, « Law and Culture – Inside and Beyond the Nation State », *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper*, 2009, n° 4.

⁴¹⁶ Chacun est ici libre de définir le rapport des hommes à la culture en fonction de sa propre conception de la question notamment sur le plan de la philosophie politique : communautarisme, libéralisme ou encore républicanisme. Cf. Sur la question, parmi tant d'autres, W. Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle*, Paris, Editions de la découverte, 2001 ; H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Calmann-Lévy, 1961 et 1983 ; P. Pettit, *Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 1997 ; J. Waldron, « Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1992, vol. 25, p. 751, spéc. p. 778 *et seq.* ; C. Taylor, *Sources of the Self : The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

⁴¹⁷ B. S. Jackson, *Making Sense in Jurisprudence*, Roby, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1996, p. 184, t.d.a., « *it is the users who attribute meaning to the rules* ».

Par ailleurs et enfin, d'autres facteurs contextuels peuvent influencer la possible interprétation et donc la signification d'une règle de droit, certains juridiques comme le changement d'autres règles de droit du système juridique considéré ou l'évolution des rapports de celui-ci avec d'autres systèmes juridiques, d'autres extra-juridiques telle l'évolution du contexte sociétal⁴¹⁸. C'est alors que la polysémie de la règle de droit n'apparaît pas comme un défaut mais bien au contraire comme une condition nécessaire de son utilité. Ainsi, « *les catégories utilisées dans le processus juridique doivent rester ambiguës afin de permettre l'accès de nouvelles idées* »⁴¹⁹ ; *ce qui semble une imperfection permet cependant que « les idées de la communauté et des sciences sociales, correctes ou non, contrôlent les décisions au fur et à mesure qu'elles sont acceptées par la communauté »*⁴²⁰. (...) « *Les mots changent afin de recevoir le sens que la communauté leur donne.* »⁴²¹ »⁴²². Ainsi, la pluralité d'interprétations et de significations de la règle de droit n'apparaît donc pas que comme potentialité mais également comme réalité, synchronique, à un même moment, et diachronique, dans le temps.

Or, en ce cas, si le sens ne se surimpose pas à la règle de droit mais la constitue et si plusieurs interprétations et donc plusieurs significations sont possibles, une telle pluralité doit être considérée comme une caractéristique de la règle de droit elle-même, que l'on peut qualifier d'ambiguïté intrinsèque de la règle de droit.

B. Centralité de l'ambiguïté

Si une règle de droit n'est pas qu'un énoncé mais plus fondamentalement l'interprétation de celui-ci, que plusieurs interprétations s'avèrent possibles engendrant une pluralité de significations, penser le changement devient la clé indispensable de la compréhension de ce qu'est une règle de droit, le paradigme⁴²³ selon lequel penser la règle de droit. Comme l'écrivait Bergson : « *si l'on était convaincu de la réalité du changement et si*

⁴¹⁸ On retrouve ici les différents éléments caractérisant l'argumentation en droit tels qu'envisagés dans la première partie de la thèse sous les traits de la théorie de l'argumentation juridique de Neil MacCormick : en ce qui concerne les facteurs juridiques, le sens de la règle par rapport au système juridique considéré : tests de consistance et de cohérence, en ce qui concerne les facteurs extra-juridiques : le sens de la règle par rapport au monde.

⁴¹⁹ E. H. Levi, *An introduction to legal reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, version espagnole, *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, trad. G. R. Carrió, 1964, p. 12.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁴²¹ G. R. Carrió, « Apéndice », in E.H. Levi, *op. cit.*, p. 132.

⁴²² M. Atienza, *Las razones del derecho*, trad. française, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, p. 30.

⁴²³ T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1999.

l'on faisait l'effort pour le ressaisir, tout se simplifierait. (...) C'est que, d'ordinaire, nous regardons bien le changement mais nous ne l'apercevons pas. Nous parlons du changement mais nous n'y pensons pas. Nous disons que le changement existe, que tout change, que le changement est la loi même des choses : oui, nous le disons et nous le répétons ; mais ce ne sont là que des mots, et nous raisonnons et philosophons comme si le changement n'existait pas. »⁴²⁴. Or, « [t]out changement réel est un changement indivisible »⁴²⁵. Une vue inverse est le produit de la décomposition spatio-temporelle du changement et de la rigidification de la règle de droit : croire que le changement, de même que l'interprétation, se surajoute à l'objet – règle de droit. Or, « [i]l y a des changements, mais il n'y a pas, sous le changement, de choses qui changent : le changement n'a pas besoin d'un support. Il y a des mouvements, mais il n'y a pas d'objet inerte, invariable, qui se meuve : le mouvement n'implique pas un mobile. »⁴²⁶.

Si l'on a coutume de penser la règle de droit comme dotée d'une signification fixe, c'est en réalité parce que cette vue possède une justification pratique. Elle est nécessaire à l'action de l'interprète afin qu'il puisse remplir sa mission par la détermination de l'état du droit. « *Le morcellement du changement en états nous met à même d'agir sur les choses, et il est pratiquement utile de s'intéresser aux états plutôt qu'au changement lui-même* »⁴²⁷. Cependant, en réalité, c'est « *[l]'intelligence [qui] combine et sépare ; elle arrange, dérange, coordonne* »⁴²⁸. Ainsi, c'est l'acteur du droit lorsqu'il interprète la règle de droit qui la pare d'une fixité illusoire et éphémère, bien qu'utile⁴²⁹. Il projette sur la règle de droit un caractère statique qui provient en réalité de son appréhension des choses en tant que sujet, qui est une qualité de son mode de pensée, en bref, le résultat d'un anthropomorphisme.

⁴²⁴ H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, Paris, Presses Universitaires de France, 14^{ème} éd., 1999, p. 144.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 162.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 163.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 163.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 147. Pour aller plus loin, cf. *ibid.*, p. 152 : « *Notre connaissance, bien loin de se constituer par une association graduelle d'éléments simples, est l'effet d'une dissociation brusque : dans le champ immensément vaste de notre connaissance virtuelle nous avons cueilli, pour en faire une connaissance actuelle, tout ce qui intéresse notre action sur les choses ; nous avons négligé le reste. Le cerveau paraît avoir été construit en vue de ce travail de sélection.* ».

⁴²⁹ Il convient ici de préciser que l'utilité spécifique de la staticité de la règle de droit est de tenter de satisfaire à l'exigence de sécurité juridique. La perspective de Hart en la matière est intéressante : « *tous les systèmes, de différentes façons, opèrent un compromis entre deux nécessités sociales : le besoin de règles certaines que les personnes privées peuvent de manière sûre appliquer à elles-mêmes en ce qui concerne un large éventail de conduites sans consultation des autorités ou évaluation des enjeux sociaux et le besoin de laisser ouvertes à une résolution ultérieure par un choix officiel informé certaines questions qui ne peuvent être évaluées et résolues correctement que lorsqu'elles surviennent dans un cas concret* », H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 130, t.d.a., « *all systems, in different ways, compromise between two social needs : the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case.* ».

Cependant, une telle appréhension de la règle de droit trouve également une explication dans l'une des caractéristiques fondamentales de celle-ci : la règle n'a de valeur juridique que par sa cristallisation sous le sceau d'une norme dont elle constitue la contrepartie matérielle. Ainsi, la formalisation de la règle de droit lui donne son apparence de rigidité. Mais il ne s'agit en réalité que de l'encapsulation, d'une photographie de son sens au moment où elle est créée ou interprétée par un organe juridique compétent pour ce faire. Cette fixité est en outre le fruit d'une métonymie par laquelle une qualité de la norme, le contenant, est attribuée à la règle de droit, le contenu, lorsque, en réalité, l'invariant n'est pas le contenu de la norme, c'est-à-dire la règle, mais le caractère normatif de la règle de droit⁴³⁰. « *Nous aimons à nous le figurer, parce que, dans un mouvement, ce n'est pas le changement de position qui nous intéresse, ce sont les positions elles-mêmes, celle que le mobile a quittée, celle qu'il prendra, celle qu'il prendrait s'il s'arrêtait en route. Nous avons besoin d'immobilité, et plus nous réussirons à nous représenter le mouvement comme coïncidant avec les immobilités des points de l'espace qu'il parcourt, mieux nous croirons le comprendre.* »⁴³¹.

Cependant, afin de tenter de réellement comprendre ce qu'est une règle de droit sur le plan matériel, il convient de penser celle-ci en la replaçant dans son contexte de mouvement. Par conséquent, si l'on raisonne en termes de « *texture ouverte* »⁴³² de la règle de droit, il n'y a

⁴³⁰ Si l'on approfondit la conceptualisation de la hiérarchie des normes de Merkl abordée dans la première partie de la thèse, on s'aperçoit que le droit est le produit d'une combinaison entre éléments invariables: le caractère normatif de la règle de droit et le rapport logique de production entre normes déterminantes et déterminées et d'éléments variables : le contenu et la forme des normes. Ceci est la raison pour laquelle nous considérons le droit comme un système dynamique et non statique, à la différence de la morale par exemple.

⁴³¹ H. Bergson, *op. cit.*, p. 159.

⁴³² Cf. H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 124 *et seq.*, t.d.a. : « *the open texture of law* ».

Cependant, si nous reprenons le concept de texture ouverte du droit et donc de la règle de droit, ce n'est qu'en le poussant à ses conséquences extrêmes, voire en allant plus loin que Hart lui-même ne serait allé. En effet, selon Hart, il existerait une « *dualité entre un noyau dur de certitude et une pénombre de doute* » (*Ibid.*, p. 123, t.d.a., « *duality of a core of certainty and a penumbra of doubt* ») dans l'application d'une règle de droit, qualifiant la distinction entre cas clairs et cas extrêmes. Cependant, selon notre conceptualisation de la centralité de l'ambiguïté de la règle de droit, tout cas est un cas extrême et nous suivons en cela l'approche de Bernard Jackson, lequel a parfaitement mis en lumière la 'faille' dans le raisonnement de Hart, lorsque, au sujet de la crise dans la communication décrite par Hart dans les cas de pénombre, il explique que « [l]a 'crise' provient ici du fait que les intentions de l'Émetteur de la règle n'ont pas été transmises clairement à son Destinataire. Il semble donc que, malgré les critiques de Hart envers la théorie du droit comme ordre de contrainte, il est toujours attaché à un modèle communicationnel selon lequel ce sont ceux d'en haut qui envoient les règles à ceux d'en bas. Il ne semble pas accepter l'idée que ce sont les utilisateurs (les destinataires) qui attribuent leur sens aux règles. » (B. S. Jackson *Making Sense in Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 189, t.d.a., « *The 'crisis' here derives from the fact that the intentions of the Sender of the rule have not been made clear to the Receiver. It seems, then, that despite Hart's criticisms of the command theory of law, he is still wedded to a communicational model – that those above send the rules to those below. He is not content, so it seems, with the view that it is the users (the receivers) who attribute meaning to the rules.* »). Ainsi, nous concevons la texture ouverte de la règle de droit dans le cadre d'un modèle communicationnel différent de celui sur lequel repose la théorie de Herbert Hart et à même de retranscrire le changement du droit.

rien de plus naturel que l'évolution de son sens et il s'agit toujours de la même règle même si sous une forme renouvelée. Ainsi, « *les règles fixes ne sont pas le point de départ, au contraire, les règles « changent d'un cas à l'autre et elles sont reformulées à chaque cas* »⁴³³ (...). Enfin, le droit devient non pas « un système fermé » mais au contraire un « système ouvert »⁴³⁴ et le raisonnement juridique ne peut pas être simplement déductif, le mouvement des concepts juridiques est plutôt « circulaire »⁴³⁵ : le concept est élaboré à mesure que l'on compare les cas et il peut arriver que le concept soit modifié car, à la fin du processus, ce qui était une circonstance exceptionnelle, quant à l'application du concept en question, devient une règle générale. La 'logique juridique', pourrait-on dire, est une logique particulière, enracinée dans le processus proprement dit du développement du Droit (...) « L'opposition entre la logique et la méthode de la praxis du Droit ne profite ni à l'une ni à l'autre. Le raisonnement juridique a sa propre logique. Sa structure le rend adéquat pour donner un sens à l'ambiguïté »⁴³⁶ »⁴³⁷. Mais alors, comment définir la règle de droit en cause si l'identité-mêmeté de sa signification n'en est pas le critère ?

Tout d'abord, on peut observer qu'il n'y a là rien que de bien ordinaire et citer l'exemple de l'identité humaine. « *Envisagée du point de vue des sciences modernes du vivant, l'identité n'est plus que le résultat improbable et ouvert de jeux combinatoires du comportement de milliards de neurones et molécules. De sorte que l'on se situe là aux antipodes de la vision close et moniste d'une identité statique et ontologique. L'identité ne serait pas ce qui se rapporterait ou serait enclos dans une inscription figée automatique, mais ce qui résulterait de façon dynamique d'une logique ouverte des frayages de leur histoire événementielle.*

Dans le même sens, cf. H.-G. Gadamer, *Truth and Method*, Londres, Sheed & Ward, 2^{ème} éd., 1979, pp. 263-264, cité in M. Krygier, *op. cit.*, p. 253 : « *Chaque génération comprend un texte qui lui est transmis d'une manière qui lui est propre car le texte est une partie du tout de la tradition envers laquelle la génération nourrit un intérêt objectif et dans laquelle elle cherche à se comprendre elle-même. Le vrai sens d'un texte, tel qu'il parle à l'interprète, ne dépend pas des contingences de cet auteur ou du public pour lequel celui-ci l'a écrit originellement. Il ne s'identifie certainement pas à eux puisqu'il est toujours partiellement déterminé également par la situation historique de l'interprète et donc, par la totalité du cours objectif de l'histoire. Le sens d'un texte va toujours, et non occasionnellement uniquement, au-delà de son auteur. C'est la raison pour laquelle comprendre ne consiste pas simplement en une attitude reproductive mais toujours également productive* », de même qu'interpréter, t.d.a., « *Every age has to understand a transmitted text in its own way, for the text is part of the whole of the tradition in which the age takes an objective interest and in which it seeks to understand itself. The real meaning of a text, as it speaks to the interpreter, does not depend on the contingencies of that author and whom he originally wrote for. It certainly is not identical with them, for it is always partly determined also by the historical situation of the interpreter and hence by the totality of the objective course of history ... Not occasionally only, but always, the meaning of a text goes beyond its author. That is why understanding is not merely a reproductive, but always a productive attitude as well.* ».

⁴³³ E. H. Levi, *op. cit.*, p. 10.

⁴³⁴ G. R. Carrió, *op. cit.*, p. 135.

⁴³⁵ E. H. Levi, *op. cit.*, p. 18.

⁴³⁶ G. R. Carrió, *op. cit.*, p. 132.

⁴³⁷ M. Atienza, *op. cit.*, p. 30.

Logique d'organisme qui conçoit le vivant comme une construction inachevée, manquant de totalité à lui-même, ce qui est la condition même de son destin d'associativité et d'échange. »⁴³⁸. L'identité de la règle de droit, soit son sens, de même que celle de l'homme, ne serait donc pas une « *identité-mêmeté* » mais une « *identité-ipséité* »⁴³⁹. L'identité de la règle de droit se construit sur fond de confrontation entre positions des différents acteurs du droit, puisque sa signification est le fruit d'une interdiscursivité / intersubjectivité, et avec ce qui l'entoure, facteurs juridiques : changement des autres règles de droit du système juridique auquel elle appartient et changement des rapports de ce dernier avec d'autres systèmes juridiques ou facteurs extra-juridiques : changement du contexte sociétal.

Ensuite, au-delà des analogies, répondre à la question de la définition d'une règle de droit donnée, en l'espèce le principe de primauté, suppose de redéfinir la définition de la définition elle-même dans le paradigme adopté du changement puisque fondamentalement est en cause le critère de la définition, lequel ne peut être celui de la mêmeté de la signification. Si Bergson appelait de ses vœux une philosophie du changement, il semble que Wittgenstein et Merleau-Ponty se soient engagés dans cette voie. Nous imaginerons donc, l'espace d'un instant, un dialogue entre Wittgenstein et Merleau-Ponty ; après tout, ils auraient pu se rencontrer...

WITTGENSTEIN

– « 66. *Considère, par exemple, les processus que nous nommons 'jeux'. Je veux dire les jeux de pions, les jeux de cartes, les jeux de balle, les jeux de combat, etc. Qu'ont-ils tous de commun ? – Ne dis pas : « Il doit y avoir quelque chose de commun à tous, sans quoi ils ne s'appelleraient pas des 'jeux' » – mais regarde s'il y a quelque chose de commun à tous. – Car si tu le fais, tu ne verras rien de commun à tous, mais tu verras des ressemblances, des parentés, et tu en verras toute une série. (...) Et nous pouvons, en parcourant ainsi de multiples (...) groupes de jeux, voir apparaître et disparaître des ressemblances.*

⁴³⁸ O. Douville, « L'identité/altérité, fractures et montages, Essai d'anthropologie clinique », in R. Kaës, *Différence culturelle et souffrances de l'identité*, Paris, Dunod, 1998, p. 26.

⁴³⁹ Cf. P. Ricoeur, *Sois-même comme un autre*, Paris, Editions du Seuil, 1990, très bel ouvrage dans lequel l'auteur distingue entre l'identité au sens d'*idem* soit identité-mêmeté caractérisée par « *la permanence dans le temps* » (p. 12) et l'identité au sens d'*ipse* soit identité-ipséité, laquelle « *n'implique aucune assertion concernant un prétendu noyau non changeant de la personnalité* » (p. 13). L'intérêt réside ici en ce que, par le concept d'ipséité, Ricoeur fait référence à la définition de soi, laquelle implique une réflexion réflexive sur soi-même, l'emploi du terme « soi » étant à cet égard topique et révélateur de ce mouvement réflexif nécessaire à la détermination de l'identité, c'est-à-dire à l'identification.

Et le résultat de cet examen est que nous voyons un réseau complexe de ressemblances qui se chevauchent et s'entrecroisent. Des ressemblances à grande et petite échelle.

67. Je ne saurais mieux caractériser ces ressemblances que par l'expression d' 'air de famille' (...) Et nous étendons notre concept [de jeu] de la même façon que nous enroulons, dans le filage, une fibre sur une autre. Or, la solidité du fil ne tient pas à ce qu'une certaine fibre court sur toute sa longueur, mais à ce que de nombreuses fibres se chevauchent.

A quelqu'un qui voudrait dire : « Quelque chose est donc commun à toutes ces formations, – à savoir la disjonction de toutes ces propriétés communes –, je rétorquerais : Là, tu joues seulement sur un mot. On pourrait aussi bien dire : « Quelque chose court tout le long du fil – à savoir le chevauchement ininterrompu de ces fibres ».

71. On peut dire que le concept de 'jeu' est un concept aux contours flous. – « Mais un concept flou est-il vraiment un concept ? » – Une photographie qui manque de netteté est-elle vraiment l'image de quelqu'un ? Est-ce même toujours un avantage de remplacer une image indistincte par une image nette ? L'image indistincte n'est-elle pas justement celle dont nous avons besoin ? »⁴⁴⁰.

MERLEAU-PONTY

– « La profondeur [soit l'interprétation changeante, donc la signification évolutive] est le moyen qu'ont les choses de rester nettes, de rester choses, tout en n'étant pas ce que je regarde actuellement »⁴⁴¹.

Appliquée à notre problématique de la définition d'une règle de droit donnée, la reconceptualisation de la définition de la définition sous les traits de l'air de famille nous permet d'identifier la signification d'une règle de droit selon non pas un ensemble fixe de critères mais un faisceau souple d'indices. Cela implique qu'une règle de droit peut voir son sens évoluer tout en gardant son identité, définie en tant qu'identité-ipséité et non identité-mêmeté. Ainsi, par exemple, à un temps t , les indices qui la caractériseront et permettront de l'identifier pourront être : A, D, R, V ; à $t+1$, A, D, S, V ; à $t+2$, D, S, V, Z, etc., et 'pourtant',

⁴⁴⁰ L. Wittgenstein, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁴¹ M. Merleau-Ponty, *op. cit.*, p. 268.

pour les acteurs du droit, ce sera toujours de la même règle de droit qu'il s'agit. Le flou de la définition sur le long terme est ce qui précisément permet à la règle de droit de garder sa netteté à (différents) court(s) terme(s), c'est-à-dire de garder sa pertinence et son utilité, en définitive, son existence. « *Quelles que soient les autres raisons pouvant conduire au changement dans le droit, et il y en a, bien sûr, beaucoup de sources, à la fois internes et externes, le traditionalisme même du droit rend obligatoire son changement. Bien que les interprètes officiels puissent surveiller le présent afin de vérifier qu'il ne s'écarte pas trop loin de leur interprétation du passé, il est impossible pour des traditions de survivre inchangées. (...) Les changements ainsi effectués sont ensuite incorporés à la tradition et seront interprétés de manière traditionnelle* »⁴⁴².

La seule limite selon nous à la définition de la définition en termes de faisceau d'indices réside dans la différence qui existe entre une évolution et une révolution. La révolution n'est pas forcément abrupte et l'évolution peut mener à la révolution puisque certaines caractéristiques disparaissent tandis que d'autres apparaissent. Comment alors reconnaître une révolution ? Il nous semble qu'il est possible d'identifier deux cas principaux. Le premier consiste en la disparition d'une caractéristique fondamentale, le second en une substitution antagonique de cadre herméneutique.

En ce qui concerne le premier cas, la question qui se pose est celle de déterminer comment distinguer une caractéristique fondamentale d'une caractéristique accessoire. Sur le plan logique, il nous semble qu'une caractéristique fondamentale peut être une caractéristique qui détermine la signification de toutes les autres et les unit dans une unité ou communauté de signification. Il s'agit donc d'une clef fondamentale de l'interprétation de la règle elle-même. Cependant, la question de la détermination du sens d'une règle et donc du caractère fondamental de l'un de ses composants est également et de façon cruciale une question subjective, ou plutôt une question intersubjective. Le droit, à l'instar du langage, étant fondé

⁴⁴² Cf. M. Krygier, « Law as Tradition », *Law and Philosophy*, 1986, vol. 5, n° 2, p. 237, spéc. p. 251, t.d.a., « *For whatever else leads to change in law, and there are, of course, many sources both internal and external, the very traditionality of law ensures that it must change. Although authoritative interpreters might police the present to see that it does not stray too far from their interpretation of the past, it is impossible for traditions to survive unchanged. (...) The changes thus made are then incorporated into the tradition and come to be interpreted in the traditional ways.* ». Dans le même sens, cf. également p. 242: « *dans toute tradition écrite complexe, un 'présent' particulier est une strate dans un amoncellement diachronique constamment changeant de dépôts sédimentaires réalisés par des générations de personnes ayant des valeurs, croyances et visions du monde différentes et souvent contradictoires et en compétition. Ce stock composite forme le présent constamment changeant de la tradition à laquelle chaque génération de participants contribue à son tour.* », t.d.a., « *in every complex written tradition, any particular 'present' is a slice through a continuously changing diachronic quarry of deposits made by generations of people with different, often inconsistent and competing values, beliefs, and views of the world. This assorted stock forms the constantly changing present of the tradition, to which each generation of participants contributes in turn.* ».

sur des conventions de sens, une telle détermination, de même que celle de la distinction entre évolution et révolution, est tout simplement le fruit d'une convention entre les acteurs et groupes sémiotiques du droit.

Quant au second cas, lorsque se produit un changement au niveau des principes régissant les conventions de sens elles-mêmes, c'est-à-dire un changement du cadre dans lequel la règle est interprétée, et que les nouveaux principes sont exactement les contraires des précédents, alors le sens de la règle selon l'ancien cadre herméneutique et le sens de la règle selon le nouveau cadre herméneutique sont nécessairement incommensurables puisque dans chaque cas des conventions antagoniques s'appliquent. Il y a donc révolution du sens de la règle et existence de deux règles différentes : l'une selon le premier cadre herméneutique, l'autre selon le second.

Enfin, pour conclure, d'après l'analyse qui vient d'être menée, appréhender le principe européen de primauté en tant que règle de droit signifie que le sens de la règle européenne de primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux est défini en fonction de son emploi au sein du système juridique de l'Union européenne, donc par ses organes juridiques. C'est le cas notamment de la Cour de justice, interprète autorisé du droit de l'Union européenne, qui en a défini de manière assez précise la signification c'est-à-dire le contenu : son caractère absolu, mais aussi les rapports avec d'autres règles de droit européennes : les principes d'effet immédiat et d'effet direct, la responsabilité des Etats membres pour non respect du droit de l'Union européenne, ou encore avec le système juridique de l'Union européenne lui-même : système juridique de type interne et non international comprenant en son sein les systèmes juridiques nationaux en tant que sous-systèmes hiérarchiquement subordonnés. Cependant, si le sens de la règle de primauté est déterminé au sein du système juridique de l'Union européenne, il ne l'est fondamentalement que par un faisceau d'indices du fait de la flexibilité intrinsèque de toute règle de droit : de la centralité de l'interprétation et de l'ambiguïté qui la caractérise. Or, quel peut être l'impact de ces caractéristiques lorsque la règle de primauté est transplantée au cœur d'autres systèmes juridiques, ceux des Etats membres ? Afin de le découvrir et fort de notre analyse de la règle de droit, il convient désormais d'étudier les caractéristiques du concept de transplant juridique.

§2. Caractéristiques d'un transplant juridique

Déterminer les caractéristiques d'un transplant juridique suppose tout d'abord d'en vérifier la possibilité même (A) puis, afin d'inscrire notre démarche dans le paradigme choisi, celui du changement, de l'envisager sous l'angle dynamique d'un processus, c'est-à-dire sous la forme d'une transplantation (B).

A. Une controverse : le transplant juridique est-il possible ?

Le transplant juridique peut, de prime abord, être défini comme la transposition d'une règle de droit⁴⁴³ d'un système juridique – système juridique émetteur – à un ou plusieurs autres systèmes juridiques – systèmes juridiques récepteurs. Or, de l'analyse précédemment menée, il ressort premièrement que la règle de droit est plus que son énoncé, lequel n'est que le terreau sur lequel éclôt sa signification, et deuxièmement que la signification de la règle de droit consiste en son emploi dans le système juridique considéré c'est-à-dire son interprétation par les acteurs dudit système. Ainsi, tout changement de système juridique implique un changement d'interprètes et donc inéluctablement une différence de signification entre la règle de droit telle qu'interprétée dans le système juridique émetteur et la règle de droit telle qu'interprétée dans le(s) système(s) juridique(s) récepteur(s). Surgit alors une interrogation : la règle de droit du système juridique récepteur est-elle la même que celle du système juridique émetteur ou constituent-elles deux règles de droit distinctes, puisque à significations distinctes ? Formulé autrement : le transplant lui-même d'une règle de droit est-il possible ? A cette question, deux réponses opposées peuvent être apportées et l'ont effectivement été notamment lors de la fameuse controverse entre Alan Watson et Pierre Legrand précisément autour du concept même de transplant juridique. Il convient donc d'abord d'en retracer les grandes lignes (1) afin de pouvoir ensuite prendre position sur la question (2).

⁴⁴³ Il convient de se rappeler ici que nous avons circonscrit notre étude dans l'introduction de la présente section au transplant d'une règle de droit, ce qui ne signifie pas qu'un tel transplant ne puisse concerner d'autres éléments de nature juridique, tels une institution, un concept, un raisonnement juridiques.

1. Exposé de la controverse

A tout seigneur, tout honneur, Watson étant le père du concept de transplant juridique, nous commencerons par exposer brièvement sa position. Selon cet auteur, que ce soit dans le contexte du système juridique émetteur ou dans celui du système juridique récepteur, c'est bien de la même règle de droit qu'il s'agit. Et Watson de recourir à une métaphore des plus explicites : « *je suis un cultivateur de tomates. J'ai des bacs, chacun contenant 24 petits pots remplis de compost. Dans chaque pot, je place une graine de tomate que j'arrose et entretiens. Lorsque les plants ont environ six centimètres de hauteur, je les vends. Un acheteur en prend un, le dépose et le plante dans son jardin. La plante déploie rapidement ses racines dans le sol environnant, très différent. L'acheteur l'entretient avec ses propres produits, très différents des miens. Le plant de tomate est dans un ethos très différent, duquel son futur dépend. Même le soleil le frappe de manière différente. Le plant de tomate s'épanouira peut-être ou bien même dépérira. (...) Maintenant, pour poser une question que les philosophes grecs n'avaient pas envisagée : le plant de tomate est-il le même que celui qu'il était sous mes soins ?* »⁴⁴⁴. La réponse de Watson est bien évidemment positive. Un plant de tomate est toujours un plant de tomate, de même qu'une règle de droit est toujours une règle de droit. Ce n'est pas ici sous-estimer l'importance de l'interprétation dans la signification et donc l'identité de la règle de droit considérée⁴⁴⁵, c'est simplement remarquer que l'évolution du sens d'une règle de droit est naturelle, même au sein d'un seul et unique système juridique⁴⁴⁶, comme nous l'avons par ailleurs précédemment démontré. Le changement de signification de la règle de droit ne constitue donc pas en soi un obstacle à la possibilité de sa transplantation.

⁴⁴⁴ A. Watson, « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4.4, paragraphe VII, t.d.a., « *I am a tomato grower. I have plastic trays each with 24 small containers filled with a soil mix. Into each container I place a tomato seed, which I proceed to water and fertilize. When the plants are about six centimeters tall, I sell them. A buyer takes one, pinches it out of its container, and plants it in his yard. The plant soon stretches out its roots into the surrounding, very different soil. The purchaser fertilizes it with his own, different from mine, fertilizer. The tomato plant is in a very different ethos on which its future depends. Even the sun strikes it differently. The tomato plant may flourish or even wither. (...) Is the tomato plant the same plant as it was under my care ?* ».

⁴⁴⁵ Cf. Pour un exemple, A. Watson, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 14 : « *Connaître un système juridique ce n'est pas simplement avoir appris ses règles mais c'est aussi comprendre la façon dont les règles sont associées, dont le système est structuré, dont les règles sont interprétées.* », t.d.a., « *To know a legal system is not just to have learned its rules, but to understand how the rules are put together, how the system is structured, how the rules are interpreted.* ».

⁴⁴⁶ Cf. A. Watson, « Legal Transplants and European Private Law », *op. cit.*, paragraphe I, dont la démonstration est résumée par la phrase suivante : « *Il est banal de relever que la même règle de droit opère de façon différente dans deux pays : elle opère de manière différente même dans un seul.* », t.d.a., « *It is banal to notice that the same legal rule operates differently in two countries : it operates to different effect even within one.* ».

Legrand, quant à lui, défend la position inverse et, à cette fin, commence par attaquer / déformer la position de Watson, lui attribuant le raisonnement suivant : « *le droit, c'est les règles et uniquement cela, et les règles sont de simples énoncés propositionnels et uniquement cela. Ce sont ces règles qui voyagent entre juridictions, qui sont déplacées, qui sont transplantées. Parce que les règles de droit ne sont socialement connectées d'aucune manière significative, les différences concernant « les facteurs historiques et les modes de pensée » ne limitent pas ou ne modifient pas leur transplantabilité. Une règle donnée est potentiellement également chez elle de partout* »⁴⁴⁷. C'est ainsi à partir d'un tel 'portrait' de la position de Watson, dépourvue d'après Legrand de toute compréhension de la centralité de l'interprétation dans la signification et l'identité d'une règle de droit, que cet auteur peut ensuite affirmer qu'il « *n'est pas d'accord avec le raisonnement de Watson, lequel fournit une explication inadéquate des interactions entre juridictions – résultat d'une appréhension appauvrie de ce qu'est le droit et de ce qu'est une règle de droit* »⁴⁴⁸ pour mieux ensuite exposer *a contrario* sa propre conceptualisation de ce qu'est une règle de droit et 'non-conceptualisation' de ce qu'est un transplant juridique. « *[D]u fait de ce qu'elles sont réellement, les règles ne peuvent voyager. En conséquence, les 'transplants juridiques' sont impossibles.* »⁴⁴⁹. Quelle est donc la définition d'une règle de droit proposée par Legrand justifiant une telle prise de position ? « *Le sens de la règle est un composant essentiel de la règle ; il participe du caractère de règle de la règle. (...) [L]e sens de la règle est fonction des présupposés épistémologiques de l'interprète qui sont eux-mêmes historiquement et culturellement conditionnés. (...) Une interprétation est donc toujours un produit subjectif et ce produit subjectif est nécessairement un produit culturel : l'interprétation est, en d'autres termes, le résultat d'une compréhension particulière de la règle, laquelle est influencée par une série de facteurs (beaucoup d'entre eux intangibles) qui auraient été différents si l'interprétation était intervenue en un autre lieu (...). [I]l s'ensuit nécessairement qu'il ne pourrait y avoir réellement de 'transplant juridique' que si à la fois l'énoncé propositionnel en tant que tel et la signification qui lui est conférée – qui ensemble constituent la règle –*

⁴⁴⁷ P. Legrand, « What 'Legal Transplants' ? », in D. Nelken et J. Feest (dir.), *Adapting legal cultures*, Oxford, Hart, 2001, p. 55, spéc. p. 57 et seq., t.d.a. : « *law is rules and only that, and rules are bare propositional statements and only that. It is these rules, which travel across jurisdictions, which are displaced, which are transplanted. Because rules are not socially connected in any meaningful way, differences in 'historical factors and habits of thoughts' do not limit or qualify their transplantability. A given rule is potentially equally at home anywhere* ».

⁴⁴⁸ *Ibid.*, t.d.a. : « *I disagree with Watson's reasoning which provides an inadequate explanation of interactions across jurisdictions – the result of an impoverished apprehension of what law is and of what a rule is.* ».

⁴⁴⁹ *Ibid.*, t.d.a. : « *because of what they effectively are, rules cannot travel. Accordingly, "legal transplants" are impossible.* ».

étaient transportés d'une culture à une autre. Etant donné que le sens investi dans la règle est lui-même propre à une culture donnée, il est cependant difficile de concevoir comment ce transfert pourrait se produire un jour. (...) En conséquence, un élément crucial du caractère de règle de la règle – sa signification – ne survit pas au voyage d'un droit à l'autre. »⁴⁵⁰. Tout transplant juridique est donc impossible : C.Q.F.D.⁴⁵¹.

Ainsi, pour Legrand, la controverse l'opposant à Watson tourne autour de la question centrale suivante : « l'interprétation de la règle de droit constitue-t-elle une caractéristique essentielle de celle-ci (Legrand) ou est-elle seulement un élément contextuel se surajoutant à son essence (Watson tel que dépeint par Legrand) ? » alors qu'aux yeux de Watson, la différence entre sa position et celle de Legrand se joue autour de la question suivante : « étant donnée précisément la centralité de l'interprétation et donc de l'ambiguïté de la règle de droit, le changement de signification de cette dernière signe-t-il l'impossibilité de tout transplant (Legrand) ou non (Watson) ? ». Quelle position adopter dans une telle controverse ? Possibilité ou impossibilité du transplant juridique ?

2. Evaluation de la controverse

Afin de prendre position quant à la possibilité ou non du transplant juridique, nous nous fonderons sur les caractéristiques précédemment dégagées de la règle de droit. Comme le souligne Legrand, la signification et donc l'interprétation de la règle de droit constituent des éléments fondamentaux de la définition de cette dernière mais ceci, contrairement à ce que Legrand pense, Watson ne le nie pas. Cependant, comme le note Watson, cette considération ne fait absolument pas obstacle à la transplantation de la règle de droit. En effet, l'ambiguïté de la règle de droit est une caractéristique intrinsèque de celle-ci et le sens d'une règle de droit

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 57 et seq., t.d.a. : « *The meaning of the rule is an essential component of the rule; it partakes in the ruleness of the rule. (...) [T]he meaning of the rule is a function of the interpreter's epistemological assumptions which are themselves historically and culturally conditioned. (...) An interpretation, then, is always a subjective product and this subjective product is necessarily a cultural product : the interpretation is, in other words, the result of a particular understanding of the rule that is influenced by a series of factors (many of them intangible) which would differ if the interpretation had occurred in another place (...). [I]t must follow that there could only occur a meaningful "legal transplant" when both the propositional statement as such and its invested meaning – which jointly constitute the rule – are transported from one culture to another. Given that the meaning invested into the rule is itself culture-specific, it is difficult to conceive, however, how this transfer could ever happen. (...) Accordingly, a crucial element of the ruleness of the rule – its meaning – does not survive the journey from one law to another. ».*

⁴⁵¹ Abréviation usuelle de l'expression : 'ce qu'il fallait démontrer'.

a pour vocation de changer, quel que soit le système juridique dans lequel elle se trouve, qu'elle en change ou non. Son évolution constitue une condition de sa survie dans le temps.

De plus, la position de Legrand quant à l'impossibilité de tout transplant juridique semble guidée par l'adoption d'une définition quelque peu rigide de la définition d'une règle de droit ou plutôt de la définition de la définition. Selon cet auteur, une définition se caractérise par un certain nombre d'éléments déterminés et fixes ce qui implique que tout changement dans la signification d'une règle de droit, c'est-à-dire dans sa définition, équivaut à un changement de règle. Ainsi le changement de la signification d'une règle de droit lors de sa transposition dans un autre système juridique prouve précisément qu'il ne s'agit plus de la même règle et qu'il existe en réalité deux règles de droit différentes correspondant à deux systèmes juridiques différents. Cela démontre qu'une telle transposition ou transplantation s'avère purement et simplement impossible. Cependant, conformément à l'analyse précédemment menée de la règle de droit, nous ne partageons pas la définition de la définition adoptée par Legrand. Selon nous, la définition d'une règle de droit, à l'instar de toute définition, ne se caractérise pas par un ensemble de critères fixes mais par un faisceau souple d'indices. Par conséquent, le changement de sens de la règle de droit modifie certes le contenu de la définition de la règle mais non son identité. Le transplant d'une règle de droit est donc d'autant plus possible que l'évolution de sa définition ne la transforme pas en une autre règle : c'est bien toujours de la même règle qu'il s'agit. Ainsi, la différence de signification d'une règle de droit d'un système à l'autre n'est pas suffisante pour disqualifier la possibilité du transplant juridique.

Cependant, s'il semble que nous adhérons à la position de Watson, tel est le cas uniquement en ce qui concerne la réfutation par cet auteur de l'impossibilité du transplant juridique. Si nous contestons la validité des propos de Legrand, nous n'épousons pas pour autant ceux de Watson. En effet, une différence d'approche ou différence méthodologique nous sépare, de même que, selon nous, et au-delà des caricatures de la position de chaque auteur par l'autre, c'est fondamentalement une différence d'approche de la question du transplant juridique qui sépare la position de Watson de celle de Legrand. Ainsi, notre approche diffère à la fois de celle de Watson et de celle de Legrand. Expliquons-nous.

Appréhender tout d'abord la différence existant entre la démarche de Watson et celle de Legrand, c'est en réalité comprendre la différence de méthodologie séparant l'historien (auquel Watson s'apparente) du juriste (Legrand). A cet égard, la description de Krygier est des plus instructives : « *Un historien, qua historien, est étranger aux traditions qui font*

autorité sur le plan interne du droit, même s'il peut avoir besoin d'être un étranger empathique. Un juriste est nécessairement amené à invoquer les règles juridiques d'interprétation, non parce qu'il est un historien de qualité inférieure mais parce que, en tant que juriste, il n'est pas un historien du tout. Il est un participant dans une tradition juridique pour lequel les lois sont importantes principalement non comme sources d'indices relatifs à des événements d'un passé sans eux caché mais comme matériels authentiques desquels le sens doit être extrait par des moyens autorisés à cette fin pour permettre que des réponses à des problèmes contemporains puissent être élaborées, ou du moins être justifiées publiquement aux yeux des autres connoisseurs de la tradition. »⁴⁵². Ainsi, pour l'historien du droit comme pour Watson, la principale question est une question de filiation des règles de droit à partir de sources juridiques matérielles collectées dans différents systèmes juridiques, le système juridique de référence est donc celui d'origine soit le système juridique émetteur. Pour le juriste au contraire, comme pour Legrand, le principal intérêt réside dans le destin de la règle initiale dans les différents systèmes juridiques dans lesquels elle est importée. Ainsi, le système juridique de référence est le système juridique de réception. Cette différence d'approche, de système juridique de référence : système juridique émetteur *versus* système juridique récepteur, explique que chacun de ces auteurs n'envisage pas la règle de droit sous le même angle. Du point de vue historique, il est fascinant de retracer les essaimages d'une règle de droit à travers le temps et les systèmes juridiques. Du point de vue juridique, il est intéressant de focaliser son attention sur l'interprétation d'une règle de droit au sein du ou des systèmes juridiques considérés.

Cependant et ensuite, si notre approche est juridique à l'instar de celle de Legrand, cela ne signifie pas qu'elle lui soit identique. Ainsi, afin d'expliquer les différences existant entre notre approche et celles tant de Legrand que de Watson, nous aimerions avoir recours à une classification mise au point par Jerzy Szacki et qui selon nous capture à merveille l'esprit de cette différence d'approche. La typologie de Szacki a en réalité pour objet d'appréhender trois conceptions différentes de la tradition et non du transplant juridique. Cependant, la tradition ou la problématique du lien entre le passé et le présent a cela de commun avec le transplant

⁴⁵² M. Krygier, *op. cit.*, p. 250, t.d.a. : « *An historian, qua historian, is an outsider to the internally authoritative traditions of law, even though he may need to be an empathic outsider. A lawyer is bound to invoke legal rules of interpretation, not because he is an inferior historian, but because, qua lawyer, he is not an historian at all. He is a participant in a legal tradition, for whom statutes are primarily important not as sources of clues to events in the otherwise hidden past, but as authoritative materials from which meanings must be extracted by authorized means, to enable responses to present problems to be fashioned; or at least to be publicly justified to other cognoscenti of the tradition.* ».

d'une règle de droit d'un système juridique à un autre : la concept(ualisat)ion du changement. Elle s'avère donc très instructive en l'espèce. « Szacki distingue entre trois différents centres d'intérêt ou d'attention des auteurs en matière de tradition, rarement distingués (...). Le premier se concentre sur le processus ou l'activité de communication entre les générations (...). C'est ce à quoi il est fait référence lorsque sont évoquées les choses qui sont transmises par la tradition et concerne essentiellement les moyens d'une telle transmission. La seconde, que Szacki appelle la conception objective de la tradition, s'occupe des traditions en tant que dépôts de l'histoire, en tant qu'héritages concrets du passé (...). La troisième conception, subjective, de la tradition se rapporte à l'attachement normatif d'une génération donnée (...) au passé, « cette forme particulière de valeur dont la défense (...) implique le rappel de ses racines dans le passé »⁴⁵³. »⁴⁵⁴. Or, il nous semble précisément que la conception de Watson, caractérisée par une approche historique, correspond à une conception objective de la question du transplant juridique. Celle de Legrand, caractérisée par une approche culturelle, correspond à une conception subjective. Enfin, l'approche que nous avons choisi d'adopter peut être dépeinte comme correspondant à la première conception proposée par Szacki : une approche s'intéressant au processus lui-même de transplantation de la règle de droit d'un système à l'autre, donc octroyant une égale importance tant au système juridique émetteur qu'au système juridique récepteur ainsi qu'aux moyens d'une telle transplantation. En effet, si est acquise la possibilité du transplant juridique, la question centrale concerne la façon dont un tel processus opère. Ainsi, pour utiliser une métaphore de Jhering reprise par la comparatiste Esin Örüçü, « les vraies questions ne peuvent pas concerner le refus de la quinine mais comment il convient de la prendre. Avec de l'eau ? Avec un autre jus ? La valeur d'un dé à coudre ? D'une tasse ? Mâchée ? Avalée d'un coup ? », ce qui importe c'est « la structure de ce qui est accepté et la technique selon laquelle, la façon dont [la règle de droit] est acceptée »⁴⁵⁵.

⁴⁵³ « J. Szacki, *Tradycja, Przegląd problematyki*, Warszawa, 1971, p. 155 ».

⁴⁵⁴ M. Krygier, *op. cit.*, p. 255, t.d.a. : « Szacki distinguishes between three major foci of attention of writers on tradition, which are rarely distinguished (...). The first focuses on the process or activity of communication between generations, of transmission of elements of culture from one generation to another. It is what is referred to when we speak of things being passed on by tradition, and is much concerned with the means of such transmission. The second, which Szacki calls the objective conception of tradition, is concerned with traditions as historical deposits, as actual inheritances from the past (...). The third, a subjective conception of tradition, has to do with the evaluative commitment of a given generation to (...) the past, 'that specific kind of value, whose defence (...) involves on calling on its descent from the past'. », emphases dans le texte.

⁴⁵⁵ E. Örüçü, « Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4.1, p. 15, t.d.a. : « the real questions cannot be about refusing quinine, but how one takes it. With water? With another juice? In a thimble? A cup? Chewed? Swallowed whole? » ; « the structure of what is accepted and the technique of how it is accepted ».

Par conséquent, s'il convient de se concentrer sur le processus de transplantation de la règle de droit, plus que sur le concept de transplant juridique, comment caractériser celui-là ?

B. Un processus : la transplantation juridique

Si l'on reprend l'analogie du plant de tomate utilisée par Watson, le plant change de terreau de même que la règle de droit change de système juridique. Or, le plant se doit d'être replanté et entretenu de telle manière qu'il puisse déployer ses racines dans ce nouveau sol et survivre, voire s'épanouir. De même, la règle de droit exogène doit être interprétée par les acteurs du système juridique récepteur de manière à ce qu'elle puisse faire sens au sein dudit système, c'est-à-dire par rapport aux autres règles de droit qui le composent, et s'y épanouir. La réussite de la transplantation suppose donc l'appropriation endogène de la règle exogène par le système juridique récepteur. Les interprètes dudit système doivent établir des connexions nouvelles entre la règle de droit transplantée et les règles qui l'entourent. Ce phénomène intervient sur deux plans différents mais complémentaires : l'un formel, l'autre matériel.

En effet, sur le plan formel, il faut se souvenir que toute règle de droit constitue le versant matériel d'une norme juridique. Or, comme il a été relevé dans la première partie, tout système juridique se caractérise par un rapport logique de production entre normes juridiques déterminantes et normes juridiques déterminées, les premières posant les conditions de validité des secondes. Ainsi, la transplantation d'une règle de droit dans un nouveau système juridique suppose un changement de 'coquille' de la règle : de celle d'une norme du système juridique émetteur à celle d'une norme du système juridique récepteur. La règle de droit transplantée s'encastre donc dans le rapport logique de production des normes du système juridique de réception et devient à la fois, en fonction de sa position dans la pyramide des normes dudit système, norme juridique déterminée par une ou d'autres normes de ce système et norme juridique déterminante d'une ou d'autres normes de ce système. C'est ainsi que la règle de droit transplantée doit faire sens avec, établir des ramifications vers les autres règles du système de réception.

De plus, et plus largement, ce point se trouve conforté sur le plan matériel par une autre particularité de la règle de droit précédemment relevée : ses liens avec d'autres éléments d'ordre juridique. Ainsi, une institution juridique est en réalité un faisceau de règles de droit,

un concept juridique est contenu dans une, voire plusieurs, règles de droit, un raisonnement juridique sert à l'interprétation de différentes règles de droit, une règle de droit appartient à un domaine juridique tel le droit de la famille, le droit constitutionnel, etc. et peut avoir des liens avec d'autres domaines. Sont donc en jeu, sur le plan matériel, les questions de consistance et de cohérence⁴⁵⁶ de la règle de droit importée avec le reste du système juridique récepteur.

Dès lors, il revient aux interprètes du système juridique récepteur qui auront à appliquer la règle d'origine étrangère au sein dudit système de tricoter de nouveaux liens, à la fois formels et matériels, entre la règle et le système par le biais de leur nécessaire réinterprétation, afin qu'ils fassent sens, ensemble, selon les mêmes codes d'interprétation, la même culture juridique. Par conséquent, le transplant juridique se caractérise par une double adaptation ou adaptation réciproque entre la règle de droit importée et le système juridique récepteur. Il s'agit là d'un phénomène jouant en réalité lors de la création de toute nouvelle règle de droit ou interprétation nouvelle de toute règle de droit préexistante dans le système juridique considéré, même s'il est raisonnable de penser que l'adaptation réciproque nécessaire à l'intégration d'une règle de droit dans un système juridique est généralement d'une plus grande ampleur lorsque la règle provient d'un autre système juridique puisqu'elle n'a pas été créée par et selon les caractéristiques du système récepteur.

Ainsi, d'un côté, la transplantation d'une règle de droit suppose son adaptation à la matrice juridique que constitue le système juridique récepteur. A défaut, son utilisation et son utilité risquent d'être amoindries, voire inexistantes. Par conséquent, la ré-interprétation de la règle de droit exogène selon les paramètres et en fonction des caractéristiques du système juridique récepteur constitue une condition nécessaire de possibilité, de réussite, de la transplantation et non, comme le soutient Legrand, le signe de son impossibilité.

D'un autre côté, le système juridique lui-même doit s'adapter aux caractéristiques de la règle de droit. Celle-ci est la source de changements au sein du système juridique récepteur. Comme le souligne Teubner, le transplant « *peut provoquer toute une série d'événements nouveaux et imprévus* » en son sein. Il « *déclenchera une dynamique évolutive dans laquelle le sens de la règle extérieure sera reconstruit et le contexte interne subira un changement fondamental.* »⁴⁵⁷. En effet, la nouveauté de la règle de droit transplantée peut engendrer ou

⁴⁵⁶ Quant à ces notions, cf. Partie I, chapitre I, section II, paragraphe 2.

⁴⁵⁷ G. Teubner, « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review*, 1998, vol. 61, n° 1, p. 11, spéc. p. 12, t.d.a. : « *triggers a whole series of new and unexpected events* », « *will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change* ».

nécessiter la modification d'autres règles du système considéré. Ainsi par exemple, en ce qui concerne la règle de primauté, si celle-ci doit être appliquée au sein des systèmes juridiques des Etats membres plutôt que toute autre règle de droit national contraire, *quid* des règles nationales relatives à la compétence des juridictions nationales pour ce faire ? De plus, il ne faut pas négliger le lien matériel entre une règle de droit et d'autres éléments juridiques tels qu'un concept, une institution, un raisonnement ou encore un domaine, juridiques. Ainsi par exemple, l'interprète du système juridique récepteur considéré peut également observer le mode de raisonnement associé à l'interprétation de la règle transplantée dans le système juridique émetteur ou dans d'autres systèmes juridiques récepteurs et décider de le transplanter également alors qu'il était jusqu'alors inconnu dans ledit système. Ou bien encore, la règle de droit transplantée dans un certain domaine du système juridique récepteur peut inspirer un changement de règle similaire dans un autre de ses domaines. Par exemple, les juges nationaux doivent-ils traiter de la même manière la primauté en matière de droit de l'Union européenne et en matière de droit international ? Enfin, une règle de droit peut aussi être associée à un certain contenu axiologique, différent de celui prédominant dans le système juridique considéré. A titre illustratif, *quid* de la conciliation entre primauté du droit de l'Union européenne et souveraineté nationale⁴⁵⁸? En résumé, la transplantation d'une règle de droit d'un système juridique à un autre questionne les rapports existant entre les différentes règles de droit du système juridique récepteur. Un système juridique n'est pas un cadre passif et immuable dans lequel viendrait à être ajouté un nouvel élément, une nouvelle règle de droit, telle une fleur dans un vase, le système juridique est la somme des règles de droit reliées entre elles par des rapports de logique de production, et au nombre desquelles on peut désormais compter la règle de droit transplantée. Pour éclairer ce point, on peut ici utiliser à titre de métaphore le concept d'espace⁴⁵⁹. La physique moderne a démontré que l'espace n'était pas un « *territoire passif pour tous les événements, comme étranger lui-même aux phénomènes physiques* »⁴⁶⁰. Au contraire, chaque point se définit par rapport à ses coordonnées propres et

⁴⁵⁸ Pour des exemples concrets dans d'autres domaines, cf. récemment, S. J. Whittaker, « Form and Substance in the Reception of EC Directives into English Contract Law », *European Review of Contract Law*, 2007, n° 4, p. 381; E. Łętowska et A. Wiewiórowska-Domagalska, « The Common Frame of Reference – The Perspective of a new Member State », *European Review of Contract Law*, 2007, n° 3, p. 277 ; « Social Justice in European Contract Law : a Manifesto », *European Law Journal*, 2004, vol. 10, p. 653; ou encore, J. Bell, « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe » in J. Beatson et T. Tridimas (dir.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, p. 147 ; J. Schwarze (dir.), *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

⁴⁵⁹ Pour des livres de simplification abordant le concept d'espace, cf. S. Hawking, *L'Univers dans une coquille de noix*, Paris, éd. Odile Jacob, 2001 ; S. Hawking, *Une brève histoire du temps*, Paris, Flammarion, 1991 ; A. Einstein, *Comment je vois le monde*, Paris, Flammarion, 1989.

⁴⁶⁰ A. Einstein, *op. cit.*, pp. 149-150.

participe lui-même à la définition de l'espace plutôt que de prendre place dans un espace à la structure prédéterminée et fixe. Et il en est pour les règles d'un système juridique de même que pour les points de l'espace. Un système juridique évolue au rythme de la configuration de ses règles et l'apparition d'une règle nouvelle, transplantée, en modifie nécessairement la configuration.

Ainsi le transplant juridique se caractérise-t-il par la double adaptation ou adaptation réciproque de la règle de droit transplantée et du système juridique récepteur⁴⁶¹, il s'agit ici d'une condition de succès de la transplantation.

Bien évidemment, « *le succès du transplant sera jugé selon qu'il produit ou non les effets escomptés, qui en sont à l'origine* »⁴⁶². Par exemple, en ce qui concerne le principe de primauté et selon l'analyse menée dans la première partie de la thèse, cette règle a pour but d'après la Cour de justice des Communautés européennes d'assurer le respect du droit communautaire. Si les Etats membres quant à eux acceptent d'appliquer cette règle, c'est également afin d'assurer le respect de leurs engagements communautaires. C'est donc à l'aune de cet objectif qu'il faudra évaluer la réussite ou non du transplant du principe de primauté.

Par ailleurs, l'alchimie particulière présidant à la rencontre entre une règle de droit et un système juridique, étrangers l'un à l'autre, implique que chaque règle de droit transplantée connaît un destin particulier au sein du système récepteur et que chaque système juridique récepteur reçoit et réagit de façon particulière à un même transplant. Il s'agit de différents mariages, singuliers, comme le sont tant les caractéristiques des règles de droit transplantées que des systèmes juridiques récepteurs. Par conséquent, si transplantation d'une règle de droit signifie appropriation endogène par le système juridique récepteur d'une règle de droit exogène supposant une adaptation réciproque de la règle transplantée et du système de réception, alors, dans le cas de la règle européenne de primauté notamment, chaque transplantation est le fruit d'une rencontre originale entre ladite règle et chacun des systèmes juridiques nationaux considérés, le produit d'une adaptation réciproque originale.

⁴⁶¹ Pour d'autres conceptualisations de ce phénomène, cf. par exemple, la fertilisation croisée de John Bell (J. Bell, « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe » in J. Beatson, T. Tridimas (dir.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, spéc. p. 147), ou encore le modèle de la transposition d'Esin Öricü, (E. Öricü, « Law as Transposition », *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, p. 205).

⁴⁶² R. Cotterrell, « Is There a Logic of Legal Transplants ? », in D. Nelken, J. Feest (dir.), *Adapting legal cultures*, op. cit., p. 70, spéc. p. 79, t.d.a. : « *The success of the transplant will be judged by whether or not it has the effects intended, which were the reason for it.* ».

SECTION II. *MINEURE* ou *ADAPTATION RÉCIPROQUE DE LA RÈGLE DE PRIMAUTÉ ET DES SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX*

Afin d'étudier le destin du principe de primauté au sein des systèmes juridiques nationaux, nous avons choisi de conceptualiser celui-ci sous les traits de la problématique de la transplantation d'une règle de droit et de procéder méthodologiquement selon un raisonnement syllogistique. Si la majeure a consisté à définir les conditions de possibilité et donc de réussite d'un transplant juridique : l'adaptation réciproque de la règle de droit transplantée et du ou des systèmes juridiques récepteurs, il convient donc désormais de formuler la mineure, que résume la question suivante : quels atours revêt l'adaptation réciproque de la règle de primauté du droit de l'Union européenne et des systèmes juridiques des Etats membres ? La réponse à cette question permettra de répondre à une autre question, conclusion de notre syllogisme : Y a-t-il eu transplant par les Etats membres de la règle européenne de primauté ? A-t-il réussi ?

Deux options s'offrent alors : soit réaliser vingt-sept études successives de la transplantation du principe de primauté, autant d'études que de systèmes juridiques récepteurs, soit procéder de manière plus synthétique en choisissant des archétypes correspondant à une classification des cas nationaux de transplantation en fonction de leurs caractéristiques. La seconde solution s'impose en raison du sujet de thèse choisi comme il a pu déjà être souligné dans l'introduction de cette seconde partie. Le but ici recherché n'est pas l'analyse *per se* des vingt-sept transplantations nationales du principe de primauté, par ailleurs retracées désormais dans de nombreux ouvrages⁴⁶³, mais la mise au jour du lien entre principe de primauté du

⁴⁶³ Pour mémoire parmi les plus récents et sans compter les études individuelles se concentrant sur le cas d'un Etat membre en particulier : Cf. Entre autres, F. Hoffmeister, « Constitutional Implications of EU Membership : A View from the Commission », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2007, vol. 3, p. 59, offrant un panorama de la situation dans les 27 Etats membres ; J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ.D.J., 5^{ème} éd., 2006, p. 1013 *et seq.*, panorama de la situation dans 25 Etats membres de même que K. Lenaerts, P. Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, p. 678 *et seq.* Pour des analyses à moins grande échelle, cf. T. Groppi, « La 'primauté' del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional : un punto de vista comparado », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n° 5, p. 226, spéc. p. 230 *et seq.*, version italienne parue in *Astrid – Rassegna*, 2005, n° 13 ; M. Claes, The National courts' mandate in the European Constitution, *op. cit.* ; P. Craig, G. de Búrca, EU Law, text, cases, and materials, Oxford, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2008, p. 353 ; A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler (dir.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, Oxford, Hart publishing, 2^{ème} éd., 2000 ; Actes de la conférence internationale « Position of Constitutional Courts following integration into the European Union, Bled, 2004, disponibles à l'adresse suivante : http://www.us-rs.si/en/index.php?sv_path=3583,3367,3368 ; Z. Kühn, « The Application of European Law in the New Member States : Several (Early) Predictions », *German Law Journal*, 2005, vol. 6, n° 3, p. 563 *et seq.* ; D. Piqani, « Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their Attitude towards European Integration », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 2, n° 1 ; W. Sadurski, « 'Solange Chapter 3' : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », *EUI Law Working Paper*, 2006.

droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres et configuration des rapports entre systèmes juridiques de l'Union européenne et des Etats membres, afin d'en capturer le sens profond. Si cela a déjà été réalisé du point de vue du système juridique de l'Union européenne dans la première partie de la thèse, il nous reste à faire de même en ce qui concerne les systèmes juridiques nationaux. Comment dès lors classer les différents cas nationaux ? Quel(s) critère(s) adopter ?

Si l'enjeu est de cerner la réaction des Etats membres au principe de primauté tel que formulé par la Cour de justice des Communautés européennes dès 1964 et par là même à sa vision des rapports qui unissent le droit de l'Union européenne au droit des Etats membres, il semble logique de partir des conceptions nationales des rapports droit de l'Union européenne / droit national dès avant la formulation de ce principe. Or, l'Union européenne est fondée sur des traités internationaux. Il convient donc de débiter par l'examen de la conception des Etats membres de leur rapport au droit international puisque, avant que la Cour de justice ne mette au jour la « *nature spécifique originale* »⁴⁶⁴ de l'Union européenne⁴⁶⁵, celle-ci ne pouvait être considérée que traditionnellement, comme une organisation internationale⁴⁶⁶. Or, en matière de rapports droit international / droit national, deux approches sont habituellement distinguées : l'une moniste, l'autre dualiste. C'est précisément cette distinction ou ligne de démarcation que nous adopterons comme critère de classification des cas nationaux afin de cerner la conceptualisation et le rôle de la règle de primauté dans le cadre national. Toutefois, encore faut-il s'entendre sur les termes et démontrer la pertinence d'un tel critère.

Qu'entend-on tout d'abord par monisme et dualisme ? Il convient en effet de distinguer deux sens possibles, ces concepts pouvant être utilisés par référence soit à une technique soit à une théorie, toutes deux jouant dans le domaine des rapports entre droit international et droit national. Il est d'usage de distinguer en droit international deux modèles de technique d'introduction des traités dans l'ordre juridique interne. Le premier, dit moniste, consiste à intégrer le droit international *qua* droit international directement dans le droit interne sans autre formalité que la ratification de l'engagement international en cause. Le second, dit dualiste, soumet le jeu des dispositions de droit international en cause à des formalités supplémentaires d'incorporation ou réception formelle pouvant aller jusqu'à la conversion desdites dispositions en normes de droit interne. Depuis le siècle dernier, la doctrine a formulé

⁴⁶⁴ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.* p. 1158 *et seq.*

⁴⁶⁵ Bien évidemment, l'Union européenne est ici citée en tant qu' 'héritière' des Communautés européennes créées en 1957.

⁴⁶⁶ Le qualificatif international est ici utilisé au sens large, donc comprenant également la possible qualification d'organisation supranationale, l'idée étant de souligner la nature internationale de l'Union.

un certain nombre de critiques face à une telle classification des techniques d'introduction des traités dans l'ordre juridique interne, celle-ci ne permettant pas selon elle d'appréhender réellement la diversité des techniques existantes. Certains en ont questionné concrètement la pertinence et donc l'utilité⁴⁶⁷ ; d'autres ont essayé de la reformuler tout en y ajoutant de nouvelles nuances⁴⁶⁸. Afin de bien saisir l'enjeu de la question, prenons un exemple concret. Comparons les dispositions de la Constitution française avec celles de la Constitution espagnole en la matière.

Article 55 de la Constitution française de 1958

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».

Article 96 alinéa premier de la Constitution espagnole de 1978

« Les traités internationaux valablement conclus, une fois publiés officiellement en Espagne, font partie de l'ordre interne. »⁴⁶⁹.

A la lecture de ces dispositions, il semble que les formalités requises par les constitutions française et espagnole quant à l'introduction des traités dans l'ordre interne soient les mêmes : conclusion régulière du traité en cause et publication officielle nationale. Dès lors, sommes-nous en présence d'une technique de type moniste ou d'une technique de type dualiste ? En faveur de la classification dans la catégorie 'monisme', peut être défendue l'idée selon laquelle la publication n'est qu'une formalité des plus légères, « *un acte purement matériel qui n'a d'autre but que d'assurer à l'attention des assujettis la publicité nécessaire du traité comme de toute norme juridique* »⁴⁷⁰. En sens inverse, à l'appui de la classification dans la catégorie 'dualisme', peut être argué du fait qu'il y a bien une formalité requise en sus de la conclusion régulière des traités, marquant l'incorporation formelle de ceux-ci dans l'ordre interne. Le caractère épineux de la question soulevée démontre-t-il les limites d'un tel

⁴⁶⁷ Cf. Par exemple, P. Daillier, A. Pellet, Nguyen Quoc D., Droit international public, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1999, p. 229 : « *En réalité, (...) les gouvernements procèdent à l'introduction, non par conformité à une théorie quelconque, mais pour des motifs essentiellement pratiques* ».

⁴⁶⁸ Cf. Par exemple, J. A. Frowein, K. Oellers-Frahm, « L'application des traités dans l'ordre juridique interne », in P. M. Eisemann (dir.), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, La Haye, Londres, Kluwer Law International, 1996, p. 11, ces auteurs distinguant entre approche moniste pure, très proche du monisme, dualiste avec insertion par transformation ou par exécution.

⁴⁶⁹ « *Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.* », t.d.a..

⁴⁷⁰ P. Daillier, A. Pellet, Nguyen Quoc D., *op. cit.*, p. 229, paragraphe 148, emphase dans le texte.

principe de classification ? En réalité, il n'en est rien. En effet, la classification dans l'une ou l'autre des catégories dépend en premier lieu de la conceptualisation sous-jacente ou approche adoptée au sein du système juridique national considéré des rapports droit international / droit interne, soit le choix entre théorie moniste et théorie dualiste, desquelles les techniques en cause tiennent leur appellation. Ces théories, qui ne doivent pas être confondues avec leur utilisation en pratique ou approches choisies par les systèmes juridiques concernés, peuvent de façon très schématique être résumées de la façon suivante. Selon la théorie moniste et par application de l'adage « il ne peut y en avoir qu'un », droit international et droit interne ne forment en réalité qu'un seul et unique système juridique, le premier tirant sa validité du second : monisme avec primauté du droit interne ou le second du premier : monisme avec primauté du droit international. La question de l'introduction des traités en droit interne est donc essentiellement une question de validité⁴⁷¹. Selon la théorie dualiste au contraire, droit international et droit interne forment des systèmes juridiques distincts dont les rapports ne sont en réalité que la juxtaposition de l'appréhension du droit international par le droit interne d'un côté et l'appréhension du droit interne par le droit international de l'autre⁴⁷². La question de l'introduction des traités en droit interne ne peut donc être qu'une question d'applicabilité, tout rapport de validité entre ordres distincts étant exclu⁴⁷³. Ainsi la classification d'une technique d'introduction des traités dans l'ordre interne dans la catégorie 'monisme' ou 'dualisme' est une question d'interprétation et dépend de la conceptualisation sous-jacente ou approche des rapports entre droit international et droit interne adoptée par l'Etat considéré. Ceci explique que le cas français relève d'une approche moniste⁴⁷⁴ alors que le cas espagnol relève d'une approche dualiste⁴⁷⁵. Bien que les formalités constitutionnellement prévues semblent être les mêmes, elles ne sont pas interprétées de la même façon selon le système considéré.

La distinction entre théories, approches et techniques dualistes / monistes étant acquise, en ce qui concerne la transplantation de la règle européenne de primauté dans les systèmes juridiques nationaux, c'est donc l'approche ou la conceptualisation des rapports droit international / droit interne adoptée par les Etats membres qui nous intéresse car elle constitue

⁴⁷¹ Cf. Par exemple, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, notamment p. 318 *et seq.*

⁴⁷² H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1923, vol. 1, n° 1, p. 77, spéc. p. 79 *et seq.* ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999, traduit de l'italien par G. Gidel, p. 49 *et seq.*

⁴⁷³ En ce sens, cf. H. Triepel, *op. cit.*, p. 84 notamment ; D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 55 *et seq.*

⁴⁷⁴ Sur la question, cf. notamment A. Pellet, P. Daillier et Nguyen Quoc D., *op. cit.*, p. 229, paragraphe 148.

⁴⁷⁵ Sur la question, cf. le très bel article de Juan Luis Requejo Pages, « Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, vol. 12, n° 34, p. 41.

l'un des paramètres principaux à prendre en considération du fait du sens profond de la règle européenne de primauté : principe d'interaction entre ordre juridique de l'Union européenne et ordres juridiques nationaux, selon l'étude menée dans la première partie de la thèse. Le critère de classification des cas nationaux retenu est donc celui de l'approche moniste ou de l'approche dualiste des Etats considérés. Le terme 'approche' est ici choisi sciemment car il permet de distinguer le monisme et le dualisme – soit la configuration des rapports de système – sur le plan rhétorique (approche) de leur appréhension sur le plan épistémologique (théorie). En effet, sur ce dernier plan, évoquer les rapports entre systèmes, c'est faire référence au cadre théorique ou paradigme selon lequel ceux-ci font sens. Par contre, sur le plan rhétorique, les rapports entre systèmes ne sont envisagés que comme un argument justifiant l'adoption d'une certaine interprétation des règles du système juridique considéré. Dans le premier cas, la configuration des rapports de système est une finalité, scientifique, dans le second cas, la configuration des rapports de système est un outil de justification des décisions prises notamment par les juges nationaux en matière de primauté du droit de l'Union européenne. Ainsi existe-t-il un lien entre conceptualisation des rapports de système par le juge et par le chercheur : l'usage persistant par le juge d'une certaine conceptualisation à des fins rhétoriques est l'indice pour le chercheur d'un certain modèle des rapports de système sur le plan épistémologique. La présente étude doit donc partir de l'approche retenue, moniste ou dualiste, par les systèmes juridiques nationaux afin d'ébaucher un modèle de leur conception de la règle de primauté du droit de l'Union européenne.

Ne reste plus que la question des cas nationaux sélectionnés, à laquelle les développements précédents apportent une seule réponse logique. Combien de cas choisir ? Le même nombre que d'approches en présence : deux, un archétype moniste et un archétype dualiste. Comment les choisir ? Le principe européen de primauté ayant été formulé en 1964 soit au tout début des Communautés européennes, il peut être intéressant de choisir nos exemples parmi les Etats membres originaires soit la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas ou l'Italie afin de pouvoir analyser leur adaptation à et de ce principe dès l'origine. Au vu des ressources accessibles en la matière, des connaissances juridiques et des compétences linguistiques de l'auteur de ces lignes, les exemples choisis comme archétypes de la

transplantation du principe de primauté seront la France pour les pays membres de tradition moniste et l'Italie pour les pays membres de tradition dualiste⁴⁷⁶.

Enfin, puisque, en accord avec la justification apportée en introduction de cette seconde partie, les conceptions nationales du principe de primauté seront appréhendées à partir de la jurisprudence des juridictions nationales les plus hautes, nous adopterons la méthodologie décrite ci-après afin d'en restituer les grands traits. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, et comme il a pu être relevé dans la première partie, la règle européenne de primauté s'entend de la primauté absolue du droit communautaire sur le droit national, primauté conçue comme un principe de hiérarchie des normes communautaires et nationales et donc, comme une question de validité. S'il convient de retranscrire la réaction des ordres juridiques nationaux à ce principe à travers le récit de l'adaptation réciproque que celui-ci a suscité, cette opération peut être réalisée grâce à l'étude du jeu de deux mécanismes juridictionnels nationaux : le contrôle de conventionnalité (paragraphe premier) et le contrôle de constitutionnalité (paragraphe second). En effet, d'un côté, le contrôle de la conventionnalité des normes juridiques nationales, c'est-à-dire de leur compatibilité avec les normes juridiques européennes, peut permettre de mesurer le degré d'adaptation des systèmes juridiques nationaux à la règle de primauté puisque, par hypothèse, il peut engendrer la censure⁴⁷⁷ des normes juridiques nationales contraires au droit communautaire. De l'autre, le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques communautaires, c'est-à-dire de leur conformité aux normes constitutionnelles nationales, signale les adaptations nécessaires de la règle de primauté elle-même aux particularismes des systèmes juridiques nationaux.

§1. Adaptation des systèmes juridiques nationaux : Le contrôle de conventionnalité des normes juridiques nationales

L'adaptation des systèmes juridiques récepteurs à la règle transplantée présente, dans le cas de la primauté du droit de l'Union sur le droit des Etats membres, une particularité. En effet, le système juridique émetteur nourrit des contacts continus avec les systèmes juridiques récepteurs. Les Etats membres participent à l'élaboration des règles du droit de l'Union européenne tandis que l'Union européenne a les moyens de contrôler l'application de ses

⁴⁷⁶ Ceci n'empêchera pas bien entendu l'évocation d'autres cas nationaux là où la comparaison pourrait s'avérer intéressante. Cependant, afin de ne pas interrompre le fil de la démonstration, la France et l'Italie servant déjà d'archétypes, une telle comparaison interviendra principalement par le biais des notes en bas de page.

⁴⁷⁷ Le terme 'censure' est ici entendu au sens large, la censure pouvant prendre différentes formes de la simple inapplicabilité au cas de l'espèce à la nullité *erga omnes*.

règles par les Etats membres. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes, émettrice de la règle de primauté, peut en suivre l'évolution au sein des Etats membres, systèmes juridiques récepteurs, notamment par le biais de la procédure préjudicielle prévue à l'article 234 TCE et de la procédure contentieuse de l'article 228 TCE. Il s'agit d'un paramètre que les juridictions nationales ne peuvent ignorer dans la formulation de leur jurisprudence⁴⁷⁸. Si l'on s'intéresse donc à la question de l'adaptation des systèmes juridiques récepteurs, celle-ci est nécessairement graduelle et progressive et se joue, par décisions de justice interposées, au rythme du dialogue entre juges nationaux et européens.

De plus, comme il a pu être précisé en introduction, il est possible de classer les systèmes juridiques nationaux, selon l'approche qu'ils ont adoptée de leur rapport au droit de l'Union européenne, en deux catégories : l'approche moniste et l'approche dualiste. Or, comme il a été analysé dans la première partie, il existe un lien intime entre règle de primauté et rapports entre systèmes juridiques nationaux et européen. C'est la raison pour laquelle il peut être intéressant d'utiliser cette distinction entre approches moniste et dualiste comme trame de décryptage de la position des juridictions nationales en matière de primauté du droit de l'Union européenne.

Enfin, le mécanisme de contrôle de conventionnalité des normes juridiques nationales pouvant être mobilisé afin d'assurer le respect des normes juridiques européennes et donc celui du principe de primauté, nous analyserons comment, par le biais d'un tel mécanisme, les juridictions nationales les plus hautes ont adapté à ce principe le système juridique auquel elles appartiennent et ce, à travers l'étude d'un archétype dualiste : l'Italie (A) et d'un archétype moniste : la France (B)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Il ne faut pas oublier, comme il a déjà été mentionné dans l'introduction de cette seconde partie, que la Cour de justice a consacré le principe de la responsabilité de l'Etat pour le fait de ses juridictions cf. C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, C-224/01, *op. cit.* ; C.J.C.E., 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, *Rec.* p. I-5177.

⁴⁷⁹ L'ordre dans lequel seront étudiés les cas italiens et français est guidé par le souhait de favoriser ce qu'il est coutume d'appeler 'le décentrement du sujet'. L'auteur de ces lignes étant française, il est intéressant de commencer par l'étude d'un cas étranger, afin que le cas français apparaisse sous un jour renouvelé, enrichi par la comparaison avec le cas italien notamment.

A. Un archétype dualiste : l'Italie

L'adaptation du système juridique italien a été marquée par la reconnaissance progressive de la règle de primauté du droit de l'Union européenne sur le droit italien (1) et par la mise en place de mécanismes de contrôle juridictionnel (2) à même d'en assurer le respect.

1. Reconnaissance progressive de la règle de primauté

Afin d'examiner si et dans quelle mesure la Cour constitutionnelle italienne a procédé à l'adaptation du système juridique italien à la règle de primauté du droit de l'Union européenne sur le droit italien, il convient de rappeler brièvement⁴⁸⁰ les règles italiennes en vigueur en matière de rapports entre l'ordre juridique italien et l'ordre juridique communautaire à la veille de l'arrêt par lequel la Cour de justice a consacré la règle européenne de primauté : l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*⁴⁸¹.

Or, précisément, la Cour constitutionnelle italienne, saisie par voie incidente, a eu l'occasion de se prononcer quelques mois avant la Cour de justice dans cette même affaire *Costa*⁴⁸² et de rappeler à cette occasion les grandes lignes de sa position traditionnelle. Faisant application d'une conception dualiste des rapports droit italien / droit communautaire, à l'instar des rapports que nourrit le droit italien avec le droit international, la Cour a jugé qu'une loi postérieure à la loi d'exécution du Traité C.E.E. dans l'ordre interne était applicable en l'espèce quand bien même elle serait en contradiction avec de nombreuses dispositions dudit Traité. Si la violation d'un traité peut certes emporter la responsabilité de l'Etat italien sur le plan international, elle ne saurait constituer un obstacle à « *l'empire des lois postérieures* »⁴⁸³, expression de la volonté souveraine de cet Etat⁴⁸⁴. Ainsi, la séparation des ordres juridiques communautaire et italien entraîne la distinction des conséquences juridiques de la violation du

⁴⁸⁰ Cette question a déjà été abordée dans le chapitre premier de la première partie (section 1, paragraphe 1, A, 1) lors de l'exposition de la position défendue par le gouvernement italien près la Cour de justice dans l'affaire *Costa*.

⁴⁸¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156.

⁴⁸² Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14.

⁴⁸³ *Ibid.*, considérant 6, t.d.a. : « *l'impero delle leggi posteriori* ».

⁴⁸⁴ En ce sens, cf. *ibid.*, considérant 6, « *Enfin, ne peut être retenu l'argument selon lequel l'Etat, une fois acceptées des limitations à sa souveraineté, ne pourrait éviter que la loi par laquelle se concrétise un tel comportement, encoure le vice d'inconstitutionnalité s'il voulait reprendre sa liberté d'action.* », t.d.a., « *Non vale, infine, l'altro argomento secondo cui lo Stato, una volta che abbia fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove volesse riprendere la sua libertà d'azione, non potrebbe evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta, incorra nel vizio di incostituzionalità.* ».

droit communautaire sur le modèle de celle opérée entre souveraineté interne et souveraineté externe de l'Etat : inexistantes sur le plan interne, éventuelles sur le plan externe. Il est intéressant de noter que le requérant en l'espèce avait soutenu le raisonnement suivant : la violation de certaines dispositions du Traité C.E.E. par une loi postérieure emporterait sur le plan interne violation indirecte de l'article 11 de la Constitution lequel dispose : « *L'Italie répudie la guerre comme instrument d'attentat à la liberté des autres peuples et comme moyen de résolution des controverses internationales ; elle consent, dans des conditions de parité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les nations ; elle promeut et favorise les organisations internationales ayant une telle vocation.* »⁴⁸⁵. Une telle loi devrait donc être déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle. L'Italie ayant accepté, de par sa participation à la C.E.E., des limitations de souveraineté, y compris dans le domaine législatif, elle se doit de respecter ses engagements communautaires et l'article 11 de la Constitution qui en consacre le principe. Si la Cour constitutionnelle ne dénie pas l'applicabilité de l'article 11 au cas de la C.E.E.⁴⁸⁶, elle en donne cependant une toute autre lecture. L'article 11 ne constitue qu'une « *norme permissive* »⁴⁸⁷ qui ne confère pas à la loi d'exécution du Traité C.E.E. de valeur autre que celle des lois ordinaires, soit aucune valeur constitutionnelle. Conformément à l'approche dualiste, ledit traité est dépourvu de toute validité en droit interne, seule la loi d'exécution *qua* loi italienne en est dotée et, par application de la règle de conflit des lois prévalant dans l'ordre juridique italien : *lex posterior priori derogat*, elle ne peut trouver application en l'espèce.

Dès lors, si l'on se livre à une comparaison de cette décision de la Cour constitutionnelle avec la règle de primauté telle que conceptualisée par la Cour de justice quelques mois plus tard, on ne peut que constater le fossé qui les sépare. Selon la Cour de justice, la primauté du droit communautaire constitue une règle de conflit de normes selon laquelle la norme

⁴⁸⁵ T.d.a. : « *L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.* ».

⁴⁸⁶ A défaut de disposition constitutionnelle spécifique relative à la participation de l'Italie à la C.E.E. et plus tard à l'Union européenne, la question de savoir si la Communauté économique européenne pouvait être qualifiée d'organisation internationale ayant pour vocation d'assurer la paix et la justice entre les nations a souvent été soulevée à l'occasion de recours près la Cour constitutionnelle. La question a également été posée de savoir si l'article 10 de la Constitution ne s'appliquerait pas plutôt que l'article 11, scénario dont le rejet a encore été confirmé récemment par la Cour (cf. Cour constitutionnelle, 24 novembre 2007, n° 349, considérant 6.1), l'article 10 ne se référant qu'aux normes de droit international coutumières.

Sur la question, cf. Cour constitutionnelle, 16 décembre 1965, n° 18 ; F. Astengo, « The Europeanisation of the Italian Constitutional Court », *European Integration*, 2004, vol. 26, n° 2, p. 125, spéc. p. 126.

⁴⁸⁷ Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14, considérant 6, t.d.a. : « *norma permissiva* ».

communautaire doit prévaloir sur la norme interne contraire, même postérieure⁴⁸⁸. Elle est donc ignorée et, en son lieu et place, la Cour constitutionnelle fait usage de la règle italienne *lex posterior* appliquée traditionnellement aux conflits d'ordre interne. De plus, selon la Cour de justice, la règle de primauté, en tant que règle prônant la supériorité hiérarchique des normes communautaires sur les normes internes, s'inscrit dans une approche moniste des rapports droit communautaire / droit national fondée sur l'applicabilité directe des normes communautaires, pourvues d'une validité supérieure par rapport aux normes internes. Il est évident qu'en l'espèce ce schéma ne trouve pas sa place, l'approche dualiste adoptée par la Cour constitutionnelle étant fondée sur l'absence de validité des normes communautaires *qua* normes internationales. En conclusion, si l'Etat italien décidait de transplanter la règle de primauté consacrée quelques mois plus tard par la Cour de justice, une telle opération nécessiterait une certaine adaptation du système juridique italien. C'est précisément ce qu'entreprit la Cour constitutionnelle en 1973.

En effet, par une célèbre sentence *Frontini* du 27 décembre 1973⁴⁸⁹, la Cour constitutionnelle consacra pour la première fois le principe de la primauté des règlements communautaires sur les normes législatives italiennes même postérieures et ce...toujours sur le fondement d'une approche dualiste, cependant quelque peu adaptée, de la question.

Jusqu'alors, l'adoption d'une approche dualiste signifiait qu'en aucune manière les normes communautaires ne pouvaient être prises en considération *qua* normes communautaires en droit interne, seules existaient aux yeux du juge constitutionnel les éventuelles normes nationales de transposition. Cependant, cette position de la Cour constitutionnelle italienne était en opposition flagrante avec la jurisprudence de la Cour de justice prônant l'effet direct de certaines normes communautaires, notamment les règlements⁴⁹⁰. Ainsi, à partir de la sentence *Frontini*, le juge constitutionnel italien adapte sa ligne jurisprudentielle à celle de la Cour de justice : l'approche dualiste adoptée signifie désormais que les normes communautaires à effet direct *qua* normes communautaires s'appliquent en droit italien sans besoin d'une quelconque mesure étatique de transposition, « *comme actes ayant force et*

⁴⁸⁸ Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *op. cit.*: « impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable (...) la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures ».

⁴⁸⁹ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183.

⁴⁹⁰ Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*.

valor de loi dans tous les pays de la Communauté »⁴⁹¹. Plus important encore, c'est l'autonomie même des ordres juridiques italien et communautaire qui commande la prohibition de toute interférence de la part des lois nationales sur le jeu des règlements, dotés d'un effet direct⁴⁹² ; *exit* l'application de la règle de conflit *lex posterior*. Celle-ci s'appliquant à l'endroit des normes internes, elle ne saurait trouver application en l'espèce, l'idée même d'un conflit étant inconcevable. En effet, conformément aux canons de l'approche dualiste, il n'existe aucun lien de validité entre normes communautaires et normes nationales. L'article 11 de la Constitution précédemment cité est toujours interprété comme autorisant la participation de l'Italie à la C.E.E. et c'est précisément en sa qualité de norme permissive qu'il marque l'ouverture de l'ordre juridique italien au jeu des normes communautaires⁴⁹³. Il autorise leur application en droit interne. De validité, il n'est point question. Les ordres juridiques communautaire et italien sont donc présentés par la Cour constitutionnelle comme « *autonomes et distincts bien que coordonnés* » par l'entremise de l'article 11 de la Constitution et ce, « *selon la répartition des compétences fixée et garantie par le Traité* »⁴⁹⁴ et les finalités prévues par ce dernier. Comme la Cour aura l'occasion de le préciser plus tard : « *le rapport entre les deux sources normatives est de compétence et non de hiérarchie ou de succession dans le temps* »⁴⁹⁵. Ainsi, tout en restant fidèle à une appréhension dualiste des rapports entre systèmes juridiques italien et communautaire, la Cour procède à l'adaptation du système juridique italien à la règle de primauté, combinée à celle de l'effet direct de certaines

⁴⁹¹ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, considérant 7, t.d.a. : « *come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità* ».

⁴⁹² *Ibid.* : « *les règlements de la C.E.E., – pour autant qu'ils font montre d'une complétude sur le plan matériel, ce qui donne aux normes intersubjectives leur caractère de règle –, en tant que source immédiate de droits et de devoirs que ce soit pour les Etats ou pour leurs citoyens en tant que sujets de la Communauté, ne doivent pas faire l'objet de mesures étatiques à caractère reproductif, intégrateur ou exécutif qui peuvent en différer ou en conditionner l'entrée en vigueur, et encore moins s'y substituer, y déroger ou les abroger, même partiellement* », t.d.a. : « *i regolamenti della C.E.E., – sempreché abbiano completezza di contenuto dispositivo, quale caratterizza di regola le norme intersoggettive –, come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità, non debbano essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente* ».

⁴⁹³ Cette interprétation a ceci de commode qu'elle permet de pallier à l'absence en Italie de contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois d'exécution des traités européens comme cela est le cas en France par exemple et rend superfétatoire toute révision constitutionnelle avant l'entrée en vigueur des traités européens en Italie. L'article 11 de la Constitution valide à l'avance l'utilisation d'une simple loi ordinaire pour l'exécution desdits traités dans l'ordre interne.

⁴⁹⁴ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, considérant 7, t.d.a. : « *autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato* ».

⁴⁹⁵ Cour constitutionnelle, 7 novembre 1995, n° 482, considérant 7, t.d.a. : « *Il rapporto tra le due fonti è di competenza e non di gerarchia o di successione nel tempo* ».

normes communautaires telle qu'affirmée par la Cour de justice dans son arrêt *Van Gend en Loos* dix ans plus tôt⁴⁹⁶.

Cette adaptation est d'autant plus flagrante que la Cour constitutionnelle fait expressément allusion à l'arrêt *Costa* de la Cour de justice. En effet, elle utilise des formules qui ne manquent pas de rappeler cet arrêt et fait même référence à « *la logique du système communautaire* »⁴⁹⁷. Ainsi, au sujet de la portée de l'article 11 de la Constitution – qu'elle considère comme le point de coordination entre ordre juridique italien et ordre juridique communautaire – elle énonce qu'il « *légitime les limitations des pouvoirs de l'Etat en ce qui concerne l'exercice des fonctions législative, exécutive et judiciaire, rendues nécessaires par l'institution d'une Communauté entre les Etats européens, c'est-à-dire d'une nouvelle organisation interétatique, de type supranational, à caractère permanent, dotée de la personnalité juridique et d'une capacité de représentation* » tout en précisant qu'à « *la Communauté économique, ouverte à tous les autres Etats d'Europe (article 237 du Traité) et conçue comme instrument d'intégration entre les Etats participants aux fins communes de développement économique et social et donc également aux fins de défense de la paix et de la liberté, l'Italie et les autres Etats promoteurs ont confié et reconnu des pouvoirs souverains déterminés, la constituant comme une institution caractérisée par un ordre juridique autonome et indépendant »⁴⁹⁸ rappelant ainsi l'arrêt *Costa* : « *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 (...) 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 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 »⁴⁹⁹. De même, la Cour constitutionnelle caractérise *a contrario* les normes communautaires comme « *non qualifiables de sources de droit***

⁴⁹⁶ Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*.

⁴⁹⁷ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, considérant 7, t.d.a. : « *logica del sistema comunitario* ».

⁴⁹⁸ *Ibid.*, considérant 5, c'est nous qui soulignons, t.d.a. : « *Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale. Alla Comunità economica, aperta a tutti gli altri Stati europei (art. 237 del Trattato), e concepita come strumento di integrazione tra gli Stati partecipanti, per fini comuni di sviluppo economico e sociale, e quindi anche per fini di difesa della pace e della libertà, l'Italia e gli altri Stati promotori hanno conferito e riconosciuto determinati poteri sovrani, costituendola come istituzione caratterizzata da ordinamento giuridico autonomo e indipendente.* ».

⁴⁹⁹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.* p. 1156, c'est nous qui soulignons.

internazionale, né de droit étranger, né de droit interne des Etats pris au singulier »⁵⁰⁰ faisant ainsi allusion à « *la nature spécifique originale* »⁵⁰¹ du droit communautaire selon la célèbre formule de la Cour de justice. Ainsi, la Cour constitutionnelle, en reprenant certaines formules utilisées par la Cour de justice, démontre sa volonté d'adapter le système juridique italien afin de permettre la transplantation de la règle de primauté soit de concilier exigences du droit italien et du droit communautaire à travers une interprétation favorable de l'article 11 de la Constitution.

Cependant, il convient de souligner que de telles allusions à la règle européenne de primauté sont à double usage. Si elles permettent à la Cour constitutionnelle d'afficher sa disposition favorable par rapport à la transplantation de la règle de primauté en droit italien et marque son acceptation de la règle de l'effet direct de certaines normes communautaires⁵⁰², une telle singularisation de la nature de la Communauté lui permet sur le plan rhétorique de justifier son revirement de jurisprudence en opérant une distinction entre le cas du droit communautaire et celui du droit international. L'approche dualiste traditionnelle énoncée en 1964 ne vaut que pour le droit international 'classique' ; la particularité de la Communauté justifie l'adoption d'une approche dualiste différente en ce qui concerne le droit communautaire permettant à la Cour constitutionnelle de consacrer la règle de primauté du droit communautaire. Ceci est d'autant plus net qu'en 1964, la Cour constitutionnelle finissait la justification de sa position de la façon suivante : « [d]e tout ce qui précède il résulte que, aux fins de statuer, il ne convient pas de s'occuper du caractère de la Communauté économique européenne »⁵⁰³. Le changement de position quant à la pertinence de la nature de la Communauté permet donc de justifier un revirement de jurisprudence nécessaire à l'adaptation du droit italien au principe de primauté.

Depuis lors, la Cour est restée fidèle au principe de primauté du droit communautaire en ce qui concerne les règlements et, tirant les conséquences du raisonnement suivi, en a étendu le jeu à toute norme communautaire dotée d'un effet direct en droit interne : directives⁵⁰⁴,

⁵⁰⁰ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, t.d.a. : « *non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati* ».

⁵⁰¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *op. cit.*

⁵⁰² Cf. Preuve *a contrario*, Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 349, considérant 6.1, sentence dans laquelle la Cour distingue le droit de l'Union européenne du droit de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales précisément quant à leur applicabilité directe en droit interne : le premier en étant pourvu, le second non.

⁵⁰³ Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, t.d.a. : « *Da tutto quanto precede si trae la conclusione che, ai fini del decidere, non giova occuparsi del carattere della Comunità economica europea* ».

⁵⁰⁴ Cour constitutionnelle, 2 février 1990, n° 64 ; 18 avril 1991, n° 168.

dispositions conventionnelles⁵⁰⁵, ainsi que leur interprétation par la Cour de justice formulée à l'occasion tant d'un recours préjudiciel⁵⁰⁶ que contentieux⁵⁰⁷.

Il convient également de noter que la règle de primauté du droit communautaire avait déjà été reconnue indirectement dès 1963 dans le cas particulier des lois régionales à la faveur de la répartition de compétences constitutionnellement garantie jouant entre l'Etat et les régions. En effet, dans sa sentence n° 49 du 9 avril 1963, la Cour constitutionnelle, saisie par voie principale sur le fondement de l'article 127 de la Constitution italienne, avait eu l'occasion d'énoncer le principe selon lequel est inconstitutionnelle toute loi régionale, même émise par une région à statut spécial⁵⁰⁸, incompatible avec certaines dispositions du Traité C.E.E., pour non respect des limites de la compétence législative régionale, et plus particulièrement pour violation des compétences de l'Etat en matière internationale. Les régions se doivent de ne pas porter atteinte aux obligations internationales contractées par l'Etat italien, seul sujet de droit international, auquel sont imputés en cette qualité les actes des régions. Ainsi, contrairement au cas des lois ordinaires étatiques, le fait que la loi d'exécution du Traité CEE ait le rang de simple loi ordinaire dans l'ordre juridique italien ne fait pas obstacle au jeu de la règle de primauté. Au contraire, cette dernière bénéficie quant à son application de la répartition de compétences en vigueur entre l'Etat et les régions. En conclusion, si, dans les années soixante, l'Etat, souverain, pouvait, sur le plan interne, violer ses obligations communautaires, les régions, elles, ne le pouvaient pas. Par sa sentence *Frontini*, la Cour constitutionnelle a harmonisé le sort des lois régionales et nationales dans le sens de la reconnaissance de la règle de primauté bien que sur des fondements différents : dans le premier cas, le respect de la répartition des compétences Etat / régions, constitutionnellement garantie, dans le second cas, le respect de l'approche dualiste telle que configurée à la lumière de l'article 11 de la Constitution.

Par ailleurs et suite à sa sentence *Frontini*, la Cour constitutionnelle a également expressément étendu l'obligation de faire application de la règle de primauté à « *tous les sujets compétents dans l'ordre [italien] pour donner exécution aux lois (et aux actes ayant*

⁵⁰⁵ Cour constitutionnelle, 11 juillet 1989, n° 389.

⁵⁰⁶ Cour constitutionnelle, 23 avril 1985, n° 113.

⁵⁰⁷ Cour constitutionnelle, 11 juillet 1989, n° 389.

⁵⁰⁸ C'est-à-dire dotées d'une plus grande autonomie que les régions à statut ordinaire.

force et valeur de loi) – tant à ceux dotés du pouvoir de dire le droit, comme les organes juridictionnels, qu'à ceux privés de tels pouvoirs, comme les organes administratifs – »⁵⁰⁹.

Si la Cour a ainsi par sa jurisprudence autorisé le jeu de la règle de primauté par l'adaptation de la logique dualiste du système juridique italien quant à ses rapports avec le droit communautaire, quels mécanismes de contrôle juridictionnel – sans lesquels la règle de primauté resterait lettre morte – allait-elle mettre en place afin d'en assurer le respect ?

2. Mise en place de mécanismes de contrôle juridictionnel adaptés

Afin de tirer les conséquences de sa consécration de la règle de primauté du droit communautaire sur les lois italiennes même postérieures, quelles formes de contrôle de conventionnalité des lois – entendu au sens matériel de contrôle de la compatibilité des lois par rapport aux normes communautaires dotées d'un effet direct en droit interne – la Cour allait-elle mettre en place ? Comme il ressort du précédent développement, la règle de primauté a fait l'objet d'une reconnaissance différenciée, dans le temps et quant à ses fondements, selon qu'elle trouve à s'appliquer dans le cadre du contentieux ordinaire dans lequel la Cour constitutionnelle intervient par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité ou dans le cadre du contentieux spécial de la répartition des compétences Etat / régions dont la Cour s'occupe à titre principal par le biais du contrôle de constitutionnalité par voie d'action. Il convient donc de distinguer le cas des mécanismes mis en place par la Cour à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité par voie incidente (a) de celui des mécanismes mis en place à l'occasion de son contrôle de constitutionnalité par voie principale (b).

a. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie incidente

Suite à sa reconnaissance en 1973 de la règle de primauté du droit communautaire sur les lois nationales même postérieures, la Cour constitutionnelle précisa les modalités permettant d'assurer concrètement le respect de ce principe dans sa sentence n° 232 du 30 octobre 1975. La question qui se posait alors est la suivante : l'article 11 de la Constitution

⁵⁰⁹ Cour constitutionnelle, 11 juillet 1989, n° 389, considérant 4, t.d.a.: « *tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – ».*

marquant l'ouverture du droit italien à l'applicabilité immédiate des normes communautaires à effet direct, quel est le juge compétent afin d'assurer leur application ? Le contrôle de conventionnalité doit-il ou peut-il être diffus ou concentré ? Quel sort réserver aux normes italiennes incompatibles ? Dans sa sentence de 1975, le juge constitutionnel répond à ces questions en procédant par élimination. En effet, il part des caractéristiques du système juridictionnel italien et des règles de compétence des juges afin de trouver une solution qui permette le respect à la fois de la règle de primauté et des caractéristiques de l'ordre juridique italien. Commençons par la question la plus épineuse : celle du sort des normes internes postérieures et incompatibles avec des normes communautaires à effet direct.

Selon la Cour, doit tout d'abord être rejetée l'hypothèse d'un contrôle diffus par le juge ordinaire, ce dernier n'ayant pas compétence en la matière par application du principe de séparation des pouvoirs. En effet, « *l'ordre en vigueur ne confère pas au juge italien le pouvoir d'écarter l'application [des lois postérieures] sur le présupposé d'une prévalence générale du droit communautaire sur le droit de l'Etat* »⁵¹⁰. Le juge ordinaire n'est pas compétent pour décider de « *la seule norme valablement applicable, ce qui équivaldrait à admettre son pouvoir d'évaluer et de déclarer une incompétence absolue du législateur* »⁵¹¹ italien. De plus, doit également être rejetée comme contraire au principe de la souveraineté de la loi l'hypothèse d'une déclaration de nullité de la loi postérieure. Le transfert de compétences au profit de la Communauté n'entraîne pas « *une privation radicale d'efficacité de la volonté souveraine des organes législatifs des Etats membres* »⁵¹². Il ressort donc logiquement de ces considérations que la seule autorité compétente pour influencer sur le sort des lois dans l'ordre juridique italien est le juge constitutionnel.

Ainsi, afin d'assurer le respect de la primauté d'application des normes communautaires à effet direct sur les lois postérieures, la Cour reconnaît la recevabilité du contrôle de constitutionnalité desdites lois, lesquelles peuvent alors être censurées à la mesure de leur incompatibilité avec les normes communautaires en cause. Cependant sur quel fondement ? Puisque la sentence constitutionnelle n° 183 de 1973 a consacré l'article 11 de la Constitution comme fondement de l'application immédiate et prioritaire des normes communautaires à effet direct, il s'ensuit logiquement qu'est recevable devant la Cour constitutionnelle le

⁵¹⁰ Cour constitutionnelle, 30 octobre 1975, n° 232, considérant 6, t.d.a.: « *il vigente ordinamento non conferisca al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto d'una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato* ».

⁵¹¹ *Ibid.*, t.d.a. : « *la sola norma validamente applicabile, ciò che equivarrebbe ad ammettere il suo' potere di accertare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore* ».

⁵¹² *Ibid.*, t.d.a. : « *una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri* ».

recours dénonçant l'inconstitutionnalité de la loi postérieure incompatible avec le droit communautaire pour violation indirecte de l'article 11 de la Constitution. Constitue une exigence constitutionnelle découlant de l'article 11 le respect du schéma dualiste de relation entre le droit italien et le droit communautaire et par conséquent le respect de l'application immédiate, sans interférence de la part du droit italien, des normes communautaires à effet direct. Ainsi cet article est interprété, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de 1964⁵¹³, comme porteur d'une norme permissive. Cependant, contrairement à cette jurisprudence, il est également plus que cela : il constitue le fondement juridique d'une obligation constitutionnelle de respect du droit communautaire. Il est donc la source de la constitutionnalisation de la règle de primauté sans pour autant attribuer aucun rang, et certainement pas un rang constitutionnel au droit communautaire, issu d'un autre ordre juridique, distinct bien que coordonné. Ce faisant, la Cour permet d'assurer le respect à la fois de la règle de primauté et des caractéristiques du système juridique italien, en l'espèce : le schéma dualiste propre aux rapports entre droit italien et droit communautaire – les normes communautaires étant appliquées *qua* normes communautaires – et les règles de répartition des compétences entre juge ordinaire, juge de l'action, et juge constitutionnel, juge de l'exception. Il s'agissait donc pour le juge constitutionnel d'une solution équilibrée entre respect des engagements communautaires de l'Italie et respect de l'ordonnement du système juridique italien.

Quant au sort des normes exécutive italiennes prises éventuellement en application de normes législatives incompatibles avec des normes communautaires à effet direct, doit ici encore être fait application des règles de répartition des compétences entre juge constitutionnel et juge ordinaire. Le juge constitutionnel n'étant compétent, selon l'article 134 de la Constitution, que pour connaître des questions de constitutionnalité des lois et actes ayant force de loi, la tâche d'écarter l'application desdites normes exécutive revient au juge ordinaire, cependant et uniquement après un jugement d'inconstitutionnalité rendu par la Cour constitutionnelle quant aux normes législatives qui les fondent. A défaut, le fait d'écarter l'application de normes réglementaires reviendrait à reconnaître par ricochet au juge ordinaire le pouvoir d'écarter l'application des lois en cause, compétence qui ne saurait lui appartenir.

Enfin, en ce qui concerne le sort des normes législatives italiennes antérieures, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer expressément sur la question par une sentence n° 163 du 29 décembre 1977. A cette occasion, elle a précisé que la volonté du

⁵¹³ Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14.

législateur ne s'étant pas exprimée après mais avant l'émanation des normes communautaires à effet direct concernées, à l'élaboration desquelles l'Italie a participé, les normes législatives antérieures sont réputées implicitement abrogées dès la survenance de leur incompatibilité avec lesdites normes communautaires et peuvent donc en tant que telles, faire l'objet d'un contrôle diffus et leur application écartée par le juge ordinaire sans besoin pour celui-ci de soulever une exception d'inconstitutionnalité⁵¹⁴.

Cependant, comme il a été précisé dans l'introduction de ce paragraphe, l'adaptation du système juridique italien en vue d'assurer le jeu de la règle de primauté est nécessairement graduelle et construite sur la base d'un dialogue entre juge communautaire et juge italien par décisions interposées. Or, en 1977, un juge ordinaire italien, le *Pretore* de Suse, posa une question préjudicielle à la Cour de justice aux fins de savoir si l'ingénieux mécanisme de contrôle de conventionnalité des lois postérieures mis en place par la Cour constitutionnelle était conforme aux dispositions du Traité C.E.E. et notamment à son article 189 prévoyant l'applicabilité immédiate des normes communautaires à effet direct. En effet, soumettre les lois en cause à un contrôle de constitutionnalité plutôt que de voir leur application directement écartée par le juge ordinaire reviendrait à retarder le jeu des normes communautaires à effet direct dans l'ordre interne. Par un célèbre arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, la Cour de justice répondit sans ambages que :

« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires, qu'en effet, le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les Etats membres, en vertu du Traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté (...) qu'il découle de l'ensemble de ce qui précède que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, à l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition

⁵¹⁴ Cour constitutionnelle, 29 décembre 1977, n° 163, considérant 8.

éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »⁵¹⁵.

Traduction en langage familier : « et patatras ! ».

Par cet arrêt, la Cour de justice a non seulement réaffirmé sa conception moniste des rapports droit communautaire / droit national sous-tendant sa propre conception de la règle de primauté – principe de hiérarchisation des normes communautaires et nationales au profit des premières – mais encore désavoué la savante construction jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne. Comment celle-ci allait-elle réagir ? Allait-elle ignorer l’opinion de la Cour de justice ou abandonner son approche dualiste afin de permettre aux juges ordinaires d’écarter directement l’application de lois nationales incompatibles avec des normes communautaires à effet direct ? Ni l’un, ni l’autre, ou un peu des deux.

Après s’être donné le temps de la réflexion et avoir dans une sentence de 1981 rejeté comme irrecevable une question de constitutionnalité posée sur le fondement de l’article 11 de la Constitution par le Tribunal de Milan relative précisément à la divergence de jurisprudences et de positions théoriques entre la Cour de Justice et la Cour constitutionnelle, la loi réputée incompatible avec des normes communautaires à effet direct étant intervenue en l’espèce avant celles-ci, rendant superflu tout contrôle de constitutionnalité⁵¹⁶, la Cour constitutionnelle trouva, de manière fort astucieuse, le moyen d’ajuster sa position par rapport à celle de la Cour de justice...tout en conservant le fondement dualiste de sa jurisprudence⁵¹⁷ ou, plus encore, tout en poussant, jusqu’à ses conséquences logiques ultimes, son approche dualiste. Ainsi, afin d’assurer une protection juridictionnelle de la règle de primauté à la fois la plus large possible et compatible avec son approche dualiste, la Cour constitutionnelle, dans sa célèbre sentence *Granital* n° 170 du 8 juin 1984, changea le système de contrôle de conventionnalité qu’elle avait instauré tout en revendiquant l’héritage de la sentence *Frontini*.

En réponse directe à la Cour de justice, elle réaffirma les fondamentaux de sa propre conception des rapports droit italien / droit communautaire : « [i]l est un point ferme dans la construction jurisprudentielle des rapports entre droit communautaire et droit interne : les

⁵¹⁵ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l’Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, attendus 17, 18, 21.

⁵¹⁶ Cour constitutionnelle, 26 octobre 1981, n° 176.

⁵¹⁷ Sur la question, cf. P. A. Capotosti, « Quali prospettive nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia », *Quaderni costituzionali*, XXII, n° 3, 2002, p. 559, spéc. p. 560, utilisant par ailleurs la fameuse expression de Barile du ‘parcours communautaire’ de la Cour constitutionnelle italienne. Cf. P. Barile, « Il cammino comunitario della Corte », *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, n° 12, p. 2405.

deux systèmes sont configurés comme des systèmes autonomes et distincts, même si coordonnés, selon la répartition des compétences fixée et garantie par le Traité »⁵¹⁸ tout en ajoutant que la Cour de Luxembourg « *considère, il est vrai, la source normative de la Communauté et celle de l'Etat comme intégrées en un seul système, et donc part de prémisses différentes par rapport à celles retenues dans la jurisprudence de cette Cour. Ce qui importe, cependant, est qu'il est possible de convenir avec le juge communautaire qu'aux normes dérivant du Traité (...) est assurée une efficacité directe et ininterrompue et cela suffit pour s'accorder sur le principe selon lequel le règlement communautaire est toujours et immédiatement appliqué par le juge italien, même en présence de dispositions contraires de la loi interne* »⁵¹⁹. Encore une fois, la Cour constitutionnelle italienne a cherché la conciliation de sa position avec celle de la Cour de justice tout en préservant la logique du système juridique dont elle est la gardienne.

Jusqu'alors, le principal obstacle à ce que les juges ordinaires puissent écarter par eux-mêmes le jeu de lois incompatibles avec des normes communautaires à effet direct et la raison pour laquelle ils se devaient de soulever l'exception d'inconstitutionnalité des lois en cause pour violation de l'article 11 de la Constitution près la Cour constitutionnelle consistaient en ce que la loi interne faisait pour ainsi dire écran et que seule la Cour était compétente pour percer celui-ci. Cependant, en réalité, selon le schéma dualiste adopté par la Cour, « *les normes issues [d'une source communautaire] reçoivent, conformément à l'article 11 de la Constitution, une application directe sur le territoire italien, mais restent étrangères au système des sources de droit internes et s'il en est ainsi, elles ne peuvent, en toute rigueur logique, être évaluées selon les schémas prévus pour la résolution de conflits entre normes de l'ordre italien* »⁵²⁰. En effet, si le droit communautaire constitue un système juridique distinct et autonome et que la seule fonction de l'article 11 est d'autoriser l'application des normes communautaires sur le sol italien et corrélativement des limitations de souveraineté, en réalité,

⁵¹⁸ Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170, considérant 4, t.d.a. : « *Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno : i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato.* ».

⁵¹⁹ *Ibid.*, considérant 6, t.d.a. : « *Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia : e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna.* ».

⁵²⁰ *Ibid.*, considérant 4, t.d.a. : « *Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento.* ».

les lois italiennes ne peuvent faire écran à une telle application puisque normes communautaires et italiennes ne jouent pas dans la même sphère d'application. La Cour de justice avait précisément mis la Cour constitutionnelle sur la voie en déclarant dans l'arrêt *Simmenthal* que : « *le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté, (...) reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les Etats membres* »⁵²¹. Par conséquent, le juge ordinaire italien peut directement écarter l'application de lois italiennes puisque simplement elles ne trouvent pas à s'appliquer. Ceci est la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle a pu par la suite préciser sa terminologie en expliquant qu'il faudrait évoquer « *l'effet de 'non application' de la loi nationale (plutôt que de 'désapplication' qui évoque des vices de la norme en réalité non existants en raison précisément de l'autonomie des deux ordres)* »⁵²². Toute question de constitutionnalité des lois se trouve sans fondement et est donc irrecevable, laissant au juge ordinaire le soin d'écarter l'application des lois nationales, antérieures ou postérieures, non pertinentes en matière communautaire. Le juge constitutionnel redéfinit la terminologie précédemment employée en expliquant également que, conformément à l'approche dualiste retenue, les lois ne peuvent être rendues caduques au sens propre en raison de leur incompatibilité avec des normes communautaires à effet direct, elles s'avèrent tout simplement inapplicables en matière communautaire. Ainsi, le contrôle de conventionnalité des lois assurant le respect de la règle de primauté présente désormais la configuration suivante : conformément à « *la présomption de conformité* »⁵²³ des lois internes aux normes communautaires à effet direct, le juge ordinaire doit tout d'abord essayer de formuler une 'interprétation conforme' des premières par rapport aux secondes « *et par là même au dispositif constitutionnel garantissant le respect du Traité de Rome et du droit qui en dérive* »⁵²⁴. S'il constate une incompatibilité irréductible entre normes italiennes et normes communautaires, il se doit tout simplement d'écarter le jeu des premières. S'il conçoit des doutes quant à l'interprétation adéquate des normes communautaires en cause, il se doit de surseoir à statuer et de poser une question

⁵²¹ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *op. cit.*. C'est nous qui soulignons.

⁵²² Cour constitutionnelle, 18 avril 1991, n° 168, considérant 4, t.d.a. : « *l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti)* ».

⁵²³ Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170, considérant 3, t.d.a. : « *la presunzione di conformità* ».

⁵²⁴ *Ibid.*, t.d.a. : « *e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l'osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato* ».

préjudicielle à la Cour de Luxembourg, seule compétente en la matière.⁵²⁵ En conclusion, par sa sentence *Granital*⁵²⁶, la Cour constitutionnelle est parvenue à adapter le système juridictionnel italien aux exigences liées au respect de la règle de primauté par la mise en place d'un contrôle de conventionnalité adéquat tout en préservant son approche dualiste. Si, en 1984, il est question d'assurer la primauté des règlements communautaires, la Cour constitutionnelle a par la suite expressément étendu le jeu des mécanismes de contrôle précédemment évoqués au cas des directives⁵²⁷ et des dispositions du Traité C.E.E.⁵²⁸ pour autant qu'elles jouissent d'un effet direct en droit interne. Ainsi, afin d'assurer une mise en œuvre efficace de la règle de primauté dans l'ordre interne, la Cour constitutionnelle a accepté le principe d'un contrôle de conventionnalité diffus des lois italiennes et corrélativement rejeté celui d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Cependant, quelle solution allait-elle adopter dans le cadre du contentieux spécial de la répartition des compétences Etat / régions soit dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité par la voie principale ?

b. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie principale

Afin de permettre la préservation de la répartition des compétences entre l'Etat et les régions prévue par le titre V de la Constitution, le constituant italien a instauré un recours par voie d'action au profit tant des régions que du gouvernement leur donnant ainsi la possibilité de contester devant la Cour constitutionnelle la constitutionnalité de lois nationales ou régionales ne respectant pas ladite répartition. Comme il a été précédemment analysé, le contrôle de constitutionnalité par voie principale exercé par la Cour constitutionnelle a été dès 1963⁵²⁹ l'occasion d'opérer un contrôle de conventionnalité des lois élaborées par les régions tant à statut ordinaire qu'à statut spécial⁵³⁰. Dans le cadre du contentieux de la répartition des

⁵²⁵ Il est possible de remarquer à titre de comparaison que c'est le même système que la Pologne, partageant avec l'Italie une approche dualiste (cf. Tribunal constitutionnel, 11 mai 2005, n° K 18/04, pt 12), a décidé d'adopter cf. Tribunal constitutionnel, 19 décembre 2006, n° P 37/05, pt 4.2.

⁵²⁶ Pour une confirmation, cf. notamment, Cour constitutionnelle, 22 février 1985, n° 47 et 48.

⁵²⁷ Cour constitutionnelle, 2 février 1990, n° 64 ; 18 avril 1991, n° 168.

⁵²⁸ Cour constitutionnelle, 11 juillet 1989, n° 389.

⁵²⁹ Cour constitutionnelle, 9 avril 1963, n° 49.

⁵³⁰ La Cour constitutionnelle a par la suite confirmé sa jurisprudence en l'adaptant quelque peu aux évolutions notées précédemment dans le cadre du contentieux ordinaire. Ainsi, le respect des obligations dérivant du Traité C.E.E. constitue, sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, une limite à la compétence législative tant des régions à statut spécial relevant de l'article 116 de la Constitution que des régions à statut ordinaire dont le régime relève de l'article 117 de la Constitution (Cour constitutionnelle, 26 juillet 1979, n° 81 ; Cour

compétences Etat / régions, le contrôle de constitutionnalité par voie principale constitue donc notamment une modalité du contrôle de conventionnalité des lois régionales participant du respect de la règle de primauté. Il est intéressant de se pencher plus avant sur les particularités de ce système spécifique car si sa logique est restée fondamentalement la même, ses modalités ont été adaptées sous l'effet non seulement des évolutions notées dans le cadre du contentieux ordinaire mais encore de la révision en 2001 du Titre V de la Constitution⁵³¹ et plus précisément de son article 117 alinéa premier, lequel dispose désormais que « *La puissance législative est exercée par l'Etat et par les régions dans le respect de la Constitution, mais aussi des liens dérivant de l'ordre communautaire et des obligations internationales.* »⁵³². De plus, une telle mention « *des liens dérivant de l'ordre communautaire* » n'a pas manqué de questionner non seulement l'approche dualiste sous-tendant la conception italienne de la règle de primauté mais aussi par extension la pertinence, dans le cadre du contentieux ordinaire, d'un contrôle de conventionnalité des lois diffus par les juridictions ordinaires en lieu et place d'un contrôle concentré opéré directement par la Cour constitutionnelle⁵³³.

Tout d'abord, suite à la décision *Granital* de la Cour constitutionnelle rendue dans le cadre du contentieux ordinaire et autorisant le contrôle de conventionnalité des lois directement par les juges ordinaires, la question s'est posée de savoir comment il était possible de justifier que d'un côté, le recours par voie d'exception pour violation de l'article 11 de la Constitution en raison du non respect de la règle de primauté était désormais irrecevable alors que, de l'autre, le recours par voie d'action sur un tel fondement restait quant à lui possible. Par une série de sentences du début des années quatre-vingt-dix⁵³⁴, la Cour a confirmé la différence de

constitutionnelle, 18 avril 1979, n° 86). Ceci implique également qu'en cas d'inertie d'une Région (absence de transposition d'une directive ou de mesures d'exécution d'un règlement dans une matière relevant de sa compétence), l'Etat est habilité, en tant que seul responsable en droit communautaire de la violation de ce dernier, à adopter des lois en vue de pourvoir à la bonne exécution du droit communautaire, laquelle représente un intérêt général national (cf. Cour constitutionnelle, 24 juillet 1972, n° 142 ; Cour constitutionnelle, 14 avril 1976, n° 82). De même, la compétence exclusive des régions cède devant l'obligation internationale de transposition des directives et devant les mesures étatiques de transposition directe et nécessaires à une telle finalité (Cour constitutionnelle, 16 juillet 1991, n° 349 ; Cour constitutionnelle, 1^{er} juillet 1992, n° 306).

⁵³¹ Cf. Loi constitutionnelle du 18 octobre 2001, n° 3 (Modification du titre V de la seconde partie de la Constitution, t.d.a. : « *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione* »), G.U., 24 octobre 2001, n° 248.

⁵³² T.d.a. : « *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.* ».

⁵³³ Sur ces questions, cf. la controverse sévissant dans la doctrine italienne, notamment, A. Barbera, « Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari' : una ridefinizione dei confini ? », *Quaderni costituzionali*, 2007, a. XXVII, n° 2, p. 335 ; C. Panara, « I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario cinque anni dopo : *quid novi* ? », *Quaderni costituzionali*, 2006, n° 4, p. 796.

⁵³⁴ Cf. Notamment, Cour constitutionnelle, 10 novembre 1994, n° 384 ; Cour constitutionnelle, 30 mars 1995, n° 94.

solutions prévalant en matière de contrôle de conventionnalité des lois selon le type de contentieux, ordinaire ou spécial, et de lois, nationales ou régionales, en invoquant les raisons suivantes. En ce qui concerne le contrôle par voie incidente ou par voie principale des lois nationales, il s'agit d'un contrôle *a posteriori*, effectué après l'entrée en vigueur desdites lois. Or, les normes nationales et communautaires opérant dans deux sphères différentes, leur incompatibilité matérielle ne peut se traduire par l'invalidité des lois nationales mais peut seulement donner lieu à leur non application dans le cas de l'espèce conformément à la jurisprudence *Granital*. Au contraire, en ce qui concerne le contrôle par voie principale des lois régionales, celui-ci a lieu avant leur entrée en vigueur⁵³⁵. Il y a donc possibilité d'éviter dans ce cas spécifique la promulgation de lois (régionales) incompatibles avec des normes communautaires à effet direct grâce à leur contrôle *a priori*. En outre, le respect par les régions des liens communautaires de l'Etat italien, conformément aux articles 11 et 116 de la Constitution pour les régions à statut spécial, 11 et 117 pour les régions à statut ordinaire, constitue une limite à leur compétence législative. De surcroît, la « *valeur constitutionnelle de clarté normative et de sécurité dans l'application du droit* » joue elle-même dans le sens de « *l'exigence d'épurer l'ordre national des normes incompatibles avec celles communautaires* »⁵³⁶. Ainsi, la différence existant entre le moment auquel intervient le contrôle de constitutionnalité par voie principale dans le cas des lois régionales, *a priori*, et celui auquel intervient le contrôle de constitutionnalité par voie incidente des lois tant régionales que nationales, *a posteriori*, justifie la différence de traitement du moyen tiré de la violation de l'article 11 de la Constitution : recevable dans le premier cas, irrecevable dans le second.

Pour récapituler les caractéristiques du contrôle de conventionnalité des lois italiennes mis en place par la Cour constitutionnelle afin de voir respectée la règle de primauté, les lois régionales peuvent faire l'objet soit avant leur entrée en vigueur d'un contrôle concentré par la Cour constitutionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie principale (l'Etat ou les régions peuvent se prévaloir de la violation des articles 11 et 116 de la Constitution dans le cas d'une loi élaborée par une région à statut spécial ou de la violation des articles 11 et 117 s'il s'agit d'une loi élaborée par une région à statut ordinaire), soit après leur entrée en vigueur d'un contrôle diffus par les juridictions ordinaires. Quant aux lois

⁵³⁵ Cf. Ancien article 127 de la Constitution avant la révision constitutionnelle de 2001 précédemment évoquée.

⁵³⁶ Cour constitutionnelle, 30 mars 1995, n° 94, t.d.a. : « *valore costituzionale comportante la chiarezza normativa e la certezza nell'applicazione del diritto* », rappelant ainsi la formule utilisée par Cour constitutionnelle dans sa sentence n° 389 du 11 juillet 1989.

nationales, elles peuvent uniquement faire l'objet d'un contrôle diffus par le juge ordinaire, le contrôle de constitutionnalité étant exclu dans le cas de lois déjà entrées en vigueur.

Cependant, la révision constitutionnelle de 2001 précitée allait remettre en question le fondement de ce bel édifice des voies juridictionnelles de recours construit en vue d'assurer le jeu du principe de primauté dans l'ordre interne. En effet, deux innovations de la loi constitutionnelle de 2001 sont à souligner. Celle-ci a premièrement permis la saisine du juge constitutionnel par voie principale dans les soixante jours de la publication de la loi régionale en cause (article 127 de la Constitution) et deuxièmement consacré expressément les liens dérivant de l'ordre communautaire comme limite à la compétence législative de l'Etat et des régions (article 117 alinéa 1). En ce qui concerne la première innovation, il s'agit d'une remise en cause du fondement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle visant à distinguer les modalités de contrôle de conventionnalité des lois en fonction de leur caractère *a priori* ou *a posteriori*. Si les lois régionales peuvent être contestées par la voie principale après leur entrée en vigueur, le maintien du contrôle de leur conventionnalité par le biais du recours en inconstitutionnalité par voie d'action ne peut plus être justifié sur le fondement du caractère *a priori* d'un tel contrôle. La Cour allait-elle trouver une nouvelle justification à un tel contrôle, remettre en cause son approche dualiste ou déclarer irrecevable toute question de constitutionnalité fondée sur la violation de l'article 11 de la Constitution ayant pour objet l'incompatibilité d'une loi régionale avec une norme de droit communautaire à effet direct ? En ce qui concerne la seconde innovation, la Cour constitutionnelle allait-elle admettre les liens dérivant de l'ordre communautaire comme paramètre dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité ? Cela allait-il marquer de sa part le passage d'une approche dualiste à une approche moniste ? La Cour constitutionnelle a éclairé le sens des dispositions de la loi constitutionnelle de 2001 et répondu à ces diverses interrogations en même temps, celles-ci étant liées.

Tout d'abord, le nouvel alinéa premier de l'article 117 de la Constitution est à interpréter comme une consécration expresse de la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle : les liens dérivant de l'ordre communautaire constituent une limite à la compétence législative des régions. En ce sens, cet article n'est qu'une « *confirmation ultérieure de* » « *l'exigence de cohérence avec l'ordre communautaire [laquelle] trouve sa place adéquate dans l'article 11 de la Constitution* »⁵³⁷. Il en résulte deux conséquences. Premièrement, l'article 117 alinéa

⁵³⁷ Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284, considérant 2, t.d.a. : « *Dato da tempo altrettanto costante della giurisprudenza di questa Corte è che l'esigenza di coerenza con l'ordinamento comunitario trova*

premier trouve à s'appliquer tant dans le cas des régions à statut ordinaire⁵³⁸ que des régions à statut spécial⁵³⁹. Deuxièmement, il est à interpréter dans le cadre d'une approche dualiste, à l'instar de l'article 11 de la Constitution. Si les liens dérivant de l'ordre communautaire, soit les normes communautaires à effet direct, constituent un paramètre constitutionnel, elles n'ont pas pour autant rang constitutionnel. Elles sont caractérisées dans ce cadre par la Cour comme « *normes interposées propres à intégrer le paramètre pour l'évaluation de la conformité de la législation régionale à l'article 117 alinéa premier* »⁵⁴⁰. Ainsi « *le paramètre constitutionnel de l'article 117 alinéa premier de la Constitution devient concrètement opératoire seulement si viennent à être déterminés les [liens dérivant de l'ordre communautaire] qui lient la puissance législative de l'Etat et des régions* »⁵⁴¹. La mention des liens dérivant de l'ordre communautaire est donc à interpréter comme un « *renvoi mobile* »⁵⁴² aux dispositions des normes communautaires à effet direct pertinentes dans le cas de l'espèce. Ainsi, la Cour conserve son approche dualiste des rapports droit italien / droit communautaire. Les normes communautaires pertinentes intègrent le paramètre de constitutionnalité utilisé par la Cour via l'article 117 alinéa premier mais elles n'acquièrent par là même aucun rang constitutionnel. Peut-être la façon la plus simple d'expliquer cette thèse est de se référer au maître italien de la théorie dualiste, Dionisio Anzilotti. En effet, l'idée des liens dérivant de l'ordre communautaire comme limite à la compétence législative des régions rappelle la thèse de cet auteur selon laquelle : « *le droit international est supérieur à l'Etat en ce sens qu'il constitue une limite juridique de sa puissance, mais non pas dans le sens que la puissance de l'Etat soit une délégation du droit international* »⁵⁴³. De la même façon, le droit communautaire prime sur les lois régionales en ce sens qu'il constitue une limite de la puissance législative des régions, en raison de l'engagement de l'Etat italien à cet égard trouvant son fondement dans l'article 11 de la Constitution et dont l'article 117 alinéa premier constitue le rappel. Cependant normes communautaires et normes italiennes ne sont pas liées par un rapport de

collocazione adeguata nell'art. 11 della Costituzione ; ulteriore conferma di tale esigenza, poi, a seguito della riforma del titolo V, risulta dall'art. 117, primo comma, della Costituzione. ».

⁵³⁸ Cour constitutionnelle, 28 mars 2006, n° 129.

⁵³⁹ Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 269.

⁵⁴⁰ Cour constitutionnelle, 28 mars 2006, n° 129, considérant 5.3 : « *norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. ».*

⁵⁴¹ Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 348, considérant 4.5, t.d.a. : « *il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. ».*

⁵⁴² Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 349, considérant 6.2, t.d.a. : « *con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata 'norma interposta' ».*

⁵⁴³ D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 51.

validité. « [L]a prise en compte des normes communautaires comme élément intégrant le paramètre de constitutionnalité constitue le préalable nécessaire afin d'instaurer, par voie d'action, le jugement de constitutionnalité de la loi régionale qui est présumée être en opposition avec l'ordre communautaire. »⁵⁴⁴. Ainsi, le renvoi aux normes communautaires est un « renvoi non réceptif ou formel » par le biais duquel « il peut y avoir simplement recours aux règles juridiques d'un autre ordre, comme telles et parce que telles, dans le seul but de faire de ces règles la condition d'application de ses propres normes »⁵⁴⁵.

C'est ainsi que pour prendre acte de cette intégration, par le biais de l'article 117 alinéa premier de la Constitution, des normes communautaires à effet direct aux paramètres de constitutionnalité, la Cour a redéfini les rapports entre droit italien et droit communautaire de la façon suivante : « [d]'un tel cadre normatif constitutionnel il résulte que, avec la ratification des traités communautaires, l'Italie est devenue partie à un ordre juridique autonome, intégré et coordonné avec l'ordre interne, et a transféré, sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, l'exercice des pouvoirs, notamment normatifs, dans les matières objet desdits traités »⁵⁴⁶. Ainsi, l'Italie est membre de l'Union européenne sur le fondement de l'article 11, jusqu'ici rien de nouveau, et l'ordre juridique communautaire est décrit, comme auparavant, comme autonome et coordonné avec l'ordre juridique italien, mais il est, nouveauté, intégré à l'ordre juridique national. Il ne faut pas voir ici l'adoption par la Cour constitutionnelle d'une approche moniste mais simplement la référence au mécanisme instauré par l'article 117 alinéa premier⁵⁴⁷. Ceci est par ailleurs confirmé par le fait que, même après la révision constitutionnelle de 2001, la Cour continue de rejeter comme manifestement

⁵⁴⁴ Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, ordonnance n° 103, t.d.a. : « *l'assunzione della normativa comunitaria quale elemento integrante il parametro di costituzionalità costituisce la precondizione necessaria per instaurare, in via di azione, il giudizio di legittimità costituzionale della legge regionale che si assume essere in contrasto con l'ordinamento comunitario* ».

⁵⁴⁵ D. Anzilotti, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴⁶ Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, n° 102, considérant 8.2.8.1, t.d.a. : « *con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi* ».

⁵⁴⁷ Si l'approche italienne devait être comparée à celle d'un autre Etat membre, la comparaison avec l'Espagne serait peut-être la plus proche, en ce que l'article 93 de la Constitution espagnole, à l'instar de l'article 11 de la Constitution italienne, permet l'ouverture de l'ordre juridique espagnol au droit communautaire tout en reconnaissant que « *desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986 (...) se ha integrado en el orden español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción* ». Intégration et dualisme ne sont donc pas antithétiques.

irrecevable toute tentative de recours constitutionnel par voie d'exception formé sur le fondement de l'article 11 ou / et de l'article 117 alinéa premier de la Constitution⁵⁴⁸.

Par conséquent, une telle interprétation du nouvel article 117 alinéa premier permet à la Cour constitutionnelle de maintenir sa ligne jurisprudentielle traditionnelle quant à la configuration des mécanismes juridictionnels permettant d'assurer le contrôle de conventionnalité des lois et donc le respect de la primauté du droit communautaire. Le maintien de la distinction entre recevabilité de la question de constitutionnalité relative à l'incompatibilité d'une norme italienne par rapport à une norme communautaire dans le cadre du contrôle par voie d'action et irrecevabilité dans le cadre du contrôle par voie d'exception s'explique tout simplement par la mention expresse des liens dérivant de l'ordre communautaire à l'article 117 alinéa premier de la Constitution relatif au contrôle par voie d'action et non au contrôle par voie d'exception⁵⁴⁹. Précisément, il serait même possible de soutenir l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité par voie d'action ayant été étendu par la loi constitutionnelle de 2001 aux lois régionales déjà entrées en vigueur⁵⁵⁰, la mention des liens dérivant de l'ordre communautaire à l'article 117 alinéa premier de la Constitution permet de maintenir dans ce cadre le contrôle de leur conventionnalité tout en rendant caduc le critère du caractère *a priori* du contrôle comme condition de la recevabilité de la question de constitutionnalité ; c'est l'une des raisons pour lesquelles le juge constitutionnel, comme il a précédemment été relevé, a qualifié une telle mention de « *préalable* » audit contrôle⁵⁵¹.

Il ressort donc de ces différents éléments que le système de contrôle de conventionnalité des lois instauré par la Cour en cas d'impossibilité d'interprétation conforme de la loi en cause par rapport aux normes communautaires pertinentes, soit en cas d'incompatibilité rédhibitoire, revêt les caractéristiques suivantes. Dans le cadre du contentieux ordinaire, il revient au juge ordinaire d'écarter l'application des lois incompatibles avec des normes communautaires à effet direct ; s'il conçoit des doutes quant à l'interprétation ou à la validité des normes communautaires en cause, il se doit de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle ; le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est quant à lui exclu, à chaque juge sa fonction⁵⁵². En revanche, dans le cadre du contentieux spécial de la

⁵⁴⁸ Pour des exemples récents, cf. Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284 ; Cour constitutionnelle, 20 juin 2008, ordonnance n° 223 ; Cour constitutionnelle, 17 décembre 2008, ordonnance n° 415.

⁵⁴⁹ Cf. En ce sens, Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, n° 102.

⁵⁵⁰ Plus précisément dans les soixante jours de leur entrée en vigueur comme il a précédemment pu être souligné.

⁵⁵¹ Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, ordonnance n° 103, *op. cit.*.

⁵⁵² Cf. Sur la question et pour une expression similaire, V. Onida, « 'Armonia tra diversi' e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Quaderni costituzionali*, XXIII, n° 3, 2002, p. 549, spéc. p. 551: « *A ognuno il suo mestiere !* » rappelant ainsi un peu la

répartition des compétences Etat / régions, est recevable le recours en inconstitutionnalité pour violation de l'article 117 alinéa premier de la Constitution. Si, dans ce cadre, la Cour constitutionnelle conçoit des doutes quant à l'interprétation ou la validité des normes communautaires en cause, elle se doit de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ce qu'elle fit pour la première fois par une ordonnance n° 103 du 15 avril 2008, poussant ainsi jusqu'à ses limites logiques ultimes son approche dualiste, à chaque juge sa fonction.

En conclusion, si la Cour constitutionnelle italienne a autorisé la transplantation de la règle de primauté en droit interne sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, elle a dû à cette fin procéder à de multiples reprises à l'ajustement de son approche dualiste des rapports droit italien / droit communautaire et à la réinterprétation des règles de son système afin d'assurer un contrôle de conventionnalité des lois italiennes, condition et traduction concrète de l'effectivité de la règle de primauté en droit italien. Ce faisant, la Cour constitutionnelle a donné à cette dernière les couleurs d'une règle de droit italienne façonnée par le jeu de son approche dualiste. La primauté s'entend donc dans le cadre dualiste italien comme la primauté d'application⁵⁵³ des normes communautaires à effet direct par rapport aux normes italiennes incompatibles. La corrélation existant entre configuration des ordres juridiques national et communautaire en tant que systèmes autonomes bien que coordonnés et conceptualisation de la règle de primauté comme une primauté d'application uniquement est si intime qu'elle nous

célèbre profession de foi de Paul Kirchhof, ancien juge au Tribunal de Karlsruhe au sujet de l'arrêt *Maastricht I* : « *Nous n'avons qu'une seule mission, un seul maître à servir, la Constitution allemande* », cf. P. Kirchhof, « The Balance of Powers Between National and European Institutions », *European Law Journal*, 1999, n° 5, p. 225, t.d.a. : « *Wir haben nur die Aufgabe, einem Herrern zu dienen, nämlich dem deutschen Grundgesetz* ».

⁵⁵³ Est ici intéressante la distinction opérée par le tribunal constitutionnel espagnol également selon une approche dualiste entre d'une part la suprématie du droit espagnol et la primauté du droit communautaire. Cf. Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, *op. cit.*, motif n° 4, « *Primauté et suprématie représentent deux catégories qui se développent sur des plans distincts. Celle-là, sur celui de l'application de normes valides ; celle-ci, sur celui des processus de production de normes. La suprématie s'incarne dans le caractère hiérarchique supérieur d'une norme et est en cela le fondement de la validité des normes qui sont de niveau inférieur par rapport à elle, avec ainsi pour conséquence leur invalidité si elles contreviennent aux dispositions obligatoires de ladite norme. La primauté, en revanche, ne se joue pas nécessairement dans une hiérarchie mais dans la distinction entre domaines d'application de différentes normes, en principe valides ; cependant, une ou plusieurs d'entre elles ont la capacité d'écarter les autres en vertu de leur application préférentielle ou prévalente* », t.d.a., « *Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente* ».

a permis d'utiliser l'Italie comme archétype de l'approche dualiste des rapports entre systèmes national et communautaire et donc de la règle de primauté elle-même. La question qui se pose alors est la suivante : quelle conception de la règle de primauté les Etats adoptant une approche moniste nourrissent-ils ? Comment et dans quelle mesure leurs juridictions les plus hautes ont-elles pu ou voulu adapter leurs systèmes juridiques respectifs et ont-elles assuré la pérennité de la règle de primauté en droit interne ? Afin de tenter de répondre à ces questions, nous allons étudier le cas du système juridique français comme archétype d'une approche moniste des défis de la transplantation de la règle de primauté.

B. Un archétype moniste : la France

Si la question principale qui a modelé les atours de la transplantation de la règle de primauté du droit communautaire et la configuration du contrôle de conventionnalité des lois tant en Italie qu'en France est celle du juge compétent pour donner corps à une telle règle, elle l'a été dans des termes absolument opposés. Si, en Italie, il s'agissait d'un conflit de compétence positif, en France, il s'est agi d'un conflit de compétence négatif (1) et ce n'est qu'à la faveur d'un dialogue entre les juridictions françaises les plus hautes que des mécanismes de contrôle de conventionnalité des lois ont pu progressivement être instaurés (2) permettant ainsi la transplantation de la règle de primauté.

1. Un conflit de compétence négatif

Le conflit de compétence négatif sévissant parmi les juridictions françaises autour de la question du contrôle de conventionnalité des lois a éclaté au grand jour en 1975. En effet, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de l'exercice de son contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois prévu à l'article 61 de la Constitution, a, par une célèbre décision *I.V.G.* du 15 janvier 1975⁵⁵⁴, décliné expressément sa compétence en la matière sur le fondement de

⁵⁵⁴ Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *JORF*, 16 janvier 1975, p. 671. Pour une critique des motifs utilisés par le Conseil constitutionnel à cette occasion, cf. B. Genevois, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 7, p. 101. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de confirmer sa ligne jurisprudentielle à plusieurs reprises, cf. notamment, décision n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, *JORF*, 25 juillet 1991, p. 9854 ; décision n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, *JORF*, 12 mai 1998, p. 7092 ; décision n° 2001-457 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, *JORF*, 29 décembre 2001, p. 21159.

l'article 55 de la Constitution notamment au motif qu'« *une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution* ». Il ne s'agit pas là de la conséquence de l'adoption d'une approche dualiste de la question mais bien au contraire d'une approche strictement moniste. En effet, à l'époque, les seules dispositions régissant les rapports entre le droit français et le droit international et donc *a fortiori* les rapports entre le droit français et le droit communautaire étaient l'article 54 de la Constitution, lequel dispose que : « *Si le Conseil constitutionnel (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.* » et l'article 55 de la Constitution, lequel prévoit que : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ». Ainsi le Conseil constitutionnel déduisit de l'article 54 instaurant un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités, le principe de la supériorité de la Constitution sur les traités et de l'article 55, le principe de la supériorité hiérarchique des traités sur les lois. Par conséquent, de la lecture combinée des articles 54 et 55 de la Constitution, il ressort que les traités ont dans l'ordre interne une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative. Il s'agit donc ici d'une approche moniste de la question des rapports droit français / droit international, et donc des rapports droit français / droit communautaire. Par application d'un tel raisonnement, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois, n'est pas compétent pour opérer un contrôle de leur conventionnalité puisque les traités n'ont pas rang constitutionnel et ne peuvent donc jouer le rôle de paramètre de constitutionnalité ou de norme de référence. Une différence de nature sépare le contrôle de constitutionnalité du contrôle de conventionnalité. Ainsi, la règle de conflit de normes assurant la supériorité des traités sur les lois posée à l'article 55 de la Constitution a une valeur constitutionnelle mais il ne revient pas au Conseil d'en assurer le respect. Le lien entre violation du traité et violation de l'article 55 est par trop indirect. Le Conseil constitutionnel réfute donc toute possibilité de contrôler la conventionnalité des lois par le biais d'un contrôle de constitutionnalité indirect sur le fondement de l'article 55 de la Constitution⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ Il est intéressant de citer ici l'opinion de Denys de Béchillon en la matière, lequel a défendu l'idée selon laquelle « *toute loi contraire à un traité viole indirectement ledit article 55 en tant qu'il prescrit lui-même une telle hiérarchie des normes (...) la loi inconstitutionnelle viole la Constitution par cela même que la Constitution contraint le législateur au respect de la convention. Bien sûr, le contrôle de conventionnalité n'est pas un contrôle de constitutionnalité. Mais il n'importe, car la question à laquelle nous avons ici à répondre est celle, toute autre, de savoir si la Constitution souffre ou non, malgré tout, d'une violation.*», Denys de Béchillon, « De

Ainsi, la Constitution de 1958 prévoyait dès l'origine la primauté du droit international, et donc du droit communautaire, sur les lois internes. Cependant, la question qui se posait était celle du juge compétent afin que ce principe à valeur constitutionnelle ne reste pas lettre morte. Si le juge constitutionnel s'était déclaré incompétent, qu'en était-il du juge ordinaire ? Afin de répondre à cette question, il convient de se pencher sur la jurisprudence des juridictions suprêmes tant de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire français : le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Or, toutes deux, jusqu'à la décision *I.V.G.* du Conseil constitutionnel, se considéraient elles-mêmes incompétentes pour connaître de la compatibilité entre un traité et le droit qui en dérive d'une part et une loi postérieure de l'autre.

En effet, en ce qui concerne le Conseil d'Etat tout d'abord, celui-ci avait dans un arrêt dit des *Semoules* du 1^{er} mars 1968 affirmé que : « *La conformité d'un texte législatif postérieur au Traité de Rome avec ledit Traité et avec un règlement communautaire lui-même antérieur à ce texte, n'est pas une question susceptible d'être discutée devant le juge administratif* »⁵⁵⁶. Le juge administratif se déclarait donc incompétent pour connaître de la question de la primauté du droit communautaire sur les lois nationales postérieures et ce, en raison de sa position institutionnelle, comme le souligne la Commissaire du gouvernement, Madame Questiaux, dans ses conclusions sous cet arrêt⁵⁵⁷. Le Conseil d'Etat n'est pas juge de la loi, il ne peut en contrôler la validité ni, par conséquent, en écarter l'application. L'argument ici développé est à double détente. Il repose premièrement sur une interprétation de l'article 55 de la Constitution différente de celle du Conseil constitutionnel dans sa décision *I.V.G.* et deuxièmement sur les conséquences à tirer de la supériorité des traités par rapport aux lois. En ce qui concerne le premier élément, comme le relève la Commissaire du gouvernement Questiaux, si la Constitution a bien prévu un contrôle juridictionnel des lois, elle a attribué celui-ci au Conseil constitutionnel et uniquement à celui-ci. Le Conseil d'Etat n'est pas juge de la constitutionnalité des lois comme il l'a clairement exprimé dans sa jurisprudence *Arrighi* de 1936⁵⁵⁸. Or, mettre en oeuvre la primauté d'un traité sur une loi postérieure incompatible

quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire – Malaise dans la Constitution », *Revue Française de Droit Administratif*, 1998, p. 225.

Par opposition, le Conseil constitutionnel a admis le principe d'un contrôle de constitutionnalité pour violation directe de l'article 55 de la Constitution, d'une loi qui ne mentionnait le respect que des traités régulièrement ratifiés omettant le cas des traités régulièrement approuvés prévu par l'article 55 de la Constitution, cf. décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *JORF*, 5 septembre 1986, p. 10790.

⁵⁵⁶ C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, n° 62814, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Lebon*, p. 149.

⁵⁵⁷ Conclusions du Commissaire du gouvernement Questiaux sous C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, n° 62814, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Common Market Law Reports*, 1970, p. 395.

⁵⁵⁸ C.E., Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Lebon*, p. 966.

consacrée à l'article 55 de la Constitution serait précisément reconnaître la violation de l'article 55 par la loi considérée⁵⁵⁹. Le Conseil d'Etat n'est donc pas compétent pour faire respecter la hiérarchie des normes énoncée à l'article 55 de la Constitution à moins d'excéder les limites de sa compétence dans le cadre contentieux. Cela signifie que si le Conseil constitutionnel décline sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois en raison du caractère indirect du lien existant entre violation d'un traité et violation de l'article 55 de la Constitution, c'est précisément en raison de l'existence d'un tel lien que le Conseil d'Etat décline la sienne. Si le Conseil d'Etat, partant de la présomption selon laquelle le législateur n'a pas entendu contrevenir aux engagements internationaux / communautaires de la France, peut essayer d'interpréter les lois en conformité avec le droit communautaire / droit international, si, dans le cadre de sa fonction consultative, il peut attirer l'attention du gouvernement sur une éventuelle incompatibilité entre un projet de loi et certaines normes communautaires, il ne peut en revanche excéder les limites de sa fonction au contentieux⁵⁶⁰. Ceci rejoint une seconde ligne argumentative concernant cette fois-ci directement la place des traités dans la hiérarchie des normes instaurée par l'article 55 de la Constitution. En effet, si, conformément à sa jurisprudence *Arrighi*, le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître de moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi, c'est en raison de la supériorité de la Constitution par rapport à la loi, norme de référence de son contrôle par application du principe de légalité des actes administratifs et non norme objet de son contrôle. Si donc les traités ont une valeur supérieure aux lois, le Conseil d'Etat est incompétent pour les contrôler, comme il le serait dans le cas de lois. Ce raisonnement est fondé sur une stricte conception de la séparation des pouvoirs entre le législateur et le juge consacrée à l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* » et entérinée par l'article 127 du Code pénal. Le législateur élabore la loi, le juge ne fait que l'appliquer. Est donc faite application de ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la loi écran : celle-ci s'interpose entre la norme communautaire et le juge administratif.

⁵⁵⁹ Sur la question, cf. R. Kovar, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire de l'état de guerre à la paix armée (A propos de l'arrêt du 20 octobre 1989, *Nicolo*) », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 57, spéc. p. 58.

⁵⁶⁰ A noter que le Conseil d'Etat se déclare compétent pour assurer la primauté des traités sur les lois antérieures, le législateur ne pouvant connaître les dispositions d'un traité non encore entré en vigueur. En ce sens, cf. C.E., 15 mars 1972, *Dame Sadok Ali*, *Lebon*, p. 213 ; C.E., 20 octobre 1972, *Kenniche*, *Lebon*, p. 660 ; C.E., 7 juillet 1978, *Croissant*, *Lebon*, p. 292 ; C.E., 15 février 1980, *Winter*, *Lebon*, p. 87 ; C.E., 22 janvier 1982, *Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables*, *Lebon*, p. 28.

La Cour de cassation quant à elle n'avait pas d'autre choix que de se plier également devant la souveraineté de la loi par application de la célèbre 'doctrine Matter' du nom du Procureur général qui, en 1932, avait rappelé avec force à la Cour de cassation : « *Vous ne connaissez ou ne pouvez connaître d'autre volonté que celle de la loi. C'est le principe sur lequel reposent nos institutions judiciaires (...) il n'y a dans cette enceinte qu'une règle, qu'un principe : le respect de la loi.* »⁵⁶¹.

Par conséquent, si, en principe, la transplantation de la règle de primauté du droit communautaire pouvait être réalisée en droit français à la faveur de l'article 55 de la Constitution, elle était devenue virtuellement impossible et la règle de primauté demeurait concrètement inappliquée. L'article 55 restait en effet lettre morte en raison du conflit de compétence négatif découlant des jurisprudences contradictoires des juridictions françaises les plus hautes. Cependant, un dialogue entre lesdites juridictions permit progressivement la mise en place de mécanismes de contrôle de conventionnalité de la loi et par là même la reconnaissance du principe de primauté du droit communautaire sur le droit national.

2. Une mise en place progressive

La décision *I.V.G.* du Conseil constitutionnel eut ceci de salubre qu'elle dévoila au grand jour le conflit de compétence négatif existant en matière de contrôle de conventionnalité des lois, lequel empêchait toute transplantation de la règle de primauté du droit communautaire en droit français. Elle permit donc progressivement l'émergence d'un principe (a) suivi de quelques exceptions (b).

a. Un principe

Si la décision *I.V.G.* du Conseil constitutionnel marquait clairement l'incompétence de celui-ci en matière de contrôle de conventionnalité des lois, en revanche, deux interprétations de ladite décision étaient possibles en ce qui concerne ses conséquences quant à la compétence des juges ordinaires en la matière. Il pouvait être considéré soit que cette décision permettait de lever tous les obstacles à la compétence des juridictions ordinaires soit au

⁵⁶¹ Cf. Conclusions du Procureur général P. Matter, Cass. civ., 22 décembre 1931, *Dalloz*, 1932, 1, p. 131.

contraire qu'elle constituait une confirmation de leur incompétence⁵⁶². En effet, en faveur de la compétence des juridictions ordinaires pour connaître des questions de compatibilité entre les lois et les traités, jouait l'argument selon lequel le Conseil constitutionnel avait expressément consacré la différence de nature entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, l'article 55 de la Constitution constituant en réalité une habilitation implicite des juges ordinaires en matière de contrôle de conventionnalité des lois. En sens inverse, au contraire, pouvait être soutenue l'idée selon laquelle l'article 55 ne s'adressait pas aux juges ordinaires mais au Parlement et si le Conseil constitutionnel lui-même avait refusé de se reconnaître compétent pour contrôler la conformité des lois aux traités, ce n'était guère aux juges ordinaires que pouvait être octroyée la faculté de contrôler la volonté du Parlement, souverain. Quelle lecture allaient adopter les juges judiciaire et administratif ?

Quelques mois seulement après la décision *I.V.G.* du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, dans un arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁵⁶³, suivit les conclusions de son Procureur général⁵⁶⁴ et adopta la première interprétation. Elle se déclara ainsi compétente pour connaître de l'incompatibilité entre une loi postérieure et le droit communautaire⁵⁶⁵. De plus, la motivation de cet arrêt démontre qu'il s'agit bien en l'espèce d'une transplantation de la règle européenne de primauté. Le raisonnement de la Cour de cassation peut être décomposé en deux temps. Premièrement, la Cour de cassation reconnaît sa compétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois sur le fondement de l'article 55 de la Constitution⁵⁶⁶. Le traité C.E.E. dont il est question en l'espèce occupe un rang supérieur aux lois dans la hiérarchie des normes internes françaises. Deuxièmement, le droit communautaire est directement applicable par les juridictions ordinaires en raison de la spécificité du traité

⁵⁶² Sur la question, cf. Note de Paul Lagarde sous ledit arrêt, *Revue critique de droit international privé*, 1975, n° 1, p. 128.

⁵⁶³ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bulletin civil*, n° 4, p. 6.

⁵⁶⁴ Conclusions du Procureur général A. Touffait, *Common Market Law Reports*, 1975, n° 2, p. 336.

⁵⁶⁵ Il est à noter qu'un tel arrêt avait déclenché l'ire de l'Assemblée nationale, la Commission des lois lors de l'examen du nouveau code de l'organisation judiciaire avait présenté un amendement reprenant les termes de la loi de 1790 : « *Les juridictions ne pourront, directement ou indirectement, prendre aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois régulièrement promulguées, pour quelque cause que ce soit. Le tout à peine de forfaiture* », tentative classée sans suite grâce à l'intervention du gouvernement. A ce sujet, cf. G. Isaac, « A propos de l'amendement Aurillac : vers une obligation des juges d'appliquer les lois contraires aux traités », *Gazette du Palais*, 21-23 décembre 1989, p. 4. Dans le même esprit, on peut également citer la « proposition de loi constitutionnelle portant révision de l'article 55 de la Constitution et tendant à limiter la primauté des traités internationaux sur les lois, présentée par MM. Pierre Mazeaud et Jean-Louis Debré, députés », *Documents de l'Assemblée nationale*, n° 1633, 9 octobre 1999 suite à l'arrêt *Boisdet* rendu en 1990 par le Conseil d'Etat et consacrant la primauté des règlements communautaires sur les lois nationales postérieures.

⁵⁶⁶ En ceci, la Cour de cassation donne un fondement proprement interne au principe de primauté et ne suit pas les conclusions du Procureur général Touffait, lequel proposait d'omettre toute mention à l'article 55 de la Constitution.

C.E.E. : celui-ci « *institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres* »⁵⁶⁷ ce qui est par ailleurs conforme à la lecture moniste de l'article 55 de la Constitution opérée par le Conseil constitutionnel. Par conséquent, si les juges de l'ordre judiciaire ne sont pas compétents pour annuler les lois, ils peuvent néanmoins écarter leur application sur le fondement de l'article 55 de la Constitution et en raison des spécificités de l'ordre communautaire. Est ainsi consacrée par la Cour de cassation, reprenant une formule de l'arrêt *Costa* de la Cour de justice⁵⁶⁸, la règle de primauté du droit communautaire sur les lois françaises, la Cour de cassation se reconnaissant compétente pour assurer le contrôle de conventionnalité nécessaire à son respect.

Le Conseil d'Etat pour sa part réaffirma son incompétence notamment dans un arrêt *Union démocratique du travail* de 1979⁵⁶⁹. C'est alors que par une série de décisions de la deuxième moitié des années quatre-vingt, le Conseil constitutionnel précisa « *qu'il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives* »⁵⁷⁰ et appliqua lui-même la règle de primauté en tant que juge du contentieux électoral⁵⁷¹. C'est ainsi que, prenant acte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Nicolo* de 1989⁵⁷², se reconnut finalement compétent pour procéder au contrôle de la conventionnalité des lois. A cette occasion, le Conseil d'Etat, contrairement à la Cour de cassation, ne fit pas allusion à la nature spécifique du droit communautaire ni à la jurisprudence *Costa* de la Cour de justice mais il s'agissait bien en l'espèce d'une question relative à la compatibilité d'une loi française postérieure à une disposition du Traité C.E.E. directement applicable. Le Conseil d'Etat n'estimait tout simplement pas que le cas du droit communautaire dût être traité de manière différente de celui du droit international⁵⁷³. En outre, les conclusions du Commissaire du gouvernement⁵⁷⁴

⁵⁶⁷ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bulletin civil*, n° 4, p. 6.

⁵⁶⁸ Pour mémoire : Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6/64, *op. cit.* : « *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* ».

⁵⁶⁹ C.E., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, *Lebon*, p. 384 ; Conclusions du Commissaire du gouvernement Hagelsteen, *Revue du droit public*, 1980, p. 531.

⁵⁷⁰ Et ce, même dans le silence de la loi, cf. Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *JORF*, 5 septembre 1986, p. 10790. Dans le même sens, cf. décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, *JORF*, 27 juin 1986, p. 7978 ; décision n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, *JORF*, 30 décembre 1989, p. 16498.

⁵⁷¹ Cf. Décision n° 88-1082 DC, 21 octobre 1988, *A.N.*, *Val d'Oise (5^{ème} circ.)*, *JORF*, 25 octobre 1988, p. 13474 ; plus récemment, cf. décision n° 2007-3844 DC, 13 décembre 2007, *A.N.*, *Bouches-du-Rhône (15^{ème} circ.)*, *JORF*, 19 décembre 2007, p. 20451.

⁵⁷² C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, *Lebon*, p. 190 ; Conclusions du Commissaire du gouvernement P. Frydman, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, p. 772.

⁵⁷³ En ce sens, cf. conclusions du Commissaire du gouvernement P. Frydman, *op. cit.*.

⁵⁷⁴ *Ibid.*.

sont intéressantes en l'espèce en ce qu'elles démontrent que le revirement de jurisprudence opéré à travers l'arrêt *Nicolo* constituait la conséquence logique d'une approche moniste des rapports droit français / droit communautaire. En effet, elles révèlent *a contrario* que la jurisprudence *Semoules* du Conseil d'Etat, entre autres inconsistances, était en désaccord avec l'approche moniste des rapports droit français / droit international consacrée à l'article 55 de la Constitution puisqu'elle rendait inapplicable en droit interne les traités incompatibles avec des lois postérieures, laissant comme seul recours la mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat français.

Ainsi, désormais, tant le juge administratif que le juge judiciaire acceptent d'effectuer un contrôle de conventionnalité des lois. Si une interprétation conforme des dispositions de la loi en cause ne s'avère pas possible, il revient alors à ces juges ordinaires de laisser lesdites dispositions inappliquées. En cas de doute quant à l'interprétation ou à la validité des normes communautaires applicables en l'espèce, ils peuvent⁵⁷⁵ poser une question préjudicielle à la Cour de justice⁵⁷⁶. De plus, si dans les jurisprudences de principe du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation précitées étaient en jeu des dispositions directement applicables du Traité C.E.E., ces juridictions ont étendu le jeu de la règle de primauté au droit communautaire dérivé grâce au constat, simple dans une optique moniste, que celui-ci tirait sa validité du traité et devait donc recevoir le même traitement⁵⁷⁷, comme il a été expliqué par « *la plume autorisée de Yves Galmot sur la décision Nicolo (CJEG mars 1990), selon lequel « laisser le droit dérivé hors de l'habilitation de l'article 55 de la Constitution reviendrait à faire sortir de cette habilitation la majeure partie du traité lui-même, car le droit dérivé tient son autorité vis-à-vis des droits nationaux des diverses dispositions du traité (...). Refuser de contrôler la conformité d'une loi à un acte de droit communautaire dérivé, légalement pris, reviendrait donc à refuser de contrôler la conformité d'une loi aux diverses dispositions du traité qui prévoient l'intervention de cet acte et en définissent les effets juridiques. »*⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Nous employons ce terme car il s'agit ici d'évoquer le cas à la fois des juridictions suprêmes (obligation) et des juridictions inférieures (possibilité) avec la distinction entre renvoi en interprétation (possibilité) et renvoi en appréciation de la validité, cf. Article 234 du TCE et C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

⁵⁷⁶ Sur la résistance par le passé notamment du Conseil d'Etat par application de la théorie de l'acte clair, cf. C.E., 27 janvier 1967, *Société nationale des importateurs de produits laitiers*, *Revue du droit public*, 1967, p. 788 ; C.E., 27 juillet 1979, *Société nationale des fabricants de spiritueux*, *Revue du droit public*, 1980, p. 214.

⁵⁷⁷ Cf. Par exemple, pour la Cour de cassation, Cass. crim., 14 juillet 1988, « Guilbert », *Bulletin criminel*, 1988, p. 719 ; Cass. crim., 7 novembre 1990, *Bulletin criminel*, p. 939.

Pour le Conseil d'Etat, cf. C.E., 24 septembre 1990, *Boisdet, Lebon*, p. 250 (règlement), C.E., Ass., 28 février 1992, *Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France, Lebon*, p. 78 ; 28 février 1992, *Rothmans International France et S.A. Philip Morris France, Lebon*, p. 80 (directives), C.E., 10 janvier 2001, *Région Guadeloupe, Lebon*, p. 7 (décisions du Conseil).

⁵⁷⁸ Conclusions du Commissaire du gouvernement M. Laroque, sous C.E., 28 février 1992, *Rothmans, Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1992, p. 210.

Pour résumer, si l'approche moniste de la France et le principe de la supériorité des normes conventionnelles sur les normes législatives, consacrés à l'article 55 de la Constitution, auraient pu laisser penser à une transplantation en douceur de la règle de primauté du droit communautaire en droit français, il n'en a rien été en raison du conflit de compétence négatif relatif au contrôle de conventionnalité des lois entre juge constitutionnel et juges ordinaires. Le système juridique français a donc dû procéder à quelques adaptations et, suite à un dialogue des juges notamment au plan interne, un système de contrôle de conventionnalité des lois a pu être mis en place. Celui-ci est fondé sur le principe de l'incompétence du Conseil constitutionnel et de la compétence des juridictions administratives et judiciaires en la matière, lesquelles sont habilitées sur le fondement de l'article 55 de la Constitution à ne pas appliquer les lois incompatibles avec des normes communautaires à effet direct. Il ne s'agit là en aucune façon de la consécration d'une approche dualiste des rapports droit français / droit communautaire mais plutôt de l'expression des limites de la compétence des juges ordinaires, ceux-ci n'étant pas juges de la constitutionnalité des lois⁵⁷⁹. Cependant, il n'est pas de principe sans exceptions.

b. Quelques exceptions

Il convient de soulever une interrogation et de souligner quelques exceptions en ce qui concerne cette belle construction jurisprudentielle du contrôle de la conventionnalité des lois, toutes fruits de révisions de la Constitution.

L'interrogation tout d'abord : la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 entraînera-t-elle un contrôle de conventionnalité des lois par le biais du contrôle de leur constitutionnalité en cas d'incompatibilité avec des droits ou libertés consacrés par le droit de l'Union européenne ? En effet, le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose que : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil*

⁵⁷⁹ Dans le même sens, il est possible de citer l'exemple de la Belgique, autre pays moniste dans lequel, depuis l'arrêt *Le Ski*, le contrôle de conventionnalité des lois est un contrôle diffus impliquant la non application au cas de l'espèce de la loi belge incompatible cf. Cour de cassation de Belgique, 27 mai 1971, *Le Ski, Pas.*, I, p. 886. Cf. Sur la question, J.-P. Moerman, F. Moline, « Rapport – Point de vue de la Cour d'arbitrage de Belgique », Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Séminaire sur « Le rôle des précédents (nationaux, étrangers, internationaux) pour la pratique des cours constitutionnelles », Bakou, 3-4 septembre 2004. Tout ceci ne préjugant pas bien entendu du contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour d'arbitrage, cf. notamment, Cour d'arbitrage, 3 février 1994, n° 12/94 ; Cour d'arbitrage, 13 juillet 2005, n° 126/2005 et 23 janvier 2008, n° 10/2008 ; et par lequel la Cour d'arbitrage peut connaître de la violation de dispositions constitutionnelles dont la lecture peut être combinée à celle de normes communautaires (contrôle de conventionnalité indirect) cf. Cour d'arbitrage, 28 septembre 2006, n° 145/2006, pt B.2.3.

constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. ». Or, les droits et libertés prévus par la Constitution peuvent également l'être par le droit de l'Union européenne. En ce cas, le contrôle de la constitutionnalité des lois pourrait devenir par ricochet un contrôle de leur conventionnalité. Cependant, et comme nous l'expliquerons plus avant, il existe des raisons de penser que le filtre du Conseil d'État et de la Cour de cassation ne laissera remonter jusqu'au Conseil constitutionnel que les questions de constitutionnalité relatives aux droits et libertés prévus uniquement par la Constitution. Néanmoins, il n'est pas à exclure dans l'avenir une centralisation des questions à la fois de constitutionnalité et de conventionnalité dans les mains du Conseil constitutionnel, créant ainsi une nouvelle exception à la compétence de principe des juges ordinaires en matière de contrôle de conventionnalité des lois. En effet, et c'est ici notre second point, il existe déjà une exception à la compétence de principe des juges ordinaires créée par le Conseil constitutionnel en 2004⁵⁸⁰ à la faveur de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992⁵⁸¹ opérée en vue de permettre la ratification par la France du Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992⁵⁸².

Cette révision constitutionnelle a permis l'insertion d'un nouveau titre XV dans la Constitution dédié à l'Union européenne et notamment d'un article 88-1 dont le premier alinéa prévoit que : « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences.* ». Or, selon le Conseil constitutionnel, il ressort de cet article une exigence constitutionnelle de transposition des directives⁵⁸³. Ainsi, une loi ne respectant pas les dispositions inconditionnelles et précises⁵⁸⁴ ou l'objectif général⁵⁸⁵ de la directive⁵⁸⁶ qu'elle a pour vocation de transposer⁵⁸⁷ est frappée

⁵⁸⁰ Nous reviendrons sur les raisons ayant pu motiver cette innovation du Conseil constitutionnel dans le second paragraphe de cette section.

⁵⁸¹ Cf. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992.

⁵⁸² Le Président de la République, conformément à l'article 54 de la Constitution, avait en effet saisi le Conseil constitutionnel le 11 mars 1992 aux fins de savoir si « *compte tenu des engagements souscrits par la France et des modalités de leur entrée en vigueur, l'autorisation de ratifier le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 doit être précédée d'une révision de la Constitution* ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, plus connue sous le nom de décision *Maastricht I*, avait répondu par l'affirmative et c'est afin de tirer les conséquences de ladite décision que la Constitution avait été révisée la même année afin de permettre la ratification du Traité sur l'Union européenne.

⁵⁸³ Cf. Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *JORF*, 22 juin 2004, p. 11182.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, considérant 9.

⁵⁸⁵ Cf. Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *JORF*, 3 août 2006, p. 11541 ; Décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *JORF*, 8 décembre 2006, p. 18544.

⁵⁸⁶ Si tant est bien sûr que celle-ci soit dotée d'un effet direct, cf. Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*.

d'inconstitutionnalité pour violation de l'article 88-1 de la Constitution en raison des « obligations propres à une loi de transposition »⁵⁸⁸. Cependant, s'il appartient au « Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution (...) de veiller au respect de cette exigence »⁵⁸⁹ de transposition, il ne saurait « déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer »⁵⁹⁰, étant dans l'impossibilité de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en cas de doute sur la validité ou l'interprétation de la directive elle-même, « devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution »⁵⁹¹. Si de tels doutes devaient se présenter, le Conseil constitutionnel devrait alors décliner sa compétence et il incomberait aux juridictions ordinaires éventuellement saisies de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. En conclusion, le Conseil constitutionnel se déclare compétent pour opérer un contrôle de conventionnalité manifeste des lois de transposition de directives sur le fondement de l'article 88-1 alinéa premier. Cette exception à la compétence de principe des juridictions ordinaires en matière de contrôle de conventionnalité des lois entraîne deux séries de remarques.

Premièrement, il ressort de cette jurisprudence que le Conseil constitutionnel considère désormais comme fondement des rapports entre le droit interne et le droit communautaire, non plus l'article 55 de la Constitution, applicable aux traités internationaux en général, mais l'article 88-1 alinéa premier de la Constitution. La règle de primauté française trouve donc désormais son fondement dans cet article et ce dans le cadre de l'interprétation donnée de celui-ci par le Conseil constitutionnel notamment dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 par laquelle il se prononça sur la conformité à la Constitution du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, analysant la conformité à la Constitution du principe de primauté du droit de l'Union européenne consacré à l'article I-6 dudit Traité, le Conseil constitutionnel déclara que par le biais de l'article 88-1 de la Constitution, « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁵⁹².⁵⁹³ L'article 88-1 constitue

⁵⁸⁷ Le conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour connaître de l'incompatibilité entre une loi ou des dispositions d'une loi et une directive que celle(s)-ci n'avai(en)t pas vocation à transposer cf. Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, *JORF*, 2 avril 2006, p. 4964.

⁵⁸⁸ Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, en-tête du considérant 16.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, considérant 18.

⁵⁹⁰ *Ibid.*.

⁵⁹¹ *Ibid.*.

⁵⁹² Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, considérant 11.

⁵⁹³ A noter que déjà dans sa décision n° 308-1992 DC du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel avait dépeint les rapports droit français / droit communautaire d'une manière quelque peu similaire. Cf. Décision n° 92-308 DC

donc désormais le fondement de l'approche moniste des rapports droit interne / droit communautaire du Conseil constitutionnel. Il convient cependant de préciser que si les juridictions ordinaires visent elles-mêmes l'article 88-1 de la Constitution comme fondement des rapports du droit français avec le droit communautaire lorsqu'entre en jeu la règle de primauté, elles continuent néanmoins de viser également l'article 55 de la Constitution⁵⁹⁴. En effet, même si l'ordre juridique communautaire est distinct de l'ordre juridique international comme le souligne le Conseil constitutionnel, il est fondé sur un traité international dont la place dans la hiérarchie des normes est assurée par l'article 55 de la Constitution, lequel constitue le titre de compétence des juridictions ordinaires pour connaître des incompatibilités entre le droit communautaire et le droit français.

Deuxièmement, cette nouvelle ligne jurisprudentielle constitue un revirement partiel par rapport à la jurisprudence *I.V.G.* de 1975 puisque cette dernière consacrait le principe de l'incompétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de conventionnalité des lois. Cependant, il faut préciser qu'un tel revirement avait eu des précurseurs toujours en raison de la révision constitutionnelle de 1992. Ainsi, déjà dans les années quatre-vingt-dix, le Conseil avait évoqué la possibilité d'utiliser les dispositions du titre XV de la Constitution relatif à l'Union européenne comme fondement d'un contrôle de constitutionnalité indirect⁵⁹⁵ ou contrôle de conventionnalité des lois. Il envisagea ainsi cette hypothèse dans sa décision n° 93-324 DC du 3 août 1993⁵⁹⁶ du fait de la référence de l'article 88-2 de la Constitution aux « modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne », celle-ci pouvant servir de fondement à un contrôle de constitutionnalité indirect ou contrôle de conventionnalité de la loi relative au statut de la Banque de France. Une telle hypothèse fut néanmoins écartée en l'espèce, le traité sur l'Union européenne n'étant pas encore entré en vigueur à l'époque de la décision du Conseil. Cependant, dans sa décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998⁵⁹⁷, préparée

du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, considérant 34 : « le Parlement européen appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française ».

⁵⁹⁴ En ce sens, cf. Cass. crim., 19 décembre 2007, n° 07-82458, inédit ; C.E. Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, n° 287110, C.E. Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, n° 270767 ; C.E. Sect., 1^{er} février 2006, *Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*, n° 239962 ; C.E., 27 juin 2001, *Syndicat des producteurs indépendants*, n° 203415.

⁵⁹⁵ Le contrôle de constitutionnalité est ici qualifié d'indirect car, en réalité, la constitutionnalité des dispositions législatives en cause dépend notamment de leur conventionnalité.

⁵⁹⁶ Décision n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, *JORF*, 5 août 1993, p. 11014.

⁵⁹⁷ Décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, *JORF*, 26 mai 1998, p. 8003.

par sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 dite *Maastricht II*⁵⁹⁸, le Conseil constitutionnel accepta de vérifier que la loi organique prévue pour l'application de l'article 88-3 relatif au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens de l'Union résidant en France respecte les normes communautaires existant en la matière, c'est-à-dire à la fois l'article 8B du Traité instituant la Communauté européenne et une directive prise en application de cet article, du fait de la mention par l'article 88-3 des « modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne ». Ainsi, dès avant la consécration par le Conseil constitutionnel d'un contrôle de constitutionnalité indirect ou contrôle de conventionnalité manifeste des lois de transposition de directives, celui-ci avait admis la possibilité d'exceptions à sa jurisprudence *I.V.G.*⁵⁹⁹. Il convient de préciser néanmoins que si, dans ce cadre, le Conseil constitutionnel accepte de conférer aux normes communautaires concernées le statut de normes de référence⁶⁰⁰, celles-ci ne sont cependant pas intégrées au bloc de constitutionnalité⁶⁰¹.⁶⁰² Elles ne sont prises en considération que parce que la Constitution les mentionne expressément⁶⁰³.

Enfin, un dernier cas, isolé, doit être relevé puisqu'il constitue une modalité du contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil constitutionnel pouvant servir à assurer la pérennité de la règle de primauté dans l'ordre juridique français. En 2005, le Conseil constitutionnel a décidé qu'une loi française dont le principal objet est de priver d'effet une décision de la Cour de justice est inconstitutionnelle pour « atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la

⁵⁹⁸ Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, JORF, 3 septembre 1992, p. 12095.

⁵⁹⁹ Celle-ci est cependant maintenue dans son principe comme le démontre notamment la décision n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, JORF, 25 juillet 1991, p. 9854.

⁶⁰⁰ On remarquera qu'il est possible ici de penser qu'une telle approche du Conseil constitutionnel a pu influencer sur la consécration par la Cour constitutionnelle italienne du concept de 'normes interposées' notamment si l'on considère la définition qu'en donne la Cour dans sa sentence n° 102 du 15 avril 2008.

⁶⁰¹ Cela ressort par exemple tout particulièrement de la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, *op. cit.*, le Conseil constitutionnel concluant dans son considérant 34 que : « *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ensemble du texte examiné n'est contraire à aucun principe ni à aucune norme constitutionnelle, non plus qu'à aucune des normes communautaires de référence applicables en l'espèce* ». C'est nous qui soulignons.

⁶⁰² *A contrario*, cf. le très bel article d'Etienne Picard, aux accents quelque peu prémonitoires « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, p. 47.

⁶⁰³ A noter que le Conseil constitutionnel ne semble accepter d'opérer un contrôle de conventionnalité qu'à un seul degré. Il se déclare incompétent en cas de renvoi à double degré comme ce fut le cas par exemple dans sa décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, JORF, 11 décembre 2003, p. 21085, par laquelle il a refusé de conférer à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés le statut de norme de référence même si le respect de celle-ci était consacré par l'article 63 du titre IV du Traité d'Amsterdam, sachant que l'article 88-2 alinéa 2 mentionnait « les modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne ».

garantie des droits »⁶⁰⁴. Il semble donc d'après cet arrêt que les décisions de la Cour de justice, en tant que décisions de justice passées en force de chose jugée, puissent constituer une norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel⁶⁰⁵. Il convient cependant de rester prudent car, en l'espèce, le législateur enfreignait par cette loi non seulement une décision de la Cour de justice mais encore un arrêt du Conseil d'Etat qui tirait les conclusions de ladite décision. Il se pourrait donc à l'avenir que le Conseil constitutionnel tente de revenir sur sa jurisprudence. Il ne s'agit pour l'instant que d'un cas isolé et assez récent.

Pour conclure, les juridictions françaises les plus hautes ont concouru à la mise en place graduelle de mécanismes de contrôle de conventionnalité des lois à même d'assurer le jeu de la règle de primauté en droit français. Elles ont dû pour cela surmonter des obstacles liés notamment à la définition de leurs compétences respectives et au principe traditionnel de souveraineté de la représentation nationale qu'incarnent les lois édictées par le Parlement. Les juridictions ordinaires possèdent la compétence de principe en matière de contrôle de conventionnalité des lois qu'elles opèrent sur le fondement des articles 55 et 88-1 de la Constitution, à charge pour elles d'écarter l'application de toute loi contraire au droit communautaire, tant originaire que dérivé, et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice en cas de doute sur l'interprétation ou la validité des normes communautaires en cause. Le Conseil constitutionnel quant à lui est par principe incompétent en la matière sur le fondement de la hiérarchie des normes sanctifiée à l'article 55 de la Constitution. Les normes communautaires étant de rang infra-constitutionnel, elles ne peuvent servir de normes de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Cependant, par exception, en raison de la nature originale du droit communautaire par rapport au droit international comme le démontre la consécration d'un titre spécial de la Constitution à l'Union européenne, le Conseil constitutionnel est compétent en matière de contrôle de conventionnalité manifeste

⁶⁰⁴ Décision n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, *JORF*, 31 décembre 2005, p. 20730.

⁶⁰⁵ Le cas est assez intéressant en ce qu'il rappelle celui rencontré par la Cour italienne en 1996. En effet à l'époque, la Cour avait considéré comme recevable une question de constitutionnalité relative à une loi incompatible avec des règlements communautaires et dont l'application pour cette raison aurait dû être directement écartée. Cette loi avait pour conséquence de gommer partiellement les conséquences d'un arrêt en manquement de la Cour de justice. La Cour rejeta comme infondé le moyen tiré de la violation de l'article 10 de la Constitution puisqu'en l'espèce c'était l'article 11 de la Constitution qui aurait dû être invoqué. Elle rejeta également le moyen tiré de l'excès de pouvoir du législateur puisque l'objectif principal de ladite loi n'était pas de gommer les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice mais de prendre acte d'un choix politique du législateur et du gouvernement, lequel avait conduit l'Italie à ne pas appliquer les règlements et à tenter d'obtenir (avec succès) la renégociation. Il semble donc en l'espèce qu'une loi exprimant un choix politique de l'Italie puisse prévaloir sur un arrêt de la Cour de justice. Cf. Cour constitutionnelle, 7 mai 1996, n° 146.

des lois de transposition de directives sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, la transposition des directives en droit français constituant une exigence de nature constitutionnelle. Par ailleurs, l'avenir reste ouvert quant à l'émergence ou la confirmation d'autres exceptions suite notamment à la révision constitutionnelle de 2008 ayant entraîné la création d'un mécanisme spécial de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2005 relative aux décisions de la Cour de justice. Enfin, cette petite histoire de la transplantation de la règle de primauté à travers l'instauration de mécanismes de contrôle de la conventionnalité des lois a permis de démontrer la façon dont le système juridique français a façonné la règle de primauté au gré de ses particularités et de son approche moniste des rapports droit français / droit communautaire, celle-ci étant intégrée en tant que règle de conflit de normes, française.

Si l'on tentait de comparer le cas français, archétype d'une approche moniste, au cas italien, archétype d'une approche dualiste, on s'apercevrait que chacun selon sa stratégie et ses particularismes a tenté de transplanter la règle de primauté avec des résultats extraordinairement similaires : toute loi incompatible avec des normes communautaires à effet direct doit être écartée par les juges nationaux. Cependant, l'interprétation donnée à la règle de primauté reflète fondamentalement la différence d'approche de ces deux archétypes. Selon l'approche dualiste, droit communautaire et droit national ne sont liés que par un rapport d'effectivité ou d'applicabilité. Ainsi, la règle de primauté du droit communautaire italienne ne consacre que la primauté d'application des normes communautaires par rapport aux lois italiennes. Selon l'approche moniste au contraire, droit communautaire et droit national sont liés par un rapport de validité fixé par le second. Dans cette optique, la règle de primauté du droit communautaire française constitue une règle de conflit de normes interne. Par conséquent, si les systèmes juridiques nationaux ont nécessairement dû s'adapter afin de permettre la transplantation de la règle de primauté, ils ont également procédé à l'adaptation de la règle de primauté... mais dans quelle mesure ? Selon la Cour de justice des Communautés européennes, la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national est à appliquer par rapport à tout le droit national, y compris les normes constitutionnelles. Or, jusqu'à présent, le contrôle de conventionnalité des lois ne nous a permis d'étudier le cas de la primauté du droit de l'Union européenne uniquement sur les lois et non sur les constitutions nationales. Une façon d'analyser la portée de la règle de primauté par rapport à ces dernières est donc de procéder à une étude du contrôle de constitutionnalité des normes juridiques européennes par les juridictions nationales, celui-ci pouvant servir d'indice à cet égard.

§2. Adaptation de la règle de primauté : Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques nationales

Si une règle est transplantée, il paraît de prime abord logique qu'elle le soit selon les règles du système récepteur. Cependant, qu'en est-il lorsque l'essence de la règle transplantée est de supplanter les règles du système récepteur ? C'est le cas de la règle européenne de primauté selon laquelle les normes européennes priment sur toutes les normes nationales quel que soit leur statut. Or, si les mécanismes nationaux de contrôle de conventionnalité des lois semblent pouvoir être mobilisés en vue d'asseoir la primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux, ceux de contrôle de constitutionnalité des normes juridiques européennes semblent constituer par essence des limites (potentielles) au jeu de la règle de primauté. En effet, si cette dernière constitue, dans le cadre du contrôle de conventionnalité, l'étalon à l'aune duquel est jugée l'applicabilité des normes juridiques nationales, en revanche, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, l'applicabilité des normes juridiques européennes est à son tour jugée à l'aune des normes juridiques nationales. Le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques européennes constitue donc l'antithèse du contrôle de conventionnalité des normes juridiques nationales, soit une possible limite à l'adaptation des systèmes juridiques nationaux et la marque de l'adaptation de la règle de primauté elle-même. Comment un tel contrôle est-il possible dans un système juridique ayant adopté une approche dualiste de ses rapports avec le droit de l'Union européenne ? A-t-il lieu ? Un tel système ne devrait-il pas laisser s'appliquer dans leur domaine les normes juridiques européennes sans interférence de la part des normes juridiques nationales précisément en raison de la séparation qu'il stipule entre lui et l'ordre juridique européen ? Que se passe-t-il dans le cas d'un système juridique moniste ? La Cour de justice ayant elle-même développé une approche moniste de ses rapports avec les systèmes juridiques nationaux véhiculée par la règle européenne de primauté, cette communauté d'approche signifie-t-elle qu'il ne peut y avoir qu'adoption telle quelle de cette règle par les systèmes juridiques nationaux ayant adopté une approche moniste ? Afin de tenter de répondre à ces questions, nous examinerons le cas de nos deux archétypes : l'Italie (A) et la France (B).

A. Un archétype dualiste : l'Italie

Une caractéristique propre à tout système dualiste dans ses rapports avec le droit communautaire consiste en ce que, s'il prévoit un mécanisme d'incorporation du droit communautaire originaire, il n'en est rien par principe en ce qui concerne les normes communautaires secondaires à effet direct. C'est donc selon cette distinction entre droit communautaire originaire (1) et droit communautaire dérivé (2) que nous examinerons la question du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire en Italie.

1. Sort du droit communautaire originaire

La Constitution italienne du 27 décembre 1947 n'a pas prévu de mécanisme de contrôle de la constitutionnalité *a priori* des traités et, conformément à l'approche dualiste, les traités entrent en vigueur en tant que normes de droit italien grâce à leur incorporation dans l'ordre juridique interne par le biais d'une simple loi d'exécution. La question qui s'est posée à la Cour constitutionnelle dès 1964⁶⁰⁶ est donc la suivante : comment est-il possible qu'un traité ayant des incidences potentielles sur les règles mêmes de la Constitution puisse produire des effets dans l'ordre interne alors qu'il n'y a été introduit que par une simple loi ? Une révision préalable de la Constitution à cette fin n'est-elle pas nécessaire ? Selon l'analyse précédemment menée, la Cour constitutionnelle a trouvé dans l'article 11 de la Constitution le fondement juridique de l'exécution en Italie de traités opérant des limitations de compétence sans novation de la loi d'exécution en cause en norme de rang constitutionnel⁶⁰⁷.⁶⁰⁸ Cet article

⁶⁰⁶ Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14. Cette même question ressurgit à plusieurs reprises cf. notamment Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98 ; Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183.

⁶⁰⁷ Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14.

⁶⁰⁸ Il est intéressant de noter que le Royaume-Uni, ayant également adopté une approche dualiste de ses rapports avec le droit communautaire, a semble-t-il adopté la solution inverse en 2002 dans l'affaire des « *Metric Martyrs* », *Thoburn v. Sunderland City Council* décidée par la *Divisional Court, Queen's Bench Division*, 18 février 2002, [2002] EWHC 195 (Admin), [2002] LLR 548, [2003] QB 151, à l'occasion de laquelle a été opérée une distinction entre loi ordinaire et loi constitutionnelle, la loi d'incorporation des traités européens dans l'ordre juridique anglais se voyant conférer le statut de loi constitutionnelle (elle ne peut être rendue implicitement caduque par une loi anglaise postérieure contraire) comme justification à l'application de la règle de primauté au Royaume-Uni malgré ou en accord avec la doctrine de souveraineté du Parlement. Sur la question, cf. par exemple K. A. Armstrong, « United Kingdom – Divided on Sovereignty ? », in N. Walker (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 327 ; M. Elliott, « United Kingdom : Parliamentary sovereignty under pressure », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 545. Si une telle novation est opérée en droit anglais, c'est parce que prévaut toujours la souveraineté du Parlement, que celui-ci ne peut abandonner. Comme l'a expliqué L.J. Laws au sujet dudit arrêt : « *Je considère que la balance établie par ces quatre propositions donne leur pleine mesure à la fois à la primauté propre au droit communautaire et à la primauté propre au Parlement du Royaume-Uni. Par la première, j'entends la primauté du droit communautaire matériel. Par la*

constitue une norme permissive autorisant à la fois la participation de l'Italie aux Communautés européennes et l'applicabilité du droit communautaire en droit interne⁶⁰⁹. Or, si la loi d'exécution conserve son statut de loi ordinaire, cela signifie par hypothèse qu'elle est susceptible d'un contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que dès 1965, la Cour constitutionnelle s'est reconnue compétente pour connaître de la constitutionnalité de la loi d'exécution d'un traité, en l'espèce le Traité C.E.C.A.. Un tel contrôle ne peut porter que sur des dispositions conventionnelles spécifiques⁶¹⁰ puisque le traité lui-même jouit de la couverture constitutionnelle de l'article 11 de la Constitution. De plus, par application d'un schéma dualiste, un tel contrôle de constitutionnalité indirect d'un traité, par le biais de la loi qui en assure l'exécution en droit interne, ne met pas en jeu la validité dudit traité dans l'ordre interne, puisqu'il n'en a pas *per se*, mais seulement son effectivité. Les dispositions du traité en cause sont rapprochées de celles de la Constitution uniquement afin de vérifier qu'il puisse produire des effets dans l'ordre interne. Le système juridique italien « a reconnu l'ordre communautaire, non pour l'insérer dans son système, mais pour y rendre opératoire la coopération internationale qui est dans ses finalités »⁶¹¹. C'est ainsi que des contre-limites⁶¹² – soit des limites aux limitations de compétence acceptées par l'Etat ou limites quant à l'applicabilité du traité dans l'ordre interne – peuvent être fixées, ce que fit la Cour constitutionnelle italienne, toujours dans sa sentence de 1965. A cette occasion, elle en identifia deux types : l'atteinte aux droits inviolables de l'homme garantis par la Constitution⁶¹³ et la violation de principes de la Constitution^{614, 615}. A donc ainsi été instauré

seconde, j'entends la primauté du fondement juridique dans le champ duquel ces dispositions matérielles jouissent de leur primauté. », arrêt *Thoburn* précité, §70, t.d.a. : « *I consider that the balance struck by these four propositions gives full weight both to the proper supremacy of Community law and to the proper supremacy of the United Kingdom Parliament. By the former, I mean the supremacy of substantive Community law. By the latter, I mean the supremacy of the legal foundation within which those substantive provisions enjoy their primacy.* », italiques dans le texte.

⁶⁰⁹ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98.

⁶¹⁰ *Ibid.*.

⁶¹¹ *Ibid.*, considérant 2, t.d.a. : « *ha riconosciuto l'ordinamento comunitario, non per inserirlo nel suo sistema, ma per rendere in questo operante la cooperazione internazionale che è nei suoi fini, e per delimitare i casi in cui ha effetti interni l'attività che gli organi della comunità sono legittimati a svolgere nella cerchia della rispettiva competenza* ».

⁶¹² En réalité, la Cour elle-même utilise plus volontiers le terme de limites ou limitations. Il s'agit donc d'une expression résultant d'un usage de la doctrine bien que la Cour ait déjà utilisé l'expression « *contre-limitation* », cf. Cour constitutionnelle, 6 octobre 1981, n° 181, considérant 2, t.d.a. : « *controlimitazione* » et fait directement allusion à la « *théorie des 'contre-limites'* », cf. Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 349, considérant 2.2., t.d.a. : « *teoria dei 'controlimiti'* ».

⁶¹³ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98, considérant 2.

⁶¹⁴ *Ibid.*, considérant 4.

⁶¹⁵ L'Espagne par exemple, autre système à l'approche dualiste, a repris la théorie des contre-limites en formulant celles-ci de la façon suivante : « *les principes fondamentaux de l'Etat de droit social et démocratique établi par la Constitution nationale* » lesquels « *se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et principes fondamentaux consacrés par notre*

par la Cour constitutionnelle un contrôle de constitutionnalité restreint des traités européens, restreint à un double égard : il ne peut porter que sur des dispositions spécifiques du traité considéré et n'utilise comme paramètres constitutionnels que les dispositions les plus essentielles de la Constitution italienne : droits inviolables de l'homme et principes constitutionnels. Ces contre-limites s'appliquent donc au jeu de la règle de primauté du droit communautaire ce qui signifie que le droit communautaire originaire prévaut sur toute norme juridique nationale, y compris de rang constitutionnel, à l'exception d'un *nucleus* de principes et de droits fondamentaux. Par une inversion du principe de primauté, c'est l'application de ce *corpus* de normes constitutionnelles fondamentales qui prévaut sur celle des normes conventionnelles communautaires. Quelles que soient les adaptations du système juridique italien afin d'assurer la pérennité du droit communautaire en son sein, de telles contre-limites n'ont jamais été remises en cause, même si leur formulation a pu évoluer et s'est finalement stabilisée autour des expressions « *droits inaliénables de la personne humaine* » et « *principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel* »⁶¹⁶.

La Cour constitutionnelle n'a apporté qu'une seule temporisation au jeu des contre-limites à l'occasion de sa sentence n° 232 du 21 avril 1989, plus connue sous le nom de sentence *Fragd*. En l'espèce, le ministère public avait soulevé une exception d'irrecevabilité, considérant que le dispositif des contre-limites ne constituait en réalité qu'une limite des plus théoriques qu'il convenait de lever par le biais de l'irrecevabilité des moyens tirés de leur violation. Dans un considérant de principe, la Cour constitutionnelle italienne répondit que : « *Il est vrai que l'ordre communautaire – comme cette Cour l'a reconnu dans les sentences ci-dessus rappelées et dans de nombreuses autres – prévoit un système ample et efficace de contrôle juridictionnelle des droits et des intérêts des particuliers, dont le recours incident près la Cour de justice via l'article 177 du Traité C.E.E. constitue l'instrument le plus important ; et il n'est pas moins vrai que les droits fondamentaux résultant des principes communs aux Etats membres constituent, selon la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes, une partie intégrale et essentielle de l'ordre communautaire. Mais cela ne signifie pas que cela puisse influencer sur la compétence de cette Cour pour vérifier, à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution, si une norme*

Constitution dans laquelle les droits fondamentaux acquièrent leur substance propre », cf. Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, *op. cit.*, motif n° 2, t.d.a. : « *los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional* », « *se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia* ».

⁶¹⁶ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183 ; Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284.

quelconque du *Traité*, telle qu'interprétée et appliquée par les institutions et organes communautaires, n'est pas en contradiction avec les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel et n'attente pas aux droits inaliénables de la personne humaine. Selon toute vraisemblance, ce qui est extrêmement improbable est pourtant toujours possible ; de plus, doit être tenu compte du fait qu'au moins sur le plan de la théorie générale il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel se trouvent parmi les principes communs aux ordres des Etats membres et donc qu'ils sont compris dans l'ordre communautaire.⁶¹⁷ Est donc consacrée a contrario par la Cour constitutionnelle l'exception de protection équivalente. Formulé autrement, seules pourront être sanctionnées les violations de principes constitutionnels fondamentaux ou droits inaliénables de la personne humaine spécifiques au système juridique italien, exclusivement italiens. A défaut, la connaissance de tels griefs devra être portée par les juges ordinaires à la connaissance de la Cour de justice, gardienne du droit communautaire^{618, 619}. Si, par conséquent, la Cour constitutionnelle italienne se reconnaît compétente pour connaître dans des cas limites de la constitutionnalité des traités européens, circonscrivant ainsi la règle de primauté du droit communautaire originaire, qu'en est-il en ce qui concerne le droit communautaire dérivé ?

⁶¹⁷ Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 289, considérant 3.1, t.d.a. : « Vero è che l'ordinamento comunitario - come questa Corte ha riconosciuto nelle sentenze sopra ricordate ed in altre numerose - prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia ex art. 177 del Trattato C.E.E. costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario. ».

⁶¹⁸ Cf. Par exemple, Cour constitutionnelle, ordonnance, 29 décembre 1995, n° 536.

⁶¹⁹ Ainsi, si l'Italie est certainement le premier Etat membre a avoir posé des contre-limites à l'intégration juridique européenne et donc à la règle de primauté, inspirant notamment la jurisprudence *Solange I* du Tribunal de Karlsruhe (Tribunal constitutionnel, 29 mai 1974, *BverfGE*, vol. 37, p. 271 - à noter que cet arrêt intervient un an après la sentence *Frontini* de la Cour constitutionnelle et que c'est peut-être plus celui-ci que celui de 1965 qui a inspiré le tribunal de Karlsruhe), elle semble avoir été inspirée en retour par la fameuse jurisprudence allemande *Solange II* (Tribunal constitutionnel, 22 octobre 1986, *BverfGE*, vol. 73, p. 339).

2. Sort du droit communautaire dérivé

Si la Cour avait déjà traité la question du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé en même temps que celle du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire originaire en 1965, c'est par la sentence *Frontini* de 1973 qu'elle confirma et affina la solution retenue puisqu'en l'espèce était en jeu la constitutionnalité d'un règlement communautaire. Le raisonnement adopté par la Cour à cette occasion fut le suivant. En raison de son approche dualiste des rapports entre le droit italien et le droit communautaire, elle n'est compétente selon l'article 134 de la Constitution que pour contrôler les lois et les actes ayant force de loi de l'Etat et des régions, elle ne peut donc connaître des règlements issus d'un ordre juridique autonome et distinct. L'article 11 de la Constitution est donc à interpréter comme posant le principe d'une présomption de constitutionnalité du droit communautaire dérivé. Cependant, si la Cour ne peut assurer directement le contrôle de la constitutionnalité des règlements, elle le peut de manière indirecte par le biais de la loi d'exécution du Traité C.E.E. dont elle est compétente pour connaître *qua* loi italienne. S'applique donc ici le raisonnement adopté par la Cour dans sa sentence de 1965 relativement au droit communautaire originaire. Est recevable le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition spécifique du Traité C.E.E., en l'occurrence l'article 189, fondement juridique des règlements communautaires. Or, « *sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, ont été consenties des limitations de souveraineté uniquement pour l'accomplissement des finalités indiquées par le Traité et doit donc être exclu que de telles limitations, spécifiées concrètement dans le Traité de Rome – souscrit par des pays dont les ordres juridiques s'inspirent des principes de l'Etat de droit et garantissent les libertés essentielles des citoyens – puissent de quelque façon que ce soit comporter pour les organes de la C.E.E. le pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien ou les droits inaliénables de la personne humaine. Et il est évident que si une interprétation aussi aberrante devait être attribuée à l'article 189 du Traité C.E.E., dans une telle hypothèse, serait toujours assurée la garantie du contrôle juridictionnel de cette Cour sur la compatibilité persistante du Traité avec les principes fondamentaux précités.* »⁶²⁰. Ainsi, le

⁶²⁰ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, considérant 9, t.d.a. : « *in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona*

droit communautaire dérivé jouit d'une présomption de constitutionnalité et peut trouver application dans l'ordre juridique italien sur le fondement de l'article 11 de la Constitution aussi longtemps qu'il ne porte pas atteinte à l'identité constitutionnelle de l'Italie⁶²¹.

La Cour constitutionnelle a donc développé une jurisprudence homogène en matière de contre-limites et utilise celles-ci par rapport au droit communautaire tant originaire que dérivé, sur le fondement tant de la violation de l'article 11 que de son corollaire en matière de rapports Etat / région : l'article 117 alinéa premier⁶²². En outre, dans le cas d'une loi incompatible avec une norme communautaire à effet direct soupçonnée par le juge ordinaire d'être contraire aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien ou aux droits inaliénables de la personne humaine, ledit juge se doit de saisir à cet égard la Cour constitutionnelle par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité⁶²³. Cependant, comme le précise la Cour constitutionnelle elle-même, il doit préalablement avoir saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle sur l'interprétation ou la validité de la norme communautaire en cause et avoir obtenu sa réponse, celle-ci constituant un « *prius logicus* »⁶²⁴ à la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité⁶²⁵. C'est ainsi que les contre-limites à l'application du droit communautaire en Italie posées par la Cour constitutionnelle constituent nécessairement des limites à la règle de primauté entendue comme primauté ou priorité d'application du droit communautaire par rapport au droit national. Une telle primauté ne saurait jouer en ce qui concerne le *nucleus* de l'identité constitutionnelle italienne. La Cour constitutionnelle a réussi de cette manière à concilier approche dualiste et contrôle de constitutionnalité du droit communautaire. Un tel contrôle doit être compris, en ce qui concerne le droit communautaire tant originaire que dérivé, comme ne portant que sur « *la compatibilità persistente del Trattato avec les principes*

umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali. ».

⁶²¹ Il s'agit bien entendu ici d'une paraphrase de l'expression utilisée à l'article 4 du Traité sur l'Union européenne dans sa version consolidée issue du Traité de Lisbonne. Cette expression a également été utilisée par le Conseil constitutionnel à partir de 2006 dans le cadre de son contrôle de conventionnalité manifeste des lois de transposition de directives, le Conseil ayant certainement été inspiré par le contrôle de constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et notamment de son article I-6 relatif au principe de primauté qu'il avait opéré en 2004. Cf. Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, considérant 19 ; décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*, considérant 6 ; Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JORF*, 24 novembre 2004, p. 19885, considérant 12.

⁶²² Cf. Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, n° 102 et ordonnance du même jour, n° 103.

⁶²³ Cf. Cour constitutionnelle, 28 décembre 2006, n° 456.

⁶²⁴ Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284.

⁶²⁵ Dans le même sens également, cf. Cour constitutionnelle, ordonnance, 30 juillet 1992, n° 391 par rapport à une loi régionale ; Cour constitutionnelle, ordonnance, 21 mars 2002, n° 85.

fondamentaux précités »⁶²⁶, celle-ci conditionnant le jeu de l'article 11 de la Constitution, lequel ouvre le système juridique italien aux effets du droit communautaire. Est donc instituée une forme de contrôle à rebours par rapport aux mécanismes de contrôle de conventionnalité des normes juridiques nationales ou une règle de primauté inversée : la primauté du droit national vient limiter la portée de la règle de primauté du droit communautaire. De plus, une telle primauté d'application du droit national semble correspondre à la logique dualiste elle-même. Si droit national et droit communautaire constituent deux ordres juridiques autonomes, il paraît logique que chacun règle la validité de ses propres normes et que le droit national contrôle l'applicabilité du droit communautaire en son sein. A défaut, il perdrait son caractère autonome. La primauté d'application des normes fondamentales de l'ordre juridique national se fonde donc sur ce que le Tribunal constitutionnel espagnol a appelé la suprématie de la Constitution en termes de validité : en permettant le jeu des règles communautaires dans l'ordre interne, elle le conditionne et peut aussi le limiter. Selon un raisonnement analogue, la règle de primauté du droit communautaire étant consacrée par le biais d'une norme interne, elle est conditionnée et limitée dans les termes posés par la Constitution telle qu'interprétée par les juridictions nationales⁶²⁷. Elle ne constitue pas un principe hiérarchisant les rapports entre le droit communautaire (supérieur) et le droit national (inférieur) mais une simple règle nationale posant le principe de l'application préférentielle du droit communautaire par rapport au droit national dans le cadre et les conditions posées par l'ordre juridique national. Si la structure même de l'approche dualiste justifie ainsi à la fois une telle configuration du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire et les limites imposées à la règle de primauté, qu'en est-il de l'approche moniste ?

⁶²⁶ Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183, considérant 9, t.d.a. : « *in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali.* ».

⁶²⁷ Cf. Pour des exemples, note en bas de page 550 ; cf. également l'exemple particulier du droit anglais ne possédant pas de Constitution au sens rigide du terme, note en bas de page 606.

B. Un archétype moniste : la France

La France connaît deux types de contrôle de constitutionnalité des normes juridiques communautaires : l'un se jouant *a priori* (1), l'autre se jouant *a posteriori* (2). C'est donc selon cette partition que nous étudierons les caractéristiques d'un tel contrôle dans le cadre d'une approche moniste des rapports droit national / droit communautaire.

1. Contrôle de constitutionnalité *a priori*

Si tant dans les pays de tradition moniste⁶²⁸ que dans les pays de tradition dualiste⁶²⁹, le contrôle de constitutionnalité *a priori* du droit communautaire originaire⁶³⁰ a pour effet de prévenir d'éventuelles incompatibilités au stade de l'application, dans les pays de tradition moniste, un tel contrôle a également une autre fonction. En effet, si l'approche moniste stipule l'intégration des ordres juridiques national et communautaire en un seul système et qu'est ainsi instauré un rapport de validité entre normes juridiques nationales et normes juridiques communautaires, l'existence dudit contrôle constitue l'indicateur de la primauté, conçue en termes de validité, de la Constitution nationale sur le droit communautaire, conférant par là même une portée toute relative à la règle de primauté du droit communautaire.

Or, comme il a précédemment pu être observé, la Constitution française, en son article 54, prévoit le jeu d'un tel mécanisme par rapport aux instruments conventionnels, y compris européens, ceux-ci ne jouissant dans l'ordre interne, selon une lecture combinée des articles 54 et 55, que d'une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative. Si ce type de contrôle n'a pas été sollicité en ce qui concerne la ratification du Traité C.E.C.A. en 1951, des traités

⁶²⁸ Cf. *A contrario*, en Belgique, la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage excluant de la compétence de la Cour la connaissance de questions préjudicielles portant notamment sur la constitutionnalité des lois d'assentiment aux traités constitutifs de l'Union européenne et limitant la contestation de l'acte législatif d'assentiment en cause à la seule voie d'un recours en annulation introduit uniquement dans les soixante jours de la publication de ladite loi au Moniteur belge et ce, afin de garantir « la sûreté et la stabilité des relations internationales » et « d'éviter que la confiance à l'égard des autres parties contractantes puisse être ébranlée à cause d'une décision ultérieure de la Cour ». Cf. A ce sujet, Cour d'arbitrage, 14 janvier 2004, n° 3/2004, n° de rôle 2579 ; Cour d'arbitrage, « Rapport 2004 », p. 10, disponible sur le site de la Cour d'arbitrage,

⁶²⁹ Cf. Sur la question, les développements du Tribunal constitutionnel espagnol procédant lui aussi à un contrôle de constitutionnalité *a priori* des instruments conventionnels in Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, *op. cit.*, motif n° 4.

⁶³⁰ Le droit communautaire dérivé ne peut faire l'objet d'un contrôle *a priori* dans la sphère nationale puisque, par hypothèse, il est élaboré dans la sphère européenne.

de Rome en 1957 ou encore du traité de Nice en 2001⁶³¹, il l'a été en revanche en ce qui concerne le Traité portant modification de certaines décisions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et du Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes, signé à Luxembourg le 22 avril 1970 ainsi que la décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970 relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés en 1970⁶³², la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct en 1976⁶³³, le Traité de Maastricht à deux reprises en 1992⁶³⁴, le Traité d'Amsterdam en 1997⁶³⁵, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004⁶³⁶ et enfin le Traité de Lisbonne en 2007⁶³⁷.

De plus, il existe un autre type de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités, cette fois-ci indirect, par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* prévu à l'article 61 de la Constitution et utilisé par rapport à la loi autorisant l'approbation ou la ratification de l'instrument conventionnel considéré. Ce mécanisme a été employé notamment en ce qui concerne la loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes⁶³⁸ et la loi autorisant la ratification du Traité sur l'Union européenne, adoptée par voie de référendum en 1992⁶³⁹.

⁶³¹ Quant à l'argument selon lequel le recours au contrôle de constitutionnalité *a priori* du Conseil constitutionnel n'était pas réellement nécessaire en l'espèce en raison de la nature éminemment technique du Traité de Nice, cf. L. Azoulai, « La ratification du Traité de Nice par la France – Technique juridique et mobilisation politique », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2002, vol. 3, p. 405, spéc. p. 408.

⁶³² Cf. Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, *JORF*, 21 juin 1970, p. 5806.

⁶³³ Cf. Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, *JORF*, 31 décembre 1976, p. 7651.

⁶³⁴ Cf. Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *JORF*, 11 avril 1992, p. 5354 et décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *JORF*, 3 septembre 1992, p. 12095.

⁶³⁵ Cf. Décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, *JORF*, 3 janvier 1998, p. 165.

⁶³⁶ Cf. Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JORF*, 24 novembre 2004, p. 19885.

⁶³⁷ Cf. Décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *JORF*, 29 décembre 2007, p. 21813.

⁶³⁸ Cf. Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la*

Par ailleurs, en cas d'inconstitutionnalité de l'instrument conventionnel en cause, deux cas de figure peuvent se présenter. Soit il doit être procédé à une révision de la Constitution, soit la ratification du traité concerné doit être abandonnée et / ou les clauses litigieuses renégociées. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité *a priori* des instruments conventionnels européens démontre la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne, allant dans le sens de la portée nécessairement relative de la règle de primauté du droit communautaire. L'intérêt est donc ici d'identifier les critères utilisés par le Conseil constitutionnel à l'appui de son contrôle afin de déterminer à la fois la portée exacte et les limites de la règle de primauté du droit communautaire en droit interne. De la liste précédemment dressée des contrôles de constitutionnalité *a priori* des instruments conventionnels européens opérés par le Conseil constitutionnel, il ressort qu'il est possible de distinguer essentiellement deux périodes : une première période pendant laquelle ont été soumis à la connaissance du Conseil constitutionnel des instruments conventionnels accessoires (a), touchant à un aspect ou un domaine particulier de la construction européenne, une seconde période pendant laquelle les instruments conventionnels principaux de la construction européenne, c'est-à-dire les traités constitutifs ou de base eux-mêmes, ont été soumis à l'examen du Conseil (b). Or cette différence matérielle entre instruments conventionnels européens soumis a influencé à la fois les critères et la justification du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ces deux périodes seront donc analysées successivement.

a. Période initiale : le contrôle des instruments conventionnels européens accessoires

Jusqu'au début des années quatre-vingt dix, le contrôle de constitutionnalité *a priori* du droit communautaire s'est développé de façon graduelle, comme à tâtons, le Conseil constitutionnel changeant fréquemment de critères de constitutionnalité, rendant ainsi les contours de la règle de primauté du droit communautaire difficiles à cerner.

En effet, pendant cette période initiale, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à connaître des traités constitutifs européens eux-mêmes. Il s'agissait de contrôler directement (article 54 de la Constitution) ou indirectement par le biais de la loi de ratification de l'instrument conventionnel en cause (article 61 de la Constitution) la constitutionnalité d'instruments

République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JORF, 27 juillet 1991, p. 10001.

⁶³⁹ Cf. Décision n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne, JORF, 25 septembre 1992, p. 13337.*

conventionnels relatifs à la construction européenne autres que les traités de base eux-mêmes. C'est ainsi que le contrôle de constitutionnalité *a priori*, influencé par sa forme la plus courante, le contrôle direct, vit sa justification et ses critères définis à la lumière directe de l'article 54 de la Constitution, lequel dispose, rappelons-le brièvement, que : « *Si le Conseil constitutionnel (...) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.* ». Ainsi, le cadre dans lequel raisonnait le Conseil constitutionnel et le critère principal fournis par cet article étaient ceux de la contrariété à la Constitution⁶⁴⁰. La question qui se posait donc tout naturellement était celle de savoir en quoi celle-ci consistait. C'est ainsi qu'en 1970, le Conseil constitutionnel dégagna deux cas d'inconstitutionnalité : premièrement, celui de la contrariété à la Constitution affectant notamment « *l'équilibre des relations entre les Communautés européennes, d'une part, et les Etats membres, d'autre part* »⁶⁴¹ et deuxièmement, celui de l'« *atteinte (...) par sa nature, [ou] par son importance*⁶⁴², *aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »⁶⁴³.

Néanmoins, en 1976, le Conseil constitutionnel tenta, en se fondant sur l'alinéa quinze du préambule de la Constitution de 1946 inclus dans le bloc de constitutionnalité, de définir les questions de constitutionnalité soulevées à l'occasion d'un tel contrôle en fonction de la nature de l'instrument conventionnel considéré c'est-à-dire un traité relatif à une organisation internationale en faveur de laquelle les Etats participants ont limité leurs droits souverains – pour reprendre une formule utilisée par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa*⁶⁴⁴. En effet, « *le préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de 1958 dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* »⁶⁴⁵. C'est précisément ce cadre constitutionnel, lequel rappelle

⁶⁴⁰ Cf. Par exemple, décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *op. cit.*, considérant 1 : « *Considérant que la nécessité d'une révision de la Constitution, préalablement à l'autorisation de ratifier ou d'approuver un engagement international, prévue à l'article 54 de la Constitution est subordonnée par ce même texte à la déclaration par le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, le Premier Ministre, ou le Président de l'une ou l'autre Assemblée, que ledit engagement international comporte une clause contraire à la Constitution ; qu'il incombe donc au Conseil constitutionnel, dans le cas de l'espèce, comme dans tous les cas de cette nature, de déclarer si les engagements internationaux, soumis à son examen, en application de l'article 54, contiennent ou non des clauses contraires à la Constitution* ».

⁶⁴¹ *Ibid.*, considérant 2.

⁶⁴² En l'espèce il s'agissait d'une décision du Conseil des Communautés européennes.

⁶⁴³ *Ibid.*, considérant 9.

⁶⁴⁴ Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *op. cit.*, et également auparavant, C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*

⁶⁴⁵ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, *op. cit.*, considérant 2. A ce sujet, cf. les

l'article 11 de la Constitution italienne fondant le contrôle de constitutionnalité des traités opéré par la Cour constitutionnelle italienne, qui permit au Conseil d'opérer une distinction cardinale entre limitations de souveraineté, autorisées par la Constitution, et « *transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit* »⁶⁴⁶, interdits *a contrario* par la Constitution. Etait donc prohibée la ratification de tout instrument conventionnel prévoyant de tels transferts à moins d'une révision de la Constitution.

Cependant, quelques dix années plus tard, dans une décision laconique relative à un Protocole de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel reprit, tout en l'affinant, sa ligne jurisprudentielle de 1970. Le critère utilisé à cette occasion fut celui de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, auquel était assimilé celui de la clause contraire à la Constitution. Il comportait trois branches : « *le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* »⁶⁴⁷. La question que souleva une telle jurisprudence était donc la suivante : le Conseil constitutionnel allait-il appliquer de nouveau ce critère aux Communautés européennes, organisation internationale au profit de laquelle l'Etat avait limité sa souveraineté, adopter une approche spécifique à leur égard, celle identifiée en 1976, ou encore cumuler les critères ?⁶⁴⁸

remarques éclairantes de Bruno Genevois : « *On sait qu'à travers cette formulation les constituants de 1946 visaient essentiellement à se référer « au nouveau système de l'Organisation des Nations unies » (Cf. R. Pelloux, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », Revue du Droit Public, 1947, p. 388). Cependant, c'est en raison de l'existence de ce texte que, sous la IVe République, les formations administratives du Conseil d'Etat ne soulevèrent pas d'objections de constitutionnalité à l'encontre des traités européens (Cf. A. Passeron, Le Monde, 25 mars 1969). De surcroît, lors de l'examen par le Comité consultatif constitutionnel en août 1958, du projet de Constitution, son président P. Reynaud, tout comme P. Coste-Floret, insistèrent, dans la perspective de la construction européenne, sur l'importance du renvoi opéré par le Préambule de la Constitution nouvelle aux dispositions du préambule de texte de 1946, et notamment à son quinzième alinéa (Cf. Documents pour servir à l'élaboration de l'histoire de la Constitution, vol. II, p. 77 et 255). A cela s'ajoute le fait qu'aussi bien la Constitution de 1946 dans son article 27, que la Constitution de 1958, dans son article 53 ont l'une et l'autre consacré la notion de « traités ou accords relatifs à l'organisation internationale ». Or, dans un mémorandum du 10 janvier 1953 adressé au secrétariat des Nations unies, le Gouvernement français a affirmé que les traités relatifs à l'organisation internationale au sens de l'article 27 de la Constitution visaient les traités « créant une organisation internationale permanente investie de pouvoirs de décision ou imposant des renoncements ou des limitations de souveraineté de la France » (Cf. également, Rép. Min. à une question de M. Cousté, député, JORF déb. Ass. nat., 10 avril 1975, p. 1478). », B. Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », Revue Française de Droit Administratif, 1992, p. 373.*

⁶⁴⁶ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, op. cit..

⁶⁴⁷ Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, JORF, 23 mai 1985, p. 5795, considérant 2.

⁶⁴⁸ Sur la controverse doctrinale à ce sujet, cf. L. Hamon, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations « européennes » en cours », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 301(I) et p. 617 (II) ; F. Luchaire, « Le

Le Conseil constitutionnel fit connaître sa position à travers deux décisions de 1991⁶⁴⁹. Il confirma le critère de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et, dans sa seconde décision⁶⁵⁰, utilisa à titre cumulatif celui du transfert de souveraineté. En l'espèce, les députés auteurs de la saisine avaient invoqué à la fois l'atteinte portée aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté et la réalisation d'un transfert de souveraineté. Or, certainement en raison de la ratification à venir du Traité de Maastricht et d'une possible saisine du Conseil constitutionnel à cette occasion, ce dernier ne souhaitait pas s'engager avant l'heure dans la formulation d'un système général de contrôle de constitutionnalité *a priori* de ce genre de traité⁶⁵¹. Il reprit donc un à un chaque moyen invoqué, distinguant ainsi entre atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (incluant le respect des institutions de la République et la continuité de la vie de la Nation), droits et libertés à valeur constitutionnelle, transfert ou abandon de souveraineté, et enfin principes constitutionnels (en l'espèce l'indivisibilité de la République). Ainsi, jusqu'au contrôle de constitutionnalité des traités européens de base, la jurisprudence du Conseil constitutionnel était quelque peu hétérogène et il était difficile de cerner avec exactitude le ou les critères d'inconstitutionnalité des instruments conventionnels européens. Les limites éventuelles de la règle de primauté étaient donc pour le moins floues.

b. Période contemporaine : le contrôle des instruments conventionnels européens de base

Lorsque, pour la première fois, le Conseil constitutionnel eut à connaître d'un traité de base, le Traité de Maastricht, il posa les fondations de son contrôle de constitutionnalité *a priori*, lesquelles ont perduré jusqu'à aujourd'hui. Il en définit non seulement la philosophie au niveau des principes constitutionnels français mais encore les critères.

Traditionnellement, le Conseil constitutionnel opposait le principe de souveraineté nationale, que ce soit quant à son transfert ou à ses conditions essentielles d'exercice, à celui d'intégration européenne, incarné par l'instrument conventionnel soumis à son examen. La

Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale, *Revue du Droit Public*, 1991, p. 1499 ; B. Genevois, « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *op. cit.*

⁶⁴⁹ Décision n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, *JORF*, p. 9854 ; Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, 'Accord Schengen', *op. cit.*

⁶⁵⁰ Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, 'Accord Schengen', *op. cit.*

⁶⁵¹ A ce sujet, cf. G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, p. 173.

violation du principe de souveraineté nationale constituait simplement un critère de l'inconstitutionnalité du traité en cause. En revanche, dans sa décision *Maastricht I* du 9 avril 1992⁶⁵², le Conseil amorça une tentative de (ré)conciliation entre souveraineté nationale et participation à l'Union européenne. En effet, désormais, « *le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres* »⁶⁵³, rappelant ainsi par ailleurs la formule de l'arrêt *Costa* de la Cour de justice⁶⁵⁴. A cette fin, le Conseil tint le raisonnement suivant. Le principe fondamental de la souveraineté nationale est garanti par le bloc de constitutionnalité, notamment à travers le préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 3 de la Constitution. La participation de la France à l'Union européenne quant à elle est autorisée par le quinzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 en tant qu'il garantit la constitutionnalité des limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix⁶⁵⁵. De plus, l'alinéa quatorze du préambule de la Constitution de 1946, posant le principe *pacta sunt servanda*, signifie que la France doit respecter les limitations de souveraineté auxquelles elle a consenti à travers le Traité relatif à l'Union européenne. Par conséquent, la participation de la France à l'Union européenne et les limitations de souveraineté qui y sont attachées sont elles-mêmes l'expression de la souveraineté de la France, raison pour laquelle celle-ci se doit de les respecter. Il n'y a donc pas contradiction entre souveraineté nationale et participation à l'Union européenne, bien au contraire.

Mais ce fut en 2004, lors du contrôle de la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que le Conseil constitutionnel scella la réconciliation définitive

⁶⁵² Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*.

⁶⁵³ *Ibid.*, considérant 13.

⁶⁵⁴ Cf. Egalement à ce propos, la remarque de Bruno Genevois : « *C'est la notion de transferts de compétences qui est retenue car elle cadre mieux avec la réalité de la construction européenne - telle que la décrivait, dans ses conclusions sur l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, l'avocat général M. Lagrange : « le traité instituant la Communauté économique européenne ... crée un ordre juridique propre, distinct de l'ordre juridique de chacun des Etats membres, mais qui s'y substitue partiellement selon des règles précises édictées par le traité lui-même et qui consistent dans des transferts de compétence consentis à des institutions communes* » (Cf. *Rec.*, p. 1175). », B. Genevois, *op. cit.*.

⁶⁵⁵ Il peut être intéressant de noter ici que l'énoncé de cette norme de référence choisie par le Conseil constitutionnel rappelle grandement celui de l'article 11 de la Constitution italienne utilisé aux mêmes fins par la Cour constitutionnelle italienne.

entre souveraineté nationale et participation à l'Union européenne. En effet, lors de la révision constitutionnelle de 1992 tirant les conséquences de la décision *Maastricht I* du Conseil constitutionnel, un titre XV spécialement dédié à l'Union européenne avait été inséré dans la Constitution. Or, son premier article, l'article 88-1, consacre précisément la participation de la France à l'Union européenne. Si cet article, dans un premier temps, vint simplement grossir les rangs des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des traités européens⁶⁵⁶, le Conseil constitutionnel l'utilisa en 2004 pour lever définitivement l'obstacle de principe de la souveraineté nationale. A la faveur de l'article 88-1 de la Constitution, il abandonna la formule négative selon laquelle « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle »⁶⁵⁷ aux transferts de compétences pour consacrer la formule positive selon laquelle « les textes de valeur constitutionnelle permettent à la France de participer »⁶⁵⁸ à l'Union européenne. Le principe d'une telle autorisation constitutionnelle était donc désormais acquis.

Cela démontre qu'il ne s'agit pas là d'un simple changement de formule mais de l'énonciation d'une véritable position de principe de la part du Conseil constitutionnel. Se trouvent clairement explicités pour la première fois par le Conseil les rapports entre la France et l'Union européenne. En effet, le fait que soit consacré à l'Union européenne un titre spécial de la Constitution permet de distinguer cette dernière – et le traitement qui lui est réservé – des organisations internationales. Ainsi l'Union européenne est-elle décrite non plus comme une organisation internationale mais comme « une organisation européenne permanente,

⁶⁵⁶ Il semble qu'en 1992, les potentialités interprétatives d'un tel article n'avaient pas été perçues. Il s'agit pour le constituant d'une 'codification à droit constant' alliant participation à l'Union européenne et préservation de la souveraineté nationale. Comme le révèle le rapport du député Gouzes en ce qui concerne l'élaboration de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, le but n'était pas ici d'introduire une clause générale permettant à l'avenir des modifications du Traité sur l'Union européenne sans nécessité de réviser la Constitution, mais au contraire d'amender la Constitution française uniquement autant que de besoin, c'est-à-dire pour gommer les inconstitutionnalités du traité relevées par le Conseil constitutionnel. La même approche fut conservée lors de la révision de la Constitution suite à la décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 du Conseil constitutionnel relative au Traité d'Amsterdam. Cf. G. Gouzes, Rapport n° 2676, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n° 2623) ajoutant à la Constitution un titre : « De l'Union européenne », Assemblée nationale, neuvième législature, seconde session ordinaire de 1991-1992, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mai 1992 et G. Gouzes, Rapport n° 2684, Rapport supplémentaire, neuvième législature, seconde session ordinaire de 1991-1992, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 1992 ; Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution, *JORF*, n° 21, 26 janvier 1999, p. 1343 ; P. Fauchon, rapport n° 102, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement de l'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution, Sénat, session ordinaire de 1998-1999, annexe au procès-verbal du 9 décembre 1998 ; Compte rendu analytique officiel, lundi 18 janvier 1999, Présidence de M. Laurent Fabius, Constitution du Parlement en Congrès.

⁶⁵⁷ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, considérant 13.

⁶⁵⁸ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, op. cit.*, considérant 6.

dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres »⁶⁵⁹. Le Conseil constitutionnel souligne que par l'article 88-1 de la Constitution « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁶⁶⁰. On ne peut que noter ici la similitude avec l'arrêt *Costa* de la Cour de justice. Le Conseil constitutionnel a ainsi finalement reconnu la spécificité ou originalité de l'Union européenne. Cependant, il semble que la formule employée soit en réalité l'inverse de celle utilisée par la Cour de justice par le jeu d'un monisme inversé. Selon le Conseil constitutionnel, ce n'est pas le système juridique national qui est intégré au sein du système juridique de l'Union européenne, c'est ce dernier qui se voit intégré au système juridique national. Il y a bien hiérarchisation des rapports de validité entre droit de l'Union européenne et droit national, monisme, mais non avec primauté du droit de l'Union européenne, avec primauté du droit national. Cependant, une telle configuration des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit français n'est guère nouvelle et ressort clairement des modalités du contrôle de constitutionnalité des traités européens de base instaurées par le Conseil constitutionnel dès 1992. Elle implique également le caractère nécessairement relatif de la règle de primauté du droit communautaire.

En effet, tout comme l'ouverture du système juridique italien est conditionnée, selon la Cour constitutionnelle italienne, par le respect d'un *corpus* de normes reflétant l'identité constitutionnelle de l'Italie, de même, selon le Conseil constitutionnel, la constitutionnalité de la participation de la France à l'Union européenne connaît des limites. Ainsi, dès 1992⁶⁶¹, le Conseil constitutionnel souligna premièrement que si le transfert de compétences est par principe autorisé sur le fondement notamment de l'alinéa quinze du préambule de la Constitution de 1946, il ne peut affecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Cela signifie qu'est inconstitutionnel tout transfert de compétences intervenant dans un domaine où sont en jeu de telles conditions⁶⁶². Deuxièmement, le Conseil

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*, considérant 11.

⁶⁶¹ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*

⁶⁶² Il ressort des décisions n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, op. cit.*, et n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, op. cit.*, que cette expression utilisée par le Conseil constitutionnel vise tout transfert de compétences dans un domaine régalién dont l'ampleur ou les modalités (par exemple : vote à la majorité qualifiée plutôt qu'à l'unanimité) est susceptible d'affecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Un tel transfert nécessite une révision préalable de la Constitution avant d'être effectué par le biais de la ratification du traité en cause.

constitutionnel énonça également que les dispositions du traité en cause ne peuvent être « *directement contraires à la Constitution* »⁶⁶³ c'est-à-dire contraires aux règles et principes à valeur constitutionnelle dont les droits et libertés des citoyens.

Depuis lors, le Conseil constitutionnel a toujours conservé ces deux critères bien qu'en 2004, il fit de l'atteinte aux droits fondamentaux une catégorie particulière⁶⁶⁴. Ainsi désormais, il convient de distinguer trois chefs d'inconstitutionnalité possibles : l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, la contrariété directe d'une clause du traité avec la Constitution et la violation de droits ou libertés constitutionnellement garantis. Ceux-ci constituent donc autant de limites à la règle de primauté, reflétant l'approche moniste avec primauté du droit français adoptée par le Conseil constitutionnel. Mais c'est peut-être l'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel du principe de primauté consacré par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe qui démontre le mieux la portée toute relative que celui-ci lui attribue. En effet, depuis plus de quarante ans, la Cour de justice prône la règle de primauté absolue du droit de l'Union européenne sur le droit national, normes constitutionnelles incluses. Il aurait donc été possible de penser que le Conseil constitutionnel, à l'occasion de son contrôle de la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, déclarât inconstitutionnel l'article I-6 dudit Traité consacrant le principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cependant, il n'en fit rien. Selon le Conseil constitutionnel, ce Traité opère la consécration de sa propre conception du principe de primauté, désavouant celle de la Cour de justice⁶⁶⁵. En effet, d'après lui, le principe de primauté du droit de l'Union européenne posé à l'article I-6 du Traité ne joue que dans le cadre de l'exercice des compétences attribuées à l'Union européenne. Or, l'article I-5 précise que celle-ci se doit de respecter l'identité nationale des Etats membres « *inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ». Ainsi le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres se présente comme préalable à l'attribution par ceux-ci de compétences à l'Union européenne et comme limite à l'exercice desdites compétences par l'Union. La primauté dont est doté le droit de l'Union européenne n'est qu'une primauté relative, qui ne concerne pas les normes fondamentales de rang constitutionnel du système

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Cf. Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.* ; confirmée par la décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *op. cit.*

⁶⁶⁵ Cf. Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, considérant 13 : « *il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution* ».

juridique français. Le Conseil peut bien reconnaître la spécificité de l'Union européenne par rapport au droit international, la nature de celle-ci ne change pas par la consécration dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe de la primauté du droit européen puisqu'il ne s'agit pas de la lecture absolue(tiste) qu'en a donnée la Cour en 1964 ou plutôt, la nature du système juridique français ne change pas par la consécration à la fois conventionnelle et constitutionnelle de la règle de primauté puisque des limites à la fois conventionnelles et constitutionnelles lui sont imposées. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités européens est révélateur des limites imposées au principe de primauté du droit de l'Union européenne dans le système juridique français. Il reflète donc également la primauté de certaines normes constitutionnelles et, au-delà, la primauté ou la suprématie de la Constitution en tant que fondement juridique du système juridique français auquel la règle de primauté est intégrée. Il est la marque de l'adaptation de ce principe à l'approche moniste avec primauté du droit national adoptée par ledit système.

Il ressort donc de ces développements que l'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne au sein du système juridique français trouve son fondement spécifique dans l'article 88-1 de la Constitution cependant que des limites sont imposées aux transferts de compétences opérés par la France en faveur de l'Union européenne. En effet, celles-ci découlent du cœur de la Constitution, laquelle organise la hiérarchie entre le principe à valeur constitutionnelle de la participation de la France à l'Union européenne (et de primauté du droit de l'Union européenne) et d'autres principes à valeur constitutionnelle. Parmi ceux-ci, on peut en relever trois sortes : ceux qui sont directement consacrés par la Constitution, les droits et libertés constitutionnellement garantis et ceux relatifs aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Or, tout traité une fois ratifié entre en vigueur dans le système juridique français et jouit par principe, comme l'a souligné à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel, d'une immunité constitutionnelle. C'est la raison pour laquelle, à chaque nouvelle saisine du Conseil relativement à un traité modifiant les traités européens de base, celui-ci n'examine que la constitutionnalité des nouvelles dispositions du traité en cause ou, en cas de modification de la Constitution entre temps, que l'impact de ces changements sur la constitutionnalité dudit traité⁶⁶⁶. Cela explique également qu'il procède toujours à un

⁶⁶⁶ Pour un rappel explicite de ce principe, cf. décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, considérants 4 et 5.

contrôle intégral de la constitutionnalité du traité soumis à son examen⁶⁶⁷. Cependant, cela suppose que, par principe, il ne peut y avoir de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du traité. En ce cas, *quid* du droit communautaire dérivé ? Celui-ci jouit-il de l'immunité du droit communautaire originaire ? Se pourrait-il qu'il puisse jouer sans limite dans l'ordre interne ? Se pourrait-il donc que le principe de primauté ne connaisse aucune limite passé le contrôle de constitutionnalité *a priori* ? Afin de répondre à ces questions, il convient d'examiner les principes jouant en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit communautaire.

2. Contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

Quelles sont les hypothèses pouvant donner lieu à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit communautaire d'après les mécanismes juridictionnels existant en France ? Un traité déjà entré en vigueur ne peut ni faire l'objet du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 54 de la Constitution ni être contrôlé indirectement *via* la loi qui en porte ratification sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Plus généralement et selon l'analyse précédemment menée, le Conseil constitutionnel s'est également déclaré incompétent pour connaître du contrôle de conventionnalité des lois par la voie de l'article 61⁶⁶⁸ puisque d'après l'article 55 de la Constitution les traités européens, à l'instar de tout traité, ont une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative⁶⁶⁹. Ainsi, premièrement, le contrôle de constitutionnalité des lois est donc à distinguer sur le plan formel du contrôle de leur conventionnalité, le Conseil ne pouvant en principe connaître de l'hypothèse d'une loi contraire au droit communautaire et pourtant conforme à la Constitution. Deuxièmement, le contrôle de constitutionnalité des lois ne peut non plus par principe être le théâtre d'un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dans l'hypothèse où le fondement de l'inconstitutionnalité de la loi en cause serait à trouver dans le droit communautaire, c'est-à-dire l'hypothèse d'une loi contraire à la Constitution mais conforme au droit communautaire.

⁶⁶⁷ Cf. Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, considérant 51 ; décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, considérant 46 ; décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, op. cit.*, considérant 31 ; décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, op. cit.*, considérant 42 ; décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, op. cit.*, considérant 33.

⁶⁶⁸ Les exceptions à ce principe seront étudiées plus avant.

⁶⁶⁹ Cf. Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, op. cit.*

Cette incompétence de principe du Conseil constitutionnel ouvre la voie par conséquent à un contrôle de constitutionnalité indirect du droit communautaire par les juridictions ordinaires. Leur revient la difficile tâche d'arbitrer l'éventuel conflit triangulaire entre les normes législative, communautaire et constitutionnelle en cause, en décidant, laquelle (ou lesquelles) il convient d'appliquer au cas de l'espèce.

Cependant, par exception à l'incompétence de principe du Conseil constitutionnel, il est possible de relever deux cas de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* direct précédemment évoqués : celui des lois de transposition de directives par le biais procédural de l'article 61 de la Constitution sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution⁶⁷⁰ et celui, imminent, de l'exception d'inconstitutionnalité en matière d'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis prévue par la loi de révision constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Nous envisagerons donc à la fois les hypothèses de contrôle de constitutionnalité direct par le Conseil constitutionnel (a) et celles de contrôle de constitutionnalité indirect opéré par les juridictions ordinaires (b).

a. Hypothèses de contrôle de constitutionnalité direct

Sur le fondement de l'article 55 de la Constitution et en raison de l'intégralité du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel *a priori*, les traités entrés en vigueur bénéficient d'une immunité constitutionnelle. Cependant, qu'en est-il du droit communautaire dérivé ? En effet, il paraît impossible de prévoir à l'avance le contenu du droit communautaire dérivé, avant même son élaboration. C'est donc essentiellement par rapport à cette question que le Conseil constitutionnel a réaffirmé clairement le principe de l'immunité constitutionnelle du droit communautaire, même dérivé, et posé une exception à ce principe.

En effet, dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a distingué le sort de la loi de transposition d'une directive. Dans ce cas précis, l'inconstitutionnalité de ladite loi peut être valablement invoquée mais uniquement sur le

⁶⁷⁰ Cf. *A contrario*, l'exemple belge, Cour d'arbitrage, 16 mars 2005, n° 57/2005, n° de rôle 2992, pt III, AI : « la question préjudicielle est irrecevable en raison de la disposition contenue dans l'article 26, § 1^{er} bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, qui a été adoptée en vue de garantir la stabilité des relations internationales. Contrôler au regard de la Constitution une disposition adoptée en exécution d'une directive revient à contrôler la directive à la lumière de la Constitution, ce qui est susceptible de menacer la stabilité des relations internationales ».

fondement « *d'une disposition expresse contraire de la Constitution* »⁶⁷¹ c'est-à-dire, comme le reformulera plus tard le Conseil, d'« *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »⁶⁷². Il ne s'agit que d'une exception car, premièrement, en tant que mesure d'exécution d'une norme communautaire, la loi est pour ainsi dire 'communautarisée'⁶⁷³ justifiant en principe son immunité constitutionnelle⁶⁷⁴, deuxièmement et corrélativement, elle bénéficie d'une immunité de juridiction à l'échelon national ou d'un monopole de juridiction au profit de la Cour de justice. En effet, en accord avec la jurisprudence *Foto-Frost* de la Cour de justice, « *les juridictions nationales (...) ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires* »⁶⁷⁵. Par conséquent, « *s'agissant du contrôle de validité, même indirect, du droit communautaire dérivé, doit jouer une sorte d'exception de recours parallèle au profit de la C.J.C.E.* »⁶⁷⁶. Le Conseil constitutionnel n'est donc compétent pour vérifier l'absence de contradiction entre la directive en cause et la Constitution que dans le cas précis de l'atteinte aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, la question de la validité d'une directive *qua* norme communautaire étant par principe de la compétence de la Cour de justice, gardienne du droit communautaire⁶⁷⁷. De plus et dans le même sens, le juge constitutionnel français ne sanctionne que la validité de la loi dont l'examen lui est soumis et non celle de la directive, d'où l'intérêt pour lui d'un contrôle de constitutionnalité indirect de la directive en cause, par le biais de la loi qui en assure la transposition en droit interne, son

⁶⁷¹ Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considérant 18.

⁶⁷² Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, considérant 19 ; décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*, considérant 6.

⁶⁷³ En ce sens que ne faisant qu'appliquer une norme communautaire, tout défaut de la loi serait à imputer en réalité à ladite norme.

⁶⁷⁴ Dans la lignée de ce raisonnement, cf. décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, *op. cit.*, considérant 5 notamment, immunité constitutionnelle d'une décision du Conseil des Communautés européennes en tant que mesure d'exécution des traités de Paris et de Rome ; décision n° 77-89 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé*, *JORF*, 31 décembre 1977, p. 6385 et décision n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, *JORF*, 31 décembre 1977, p. 6385 dans le cas d'un règlement.

⁶⁷⁵ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *Rec.* p. 4199.

⁶⁷⁶ J.-E. Schoettl, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 18 juin 2004, n° 122, p. 10.

⁶⁷⁷ En ce sens, c'est précisément parce que le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice en raison des délais qui lui sont impartis dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois sur le fondement de l'article 61 et en raison de la compétence de principe de la Cour de justice, qu'il n'est compétent que pour se prononcer sur l'incompatibilité manifeste entre la loi et la directive concernées, cf. Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, considérant 20.

contrôle ne se posant pas en opposition frontale avec la jurisprudence *Foto-Frost*⁶⁷⁸ de la Cour de justice.

Cependant, c'est l'existence même de cette exception au principe de l'immunité constitutionnelle et juridictionnelle du droit communautaire en vigueur qui constitue l'indice des limites de la règle de primauté en droit français. En effet, elle est le témoin de la place de cette règle dans la hiérarchie des normes françaises. Le droit communautaire trouvant son origine dans un traité, il est, conformément aux articles 54 et 55 de la Constitution, doté d'une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative. Néanmoins, la consécration constitutionnelle de la participation de la France à l'Union européenne (par le biais de l'article 88-1 de la Constitution) a permis d'attribuer une valeur constitutionnelle à l'obligation d'assurer la transposition des directives en droit français sans pour autant mettre en question le statut infra-constitutionnel du droit communautaire. Ainsi la nature constitutionnelle de l'obligation de transposition élève celle-ci au même rang que d'autres normes constitutionnelles permettant au Conseil constitutionnel de procéder à un arbitrage entre ces normes, de même valeur. Par application de ce raisonnement, sont supérieures à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France⁶⁷⁹. Cela signifie donc que ces règles et principes font échec au jeu de la règle de primauté du droit communautaire et priment sur celle-ci. Il est donc possible d'établir un parallèle entre le raisonnement tenu par le Conseil dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des directives et celui qu'il a développé dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités européens de base notamment lors de son interprétation du sens de l'article I-6 du Traité établissant un Constitution pour l'Europe consacrant le principe de primauté du droit de l'Union européenne. Comme il a pu être déjà évoqué, selon le Conseil constitutionnel, les règles de primauté française et européenne sont matériellement identiques et trouvent leur limite formelle dans les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Or, comme l'a récemment rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision relative au Traité de Lisbonne⁶⁸⁰, les critères d'inconstitutionnalité sont au nombre de trois : la violation de droits ou libertés constitutionnellement garantis, l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la

⁶⁷⁸ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *op. cit.*.

⁶⁷⁹ Cf. Pour mémoire, décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considérant 18 ; décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, considérant 19 ; décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*, considérant 6.

⁶⁸⁰ Décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, *op. cit.*.

souveraineté et la contrariété d'une clause du traité avec la Constitution. Il semble donc logique de penser que ce sont ces mêmes critères qui s'appliquent relativement au contrôle de constitutionnalité d'une directive par le biais de sa loi de transposition. En effet, lorsqu'en 2006, le Conseil constitutionnel fit référence dans ce cadre aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France comme critère d'inconstitutionnalité de la loi de transposition, il précisa également que celui-ci jouait « *sauf à ce que le constituant y ait consenti* »⁶⁸¹. Ceci rappelle donc le principe de l'inconstitutionnalité de dispositions d'un traité jusqu'à révision de la Constitution, propre au contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités. Par conséquent, que ce soit dans le cadre du contrôle de constitutionnalité du droit communautaire *a priori* ou *a posteriori* ne joue qu'un seul critère : l'atteinte aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, lequel possède trois branches : la violation de droits ou libertés constitutionnellement garantis, l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté et la contrariété d'une clause du traité avec la Constitution.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des directives, un tel critère à trois branches, de par son ampleur, permet de poser comme limite au principe de primauté du droit communautaire virtuellement toute disposition constitutionnelle, tout en laissant la possibilité d'écarter certaines autres dispositions constitutionnelles, jugées de rang inférieur par rapport à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. Il offre la possibilité au juge constitutionnel de sortir un lapin de son chapeau français protégeant opportunément l'une quelconque des normes constitutionnelles françaises. L'attitude du Conseil constitutionnel paraît donc de prime abord⁶⁸² plus stricte que celle de la Cour constitutionnelle italienne, laquelle ne semble retenir que deux éléments, bien qu'également larges : les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien et les droits inaliénables de la personne humaine. Cependant, en pratique, le Conseil constitutionnel a quelque peu relâché les mailles de son contrôle de constitutionnalité indirect des directives. En effet, tout d'abord, il a repris tout en en étendant le champ⁶⁸³ l'idée allemande⁶⁸⁴ adoptée également par l'Italie de la protection équivalente. Les normes constitutionnelles de référence utilisées dans le cadre de

⁶⁸¹ Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *op. cit.*, considérant 19 et décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *op. cit.*, considérant 6.

⁶⁸² Tout dépend par la suite en effet de l'interprétation de ces critères par ces juridictions.

⁶⁸³ En effet, tant dans les cas allemands, italiens que français, étaient en cause des droits et libertés fondamentales, cependant la formulation employée par le Conseil constitutionnel français laisse à penser que le principe de la protection équivalente puisse jouer quant à toute disposition ou principe constitutionnel quel qu'en soit le domaine.

⁶⁸⁴ Tribunal constitutionnel, 22 octobre 1986, *So lange II, BverfGE*, vol. 73, p. 339.

ce contrôle ne peuvent être que des règles ou principes constitutionnels exclusivement français. Ils ne doivent pas posséder d'équivalence en droit communautaire⁶⁸⁵ afin de ne pas ressortir directement de la compétence de principe de la Cour de justice⁶⁸⁶. Ensuite, afin de permettre le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, le Conseil, semblant suivre en cela l'exemple du Tribunal constitutionnel polonais⁶⁸⁷, a procédé à l'ajournement des effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de transposition en cause, « *afin de permettre au législateur de procéder à la correction* »⁶⁸⁸ de l'inconstitutionnalité constatée. Enfin et plus généralement, le contrôle du Conseil constitutionnel s'est orienté de plus en plus d'un contrôle de constitutionnalité des directives communautaires vers un contrôle de conventionnalité des lois françaises de transposition.

Ce relâchement graduel du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel pose donc la question des motifs pour lesquels, en premier lieu, celui-ci a été instauré. A cet égard, il est possible de se demander si la naissance d'un tel contrôle n'est pas due en réalité à la volonté de disposer d'un mécanisme permettant la surveillance du droit communautaire dérivé, le contenu de celui-ci ne pouvant être contrôlé *a priori* comme peut l'être celui des traités européens. Par ailleurs, il serait peut-être possible d'identifier l'un des facteurs ayant contribué à la mise en place d'un tel mécanisme en dehors de la problématique des directives elles-mêmes : la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen⁶⁸⁹. En effet, celle-ci, en tant que décision-cadre et à l'instar d'une directive, a nécessité l'adoption de mesures nationales de transposition⁶⁹⁰. Le raisonnement adopté par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de lois de transposition de directives pourrait donc être étendu si besoin est au contrôle des lois de

⁶⁸⁵ Sur la question, cf. les vœux du Président du Conseil constitutionnel Mazeaud adressés au Chef de l'Etat en janvier 2005 : « *le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme inhérent : crucial et distinctif.*

Autrement dit : l'essentiel de la République », cités in M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, p. 384.

⁶⁸⁶ Cf. Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *JORF*, 7 août 2004, p. 14077, considérant 4.

⁶⁸⁷ Il s'agissait en l'espèce d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Le Tribunal constitutionnel polonais ajourna les effets de son arrêt afin de laisser le temps au constituant de modifier la Constitution (loi de révision constitutionnelle du 8 septembre 2006) en vue de permettre l'adoption d'une loi de transposition qui ne soit pas inconstitutionnelle (modifications du Code de procédure pénale entrées en vigueur le 26 décembre 2006). Cf. Tribunal constitutionnel, *Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais*, 27 avril 2005, n° P 1/05.

⁶⁸⁸ Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2004, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *JORF*, 26 juin 2008, p. 10228, considérant 58. Il s'agissait en l'espèce, et contrairement au cas polonais précité, d'un motif d'inconstitutionnalité purement interne, un cas d'incompétence négative.

⁶⁸⁹ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI), *JOCE*, 18 juillet 2002, n° L 190, p. 1.

⁶⁹⁰ Cf. Article 34 du Traité sur l'Union européenne.

transposition de décisions-cadres. Qu'est-ce qui a donc pu motiver la réaction du Conseil ? Afin de répondre à cette question, il convient de revenir sur la petite histoire de la transposition en France de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen. Il faut tout d'abord se souvenir que le 26 septembre 2002, l'Assemblée générale consultative du Conseil d'Etat⁶⁹¹ a rendu un avis relatif à l'introduction en droit français de cette décision-cadre dans lequel elle préconisait la révision préalable de la Constitution⁶⁹². Celle-ci fut réalisée par le biais de la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003⁶⁹³ complétant l'article 88-2 de la Constitution d'un alinéa énonçant que : « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne* ». Fut ensuite procédé à la transposition de la décision-cadre par la loi *Perben II* du 9 mars 2004⁶⁹⁴ qui fut soumise, préalablement à son entrée en vigueur, au contrôle du Conseil constitutionnel. Celui-ci énonça dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004⁶⁹⁵ que ladite loi était conforme en tout point à la Constitution. Il est intéressant de constater que cette décision a été rendue par le Conseil peu avant celle par laquelle il jeta les bases de son contrôle de constitutionnalité indirect des directives, en l'occurrence, la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004. Or, par application de la jurisprudence antérieure précédemment analysée relative à la portée du renvoi par la Constitution à des normes juridiques européennes⁶⁹⁶, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen aurait pu et pourrait encore servir de norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité d'une loi en la matière. En 2004, le Conseil se contenta cependant de contrôler la conformité de la loi prise en application de la décision-cadre aux droits et libertés fondamentaux tels que

⁶⁹¹ Avis du Conseil d'Etat n° 368-282 disponible sur le site internet du Sénat : « *une telle décision-cadre ne saurait, si elle comporte des dispositions contraires à la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, être transposée dans l'ordre interne qu'après modification de la Constitution* ».

⁶⁹² Ce sont les conclusions du Commissaire du gouvernement Guyomar sous l'arrêt *Arcelor* qui ont attiré notre attention sur ce fait. M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *op. cit.*.

⁶⁹³ Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen, *JORF*, n° 72, 26 mars 2003, p. 5344.

⁶⁹⁴ Loi n° 2004-204, 9 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *JORF*, n° 59, 10 mars 2004, p. 4567.

⁶⁹⁵ Cf. Décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, *JORF*, 10 mars 2004, p. 4637.

⁶⁹⁶ Cf. Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, *op. cit.* ; décision n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, *op. cit.* ; décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, *op. cit.*.

consacrés par le bloc de constitutionnalité sans allusion aucune au droit de l'Union européenne⁶⁹⁷. Néanmoins la question restait entière : si les normes européennes relatives au mandat d'arrêt européen peuvent servir de normes de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, si donc le renvoi opéré par la Constitution aux dites normes leur confère, le temps du contrôle, valeur constitutionnelle, est-il possible d'en limiter la portée ou d'en contrecarrer l'application ? C'est à une question similaire que répond le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 relativement aux directives, communautaires. Par extension, la validité de telles normes européennes en droit français ainsi que le renvoi opéré par l'article 88-2 de la Constitution pourraient trouver leur limite dans les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Les limites érigées par le Conseil à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution pourraient servir à l'avenir également dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de lois relatives au mandat d'arrêt européen, contrebalançant l'article 88-2 de la Constitution. Plus généralement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité indirect des directives, en sus d'avoir été possiblement influencée par la petite histoire française du mandat d'arrêt européen, pourrait bien servir dans le futur au contrôle de constitutionnalité indirect des décisions-cadres, l'exigence de transposition des directives étant alors convertie en exigence de transposition des décisions-cadres. Cette jurisprudence constituerait alors par ailleurs le pendant ou la réponse française à l'arrêt *Pupino* de la Cour de justice du 16 juin 2005⁶⁹⁸ ayant consacré le principe d'interprétation conforme des dispositions nationales par rapport aux décisions-cadres soit l'effet indirect de ces dernières, à défaut de pouvoir en consacrer l'effet direct⁶⁹⁹.

En résumé, le conseil constitutionnel a donc mis en place sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des directives. L'avenir déterminera si un tel mécanisme sera étendu au cas des décisions-cadres. Cependant, il peut déjà être affirmé qu'un tel contrôle démontre là encore les limites de la règle de primauté en droit français. Les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France priment sur les directives, et par extension, sur le droit communautaire dérivé. Ce

⁶⁹⁷ A noter que le Conseil constitutionnel ne reconnaîtra le principe de protection équivalente que quelques mois plus tard, cf. décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique, op. cit.*, considérant 4.

⁶⁹⁸ C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.* p. I-5285.

⁶⁹⁹ Sur la question, cf. note en bas de page 72. Un tel contrôle de constitutionnalité indirect des décisions-cadres pourrait par ailleurs servir de moyen de 'contre-offensive' en cas d'extension du jeu du principe de primauté aux décisions-cadres par la Cour de justice.

faisant, ils priment donc également sur la règle de primauté du droit communautaire conçue comme une règle française de conflit de normes. La réelle question soulevée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit communautaire est alors celle de savoir si, par ce biais, le Conseil constitutionnel ne procède pas à la confirmation de la valeur constitutionnelle de la règle de primauté tout en en modifiant le fondement. En effet, la règle de conflit de normes fixée par l'article 55 de la Constitution avait déjà valeur constitutionnelle sans qu'il incombe au Conseil constitutionnel, mais aux juridictions ordinaires, de l'appliquer. L'article 88-1 de la Constitution, quant à lui, applicable désormais au cas spécifique du droit de l'Union européenne, fournirait donc le fondement constitutionnel spécifique de la règle de primauté du droit de l'Union européenne. Si le Conseil constitutionnel ne l'a pas énoncé explicitement, c'est bien la conséquence implicite qui ressort de son raisonnement.

Par ailleurs, l'avenir tient également dans ses mains le destin d'une autre voie de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel : celle de l'exception d'inconstitutionnalité créée par la loi constitutionnelle de 2008. En effet, il sera possible à l'avenir, avec le filtre préalable de la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire et du Conseil d'Etat pour l'ordre administratif, de saisir le Conseil constitutionnel d'une exception d'inconstitutionnalité en matière de droits et libertés constitutionnellement garantis sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Or, il se peut que la loi en cause soit contraire aux droits fondamentaux garantis par la Constitution mais conforme ou prise en application du droit de l'Union européenne. Deux cas sont alors à distinguer :

- soit il existe une protection équivalente au niveau du droit de l'Union européenne par le biais des principes généraux du droit communautaire ou, si le Traité de Lisbonne entre en vigueur, par celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et ou bien le cas ne sera pas transmis au Conseil constitutionnel, par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat, celle-ci ou celui-ci enjoignant au juge de l'espèce de poser directement une question préjudicielle à la Cour de justice quant à l'interprétation ou la validité de la norme européenne en cause, ou bien le Conseil constitutionnel déclinera sa compétence pour connaître de l'affaire, celle-ci relevant par principe de la compétence de la Cour de justice⁷⁰⁰

⁷⁰⁰ Cf. Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *op. cit.*, considérant 4.

- soit est en jeu une atteinte à un droit fondamental spécifique au système constitutionnel français et, en cas de violation avérée, le Conseil constitutionnel appliquera le principe de la primauté des droits et libertés constitutionnellement garantis sur les normes européennes.

Ainsi, et considérant bien sûr qu'il ne s'agit là que d'une projection de la position que le Conseil constitutionnel adoptera en la matière fondée sur sa jurisprudence actuelle, l'exception d'inconstitutionnalité spécifique prévue à l'article 61-1 de la Constitution pourrait donner lieu à un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit de l'Union européenne soulignant encore une fois le caractère relatif de la règle de primauté de ce droit. Dans ce cadre contentieux spécifique, les droits et libertés faisant l'objet d'une protection constitutionnelle exclusive priment sur toute norme européenne contraire.

Pour conclure, le Conseil constitutionnel dispose de deux voies principales de contrôle de la constitutionnalité *a posteriori* du droit de l'Union européenne, celle du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois prévu par l'article 61 de la Constitution – uniquement, à ce jour, en ce qui concerne les lois de transposition de directives sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution – et celle de l'exception d'inconstitutionnalité *a posteriori* des lois prévue à l'article 61-1 de la Constitution – uniquement en ce qui concerne la violation de droits et libertés constitutionnellement garantis. L'étude de ces deux mécanismes est à même de démontrer selon nous l'homogénéité des limites posées à la règle primauté du droit de l'Union européenne, toutes exprimant le même principe : celui de la primauté des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France sur les normes européennes dans la hiérarchie des normes française. C'est ainsi que la règle de primauté du droit de l'Union européenne, en étant comprise comme une règle française, est adaptée au contexte moniste du système juridique français, sa validité, même si hissée au rang constitutionnel, cède devant les règles constitutionnelles françaises les plus hautes, et est conditionnée par la Constitution française elle-même, qui en constitue le fondement de la validité dans l'ordre juridique français. Cependant, en sus du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* opéré par le Conseil constitutionnel, joue également celui mis en œuvre par les juridictions ordinaires. Ainsi, afin de réellement cerner les contours de la règle de primauté française du droit de l'Union européenne, il convient de tester l'homogénéité des jurisprudences constitutionnelle, judiciaire et administrative en la matière.

b. Hypothèses de contrôle de constitutionnalité indirect

Par la distinction formelle opérée en 1975⁷⁰¹ entre contrôle de constitutionnalité des lois, de sa compétence, et contrôle de conventionnalité des lois, de la compétence des juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel a implicitement habilité ces dernières à assurer le respect de la règle de conflit des normes posée à l'article 55 de la Constitution. Les juridictions ordinaires ont donc indirectement été chargées du contrôle de constitutionnalité relativement à cet article. Si le Conseil constitutionnel a reconnu en 2004 que ladite règle de conflit de normes trouve désormais son fondement propre dans l'article 88-1 de la Constitution en ce qui concerne le cas spécifique du droit communautaire, les juridictions ordinaires se sont adaptées à ce nouveau fondement en le citant dans le visa de leurs décisions de justice⁷⁰² dans le cadre de leur contrôle de conventionnalité des lois et règlements. Cependant, elles continuent de citer l'article 55 de la Constitution puisque, le droit de l'Union européenne étant fondé sur des traités, elles tiennent leur habilitation en matière de contrôle de conventionnalité de cet article. Or, dans le cadre de ce contrôle, elles ont eu à connaître de lois conformes au droit communautaire mais contraires à la Constitution. Face à l'incompatibilité entre normes constitutionnelle(s) et communautaire(s), se devaient-elles d'appliquer la règle de primauté du droit communautaire, constitutionnellement garantie par l'article 55 (puis par l'article 88-1) de la Constitution, et d'écarter l'application des normes constitutionnelles en cause ou de faire primer les normes constitutionnelles pertinentes et d'écarter les normes communautaires en cause ?⁷⁰³ En effet, elles ne pouvaient recourir aux lumières du Conseil constitutionnel puisque n'existait aucune hypothèse de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Cf. Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *op. cit.*.

⁷⁰² En ce sens, cf. Cass. crim., 19 décembre 2007, *op. cit.* ; C.E. Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, *op. cit.* ; C.E. Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, *op. cit.* ; C.E. Sect., 1^{er} février 2006, *Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*, *op. cit.* ; C.E., 27 juin 2001, *Syndicat des producteurs indépendants*, *op. cit.*.

⁷⁰³ Comme Louis Dubouis le souligne, « le juge (...) se trouve de la sorte placé au cœur de la contradiction entre les deux ordres juridiques en présence », L. Dubouis, « L'accord de Nouméa, l'arrêt Sarran et ses suites – Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 57.

⁷⁰⁴ Par ailleurs, comme il a précédemment été analysé, les hypothèses de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* direct par le Conseil constitutionnel restent encore aujourd'hui des plus circonscrites.

Tant le Conseil d'Etat en 1998⁷⁰⁵ que la Cour de cassation en 2000⁷⁰⁶ se décidèrent en faveur de la primauté des normes constitutionnelles sur le droit communautaire. En effet, tout simplement, si l'article 55 de la Constitution pose le principe de la supériorité des traités par rapport aux lois, celui-ci ne joue pas par rapport à la Constitution elle-même⁷⁰⁷. Cette dernière fait écran entre les normes législatives ou réglementaires considérées et le droit communautaire⁷⁰⁸. Deux séries de justifications ont été invoquées à cet égard. Premièrement, « [l]e fait même qu'il revienne à la Constitution de proclamer la supériorité du traité sur la loi, oblige, dans le même mouvement de pensée, à la considérer comme supérieure au traité dont il lui revient de fixer la place »⁷⁰⁹. Deuxièmement, « [p]arce que son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution, le juge interne ne peut qu'accorder la primauté à la règle constitutionnelle, quitte à ce que, ce faisant, il engage la responsabilité de l'Etat devant la juridiction européenne »⁷¹⁰. Ainsi, le fondement constitutionnel tant de la règle de primauté que de la compétence des juges joue en faveur de la relativité de la primauté du droit communautaire. Si les juges ordinaires ne vont pas au-delà du paramètre que constitue la Constitution et ne tentent pas de chercher en son sein les moyens ou critères de la hiérarchisation entre la règle constitutionnelle de primauté du droit communautaire et d'autres normes constitutionnelles, c'est en raison des limites de leur compétence en tant que juges ordinaires, n'étant par principe pas juge de la loi et encore moins de la Constitution. Ainsi, la primauté de la Constitution sur le droit communautaire telle que définie par les juges ordinaires n'est pas en contradiction avec la position du juge

⁷⁰⁵ Cf. C.E., 30 octobre 1998, *Sarran, levacher et autres*, Dalloz, 2000, Jur. p. 152, en l'espèce étaient en jeu des dispositions du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques et de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, l'article 55 de la Constitution valant pour tous les engagements internationaux y compris européens de la France. Pour une confirmation expresse en matière communautaire, cf. C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 226514.

⁷⁰⁶ Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse*, en l'espèce étaient en jeu des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, cependant comme le souligne Michel Verpeaux, « dans ses conclusions l'avocat général Joinet traite clairement de cette question en parlant des « enseignements de l'arrêt Sarran », M. Verpeaux, « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 865. *A contrario*, cf. J.-F. Flauss, « Commentaire sous l'arrêt Fraisse », *Gazette du Palais*, 28 décembre 2000, n° 363, p. 7.

⁷⁰⁷ Cf. Notamment, C. Maugüe, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, p. 87, cet auteur ayant en outre rédigé les conclusions sous l'arrêt *Sarran*.

⁷⁰⁸ Sur ce point, cf. C. Maugüe, *op. cit.*

⁷⁰⁹ R. Libchaber, « La vision du monde de la Cour de cassation », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, p. 672.

⁷¹⁰ L. Dubouis, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 212, cité in L. Dubouis, « L'accord de Nouméa, l'arrêt *Sarran* et ses suites – Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », *op. cit.*

constitutionnel en la matière⁷¹¹, rôles du juge constitutionnel et des juges ordinaires se complètent et la jurisprudence française dans son ensemble souligne la relativité de la règle de primauté du droit communautaire. La transplantation de cette règle dans l'ordre juridique français révèle donc le paradoxe selon lequel la source de la limitation du principe de primauté en constitue également le fondement de validité dans l'ordre interne : la Constitution.

Enfin, il est à noter que l'homogénéité entre la jurisprudence constitutionnelle et celle des juges ordinaires quant à leur appréhension de la règle de primauté se retrouve dans un autre cas concernant spécialement le juge administratif. En effet, si le juge administratif n'est pas juge de la loi, il l'est cependant des actes réglementaires. Or, en 2007, dans une fameuse affaire *Arcelor*, le Conseil d'Etat eut à connaître d'un règlement français de transposition d'une directive communautaire, sans loi interposée⁷¹². Ainsi la question qui se posait en l'espèce au Conseil d'Etat concernait la position à adopter face à un règlement de transposition, et indirectement à une directive, contraires à la Constitution. Le Conseil d'Etat décida alors d'aligner sa jurisprudence sur celle du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une directive. Ainsi, en raison de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives prévue à l'article 88-1 de la Constitution⁷¹³, le juge administratif se doit tout d'abord de vérifier s'il existe ou non au niveau communautaire une protection équivalente⁷¹⁴. Si tel est le cas, il s'agit purement et simplement d'un conflit de normes communautaires. Ainsi, suivant la jurisprudence *Foto-Frost*⁷¹⁵ de la Cour de justice, si la validité de la directive en cause par rapport à la norme de référence communautaire, c'est-à-dire « *une règle ou principe général du droit communautaire* »⁷¹⁶ semble acquise, il convient tout simplement pour le Conseil d'Etat d'écarter le moyen tiré de la violation de la Constitution ; si par contre il existe un doute quant à la validité de ladite directive, le Conseil d'Etat se doit de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice quant à l'interprétation ou à la validité de la directive en cause. Si une telle protection

⁷¹¹ Pour mémoire, le juge constitutionnel peut procéder à un arbitrage entre le principe constitutionnel de primauté et d'autres règles à valeur constitutionnelle en octroyant ou non à ces dernières le statut de règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

⁷¹² C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*.

⁷¹³ Par application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*.

⁷¹⁴ Par application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *op. cit.*.

⁷¹⁵ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *op. cit.*.

⁷¹⁶ C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*.

équivalente n'existe pas, « *il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées* »⁷¹⁷. Cela signifie donc qu'en cas de non-conformité desdites dispositions réglementaires à la Constitution, les principes ou dispositions constitutionnels invoqués prévaudront et la directive communautaire se trouvera privée d'application dans l'ordre interne français, démontrant ainsi les limites de la règle de primauté du droit communautaire.

Il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat ce faisant a tenté de réaliser un délicat équilibre. Même s'il opère un contrôle de constitutionnalité indirect et *a posteriori* du droit communautaire, il tente de ne pas outrepasser les limites de sa compétence et de ne pas empiéter sur celle du Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil d'Etat n'a pas défini l'équivalence de protections entre le droit constitutionnel français et le droit communautaire en reprenant le critère utilisé par le Conseil constitutionnel : celui de la garantie des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France mais celui de la garantie par l'application du droit communautaire de l'effectivité du respect des dispositions ou principes constitutionnels invoqués. Or, comme le suggère le Commissaire du gouvernement Guyomar⁷¹⁸ dans ses conclusions sous l'arrêt dont s'agit, une telle différence de critère résulte de la différence de position institutionnelle entre le juge constitutionnel et le juge administratif *qua* juge ordinaire. Ce dernier ne peut se permettre, à moins d'excéder les limites de sa compétence, de définir ce qu'est l'identité constitutionnelle de la France. On retrouve donc ici l'autolimitation des juges ordinaires précédemment observée quant à la détermination des normes constitutionnelles supérieures au principe de primauté du droit communautaire, lui-même à valeur constitutionnelle.

Pour conclure, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* du droit communautaire indirectement réalisé par les juridictions ordinaires démontre la coïncidence d'interprétation de la règle de primauté entre juridictions ordinaires et constitutionnelle. Toutes conçoivent le principe de primauté, selon une approche moniste, comme une règle de conflit des normes constitutionnellement garantie à l'article 88-1 de la Constitution en raison de la spécificité du droit communautaire sans novation toutefois du rang de ce dernier, toujours infra-constitutionnel et supra-législatif. Toutes trouvent dans la Constitution le principe de la

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *op. cit.*

relativité de la règle de primauté du droit communautaire. Sur le plan procédural, toutes les juridictions, constitutionnelle ou ordinaires, tiennent leur compétence de la Constitution, elles ne peuvent donc que consacrer la primauté de celle-ci sur les normes communautaires à moins de renier le titre même de leur compétence et donc d'outrepasser celle-ci. Sur le plan formel, les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France priment sur la règle de primauté du droit communautaire quand bien même celle-ci trouve rang au sein de la Constitution, et sur les règles communautaires proprement dites, de rang infra-constitutionnel et supra-législatif. Ainsi, le monisme prôné par les juridictions françaises est l'inverse de celui adopté par la Cour de justice. L'ordre juridique communautaire n'intègre pas mais est intégré au sein de l'ordre juridique français. Si primauté il y a, de façon ultime, c'est de la primauté du droit français qu'il s'agit. La primauté du droit communautaire n'est qu'une règle de conflit française entre normes d'origine communautaire et normes d'origine nationale. Le système juridique français, comme tout système moniste, opère donc la distinction entre primauté en tant que fondement de validité ultime des normes : primauté ou suprématie⁷¹⁹ interne et primauté en tant que règle de conflit de normes : primauté primaire des normes inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France sur les normes communautaires et françaises, inférieures, et primauté secondaire des normes communautaires sur les autres normes françaises.

L'étude des mécanismes de contrôle de constitutionnalité français révèle donc l'adaptation à laquelle la règle de primauté est inévitablement soumise. Une telle adaptation constitue la condition de sa transplantation, laquelle se fait au sein et donc en fonction des caractéristiques du système juridique français. Les juridictions françaises ayant adopté une approche moniste, à l'instar de la Cour de justice, la primauté du droit communautaire garde son caractère de règle de conflit de normes. Cependant, si elle se situe à la croisée des normes juridiques communautaires et françaises, elle n'est pas absolue et n'a donc pas en droit français le statut de norme fondamentale, réservé à la Constitution. Elle n'est qu'une règle de conflit de normes française obéissant aux normes de rang supérieur du système juridique français. C'est alors que le parallélisme avec l'Italie, archétype dualiste, est saisissant. Si les règles de primauté du droit communautaire française et italienne ne sont pas de même nature, l'une se situant dans le cadre d'un rapport de validité, l'autre dans celui d'un rapport d'applicabilité ou d'effectivité, toutes deux rencontrent les mêmes limites : sur le plan procédural, le titre de compétence constitutionnel des juridictions nationales ; sur le plan formel, le jeu des règles

⁷¹⁹ Pour reprendre la formule du Tribunal constitutionnel espagnol, Cf. Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, *op. cit.*, motif n° 4 et note en bas de page 550.

constitutionnelles jugées fondamentales et, de façon ultime, le fondement de la validité de la règle de primauté dans l'ordre interne : la Constitution. Serait-ce là le paradoxe d'une transplantation...réussie ?

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Afin d'étudier la réception par les systèmes juridiques des Etats membres de la règle de primauté du droit communautaire telle que formulée par la Cour de justice, nous avons décidé, sur le plan conceptuel, d'appréhender celle-ci sous les traits d'un transplant juridique et, sur le plan méthodologique, de procéder sous la forme d'un syllogisme. Par la majeure, nous avons déterminé que, pour être réussie⁷²⁰, la transplantation d'une règle de droit doit répondre à deux critères. Le premier, d'ordre matériel, consiste en l'adaptation réciproque du ou des systèmes juridiques récepteurs et de la règle de droit transplantée. Le second, d'ordre téléologique et découlant de l'évaluation du premier, consiste en la réalisation des objectifs ayant motivé une telle transplantation. Or, par la mineure, nous avons pu constater à travers l'étude de la réception de la règle de primauté par les systèmes juridiques italien et français, archétypes d'approches différentes du droit communautaire : l'une dualiste, l'autre moniste, que cette règle a engendré un phénomène d'adaptation des systèmes juridiques en cause et notamment des mécanismes juridictionnels internes propres à en assurer le respect et donc l'existence. Cependant, par un effet boomerang, son adoption par les systèmes juridiques considérés a contribué à la refaçonner en fonction de leurs caractéristiques. Ainsi, d'un côté, dans un contexte dualiste, le principe de primauté est à comprendre comme l'application préférentielle du droit communautaire par rapport au droit national, conditionnée par le respect des normes jugées fondamentales du système juridique considéré. D'un autre côté, selon une appréhension moniste, il s'agit d'une règle de conflit de normes subordonnée au respect des normes jugées fondamentales du système juridique en cause. Ainsi dans les deux cas, les mécanismes juridictionnels internes ont été adaptés afin d'assurer le respect de cette règle telle que reconceptualisée au sein du système juridique interne – et donc plus généralement le respect du droit communautaire dans l'ordre interne –, tandis que dans le même temps, les mécanismes juridictionnels signalent les limites formelles et matérielles de cette règle, en tant que règle interne. Conclusion ? « *Le syllogisme est un discours dans*

⁷²⁰ Nous sous-entendons bien sûr que derrière la réussite se cache la possibilité, les deux étant logiquement liées.

lequel, certaines choses étant posées, quelque chose d'autre que ces données en résulte nécessairement par le seul fait de ces données. »⁷²¹.

⁷²¹ Aristote, Premiers Analytiques, I, 1, 24 a 10.

CHAPITRE II.
CONCLUSION
DE LA RÉCEPTION NATIONALE
DU PRINCIPE EUROPÉEN DE PRIMAUTÉ

« Parmi toutes les images possibles du monde, quelle place accorder à celle du physicien théoricien ? Elle implique les exigences les plus grandes, pour la rigueur et l'exactitude de la représentation des rapports (...). Mais, en revanche, le physicien doit, sur le plan concret, se restreindre d'autant plus qu'il se contente de représenter les phénomènes les plus évidents accessibles à notre expérience, alors que tous les phénomènes plus complexes ne peuvent pas être reconstitués par l'esprit humain avec cette précision subtile et cet esprit de suite exigés par le physicien théoricien. L'extrême netteté, la clarté et la certitude ne s'acquièrent qu'au prix d'un immense sacrifice : la perte de la vue d'ensemble. Mais alors quelle peut être la séduction de comprendre avec précision une parcelle si restreinte de l'univers et d'abandonner tout ce qui est plus subtil et plus complexe, par timidité ou manque de courage ? Le résultat d'un exercice aussi résigné oserait-il porter le nom audacieux d'« Image du monde » ?

Je pense que ce nom est bien mérité. Car les lois générales, bases de l'architecture intellectuelle de la physique théorique ont l'ambition d'être valables pour tous les événements de la nature. Et grâce à ces lois, en utilisant l'itinéraire de la pure déduction logique, on devrait pouvoir trouver l'image, c'est-à-dire la théorie de tous les phénomènes de la nature, y compris de ceux de la vie, si ce processus de déduction ne dépassait pas et de beaucoup la capacité de la pensée humaine. Le renoncement à une image physique du monde en sa totalité n'est pas un renoncement de principe. C'est un choix, une méthode.

La tâche suprême du physicien consiste donc à rechercher les lois élémentaires les plus générales à partir desquelles, par pure déduction, on peut acquérir l'image du monde. Aucun chemin logique ne conduit à ces lois élémentaires. Il s'agirait plutôt exclusivement d'une intuition se développant parallèlement à l'expérience. Dans cette incertitude de la méthode à suivre, on pourrait croire que n'importe quel nombre des systèmes de physique théorique de valeur équivalente serait possible. En principe cette opinion est certainement correcte. Mais l'évolution a montré que de toutes les constructions concevables, une et une seule, à un moment précis, s'est révélée absolument supérieure à toutes les autres. Personne parmi ceux qui ont réellement approfondi le sujet ne niera que le monde des perceptions détermine en fait rigoureusement le système théorique, bien qu'aucun chemin logique ne conduise des perceptions aux principes de la théorie. C'est cela que Leibniz dénommait et signifiait par l'expression « harmonie préétablie ». »⁷²²

⁷²² A. Einstein, *Comment je vois le monde*, op. cit., pp. 124-125.

Le juriste, semblable au physicien, part à la découverte de l'harmonie préétablie qui ne se dévoile à ses yeux qu'au fur et à mesure de ses recherches et qui ne sera certainement jamais complet(é)e. La méthode est la même, partir d'une question particulière, perdant ainsi la vue d'ensemble, tout en retrouvant la trace, petit à petit, question après question, de cette image globale. C'est ainsi que par la question de savoir s'il est possible de considérer la transplantation de la règle de primauté dans les systèmes juridiques nationaux comme réussie (section première) accéderons-nous peut-être à une image du monde des rapports entre droit communautaire et droits nationaux (section seconde), laquelle, en retour, nous permettra de répondre à notre interrogation première. C'est cette interdépendance de la question de la définition de la règle de primauté et de celle des rapports de système européens qui permet à leurs réponses de s'éclairer mutuellement et que nous tenterons donc de mettre à jour.

SECTION I. *UNE TRANSPLANTATION RÉUSSIE ?*

Conclure notre syllogisme suppose de reprendre le raisonnement suivi à l'envers. Il convient donc de vérifier que les conditions de réussite définies pour tout transplant juridique sont réunies dans le cas de la règle de primauté (§1) et par là et au-delà de vérifier la présence des conditions mêmes de possibilité de celui-ci (§2).

§1. Retour sur les conditions de réussite d'un transplant juridique

Dans le chapitre précédent, nous avons identifié deux critères de réussite d'un transplant juridique : l'adaptation réciproque du ou des systèmes juridiques récepteurs et de la règle transplantée et la réalisation des objectifs ayant motivé cette transplantation. Il convient donc de vérifier si, dans le cas de la transplantation de la règle de primauté au sein des systèmes juridiques des Etats membres, ces deux critères, le premier d'ordre matériel (A), le second d'ordre téléologique (B), sont remplis.

A. Critère matériel

Comme il a déjà pu être relevé, le paradoxe d'une transplantation réussie consiste en ce que l'appropriation endogène de la règle transplantée par le ou les systèmes récepteurs suppose nécessairement son adaptation – puisqu'elle a été produite dans le cadre d'un autre système juridique et est donc le fruit d'une autre culture juridique avec ses groupes sémiotiques propres et ses conventions de sens propres – afin qu'elle puisse faire sens avec les autres règles du système récepteur. En sens inverse cependant, le système – qui n'est pas un cadre fixe sur lequel viendrait se surimposer la règle transplantée mais le réseau de connexions intimes de validité entre les règles⁷²³ qu'il combine et dans lequel la règle transplantée vient s'intégrer – doit également se réinterpréter au contact de la règle transplantée. Si cela est vrai de toute règle nouvelle, cela l'est d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une règle transplantée, c'est-à-dire d'une règle qui présente la particularité précédemment soulignée de ne pas avoir été créée selon la configuration du système juridique récepteur. Dans le cas de la règle de primauté, a-t-on pu observer une telle adaptation ? Cette règle ayant été conçue par la Cour de justice comme LE principe par excellence d'organisation des rapports entre normes communautaires et normes nationales, il a été possible, afin de répondre à cette question, de systématiser l'étude des cas nationaux de transplantation en fonction précisément de l'approche adoptée par les ordres juridiques considérés en ce qui concerne les rapports entre les normes qu'ils produisent et celles émises par l'Union européenne. Or, en réalité, celle-ci porte l'empreinte de leur appréhension des rapports avec le droit international puisque le droit communautaire est par essence un droit conventionnel⁷²⁴. Nous avons ainsi procédé à l'analyse d'un archétype de l'approche dualiste : l'Italie et d'un archétype de l'approche moniste : la France. C'est donc par rapport à ces deux exemples concrets principalement que nous vérifierons si la première condition d'une transplantation réussie est remplie en l'espèce. Nous verrons tout d'abord dans quelle mesure ces systèmes juridiques nationaux se sont adaptés à la règle de primauté (1) pour ensuite évaluer la mesure selon laquelle ils ont eux-mêmes adapté la règle de primauté (2).

⁷²³ Les règles sont donc envisagées ici comme le contenu de normes liées entre elles par un rapport de validité.

⁷²⁴ Cela ne préjuge pas de l'adaptation de cette approche elle-même au cas spécifique du droit de l'Union européenne.

1. Mesure de l'adaptation des systèmes juridiques nationaux

Le caractère intrinsèquement ambigu des règles de droit permet à l'interprète authentique d'en adapter le sens sous l'influence à la fois de facteurs juridiques et extra-juridiques. La transplantation d'une règle de droit constitue l'un de ces facteurs et nécessite la réinterprétation des autres règles du système afin d'en permettre le jeu au sein de l'ordre juridique récepteur.

Si l'on prend le cas des deux archétypes précédemment analysés, on constate que l'une des principales adaptations opérées par les juges constitutionnels tant italien que français a consisté à réinterpréter leur propre titre de compétence et celui des juges ordinaires afin de permettre l'instauration d'un contrôle de conventionnalité en vue d'assurer juridictionnellement le respect de la règle de primauté et de faire en sorte que ce principe, si transplanté, ne reste pas lettre morte. Si la règle de primauté suppose d'écarter toute loi contraire à une norme communautaire⁷²⁵, les juges ordinaires tant italiens que français ne disposaient pas initialement d'une telle compétence en raison des principes de souveraineté de la loi et de séparation des pouvoirs. Par conséquent, le juge constitutionnel italien dut, pour sa part, afin de permettre un tel contrôle, adapter son approche dualiste et sa lecture de l'article 11 de la Constitution. Ainsi, désormais, ce dernier est à interpréter comme contenant une norme permissive⁷²⁶ posant le principe de l'ouverture du droit italien au droit communautaire⁷²⁷. Le contentieux communautaire étant donc distinct du contentieux national, il ne peut donner lieu à une exception d'inconstitutionnalité et les questions relatives à l'application du droit communautaire relèvent directement de la compétence du juge ordinaire⁷²⁸. Si le juge constitutionnel français, quant à lui, s'est déclaré incompétent par application d'une approche moniste en raison de la distinction formelle existant entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité des lois – le droit communautaire ayant, conformément à l'article 54 de la Constitution, une valeur infra-constitutionnelle⁷²⁹ –, il a interprété l'article 55 de la Constitution comme habilitant implicitement les juges ordinaires à

⁷²⁵ Cf. C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *op. cit.*.

⁷²⁶ Cf. Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14, considérant 6.

⁷²⁷ Cf. Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183.

⁷²⁸ Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170.

⁷²⁹ Cf. Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *op. cit.*.

procéder au contrôle de conventionnalité des lois⁷³⁰. C'est ainsi que ces derniers, abandonnant l'application de la théorie de la loi écran, se sont reconnus compétents en la matière⁷³¹. Par conséquent, il est saisissant de constater que tant les juges italiens que les juges français se sont adaptés à la règle de primauté par l'instauration d'un mécanisme de contrôle de conventionnalité diffus présentant les mêmes caractéristiques. Le juge ordinaire doit d'abord tenter de concilier le droit national avec le droit communautaire par le biais d'une interprétation conforme. Dans le cas d'une incompatibilité irréductible, il se doit d'écarter directement l'application de la loi nationale en cause.

De plus, les juges constitutionnels tant italiens que français se sont néanmoins reconnus une compétence d'exception. C'est ainsi le cas de la Cour constitutionnelle italienne, lorsqu'elle est saisie par voie principale, dans le cadre du contentieux de la répartition des compétences entre l'Etat et les régions⁷³² et du Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois à raison de l'obligation de transposition des directives découlant de l'article 88-1 de la Constitution⁷³³. En outre, dans ce dernier cas, il convient de souligner que si le Conseil constitutionnel venait à décider de l'inconstitutionnalité de la loi de transposition en cause, il pourrait éventuellement prévoir l'ajournement de sa décision laissant ainsi au législateur le temps d'amender la loi de transposition concernée afin de faire disparaître son inconstitutionnalité sans entraver le jeu de la directive en cause et donc du principe de primauté dans l'ordre juridique français⁷³⁴.

Par ailleurs, si le juge constitutionnel italien ou français s'est assuré que les voies juridictionnelles nationales permettent de donner effet à la règle de primauté, il a également rendu à César ce qui est à César en faisant application de la jurisprudence *Foto-Frost*⁷³⁵ de la Cour de justice. Ainsi, en cas d'incompatibilité entre une loi et une norme communautaire et de doute sérieux quant à la validité ou à l'interprétation de cette dernière, le juge ordinaire se doit de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Le juge constitutionnel italien lui-même, dans le cadre du contentieux par voie principale relatif à la répartition des

⁷³⁰ Cf. Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, *op. cit.* ; décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, *op. cit.* ; décision n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, *op. cit.*

⁷³¹ Cf. Décision n° 88-1082 DC, 21 octobre 1988, *A.N., Val d'Oise (5^{ème} circ.)*, *op. cit.*

⁷³² Pour la France, cf. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*, *op. cit.* ; C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *op. cit.*. Pour l'Italie, Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170.

⁷³³ Cf. Cour constitutionnelle, 9 avril 1963, n° 49 ; Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284.

⁷³⁴ Cf. Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*

⁷³⁵ Cf. Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2004, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *op. cit.*

⁷³⁵ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *op. cit.*

compétences entre l'Etat et les régions, a fait application de ce principe⁷³⁶. Quant au juge constitutionnel français, si les délais qui lui sont impartis dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois de transposition selon les modalités prévues par l'article 61 de la Constitution ne lui permettent pas une telle saisine, il a limité en conséquence son contrôle aux cas d'incompatibilité manifeste afin d'éviter un éventuel empiètement des compétences de la Cour de justice⁷³⁷.

Enfin, en ce qui concerne la portée de la règle de primauté, si les juges constitutionnels nationaux ont permis, au prix d'une certaine adaptation, le jeu de la primauté du droit communautaire par rapport aux lois nationales, ils l'ont également permis relativement à certaines normes constitutionnelles en donnant un fondement constitutionnel à la règle de primauté, l'article 11 de la Constitution italienne ou l'article 88-1 de la Constitution française. Par conséquent, même si les normes communautaires ne font pas partie de la hiérarchie des normes italiennes et n'ont qu'un rang infra-constitutionnel dans la hiérarchie des normes françaises à raison de l'article 54 de la Constitution, conférer à la règle de primauté le statut de norme constitutionnelle permet aux juges constitutionnels italiens et français de la faire prévaloir par rapport à certaines règles constitutionnelles. Quant aux autres, reflétant l'identité constitutionnelle de ces Etats membres, si elles constituent une limite par principe, celle-ci est définie en termes restrictifs, puisque, par application du principe de protection équivalente, ne sont en jeu que les principes et droits exclusivement nationaux, non protégés au niveau communautaire⁷³⁸. De plus, jusqu'à présent, cette limite est plus théorique que pratique⁷³⁹ assurant ainsi une primauté quasi-absolue du droit communautaire sur le droit national.

Ainsi, en ce qui concerne la première branche du critère matériel de réussite d'un transplant juridique, l'adaptation des systèmes juridiques nationaux, il semble bien que cette dernière se trouve réalisée dans le cas de la règle de primauté. A cet égard, deux phénomènes sont particulièrement saisissants. Tout d'abord, cette adaptation est graduelle reflétant une caractéristique fondamentale du droit : celui-ci est le produit d'une interdiscursivité entre groupes sémiotiques du système juridique considéré, italien ou français. La spécification

⁷³⁶ Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, n° 102 et ordonnance du même jour, n° 103.

⁷³⁷ Cf. Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *op. cit.*.

⁷³⁸ Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 232.

⁷³⁹ Cf. Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse*, *op. cit.* ; C.E., 30 octobre 1998, *Sarran, levacher et autres*, *op. cit.* ; Cour constitutionnelle italienne, 7 mai 1996, n° 146 ; C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres* ; Tribunal constitutionnel, *Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais*, 27 avril 2005, n° P 1/05.

fonctionnelle au sein du droit et notamment au sein de la fonction juridictionnelle a suscité l'émergence de différentes visions du droit et de leur fonction par les juges. C'est ainsi une question préjudicielle posée par un juge ordinaire italien, le *Pretore* de Suse au sujet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne s'auto-attribuant le monopole du contrôle de conventionnalité des lois⁷⁴⁰, qui a donné à la Cour de justice⁷⁴¹ l'occasion de juger de l'incompatibilité de ce mécanisme avec le principe de primauté, celui-ci impliquant nécessairement l'application immédiate des normes communautaires, et a entraîné par ricochet un revirement de jurisprudence de la part de la Cour constitutionnelle italienne. Cette dernière a ainsi décliné sa compétence et attribué la réalisation du contrôle de conventionnalité des lois au juge ordinaire. C'est également cette spécification fonctionnelle au sein de la fonction juridictionnelle qui explique que le Conseil d'Etat⁷⁴², de par sa position institutionnelle spécifique en tant que juridiction administrative, a mis quatorze ans de plus que la Cour de cassation⁷⁴³ pour se considérer compétent en matière de contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de l'exercice de sa fonction contentieuse.

De surcroît, cette interdiscursivité peut se jouer à divers degrés avec des groupes sémiotiques juridictionnels appartenant à d'autres systèmes juridiques. Ainsi, la transplantation, dans le contexte des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux, présente la spécificité d'opérer dans le cadre d'un dialogue continu par décisions de justice interposées entre juridictions nationales et communautaires. Cela explique notamment l'adaptation par les juges nationaux de leur jurisprudence par rapport à certains arrêts de la Cour de justice tels que *Van Gend en Loos*⁷⁴⁴, *Costa*⁷⁴⁵, *Simmenthal*⁷⁴⁶ ou encore *Foto-Frost*⁷⁴⁷. Cela explique également que les juridictions des différents Etats membres s'influencent réciproquement quant aux positions qu'elles adoptent vis-à-vis du droit communautaire et de la règle de primauté. On peut ainsi citer l'exemple du principe de protection équivalente né en Allemagne⁷⁴⁸, exporté en Italie⁷⁴⁹, en France⁷⁵⁰ ou encore récemment au Royaume-Uni⁷⁵¹. Par

⁷⁴⁰ Cf. Cour constitutionnelle, 30 octobre 1975, n°232.

⁷⁴¹ Cf. C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *op. cit.*.

⁷⁴² C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *op. cit.*.

⁷⁴³ Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Cafés Jacques Vabre*, *op. cit.*.

⁷⁴⁴ Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*.

⁷⁴⁵ Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *op. cit.*.

⁷⁴⁶ Cf. C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, *op. cit.*.

⁷⁴⁷ Cf. C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, *op. cit.*.

⁷⁴⁸ Cf. Tribunal constitutionnel de Karlsruhe, 22 octobre 1986, *So lange II*, *op. cit.*.

⁷⁴⁹ Cf. Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 289, *op. cit.*.

⁷⁵⁰ Cf. Conseil constitutionnel, décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *op. cit.*.

⁷⁵¹ Cf. Divisional Court, Queen's Bench Division, 18 février 2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, *op. cit.*.

ailleurs, cette adaptation se traduit par une convergence des solutions retenues malgré une divergence des moyens, fonction des particularités des systèmes juridiques considérés. Or, c'est précisément celles-ci qui expliquent la seconde branche du critère matériel de réussite d'un transplant juridique : l'adaptation de la règle de primauté aux systèmes juridiques récepteurs. Quelle conclusion tirer à cet égard ?

2. Mesure de l'adaptation de la règle de primauté

Comme il a été expliqué dans la section première du précédent chapitre, l'adaptation de la règle de primauté incarne ce qu'il est possible d'appeler le paradoxe du transplant juridique. Si la transplantation d'une règle de droit signifie nécessairement son appropriation endogène par le système juridique récepteur, ce dernier se doit de la réinterpréter à son image, pour qu'elle fasse sens en son sein. Or, la règle de primauté constitue un véritable cas d'école de ce paradoxe du fait de la raison essentielle pour laquelle une telle adaptation a été opérée à son égard. En effet, selon la Cour de justice et d'après l'analyse menée dans la première partie de cette thèse, l'essence même de la règle de primauté est de constituer le principe cardinal de l'interaction entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux, permettant la subordination de ceux-ci à celui-là. Elle n'est une règle de conflit de normes qu'en tant qu'instrument de l'avènement d'une nouvelle hiérarchie entre normes communautaires et nationales et, plus généralement, entre ordre juridique communautaire, originaire, et ordres juridiques nationaux, dérivés. Or, l'utilisation du concept de transplant juridique se justifie notamment par le fait qu'il n'a pas été possible, selon l'analyse menée dans l'introduction de cette seconde partie, de trouver un fondement juridique contraignant à cette conception de la primauté développée par la Cour de justice. La force obligatoire de cette règle européenne ne peut donc venir que de son acceptation de la part de chaque Etat membre et cette dernière est à rechercher au sein du système juridique de chacun de ceux-ci. Si la règle de primauté est donc envisagée en tant que règle de droit national, elle tient sa validité et les conditions de sa validité de la Constitution du système juridique national considéré. C'est donc celle-ci qui fixe la position et limite le jeu de la règle de primauté, à l'instar de toute autre règle nationale, au sein du système national et non l'inverse. La règle nationale de primauté ne peut donc par essence devenir le fondement de la validité des ordres juridiques nationaux des Etats membres, à moins de l'abdication des pouvoirs constituants nationaux qui ne se sont guère exprimés en ce sens. A défaut d'une telle abdication juridique, traduction d'une abdication de nature politique qui, de plus, ne peut être donnée par des

juridictions, même constitutionnelles, celles-ci n'étant pas détentrices du pouvoir constituant, la règle de primauté, au moment de sa transplantation dans les systèmes juridiques nationaux des Etats membres, perd nécessairement son caractère de principe d'interaction entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux soit de norme suprême des systèmes juridiques nationaux. Ainsi, par exemple, la règle de primauté italienne a rang constitutionnel par le biais de l'article 11 de la Constitution italienne et la règle de primauté française, rang constitutionnel par celui de l'article 88-1 de la Constitution française. Si lesdites règles nationales de primauté du droit communautaire ne constituent pas pour les systèmes juridiques nationaux le principe de leur interaction avec l'ordre communautaire au sens qu'elles n'ont pas leur « *place au sommet de[s] ordre[s] juridique[s] interne[s]* »⁷⁵², cela signifie donc logiquement qu'elles n'ont guère en leur sein, comme le souhaiterait la Cour de justice, une portée absolue mais simplement relative, qu'au-dessus de la règle de primauté du droit communautaire règne la suprématie de la Constitution nationale, en tant que source nationale de validité des normes. Cela signifie donc également que les systèmes juridiques nationaux considérés n'ont pas adopté l'approche moniste avec primauté du droit communautaire de la Cour de justice, ce qui les a laissés libres d'adapter la règle de primauté à leur propre approche des relations droit national / droit communautaire. Si les juridictions françaises adoptent également une approche moniste, celle-ci se caractérise par la primauté accordée au droit national et non au droit communautaire. La règle française de primauté du droit communautaire est donc envisagée comme une règle relative de conflit de normes. Quant aux juridictions italiennes, elles n'adhèrent guère à une approche moniste et réfutent l'idée d'un rapport de validité jouant entre normes communautaires et normes nationales. Elles ont adopté une approche dualiste d'après laquelle la primauté du droit communautaire se traduit par une simple prévalence d'application du droit communautaire. Par conséquent, la règle de primauté, lors de sa transplantation, perd nécessairement son caractère de règle absolue de conflit de normes.

C'est ainsi qu'est organisé tant en France qu'en Italie un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire démontrant les limites de la règle de primauté dans l'ordre interne. En Italie, conformément à l'approche dualiste retenue, ce contrôle prend la forme d'une vérification de la compatibilité persistante du droit communautaire avec le droit italien justifiant le maintien de l'ouverture de ce dernier au jeu du droit communautaire sur le

⁷⁵² Cf. Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, considérant 10.

fondement de l'article 11 de la Constitution. En France, conformément à l'approche moniste avec primauté du droit national retenue, il s'agit d'un contrôle du respect de la hiérarchie des normes consacrée par la Constitution française à son propre profit.

L'existence d'un tel contrôle démontre que si la règle de primauté a été constitutionnalisée tant en France qu'en Italie, le droit communautaire quant à lui n'a pas rang constitutionnel (afin de permettre ledit contrôle). Au sein du système juridique français, conformément à une lecture combinée des articles 54 et 55 de la Constitution, le droit communautaire a rang certes supra-législatif mais surtout infra-constitutionnel. Si ses normes peuvent éventuellement jouer le rôle de normes de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois du Conseil constitutionnel, ce n'est que parce que et dans la mesure où les dispositions du titre XV de la Constitution dédié spécialement à l'Union européenne se réfèrent expressément au droit communautaire. Un tel renvoi n'a pas pour effet d'inclure les normes communautaires dans le bloc de constitutionnalité. De même, au sein du système juridique italien, le droit communautaire n'a pas rang constitutionnel puisque, conformément à l'approche dualiste adoptée, celui-ci n'a pas de rang du tout, ce n'est pas un rapport de validité mais d'effectivité ou d'applicabilité qui le lie au droit italien. Ainsi, la référence de l'article 117 alinéa premier de la Constitution aux liens dérivant de l'ordre communautaire n'est que la réitération au niveau des rapports Etat / régions du principe de l'applicabilité des normes communautaires en droit interne posé à l'article 11 de la Constitution. Celles-ci, en vertu de l'article 117 alinéa premier, peuvent servir uniquement de normes interposées c'est-à-dire rendre concrètement opératoire le renvoi que cet article opère à leur égard.

De plus, tant en France qu'en Italie, les chefs d'inconstitutionnalité sont définis de manière très large, pouvant ainsi virtuellement servir à protéger toute norme à valeur constitutionnelle et étendant proportionnellement la limite imposée à la règle de primauté. Ainsi, en France, la limite imposée à la règle de primauté consiste en toute règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France et l'on peut en dénombrer trois catégories, toutes des plus amples : l'atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie ou tout simplement la contrariété à la Constitution⁷⁵³. En ce qui concerne l'Italie, deux contre-limites à l'applicabilité des normes communautaires ont été identifiées par la Cour constitutionnelle : les droits inaliénables de la personne humaine et les principes fondamentaux de l'ordre

⁷⁵³ Cf. Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*. A noter, l'homogénéité des limites quelle que soit la juridiction qui opère le contrôle, Cf. Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse*, *op. cit.* ; C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres* ; C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *op. cit.*.

constitutionnel italien⁷⁵⁴, formules également des plus larges permettant de soustraire potentiellement du champ d'application de la règle de primauté toute règle pour autant que lui soit attribuée valeur constitutionnelle. Ainsi, la marge d'interprétation que les juridictions constitutionnelles nationales se sont ménagée est des plus appréciables.

Enfin et de façon fondamentale, les différents mécanismes de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire existants et leur complémentarité permettent un contrôle assez complet du droit communautaire et de la relativité de la règle de primauté. Ainsi, en France, le contrôle a lieu à la fois *a priori* et *a posteriori*, les limites du contrôle du Conseil constitutionnel étant compensées par le contrôle des juridictions ordinaires. *A priori*, le Conseil constitutionnel assure un contrôle intégral de la constitutionnalité des traités directement sur le fondement de l'article 54 de la Constitution ou indirectement par le biais des lois de ratification sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Si, par conséquent, un traité ne lui est pas soumis par le jeu de l'article 54, il peut toujours l'être par la voie de l'article 61⁷⁵⁵ sauf dans le cas d'une loi référendaire, « *constitu[ant] l'expression directe de la souveraineté nationale* »⁷⁵⁶. De façon complémentaire, *a posteriori*, les juridictions ordinaires peuvent elles-mêmes opérer un tel contrôle et écarter l'application d'une norme communautaire contraire à la Constitution, ou dans le futur, saisir le Conseil constitutionnel par voie d'exception sur le fondement de l'article 61-1 en matière de droits et libertés constitutionnellement garantis. Par ailleurs, le droit communautaire dérivé ne pouvant être logiquement soumis *a priori* au contrôle du Conseil constitutionnel, celui-ci s'est également déclaré compétent par le biais de l'article 88-1 de la Constitution pour contrôler indirectement les directives *via* leurs lois de transposition dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité *a priori* des lois de l'article 61 de la Constitution⁷⁵⁷. En outre, une telle jurisprudence du Conseil constitutionnel soulève la question des possibilités d'extension de ce contrôle aux décisions-cadres, nécessitant elles aussi une transposition en droit interne. Ainsi, à l'heure actuelle, les mécanismes de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire en France concernent le droit communautaire tant originaire que dérivé et sont pour le moins variés et complémentaires. Le système juridique italien quant à lui prévoit un système de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire non moins efficace. En effet, la Cour constitutionnelle italienne,

⁷⁵⁴ Cf. Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98 ; Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183.

⁷⁵⁵ L'élargissement des autorités compétentes pour saisir le Conseil sur le fondement de l'article 54 de la Constitution précisément par le biais de la révision constitutionnelle ayant suivi le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht augmente d'autant plus les chances de saisine. Cf. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *op. cit.*

⁷⁵⁶ Décision n° 92-313, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, *JORF*, 25 septembre 1992, p. 13337, considérant 2.

⁷⁵⁷ Cf. Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*

contrairement au Conseil constitutionnel français, ayant par principe compétence pour statuer sur la constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur, a la possibilité de sanctionner directement toute norme communautaire ne respectant pas l'identité constitutionnelle de l'Italie. Ainsi elle s'est arrogé très tôt le droit de contrôler par voie incidente le droit communautaire originaire⁷⁵⁸ par le biais de la loi d'exécution du traité en cause sur le fondement de la violation de l'article 11 de la Constitution. Elle s'est également déclarée compétente pour contrôler la constitutionnalité du droit dérivé⁷⁵⁹, toujours par le même biais, en rattachant la norme communautaire secondaire en cause à sa source conventionnelle : l'article 249 du Traité instituant la Communauté européenne. De surcroît, elle a confirmé sa jurisprudence selon laquelle elle est compétente pour opérer un tel contrôle également par voie d'action dans le cadre du contentieux spécial de la répartition des compétences Etat / régions⁷⁶⁰. La Cour constitutionnelle italienne a donc virtuellement la possibilité de statuer absolument sur tout cas d'inconstitutionnalité du droit communautaire. Par conséquent, s'il n'existe pas beaucoup de cas de conflits ouverts⁷⁶¹, les juridictions nationales possèdent néanmoins tous les outils nécessaires afin d'assurer, si nécessaire, la suprématie de la Constitution, limitant par là même le jeu de la règle de primauté du droit communautaire dans l'ordre interne.

Pour conclure, il semble donc que la principale limite à laquelle la règle de primauté du droit communautaire soit soumise réside dans sa condition de règle transplantée. Si, en tant que règle européenne, elle possède un caractère absolu, en tant que règle nationale, elle ne peut qu'avoir une portée relative puisque, appartenant aux systèmes juridiques récepteurs, elle tire les conditions de sa validité de chacun d'entre eux, ce qui est la marque ultime ou première de son appropriation endogène par les droits nationaux. La règle de primauté se voit donc adaptée aux caractéristiques intrinsèques des systèmes juridiques récepteurs qui font d'eux ce qu'ils sont : des systèmes juridiques d'ordre interne. La transplantation de la règle de primauté dans les systèmes juridiques nationaux semble donc bien être caractérisée par son adaptation aux systèmes juridiques récepteurs, seconde branche du critère matériel de réussite d'une transplantation. Il ne reste donc plus qu'à vérifier si la transplantation de la règle de primauté

⁷⁵⁸ Cf. Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98.

⁷⁵⁹ Cf. Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98 ; Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183.

⁷⁶⁰ Cf. Cour constitutionnelle, 9 avril 1963, n° 49 ; Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284.

⁷⁶¹ Cf. Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse, op. cit.* ; C.E., 30 octobre 1998, *Sarran, levacher et autres, op. cit.* ; Cour constitutionnelle italienne, 7 mai 1996, n° 146 ; C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres* ; Tribunal constitutionnel, *Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais*, 27 avril 2005, n° P 1/05.

en droit interne répond également au second critère de réussite, dit téléologique, la réalisation des objectifs ayant motivé la transplantation.

B. Critère téléologique

Bien que, de prime abord, le critère de réussite de la transplantation d'une règle de droit consistant en la réalisation des objectifs recherchés puisse sembler tout à fait secondaire, dans le cas de la règle de primauté, il reste néanmoins à la fois pertinent et fondamental. En effet, si ce critère n'était pas rempli, il serait difficile de pouvoir évoquer en l'espèce une transplantation réussie. Les finalités recherchées sont non seulement juridiques puisqu'elles ont été énoncées par la Cour de justice et les juridictions nationales mais constituent la justification même à la fois de l'adoption de la règle de primauté par la Cour de justice et de sa transplantation par les juridictions nationales. Elles sont donc intimement liées au sens même de la règle de primauté.

Comme il a pu être analysé dans la première partie, la Cour de justice a consacré la règle de primauté peu après les principes d'effet immédiat et direct⁷⁶² afin de préserver l'effet utile des normes communautaires. Elle a ainsi justifié l'adoption de la règle de primauté comme le moyen principal de protéger « *la base juridique de la Communauté elle-même* »⁷⁶³ et d'assurer le respect du droit communautaire et son application uniforme dans les Etats membres. Certes, la violation du droit communautaire peut entraîner, sur le plan communautaire, la responsabilité des Etats membres, y compris pour le fait de leurs juridictions⁷⁶⁴. L'éventualité d'une telle sanction peut donc jouer le rôle d'incitation, la consécration au plan national de la règle de primauté pouvant contribuer à l'éviter. Cependant, cela ne transforme pas l'adoption de cette règle en obligation juridique pour les Etats membres et leurs juridictions. C'est sur le plan interne qu'il faut rechercher la source d'une telle règle. Or, chaque Etat membre ayant accepté de participer à l'Union européenne, ce consentement donne à l'obligation de respecter le droit communautaire un fondement proprement interne : en Italie, l'article 11 de la Constitution autorisant les limitations de souveraineté et en France l'article 88-1 de la Constitution consacrant le consentement de la France à participer à l'Union européenne. De plus, toujours sur le plan interne, le non respect des normes communautaires à effet direct serait pour les citoyens une source d'incertitude

⁷⁶² Cf. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*.

⁷⁶³ Cf. C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *op. cit.*.

⁷⁶⁴ C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, C-224/01, *op. cit.*.

juridique. La règle de primauté constituant un outil majeur afin d'assurer le respect du droit communautaire, c'est selon de telles justifications et finalités que les juridictions nationales l'ont consacrée, lui donnant un fondement proprement interne. En Italie par exemple, la Cour constitutionnelle avance l'argument selon lequel le non respect de la règle de primauté entraînerait une application inégale des règles communautaires parmi les Etats membres ainsi qu'une atteinte à la clarté et à la sécurité juridique pour les citoyens⁷⁶⁵. En France, la finalité du respect du droit communautaire s'exprime de la manière la plus récente notamment à travers le sens accordé par le Conseil constitutionnel à l'article 88-1 de la Constitution⁷⁶⁶. En effet, si de la participation à l'Union européenne découle une exigence constitutionnelle de transposition des directives, c'est précisément parce que la France se doit de respecter ses engagements communautaires. Par ailleurs, on peut également citer les conclusions du Commissaire du gouvernement Guyomar sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Arcelor*, lequel, après avoir rappelé la position italienne en la matière, évoque la formule de Bruno Genevois selon laquelle il ne faudrait pas « *nui[r]e à l'unité nécessaire du droit communautaire* » ou encore « *le souci d'une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats-membres* »⁷⁶⁷. Ainsi, on retrouve dans la jurisprudence des juridictions nationales des justifications similaires à celles avancées par la Cour de justice. De telles justifications coïncidant avec la finalité pour laquelle la règle de primauté a été transplantée : assurer le respect du droit communautaire, leur adoption démontre précisément, en sus de l'adaptation des voies internes de contrôle de conventionnalité du droit national et plus généralement de l'acceptation du jeu de la règle de primauté, que la réalisation d'un tel objectif a été intériorisée par les juridictions nationales. Les juges nationaux secondent dans sa tâche la Cour de justice, ce qui leur a parfois valu le qualificatif de juges européens de droit commun. Par conséquent, la règle de primauté, au-delà de sa transplantation, est désormais bien implantée au sein des systèmes juridiques nationaux. Ainsi, est-il d'ores et déjà possible de conclure à une transplantation réussie ou n'allons-nous pas un peu vite en besogne ?

⁷⁶⁵ Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 232.

⁷⁶⁶ Cf. Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*.

⁷⁶⁷ Cf. M. Guyomar, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *op. cit.*.

§2. Retour sur les conditions de possibilité d'un transplant juridique

L'évaluation du critère téléologique a révélé que les justifications avancées à l'appui de l'adoption de la règle de primauté tant par la Cour de justice que par les juridictions nationales étaient similaires. Cependant, il en est une, la principale, qui n'a pas été reprise par les juridictions nationales : celle de la « *mise en cause [de] la base juridique de la Communauté elle-même* ». Comment expliquer le silence des juridictions nationales à cet égard ? Selon l'analyse menée dans la première partie, la règle européenne de primauté est consubstantielle à la nature de la Communauté. Elle la justifie en tant que principe de hiérarchisation des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux au profit du premier. Elle en assure l'autonomie tant par rapport au droit international que par rapport aux droits nationaux. Par conséquent, d'après le raisonnement adopté par la Cour de justice, si la règle de primauté n'est pas conçue comme le principe d'interaction entre droit communautaire et droits nationaux, elle perd sa finalité et sa raison d'être. Or, nous avons pu également observer que les juridictions nationales avaient réfuté une telle caractérisation. Ce rejet est-il capable de remettre en cause la réussite de la transplantation ? La question qui se pose correspond donc à la problématique étudiée dans la section première du précédent chapitre : si la définition d'une règle se caractérise par un faisceau d'indices et non un ensemble de critères fixes et immuables, jusqu'où une règle peut-elle évoluer sans perdre son identité ? Comment tracer la ligne qui sépare l'évolution de la révolution ? La règle européenne de primauté est-elle la même que les règles nationales de primauté ou sommes-nous en présence de règles différentes ? Comme il a précédemment été analysé, il existe deux hypothèses principales de révolution / rupture dans le sens d'une règle : la première touchant à la règle elle-même, la seconde relative aux conventions de sens qui en fondent la signification. Afin de déterminer si le cas de la règle de primauté correspond à l'une de ces hypothèses, il convient de cerner la nature de la différence séparant les conceptions nationales de la règle de primauté de sa conception européenne par rapport à chacune de ces hypothèses : celle de la disparition d'une caractéristique fondamentale de la règle de primauté (A) et celle de la substitution antagonique du cadre herméneutique dans lequel la règle de primauté s'inscrit (B).

A. Hypothèse de la disparition d'une caractéristique fondamentale

Comment déterminer si le fait pour la règle de primauté de constituer un principe d'interaction entre systèmes juridiques européen et nationaux représente l'une de ses caractéristiques fondamentales ?

On peut tout d'abord analyser la place tenue par cette caractéristique par rapport aux autres caractéristiques de la règle de primauté. Selon la Cour de justice, elle constitue la source de toutes les autres. En effet, le fait que la règle de primauté soit envisagée par la Cour comme un principe d'interaction entre ordres juridiques européen et nationaux explique son caractère suprême dans les ordres juridiques nationaux. Puisque ce principe d'interaction cristallise la subordination des ordres juridiques nationaux à l'ordre juridique européen, il se situe au point de jonction entre ces deux types d'ordre et supplante la Constitution au sommet des ordres juridiques nationaux. Cela signifie que la règle européenne de primauté occupe un rang supérieur par rapport à toutes les règles nationales ; elle en constitue le fondement de validité sur le plan formel. De plus, cela explique également le caractère absolu de la règle de primauté. Puisqu'elle se situe au sommet des hiérarchies normatives nationales, elle peut écarter le jeu de toute règle nationale. Elle est donc conçue comme la règle de conflit de normes ultime au sein des systèmes juridiques nationaux. Ainsi, pour résumer, parce que la règle de primauté incarne le principe d'interaction entre les ordres juridique européen et nationaux, elle constitue nécessairement le fondement de la validité des normes nationales, ce qui lui donne une portée absolue. En ce sens, il s'agit sur le plan logique de sa caractéristique la plus importante aux yeux de la Cour de justice, celle de laquelle découlent toutes les autres. Cependant, cela n'est pas le critère déterminant le caractère fondamental d'un élément de définition d'une règle, sans lequel précisément il ne s'agirait plus de la même règle. En effet, il ne faut pas oublier l'intersubjectivité propre au droit. La signification des règles de droit fait l'objet d'une convention entre les acteurs et les différents groupes sémiotiques du système juridique auquel elles appartiennent. Or, en l'occurrence, est en jeu la transplantation de la règle de primauté dans les systèmes juridiques nationaux. Il revient donc aux acteurs juridiques nationaux de fixer le sens de cette règle et de convenir du caractère fondamental d'une composante de sa définition. Par conséquent, si le fait de concevoir la règle de primauté en tant que principe d'interaction entre ordres juridiques communautaire et nationaux constitue l'une des caractéristiques fondamentales de celle-ci aux yeux de la Cour de justice, il n'en est pas nécessairement de même pour les juridictions nationales. La transplantation de cette règle n'implique pas la transposition dans les systèmes juridiques nationaux des

appréciations herméneutiques voire axiologiques ayant présidé à sa création au sein du système juridique communautaire. Il n'y a là aucun caractère d'automatisme en raison précisément de l'absence de force contraignante du processus de transplantation. Or, nous avons pu constater qu'une telle caractéristique avait disparu à l'occasion de la transplantation de la règle de primauté, ce qui est précisément le signe qu'elle n'est pas fondamentale aux yeux des systèmes juridiques nationaux. Un exemple éloquent de ce raisonnement peut être trouvé dans la célèbre sentence *Granital* de la Cour constitutionnelle italienne, lorsque celle-ci explique au sujet de la primauté des règlements communautaires sur les lois nationales que la Cour de justice « considère, il est vrai, la source normative de la Communauté et celle de l'Etat comme intégrées en un seul système, et donc part de prémisses différentes, par rapport à celles retenues dans la jurisprudence de cette Cour. Ce qui importe, cependant, est qu'il est possible de convenir avec le juge communautaire qu'aux normes dérivant du Traité (...) est assurée une efficacité directe et ininterrompue et cela suffit pour s'accorder sur le principe selon lequel le règlement communautaire est toujours et immédiatement appliqué par le juge italien, même en présence de dispositions contraires de la loi interne »⁷⁶⁸. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle italienne, la transplantation de la règle de primauté ne nécessite pas de considérer celle-ci comme le principe d'interaction entre ordres juridiques nationaux et communautaire. De plus, comme nous avons pu le voir dans le précédent chapitre, tel n'est pas non plus le cas en France, en Espagne, au Royaume-Uni, en Pologne, en Belgique ou encore en Allemagne. Quant aux autres pays membres de l'Union européenne, il suffit de se reporter aux nombreuses études réalisées en la matière⁷⁶⁹ pour se convaincre qu'il est un point

⁷⁶⁸ Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170, considérant 6, t.d.a. : « *Detto Collegio considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna.* ».

⁷⁶⁹ Cf. Entre autres, F. Hoffmeister, « Constitutional Implications of EU Membership : A View from the Commission », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2007, vol. 3, p. 59, offrant un panorama de la situation dans les 27 Etats membres ; J. Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2006, p. 1013 *et seq.*, panorama de la situation dans 25 Etats membres de même que K. Lenaerts, P. Van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, p. 678 *et seq.*. Pour des analyses à moins grande échelle, cf. T. Groppi, « La 'primauté' del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional : un punto de vista comparado », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n° 5, p. 226, spéc. p. 230 *et seq.*, version italienne parue in *Astrid – Rassegna*, 2005, n° 13 ; M. Claes, The National courts' mandate in the European Constitution, *op. cit.* ; A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J.H.H. Weiler (dir.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, Oxford, Hart publishing, 2^{ème} éd., 2000 ; P. Craig, G. de Búrca, EU Law, text, cases, and materials, Oxford, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2008, p. 353 ; Actes de la conférence internationale « Position of Constitutional Courts following integration into the European Union, Bled, 2004, disponibles à l'adresse suivante : http://www.us-rs.si/en/index.php?sv_path=3583,3367,3368 ; Z. Kühn, « The Application of European

commun entre tous les Etats membres de l'Union européenne, c'est de n'avoir transplanté qu'une primauté relative du droit communautaire. En outre, étant donné que le transplant de cette règle est volontaire, il obéit nécessairement aux conditions prévues à cet effet par les constitutions nationales, suprêmes. Le paradoxe du transplant ne semble donc pas constituer un obstacle aux yeux des juridictions nationales. Le fait d'incarner le principe d'interaction entre ordres juridiques communautaire et nationaux ne peut être considéré comme une caractéristique fondamentale de la règle de primauté dont la disparition entraînerait l'échec de la transplantation. Cependant, se pourrait-il que les systèmes juridiques communautaire et nationaux évoluent selon des cadres herméneutiques antagoniques signant ainsi l'incommensurabilité des conceptions nationales et européenne de la règle de primauté ?

B. Hypothèse de la substitution antagonique de cadre herméneutique

Selon l'analyse menée dans la section première du précédent chapitre, il existe une seconde hypothèse de révolution dans la signification entraînant, dans le cas du transplant, son impossibilité : celui de la substitution antagonique de cadre herméneutique soit l'antagonisme entre le cadre herméneutique du système juridique émetteur, l'Union européenne, et celui des systèmes juridiques récepteurs, les Etats membres. Peut-on dire qu'en l'espèce les conventions de sens présidant à l'interprétation de la règle de primauté dans le système juridique européen d'une part et dans les systèmes juridiques nationaux d'autre part sont antagonistes, rendant les définitions de la règle européenne de primauté et des règles nationales de primauté incommensurables ? Nous avons précédemment observé que de la conceptualisation de la règle de primauté sous les traits du principe d'interaction entre ordres juridiques nationaux et communautaire découlait le caractère de norme suprême de la règle de primauté dans les ordres juridiques nationaux en lieu et place des constitutions nationales ainsi que son caractère absolu. Or, il est intéressant de noter qu'en rejetant cette caractéristique de la règle de primauté, les juridictions nationales ont également rejeté les autres caractéristiques énoncées ci-dessus. Le refus de caractériser la règle de primauté comme principe d'interaction entre ordres juridiques nationaux et communautaire s'exprime à travers le rejet de la règle de primauté comme norme suprême des ordres juridiques nationaux ainsi que le rejet de son caractère absolu. Ainsi, la définition de la règle de primauté comme

Law in the New Member States : Several (Early) Predictions », *German Law Journal*, 2005, vol. 6, n° 3, p. 563 *et seq.* ; D. Piqani, « Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their Attitude towards European Integration », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 2, n° 1 ; W. Sadurski, « 'Solange Chapter 3' : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », *EUI Law Working Paper*, 2006.

principe d'interaction entre ordres juridiques nationaux et communautaire est aussi fondamentale pour la Cour de justice que l'absence de cette caractéristique l'est pour les juridictions nationales. En effet, si, comme il a été relevé dans le second chapitre de la partie précédente, la doctrine s'est avérée étonnamment timorée quant à l'énonciation des conséquences que pourrait engendrer l'acceptation par les Etats membres de la conception de la règle de primauté développée par la Cour de justice, les juridictions nationales en revanche ne s'y sont pas trompées. L'exemple le plus flagrant de leur perspicacité se retrouve peut-être sous la plume de *Lord Justice Laws*, lequel, avec le franc-parler et le style inimitable qui caractérisent les juges anglais, a souligné dans la fameuse affaire des '*Martyrs métriques*' : « *il n'y a rien dans la loi relative aux Communautés européennes qui autorise la Cour de justice, ou toute autre institution de l'Union européenne, à toucher ou à déterminer les conditions de la suprématie législative du Parlement au Royaume-Uni. Non parce que la législature choisit de ne pas l'autoriser mais tout simplement parce que selon notre droit elle ne pouvait l'autoriser. Les choses étant ce qu'elles sont, les institutions législatives et judiciaires de l'Union européenne ne peuvent pas s'ingérer dans ces conditions. Le Parlement britannique n'a pas l'autorité d'autoriser une telle chose. Etant souverain, il ne peut abandonner sa souveraineté.* »⁷⁷⁰. Les juridictions nationales ont donc tout à fait perçu que l'acceptation de la règle de primauté telle qu'elle a été conceptualisée par la Cour de justice entraînerait pour les systèmes juridiques auxquels elles appartiennent la perte de leur souveraineté, les transformant en sous-systèmes vassaux de l'Union européenne. Or, c'est là une conséquence que non seulement elles peuvent difficilement admettre mais encore qu'il ne leur appartient pas de permettre. Cette différence de caractéristiques entre les règles nationales et européenne de primauté est donc le reflet d'une différence plus profonde relative à l'approche retenue des rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux. Ainsi, à l'approche moniste avec primauté du droit communautaire adoptée par la Cour de justice quant aux relations de ce droit avec les droits nationaux, les juridictions nationales ont opposé leur approche traditionnelle, parfois quelque peu adaptée, des relations entre droit national et droit international. Nous avons donc pu dans le chapitre précédent dessiner les contours de deux approches nationales différentes des rapports droit national / droit de l'Union européenne : l'une moniste avec primauté du droit national et l'autre dualiste, toutes deux

⁷⁷⁰ Cf. Divisional Court, Queen's Bench Division, 18 février 2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, *op. cit.*, paragraphe 59, t.d.a. : « *there is nothing in the ECA which allows the Court of Justice, or any other institutions of the EU, to touch or qualify the conditions of Parliament's legislative supremacy in the United Kingdom. Not because the legislature chose not to allow it ; because by our law it could not allow it. That being so, the legislative and judicial institutions of the EU cannot intrude upon those conditions. The British Parliament has not the authority to authorise any such thing. Being sovereign, it cannot abandon its sovereignty.* ».

cependant présentant une caractéristique commune : celle de poser au sommet de la hiérarchie des normes nationales la Constitution du système juridique considéré. Or, sur le plan sémiotique, ces approches nationales ne sont pas seulement différentes de l'approche européenne, elles sont avec elle dans une relation de contrariété. En effet, premièrement, l'approche dualiste adoptée par certaines juridictions nationales constitue l'opposé de l'approche moniste retenue par la Cour de justice. L'approche dualiste repose sur la supposition de l'existence de deux ordres juridiques autonomes : l'ordre juridique européen et l'ordre juridique national, pris dans une relation hétérarchique. L'approche moniste en revanche repose sur celle de l'existence d'un seul ordre juridique comprenant en son sein, imbriqués dans une relation hiérarchique, l'ordre européen et l'ordre national. Deuxièmement, l'approche moniste avec primauté du droit national adoptée par certaines juridictions internes constitue l'inverse⁷⁷¹ de l'approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne de la Cour de justice. Ces approches supposent toutes les deux une relation hiérarchique entre droit de l'Union européenne et droit national mais en sens inverse : la première au profit du droit national, la seconde au profit du droit de l'Union européenne. La question qui se pose est donc la suivante : se pourrait-il que la contrariété de ces approches nationales et européenne soit le reflet d'un antagonisme entre cadres herméneutiques nationaux et cadre herméneutique européen ? Par conséquent, serait-il possible qu'en l'espèce, les règles nationales de primauté précédemment décrites ne représentent pas le transplant dans les systèmes juridiques nationaux de la règle européenne de primauté mais des règles nationales de primauté tout simplement différentes de la règle européenne de primauté ? Or, comment déterminer si cette contrariété au niveau des approches rhétoriques de la relation droit de l'Union européenne / droits nationaux développées par les juridictions européennes et nationales afin de justifier leurs décisions en la matière est le reflet d'un antagonisme plus profond au niveau des cadres herméneutiques nationaux et européen ? La différence d'interprétation touchant en ultime instance les rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux, la clef de l'énigme réside dans la représentation scientifique de ces différentes approches rhétoriques. Quelle représentation scientifique des rapports droit de l'Union européenne / droits nationaux est à même d'expliquer cette contrariété d'approches au niveau rhétorique ? Y en a-t-il une ? Est-il

⁷⁷¹ L'inverse doit ici être compris dans son sens commun. Exemple : $1/X$ est l'inverse de X . Il ne s'agit pas du concept d'inverse jouant dans le carré sémiotique de Greimas. L'opposé quant à lui peut être défini conformément au carré sémiotique dans le sens que le blanc est l'opposé du noir. Le terme de relation de contrariété est également emprunté à Greimas. Deux termes peuvent être dits contraires « *que si, et seulement si, le contradictoire de chacun d'eux peut impliquer le contraire de l'autre* », cf. A. J. Greimas, J. Courtés, Sémiotique, dictionnaire raisonné de la théorie du langage, 1993, Paris, Hachette, p. 69. (Exemple de contradictoires : blanc / non-blanc).

possible de faire sens à la fois des approches nationales et de l'approche européenne ? Doit-on choisir entre elles et en consacrer une comme la 'véritable' représentation scientifique des rapports droit de l'Union européenne / droits nationaux aux dépens des autres ?⁷⁷² Il semble donc que la réponse à notre interrogation première : « peut-on parler d'une transplantation réussie de la règle de primauté par les systèmes juridiques nationaux ? » dépend de la réponse apportée à d'autres questions liées à la nature des rapports entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux. Ainsi, en raison de la connexion intime entre règle de primauté et rapports de système européens, doit-on conclure cette section en laissant notre question ouverte jusqu'à ce que soit apportée la réponse à cette autre interrogation : quelle est la nature des rapports se jouant entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux ?

SECTION II. *NATURE DES RAPPORTS DE SYSTÈME EUROPÉENS*

Les trois représentations précédemment décrites des rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux – monisme avec primauté du droit de l'Union européenne pour la Cour de justice, monisme avec primauté du droit national ou dualisme pour les juridictions nationales – ne constituent pas des cadres intangibles auxquels le principe de primauté se devait d'être adapté. Il s'agit au contraire d'approches rhétoriques développées par ces juridictions afin de justifier la définition choisie du principe de primauté, absolu dans le cas de la Cour de justice, relatif dans le cas des juridictions nationales. Le véritable enjeu est donc de déterminer les raisons d'un tel désaccord quant à la portée de la règle de primauté entre juridictions européenne et nationales, la représentation scientifique des rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux à même de l'expliquer.

Comme il a précédemment été relevé, dans le cas de la Cour de justice, laisser aux Etats membres la responsabilité entière de l'application uniforme du droit communautaire risquait de mettre en péril l'effectivité même de ce droit qu'elle a pour objet de préserver. L'adoption d'une approche moniste avec primauté du droit communautaire lui a donc permis d'assurer la primauté absolue du droit communautaire sur le droit des Etats membres, empêchant celui-ci de constituer un obstacle à la bonne application de celui-là. Une approche simplement dualiste n'aurait pas été suffisante car elle aurait laissé la Communauté avec la seule arme de la responsabilité des Etats membres, à l'époque sous-développée. De surcroît, ne pas

⁷⁷² A noter que cette solution rappelle étrangement les termes de la discussion doctrinale précédemment évoquée dans le second chapitre de la première partie de la thèse relativement à la nature de l'autonomie du droit communautaire : primaire ou secondaire...

différencier le droit de l'Union européenne du droit international aurait certainement empêché la consécration du principe de primauté puisque, sur le postulat de la nature internationale du droit communautaire, la Cour de justice avait admis dans l'arrêt *Van Gend en Loos*⁷⁷³ la nature purement interne de la primauté, question d'application relevant par essence de la compétence autonome des Etats membres. Cela aurait également supposé que le droit de l'Union européenne pût recevoir le même traitement que le droit international, ce qui aurait précisément signifié laisser l'application du droit de l'Union européenne à la bonne volonté des Etats membres risquant ainsi de compromettre son effectivité soit en définitive « *la base juridique de la Communauté elle-même* »⁷⁷⁴.

Quant aux juridictions nationales, elles ne pouvaient accepter la vision de la Cour de justice car cela aurait impliqué l'acceptation de la subordination des ordres juridiques nationaux à l'ordre juridique européen, ce que, jusqu'à présent, les pouvoirs constituants nationaux n'ont guère autorisé et qu'il n'appartient certes pas aux juridictions nationales, gardiennes de leur ordre juridique, de permettre. Elles ont donc développé une vision des rapports de leur droit avec le droit de l'Union européenne leur permettant de préserver son autonomie primaire. Or, quoi de plus logique ou commode que d'utiliser les règles qui prévalent en matière de rapports avec le droit international ? Cela leur permettait par ailleurs d'assurer la cohérence de leur position en matière de droit international et de droit communautaire. Si certaines juridictions nationales telle la Cour constitutionnelle italienne ou le Conseil constitutionnel français ont reconnu la spécificité du droit de l'Union européenne, d'autres pourraient avancer l'idée selon laquelle elles l'ont fait dans un souci d'ouverture par rapport à la position développée par la Cour de justice, mais certainement pas aux dépens de l'autonomie primaire de leur droit⁷⁷⁵. Par ce biais, en réalité, la Cour constitutionnelle italienne a très tôt cherché à adapter son approche dualiste en vue de justifier – dans le cas de l'Union européenne uniquement et non par rapport au droit international en général – la primauté des normes communautaires à effet direct sur les lois postérieures. Quant au Conseil constitutionnel français, s'il a choisi de reconnaître de manière plus récente la spécificité du droit de l'Union européenne par rapport au droit international, il l'a fait afin de pouvoir justifier juridiquement le sort particulier réservé au droit communautaire et notamment le contrôle de constitutionnalité des directives sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution tout en laissant inchangée la règle de son

⁷⁷³ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*.

⁷⁷⁴ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, *op. cit.*.

⁷⁷⁵ Cf. Divisional Court, Queen's Bench Division, 18 février 2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, *op. cit.* ; Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.* ; Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, *op. cit.*.

incompétence en matière de contrôle de constitutionnalité du droit international sur le fondement de l'article 55 de la Constitution. Ainsi les juridictions nationales utilisent-elles leur approche moniste avec primauté du droit national ou dualiste comme argument leur permettant de justifier les limites imposées à la primauté du droit communautaire et de préserver par ce biais l'autonomie primaire de leur droit.

Par conséquent, à travers la qualification de l'autre, c'est la qualification de soi-même que chaque système juridique vise. Le statut de l'autre ne lui importe que comme la garantie de son propre statut, de son autonomie primaire. Les interrogations qu'une telle démarche soulève en l'espèce sont donc les suivantes : pourquoi l'affirmation de soi, de sa propre position, passe en l'espèce par la négation de l'autre, de la position de l'autre ? Quel est le lien entre droit de l'Union européenne et droits nationaux pour qu'ils se comportent comme des frères ennemis ? Comment peut-il exister des représentations antagoniques d'une même relation ? Comment se caractérise donc ladite relation ? Il nous semble qu'afin de répondre à ces questions, il convient de partir de l'analyse des jurisprudences tant nationales qu'euro-péenne. En effet, conformément à « *une attitude réellement positiviste* », il est nécessaire de « *partir de [la] pratique en vue de chercher à décrire les thèses auxquelles se rattache effectivement le droit positif* »⁷⁷⁶. Or, il est un *leitmotiv* et un point commun à toutes ces jurisprudences : la souveraineté⁷⁷⁷. Celle-ci y est évoquée principalement selon deux acceptions différentes : l'une formelle, l'autre matérielle. Premièrement, il est fait allusion à la souveraineté au sens formel c'est-à-dire à travers la question de l'autonomie primaire des systèmes juridiques en présence soit de l'autonomie du fondement de validité de chacun de ces ordres. En effet, si l'on suit le raisonnement adopté jusqu'à présent, chaque système juridique, national ou européen, revendique pour soi le jeu d'une telle autonomie, soit une telle souveraineté. Deuxièmement, la souveraineté a souvent été mentionnée au sens matériel de compétences, celles transférées par les Etats membres à l'Union européenne, celles dont le respect, selon les juridictions nationales, encadre le jeu de la règle de primauté, celles qui ont conduit certains sénateurs français à se demander lors de la saisine du Conseil constitutionnel jusqu'à quel point un Etat pouvait céder de ses compétences sans perdre totalement sa souveraineté⁷⁷⁸, celles, enfin, au sujet desquelles Koen Lenaerts a pu s'exclamer qu'il

⁷⁷⁶ M. Troper, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 2.

⁷⁷⁷ Pour une étude des différents sens possibles de la souveraineté, cf. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 283 *et seq.*

⁷⁷⁸ Saisine par soixante sénateurs, Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, op. cit.*, « G : Les limites d'une adéquation de la Constitution à la construction européenne. XXIII. : Parmi les douze pays de la Communauté, la France est celui qui est le plus attaché à l'identité et à l'unité nationales : sa

n'existait pas de « *nucleus constitutionnellement protégé de souveraineté pour les Etats membres* »⁷⁷⁹. Il nous semble donc que la clef des rapports entre droit de l'Union européenne et droits nationaux et, par conséquent, la réponse à la question de savoir si droits nationaux et droit de l'Union européenne sont pris dans des cadres herméneutiques antagoniques ou complémentaires, conditionnant la réussite de la transplantation de la règle de primauté, se jouent autour de la problématique de la souveraineté. Ainsi convient-il préalablement d'expliquer brièvement cette hypothèse.

Les questions préliminaires qu'il s'agit ici d'éclairer sont les suivantes : selon quelle(s) acception(s) envisager la souveraineté ? Faut-il choisir ? Convient-il en l'espèce d'étudier la configuration de la souveraineté formelle plutôt que celle de la souveraineté matérielle ou les deux ? La réponse à ces interrogations doit bien entendu être fonction du but recherché c'est-à-dire, au stade actuel de l'analyse, de la détermination de la représentation scientifique adéquate des rapports de système européens. Or, sur le plan systémique, la seule souveraineté qui importe véritablement est la souveraineté formelle, dont la souveraineté matérielle n'est qu'une sous-branche conceptuelle. C'est précisément cette hypothèse que nous voudrions expliciter.

La configuration des rapports de système européens sur le plan épistémologique doit être déduite scientifiquement de l'interprétation de la position des systèmes juridiques impliqués : nationaux et européen en la matière. Or, comme il a déjà été relevé, la question des rapports entre systèmes juridiques nationaux et européen se cristallise autour de celle du fondement de la validité desdits systèmes⁷⁸⁰. Systèmes nationaux et européen possèdent-ils chacun le

Constitution, avec ses composantes de 1789, 1946 et 1958, affirme cet attachement, et nul ne peut contester que l'ordre juridique constitutionnel soit construit autour de l'idée centrale de souveraineté nationale. La question essentielle qui est alors posée au Conseil constitutionnel est celle de savoir jusqu'où peuvent aller des révisions constitutionnelles entérinant des atteintes successives aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté". Quel est le seuil au-delà duquel les transferts dits de "compétence" touchant ou ne touchant pas à ces conditions essentielles et consentis pour favoriser la construction européenne conduiront à changer la nature de l'Etat ? En d'autres termes, si la souveraineté n'est plus qu'une "addition de compétences" (selon un auteur qui dit cependant par ailleurs que la souveraineté est un "bloc" inaltérable, F. Luchaire, RDP, 1992, p. 606) et si on peut lui ôter successivement des compétences comme des feuilles à un artichaut, à partir de quel moment ou de quel degré la "souveraineté-artichaut" verra-t-elle son cœur atteint ? ».

⁷⁷⁹ K. Lenaerts, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38, p. 205, spécialement p. 220, t.d.a.: « *absence of a constitutionally protected nucleus of sovereignty for Member States* ».

⁷⁸⁰ Cf. A cet égard, l'affirmation de Kelsen relativement aux rapports entre droit international et droit national : « *La question du rapport entre droit international et droit étatique se trouve (...) en relation étroite (et même en partie coïncide) avec la doctrine des sources des deux ordres et de leur relation réciproque.* », H. Kelsen, II problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, op. cit., t.d.a. : « *La questione del rapporto fondamentale tra diritto internazionale e diritto statale si trova – anche quando la dottrina dominante la affronta occasionalmente – in un nesso strettissimo (anzi in parte coincide) con la dottrina delle fonti dei due ordinamenti e della loro reciproca relazione.* ».

fondement de la validité de leurs normes c'est-à-dire sont-ils chacun dotés d'une autonomie primaire formant ainsi des systèmes juridiques distincts (théorie dualiste) ? L'un de ces deux types de système est-il subordonné à l'autre (théorie moniste) ? En ce cas, le fondement de la validité des normes nationales se trouve-t-il dans le système juridique européen, correspondant ainsi au fondement de la validité du système juridique européen (théorie moniste avec primauté du droit de l'Union européenne) ? Ou bien le fondement de la validité des normes européennes est-il à rechercher dans le système juridique national, correspondant ainsi au fondement de la validité du système juridique national considéré (théorie moniste avec primauté du droit national) ? Or, focaliser la question des rapports de système sur celle de la localisation du fondement de la validité des ordres juridiques en présence, c'est en réalité résoudre la question suivante : à qui appartient la souveraineté au sens formel : les systèmes juridiques nationaux et / ou le système juridique européen ?

En effet, comme la brillamment démontré Hugo Krabbe⁷⁸¹, la fin du XIX^{ème} siècle a marqué la fin du dualisme entre l'Etat et le droit⁷⁸². Ceux-ci ne constituent plus deux autorités distinctes, voire contradictoires, le droit limitant le pouvoir de l'Etat, mais une seule et même autorité, monisme symbolisé par l'expression « Etat de droit »⁷⁸³. Si l'autorité du droit a pu être conçue comme dérivant de l'autorité du souverain, la dépersonnification de l'Etat – soit la fin de la conception subjective de la souveraineté – et l'avènement d'un système constitutionnel de partage des compétences, a permis l'inversement de ce schéma, l'autorité du souverain *qua* organe de l'Etat dérivant son autorité du droit. Il ne restait plus qu'un pas, allègrement franchi, vers le transfert de la souveraineté de l'organe au droit, c'est-à-dire à l'Etat, celui-ci ne constituant lui-même plus qu'« *un système de relations juridiques existant à l'intérieur de la communauté* »⁷⁸⁴ considérée. L'expression souveraineté matérielle n'est donc qu'un reliquat du passé. Elle se rattache à ce qu'il est coutume d'appeler la puissance de l'Etat⁷⁸⁵. En effet, d'après la conception subjective de l'Etat, le souverain était considéré comme la source de tout pouvoir, soit de toutes les compétences. Cependant, si « *le droit en*

⁷⁸¹ H. Krabbe, *The Modern Idea of the State*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1922, trad. G. H. Sabine, W.J. Shepard. Pour une version abrégée en français, cf. H. Krabbe, « L'idée moderne de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 13, n° III, p. 509.

⁷⁸² On ne peut pas citer Jellinek, lequel a développé la thèse du monisme entre Etat et droit, dans la mesure où l'approche choisie est juridique. Cf. G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, trad. G. Fardis, Première partie – Théorie générale de l'Etat, p. 12 *et seq.*

⁷⁸³ Si l'expression Etat de droit peut être considérée sur le plan conceptuel comme un pléonasme, sur le plan historique, elle symbolise le passage d'une conception dualiste de l'Etat et du droit à une conception moniste.

⁷⁸⁴ H. Krabbe, *The Modern Idea of the State*, *op. cit.*, p. 58, t.d.a. : « *a system of legal relations existing within the community* ».

⁷⁸⁵ Sur la question, cf. le très bel ouvrage d'Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, à lire intégralement. Cf. Egalement, M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, *op. cit.*, p. 283 *et seq.*

tant que tel est porteur de sa propre validité et que lui seul doit être considéré comme la réelle autorité gouvernante »⁷⁸⁶, cela signifie que les compétences ne sont que le contenu de normes d'habilitation du système juridique considéré⁷⁸⁷ regroupées selon leurs affinités⁷⁸⁸, la matière dans laquelle elles interviennent. Une telle conception matérielle de la souveraineté n'est donc guère déterminante en ce qui concerne la question des rapports de système. Il convient par conséquent de poursuivre notre cheminement. Or, si Krabbe a mis à jour l'équation entre souveraineté de l'Etat et souveraineté du droit, c'est Kelsen⁷⁸⁹ qui a poussé jusqu'à ses conséquences ultimes un tel raisonnement. Si la souveraineté est envisagée comme une propriété juridique, cela signifie qu'elle s'attache à un système juridique...qui n'est pas forcément un système juridique national. Elle se définit comme une « *qualité de l'ordre juridique* »⁷⁹⁰, « *ordre suprême, qui ne dérive d'aucun autre ordre supérieur ou qui se*

⁷⁸⁶ H. Krabbe, *The Modern Idea of the State*, *op. cit.*, p. 27, t.d.a. : « *This line of reasoning assumes that the law as such carries its own validity with it and that it alone is to be regarded as a really governing power* ».

⁷⁸⁷ Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 47 : « *un individu tient sa légitimité en tant qu'organe et en particulier en tant qu'organe qui produit du droit seulement par le biais d'une norme (...) sur la compétence qui le délègue à la production juridique* », t.d.a., « *un individuo è legittimato come organo e in particolare come organo che produce diritto solo mediante una simile norma sulla competenza che lo deleghi alla produzione giuridica* ».

⁷⁸⁸ Il s'agit ici d'un parallèle avec le raisonnement de Merkl au sujet de l'hypostase dont les pouvoirs ou fonctions de l'Etat font généralement l'objet. Cf. A. Merkl, *op. cit.*, pp. 53-54 : « *Les éléments qui sont isolés et font l'objet d'hypostases en tant que pouvoirs de l'Etat ne sont donc que des complexes de fonctions étatiques, regroupées selon des visions politiques conscientes ou inconscientes, dont les manifestations extrêmes, en tant qu'actes immédiatement déterminants et déterminés, stabilisent un lien entre les complexes de fonctions. Ce qu'il est coutume d'appeler les pouvoirs de l'Etat ne sont cependant que des strates de la construction à échelons que la science juridique et non le droit a séparées les unes des autres. Cette stratification doit se justifier aux yeux de la science du droit par la considération selon laquelle les fonctions réunies dans un pouvoir étatique singulier sont plus affines entre elles que celles des deux autres pouvoirs. (...) Une telle tri-partition, qui se prétend fondée sur le concept de droit, est le fruit d'un choix de droit positif et (...) il s'agit de différences de contenu juridique, lesquelles laissent transparaître l'affinité entre les types d'actes des complexes de fonctions, à tel point que la classification dans un groupe ou un autre apparaît, dans les cas-limites, comme arbitraire.* », t.d.a., « *Ciò che viene isolato e ipotizzato come poteri dello stato sono quindi soltanto complessi di funzioni statali raggruppati secondo visuale politiche conscie o inconscie, le cui manifestazione-limite, come atti immediatamente determinanti e determinati, stabiliscono un legame tra i complessi di funzioni. I c.d. poteri statali sono pertanto strati della costruzione a gradi, che non il diritto ma la scienza giuridica ha separato l'uno dall'altro. Questa stratificazione si deve giustificare per la scienza giuridica con la considerazione che le funzioni riunite nel singolo potere statale sono più affini tra loro che non le funzioni di ciascuno degli altri due poteri (...) [T]ale tripartizione, che si pretende fondata sul concetto di diritto, è il frutto di una scelta del diritto positivo e (...) si tratta di differenze di contenuto giuridico, le quali lasciano trasparire l'affinità tra i tipi di atti dei complessi di funzioni, al punto che l'inquadramento nell'uno o nell'altro gruppo appare, nei casi-limite, addirittura arbitrario.* ».

⁷⁸⁹ Kelsen a explicitement discuté la thèse de Krabbe dans son ouvrage, Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 34 *et seq.* Cependant, il semble qu'il n'ait pas réellement rendu justice à l'apport de Krabbe en réduisant sa théorie à une partition entre Etat monarchique (dualisme) et démocratie (monisme). L'œuvre de Krabbe n'est pas simplement historique. Elle est également conceptuelle. La réelle différence entre la position de Krabbe et celle de Kelsen, est que si, pour ce dernier, le fondement de la validité des normes est à rechercher dans la norme fondamentale, préservant ainsi la pureté de la théorie du droit, pour Krabbe, elle se trouve « *dans la force spirituelle interne des hommes* » (H. Krabbe, *op. cit.*, p. 20), leur « *sens du juste* » (*ibid.*, p. 39).

⁷⁹⁰ H. Kelsen, Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 27, t.d.a. : « *solo una qualità del ordinamento giuridico e non dello stato* ».

présuppose comme suprême »⁷⁹¹. Or, selon Kelsen, la suprématie de cet ordre provient de ce que, à son sommet, se trouve une « *norme ultime, non dérivée* »⁷⁹². Ainsi, à travers leur conceptualisation de la règle de primauté, les juridictions nationales et européennes expriment non seulement leur vision des rapports entre leurs ordres juridiques mais défendent fermement la souveraineté de leur propre ordre juridique. La question que soulève la configuration de la règle de primauté est donc : qui est détenteur du fondement de la validité, formulé autrement : qui est détenteur de la souveraineté au sens formel ? Le système juridique européen (monisme avec primauté du droit de l'Union européenne), le système juridique national (monisme avec primauté du droit national) ou bien les deux (dualisme) ?

Ceci nous ramène donc à la configuration des rapports droit de l'Union européenne / droit des Etats membres et souligne l'importance d'une telle question. Afin d'y répondre, il convient tout d'abord d'identifier les conditions de possibilité d'une représentation scientifique des rapports intersystémiques juridiques (paragraphe premier). Ce n'est qu'après une telle opération, que nous pourrions tenter de déterminer les représentations scientifiques possibles des rapports de système européens⁷⁹³ (paragraphe second). En effet, comme l'avait affirmé Kelsen en son temps : « *C'est cette relation qu'il conviendrait en premier lieu d'analyser : il conviendrait donc de clarifier le rapport dans lequel peuvent être entre eux deux systèmes de normes (...). Le travail préliminaire nécessaire à la solution de ce problème spécifiquement juridique – et de quelques autres – serait une théorie générale des normes* »⁷⁹⁴, une théorie scientifique.

⁷⁹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁹² H. Kelsen, *Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 157, t.d.a. : « *norma ultima, inderivata* ».

⁷⁹³ L'adjectif européen est ici utilisé au sens large comme qualifiant les rapports entre droits nationaux et droit de l'Union européenne.

⁷⁹⁴ H. Kelsen, *Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 153, t.d.a. : « *Ed è questa relazione che bisognerebbe per prima cosa analizzare : bisognerebbe cioè chiarire in quale rapporto possano stare tra loro due sistemi di norme in quanto tali e indipendentemente dal loro particolare contenuto. Necessario lavoro preliminare per la soluzione di questo problemà specialmente giuridico – e di alcuni altri – sarebbe una teoria generale delle norme.* ».

§1. Conditions de possibilité d'une représentation scientifique des rapports de système

Si aucune conceptualisation scientifique n'a réellement porté sur les relations entre droit de l'Union européenne et droits nationaux⁷⁹⁵, il est cependant possible d'adopter comme point de départ les théories relatives aux rapports entre droit international et droit national puisque le droit de l'Union européenne est fondé sur des traités. Or, à cet égard, il convient de noter une étonnante convergence quant à la description de la situation de fait qu'il s'agit d'interpréter scientifiquement. En effet, tant les défenseurs de la théorie moniste des rapports droit international / droit national que ceux de la théorie dualiste constatent une pluralité d'approches possibles. Ainsi Kelsen d'affirmer qu'« *il faut avant tout préciser qu'il s'agit d'une question qui ne peut, en ultime analyse, être résolue par une norme de droit positif. Certes, il est possible qu'un ordre juridique étatique détermine dans une norme juridique quel*

⁷⁹⁵ En effet, les seules tentatives de représentation scientifique des rapports de système européens, comme nous le verrons plus avant, se sont contentées d'appliquer des modèles théoriques préexistants au cas de l'Union européenne soulevant pour le moins la question de leur pertinence. Elles n'ont pas remis en cause les modèles utilisés mais ont intimé au droit de s'y plier. Or, comme le souligne Morgenthau dans l'introduction de son ouvrage Scientific man vs. power politics, Chicago, The University of Chicago press, 1946 : « *Si un événement dans le monde physique contredit l'investigation scientifique, la réaction naturelle de la recherche scientifique est de réexaminer les hypothèses sur lesquelles les évaluations sont fondées et d'essayer de réconcilier théorie scientifique et faits empiriques. Les sciences sociales ne réagissent pas toujours en ce sens. Elles ont la tendance invétérée à camper sur leurs positions et à souffrir une défaite constante de la part de l'expérience plutôt que de changer leurs hypothèses à la lumière de faits les contredisant.* », t.d.a., « *If an event in the physical world contradicts scientific inquiry to re-examine the assumptions on which the forecasts have been based, it is the natural reaction of scientific enquiry to re-examine the assumptions and attempt to reconcile scientific theory and empirical facts. The social sciences do not always react in that way. They have an inveterate tendency to stick to their assumptions and to suffer constant defeat from experience rather than to change their assumptions in the light of contradicting facts.* ».

Cf. Pour des exemples : R. Monaco, Diritto delle Comunità europee e diritto interno, Milano, Giuffrè, 1967 ; W.C. Starr, « Hart's rule of recognition and the E.E.C. », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1977, vol. 28, n° 3, p. 258 ; F.E. Dowrick, « A Model of the European Communities' Legal System », *Yearbook of European Law*, 1983, n° 3, p. 224 ; M.L. Jones, « The legal nature of the European Community : a jurisprudential analysis using H.L.A. Hart's model of law and a legal system », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, p.1 ; N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n° 1, p. 1 ; du même auteur, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 517 ; T. Schilling, « The Autonomy of the Community Legal Order : An Analysis of Possible Foundations », *Harvard International Law Journal*, 1996, vol. 37, n° 2, p. 389 ; C. Richmond, « Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, p. 377 ; M. La Torre, « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law », *op. cit.*, p. 182 ; I. Weyland, « The application of Kelsen's theory of the legal system to the European Community Law – The supremacy puzzle resolved », *Law and philosophy*, 2002, vol. 21, n° 1, p. 1 ; R. Barents, The Autonomy of Community Law, *op. cit.*, p. 167 *et seq.* ; N.W. Barber, « Legal pluralism and the European Union », *op. cit.*, p. 306.

La question devant alors être posée est celle de savoir si ces auteurs utilisent notamment la théorie kelsenienne ou hartienne afin de décrire le droit de l'Union européenne tel qu'il est, le plus adéquatement possible, ou afin de trouver une légitimation pseudo-scientifique à leur préférence relativement à ce que l'Union européenne devrait être, cf. sur ce point, C. Richmond, *op. cit.*, p. 380 ; pour une illustration relative à la distortion des théories kelsenienne et hartienne, la première étant supposée favoriser une représentation hiérarchique des rapports droits nationaux / droit de l'Union européenne à l'avantage de ceux-là, la seconde étant supposée favoriser la représentation inverse, cf. T. Schilling, *op. cit.*, p. 398 *et seq.*

est son rapport au droit international ou affirme que telles parties déterminées de celui-ci font partie de son propre système ou bien qu'il renonce explicitement à définir un tel rapport. Est également possible le cas d'une norme de droit international positif fixant une relation normative déterminée avec les ordres juridiques étatiques. Cependant chacune de ces régulations juridiques positives présuppose déjà une hypothèse déterminée quant au rapport fondamental entre deux systèmes de normes. Selon que l'on se place du point de vue unilatéral du droit étatique ou du droit international est déplacé également le présupposé de la solution du problème. Ce qui compte cependant pour la science juridique est de développer de manière systématique les hypothèses possibles et de les penser jusqu'au bout, dans toutes leurs conséquences. »⁷⁹⁶.

Quant à Anzilotti⁷⁹⁷, il fonde sa conceptualisation des rapports droit international / droit interne sur la constatation d'une « antithèse » : « *le droit international est supérieur à l'Etat en ce sens qu'il dérive d'un principe qui s'impose à la volonté de l'Etat. D'un autre côté cependant, il n'est pas moins vrai que le droit international présuppose l'Etat, c'est-à-dire le droit interne (...). Il le présuppose, dirons-nous, non pas historiquement, mais logiquement, parce que les normes internationales, à commencer par la norme fondamentale, pacta sunt servanda, ne sont possibles que pour autant qu'elles s'appuient sur des normes internes.* »⁷⁹⁸.

Ainsi, en rapprochant la formulation de Kelsen de celle d'Anzilotti, il est possible d'apercevoir l'origine factuelle du paradoxe des rapports droit international / droit national qui est aussi celui des rapports droit de l'Union européenne / droit national : un traité est le produit de la rencontre de la volonté de différents Etats. Par conséquent, la problématique de base est une question herméneutique et peut être formulée de la façon suivante : un traité constitue-t-il plus que la somme des volontés des Etats parties ? Si la réponse est non, alors le traité ne constitue qu'un agrégat de volontés étatiques individuelles et trouve sa source factuelle dans chacune de celles-ci, interprétation dont la formulation ou représentation

⁷⁹⁶ H. Kelsen, Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 152, t.d.a. : « *Per conoscere la natura del problemà così posto, bisogna innanzi tutto chiarire che si tratta di una questione che non può, in ultima analisi, essere risolta con una normazione giuridica positiva. Certo è possibile che un ordinamento giuridico statale stabilisca in una norma giuridica qual è il suo rapporto col diritto internazionale o asserisca che determinate parti di questo fanno parte del suo proprio sistema, oppure che rinunci esplicitamente a stabilire un tale rapporto. Sarebbe anche possibile una norma del diritto internazionale positivo che ponga una determinata relazione normativa con gli ordinamenti giuridici statali. Ma ognuna di queste regolazioni giuridiche positive presuppone già una determinata ipotesi sul rapporto fondamentale tra i due sistemi di norme. A seconda che ci si ponga dal punto di vista unilaterale del diritto statale o di quello internazionale si sposta anche il presupposto della soluzione del problema. Ciò che però conta per la scienza giuridica è di sviluppare sistematicamente le ipotesi possibili e di pensarle fino in fondo in tutte le loro conseguenze.* ».

⁷⁹⁷ Nous avons choisi ici Anzilotti plutôt que Triepel car celui-là a tenté de formuler sa théorie dualiste en reprenant les concepts de la théorie kelsenienne.

⁷⁹⁸ D. Anzilotti, Cours de droit international, *op. cit.*, p. 51.

scientifique correspond au monisme avec primauté du droit national. Si par contre la réponse est oui, deux possibilités se présentent. Premièrement, le traité étant l'expression de la volonté commune des Etats⁷⁹⁹, son existence même marque l'acceptation par ceux-ci de leur soumission au droit issu du traité, soit le droit international, traduite scientifiquement par la théorie moniste avec primauté du droit international. Deuxièmement, le traité étant l'expression de la volonté commune des Etats⁸⁰⁰, cette volonté est distincte de celle de chaque Etat pris individuellement. Droit international et droit interne sont donc le produit de l'expression de volontés distinctes, ce constat formant la base de la théorie dualiste postulant l'existence de deux types d'ordres juridiques autonomes : international et national. Ainsi, les différentes théories existantes constituent des traductions scientifiques d'interprétations différentes de ce que représente un traité. Elles formulent autant d'hypothèses correspondantes quant au détenteur de la souveraineté.

Comment opérer un choix entre elles ? Adhérant, à la suite de Kelsen, au précepte kantien de pureté de la science, et en l'occurrence de la science juridique, la question qui se pose dans ce cadre peut être formulée de la façon suivante : quelle(s) hypothèse(s) scientifique(s) relative(s) au(x) fondement(s) de la validité des ordres juridiques international et nationaux sont à même de traduire le paradoxe des rapports droit international / droit national ?

Si Dionisio Anzilotti, tenant de la théorie dualiste, a adopté l'approche méthodologique et la terminologie kelseniennes, il n'a guère justifié comment, dans ce cadre, il est possible de conceptualiser une pluralité de fondements de la validité, précisément base de la représentation scientifique dualiste des rapports de système. Or, selon la théorie kelsenienne, l'unité de la science du droit requiert l'unicité⁸⁰¹ du système juridique positif, toutes deux

⁷⁹⁹ Cf. A. Verdross, « Le fondement du droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1928, vol. 16, p. 249, spéc. p. 276, lequel se réfère par ailleurs explicitement à Triepel.

⁸⁰⁰ Cf. H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *op. cit.*. Dans le même sens, D. Anzilotti, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, tome premier, p. 34.

⁸⁰¹ Cf. H. Kelsen, *Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, *op. cit.*, p. 277 : « Tout système, pas uniquement l'ordre juridique, se présente avec la prétention d'être, dans son unité, l'unique ordre valide. Dans sa forme parfaite, ce concept systématique de l'unité-unicité s'exprime à travers la personnification théologique de l'ordre universel, le Dieu un-unique qui, dans le décalogue, proclame de façon anthropomorphique sa souveraineté. Et parce que la souveraineté, comme unité et unicité de l'ordre juridique, ne signifie pas seulement l'exclusion d'autres ordres juridiques – souverains – mais d'autres ordres, d'autres systèmes normatifs et cognitifs différents du système du droit et de la connaissance du droit, elle apparaît comme le symbole de la pureté de la connaissance juridique (note en bas de page 74 : cf. F. Sander, « Das Faktum der Revolution und di Kontinuität der Rechtsordnung », p. 162) », t.d.a., « Ogni sistema, non solo l'ordinamento giuridico, entra in campo con la pretesa di essere, nella sua unitarietà, l'unico ordinamento valido. Nella sua forma perfetta questo concetto sistematico della unità-unicità si esprime nella personificazione teologica dell'ordine universale, nel Dio uno-unico che nel decalogo proclama antropomorficamente la sua sovranità. E poiché la sovranità, come unità e unicità dell'ordinamento giuridico, non significa solo l'esclusione di altri ordinamenti giuridici – sovrani –, ma di altri ordinamenti, di altri sistemi

concrétisées à travers l'exigence « *logico-transcendantale* »⁸⁰² d'une norme fondamentale supposée unique, validant ainsi les approches monistes et désavouant l'approche dualiste. Il semblerait donc, de prime abord, qu'adopter une pure approche scientifique implique nécessairement la conceptualisation des rapports droit international (droit de l'Union européenne) / droit national sous une forme moniste. Cependant, la faillite du système théorique kelsenien empêche une telle conclusion.

En effet, comme a pu le remarquer Mario Losano, c'est précisément en voulant protéger la pureté de la science du droit par une norme fondamentale unique que Kelsen a renforcé les théories conférant au droit un fondement extra-juridique. « *La norme fondamentale, créée pour tenir éloigné tout élément extra-juridique de la citadelle de la doctrine pure du droit, se révèle être un véritable cheval de Troie* »⁸⁰³. Kelsen opère une (con)fusion entre système juridique *qua* science du droit et système juridique *qua* ordre juridique positif. D'après cet auteur, la norme fondamentale est une norme placée au sommet du droit positif, conditionnant la validité de toutes les normes juridiques. Cependant, il ne s'agit pas d'une norme posée mais nécessairement supposée par le scientifique afin d'apporter une réponse purement juridique à la question de savoir pourquoi l'on doit obéir à la norme juridique posée la plus haute. Kelsen ne peut ici réellement justifier comment une description scientifique du droit à travers des propositions de droit conditionne le droit lui-même⁸⁰⁴, la première de ces propositions étant la norme, fondamentale. C'est ainsi que si l'on veut séparer le domaine de la connaissance du droit de celui du droit positif, il est nécessaire de décapiter ce dernier de sa norme fondamentale.

Ont donc fleuri parallèlement ou sur les décombres de la théorie kelsenienne des théories proposant un fondement extra-juridique de la validité du droit. Il serait ici possible de citer par exemple la théorie sociologique du droit de Hart, substituant à la norme fondamentale la règle de reconnaissance, question de fait social⁸⁰⁵, la théorie volontariste de Triepel, lequel soutient que « *fonder la validité du droit sur des faits psychologiques, par exemple sur le sentiment des sujets d'être liés pour des motifs quelconques, par la volonté de la communauté, cela vaut autant que d'émettre l'idée d'une norme originaire hypothétique, qui, en vérité, est une pure*

normativi e conoscitivi diversi dal sistema del diritto e della conoscenza del diritto, essa assurge a simbolo della purezza della conoscenza giuridica ».

⁸⁰² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁰³ M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, volume II. Il Novecento, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002 p. 79. Nous voudrions remercier le professeur Troper pour nous avoir indiqué ce très bel ouvrage.

⁸⁰⁴ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 80-81: « *En vérité, la science du droit ne peut que décrire le droit ; elle ne peut pas prescrire quelque chose, comme le fait le droit (normes générales ou normes individuelles) que crée l'autorité juridique.* », en emphase dans le texte.

⁸⁰⁵ Cf. H.L.A.Hart, *The Concept of Law*, *op.cit.*, p. 106 *et seq.*

fiction »⁸⁰⁶, ou encore la théorie jusnaturaliste de Verdross, lequel, tentant de sauver la norme fondamentale, la convertit en « *axiome* »⁸⁰⁷, incarnant « *une valeur objective et absolue, indépendante de la volonté et du sentiment des hommes* » : « *la justice* »⁸⁰⁸ ou finalement la théorie réaliste de Morgenthau⁸⁰⁹ marquant la fin du droit, international.

De surcroît, une telle faillite du système théorique kelsenien rend la consécration de la conception moniste au détriment de la conception dualiste, sur une base purement scientifique, proprement impossible en l'état. Ainsi, afin de déterminer quel(s) fondement(s) de la validité du droit la science juridique peut identifier à travers les rapports droit international (droit de l'Union européenne) / droit national, il convient de redéfinir les conditions de possibilité d'une représentation scientifique des rapports intersystémiques juridiques.

A cet égard, il est possible de partir de la (méta-)théorie⁸¹⁰ du chantre de la pureté scientifique juridique : Kelsen, puis d'essayer de localiser et de corriger une à une les erreurs de conceptualisation qui la minent, afin d'assainir et de permettre une conceptualisation scientifique du droit. Pour cela, Kelsen citant volontiers l'inspiration kantienne de sa théorie, nous tenterons une critique principalement⁸¹¹ kantienne de la conceptualisation kelsenienne de la science juridique. Or, nous avons précédemment pu identifier deux failles intimement liées dans la théorie kelsenienne. Tout d'abord, Kelsen commet une (con)fusion entre le système scientifique juridique et le système juridique positif. En effet, selon cet auteur, il ne peut exister qu'un seul système juridique positif afin que soit possible une analyse proprement scientifique du droit, toute science se caractérisant par l'unité de son objet, soit l'unité-unicité du droit. Ensuite et de manière corrélative, Kelsen émet l'hypothèse d'une norme fondamentale dont le but est de fonder objectivement et juridiquement la validité du droit. Il ne s'agit donc pas d'une norme posée mais supposée afin de ne pas avoir recours à un

⁸⁰⁶ H. Triepel, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁰⁷ A. Verdross, *op. cit.*, p. 282.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 284.

⁸⁰⁹ Pour une préfiguration, cf. H.J. Morgenthau, La réalité des normes du droit international, fondements d'une théorie des normes, Paris, librairie Felix Alcan, 1934, Préface xvii : « *nous croyons qu'une discussion scientifique ne peut être fertile que si l'accord est fait quant aux vérités premières lesquelles échappent à toute preuve logique. Si un savant est, par exemple, convaincu que les normes dites juridiques qui ne satisfont pas aux exigences de la morale, n'appartiennent pas en réalité au domaine du droit, il serait vain, d'un point de vue empirique, de combattre cette conviction. Si quelqu'un s'obstine à considérer l'Etat au sens juridique comme un être à la fois naturel et supranaturel, il est inutile d'essayer de combattre logiquement les conséquences juridiques, éthiques et sociologiques isolées que l'on pourrait tirer d'une telle prémisse.* ».

Pour une très belle généalogie de la pensée de Morgenthau et de la façon dont elle se situe dans l'histoire de la théorie du droit international, cf. M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870-1960, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2005, p. 440 *et seq.*

⁸¹⁰ A titre de rappel, suivant en cela Michel Troper, il est possible de distinguer la méta-théorie ou théorie dont l'objet est la théorie du droit ou science du droit, de la théorie du droit dont l'objet est le droit positif.

⁸¹¹ Nous pourrions utiliser si besoin est les théories d'auteurs s'étant eux-mêmes inspirés de Kant.

fondement ou des explications extra-juridiques de la validité du droit. Ainsi, d'un côté Kelsen affirme : « *Que l'on demande alors enfin quel est le fondement de la validité de cette Constitution historiquement première, c'est-à-dire d'une Constitution qui n'est pas née par voie de modification constitutionnelle d'une Constitution précédente. Si d'une part on se rappelle que l'on s'interdit provisoirement de prendre en considération l'existence d'un droit international, et si d'autre part l'on renonce à rapporter la validité de la Constitution à une norme qui aurait été posée par une autorité méta-juridique telle que Dieu ou la Nature, il n'y a qu'une réponse possible : la validité de cette Constitution, son caractère de norme obligatoire doivent être supposés, admis comme hypothèses, si l'on veut qu'il soit possible d'interpréter les actes posés conformément à ses dispositions comme la création ou l'application de normes juridiques généralement valables* ». D'un autre côté, il soutient que : « *Il faut de toute nécessité que cette hypothèse soit une norme, puisque seule une norme peut être le fondement de la validité d'une autre norme : mais elle ne sera pas une norme posée par une autorité juridique, mais une norme supposée, c'est-à-dire une norme que l'on suppose si l'on reconnaît à la signification subjective et de l'acte constituant et des actes créateurs de normes posés conformément à la Constitution, le caractère de signification objective aussi.* »⁸¹². La norme fondamentale est donc selon Kelsen le seul moyen de fonder juridiquement la validité objective du droit. Elle démontre cependant que cet auteur, en ultime instance, postule plutôt qu'il ne démontre la pureté de son approche scientifique, ce qui en constitue le talon d'Achille. Y aurait-il un autre moyen de fonder juridiquement la validité objective du droit selon une approche scientifique ? Afin de le découvrir et de tenter de 'corriger' la théorie kelsenienne du droit, c'est-à-dire en l'espèce de la reconstruire grâce à une critique d'inspiration kantienne (B), il convient préalablement de procéder à sa déconstruction en revenant sur les axiomes fondamentaux de la connaissance scientifique (A), qu'il s'agira d'appliquer dans le cas de la science du droit.

⁸¹² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 200.

A. Déconstruction de la théorie kelsenienne :
Retour sur deux axiomes de la connaissance scientifique

Toute connaissance scientifique repose sur deux axiomes principaux : Que la science constitue ses objets (1) Que la science constitue son objet en se constituant (2).

1. Que la science constitue ses objets

Si Kelsen détruit sa théorie scientifique du droit en voulant la renforcer, c'est précisément parce qu'il part de l'idée kantienne selon laquelle la science constitue ses objets tout en en déformant le sens. Par conséquent, afin de bien comprendre la position de Kelsen et son erreur, il convient tout d'abord de cerner ce postulat sur lequel il fonde son système scientifique.

En effet, si cet auteur fixe pour objectif à la science du droit de décrire le droit, cette description ne relève pas du *sein* mais du *sollen*. Ainsi, tout d'abord, lorsqu'il distingue les normes de droit (*Rechtsnormen*) des propositions de droit (*Rechtssätze*), il précise que si les premières « *sont créées par les organes juridiques et doivent être appliquées par eux et obéies par les sujets de droit* », les secondes « *sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu* »⁸¹³.

Certains pourraient objecter que Kelsen n'est pas très clair en ce qui concerne la distinction entre normes de droit et propositions de droit. Son explication n'est pas des plus convaincantes lorsqu'il précise que « *ces propositions sont des propositions de Sollen, et doivent être des propositions de Sollen parce qu'elles décrivent des normes* »⁸¹⁴, remettant ainsi en cause le fondement kantien de son approche scientifique. Cependant, plutôt que d'infirmer la proposition selon laquelle Kelsen tient sa conception de la connaissance de Kant et des néo-kantiens, il est possible que cela démontre tout simplement qu'il a emprunté une telle conception à quelqu'un d'autre, qui, lui, avait une connaissance plus poussée de l'œuvre kantienne et néo-kantienne : son élève Fritz Sander. Sans vouloir entrer dans la polémique

⁸¹³ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 82. Le même commentaire pourrait être formulé au sujet de sa tentative de justification face aux critiques d'Ofstad en renvoyant à Sigwart dans la seconde édition de sa théorie pure du droit. *Ibid.*, pp. 82-83, note en bas de page 10.

ayant opposé en leur temps ces deux auteurs⁸¹⁵, il est tout simplement possible de relever que dans son ouvrage Le problème de la souveraineté et la théorie du droit international de 1920, esquisse de sa Théorie pure du droit de 1934, Kelsen cite à plusieurs reprises⁸¹⁶ l'approche de Sander quant à la science pure du droit développée dans un article précédemment évoqué : « Le fait révolutionnaire et la continuité de l'ordre juridique »⁸¹⁷ de 1919. Or, il est intéressant de relever que si Mario Losano analysant l'œuvre de Kelsen relève que ce dernier a été lui-même surpris du parallélisme entre sa démarche et celle d'Hermann Cohen, chef de file de l'école néo-kantienne de Marbourg que, de plus, « *le contact direct entre Kelsen et le néokantisme devait intervenir au début des années vingt, lorsqu'il séjourna à Heidelberg et écouta Jellinek, lequel avait des contacts étroits avec les néokantiens de cette université* »⁸¹⁸ et qu'enfin l'un des éléments principaux de la doctrine kelsenienne est de reconnaître que « *toutes les sciences visent à construire leur objet en une unité. C'est cela le postulat caractéristique de la pensée systématique, laquelle tend à reconduire à un unique principe l'entière construction d'une discipline. Ce principe peut être considéré comme le signe de l'influence exercée par le Cercle de Vienne sur Kelsen* »⁸¹⁹, Fritz Sander quant à lui pouvait écrire dès 1919 dans l'article précédemment mentionné, se référant par ailleurs expressément à la pensée d'Hermann Cohen⁸²⁰, que « *toutes les propositions de droit, selon la science pure du droit, sont à ordonner systématiquement en fonction du principe de la relative apriorité* »⁸²¹. Ainsi, il est probable que la théorie de la connaissance scientifique juridique de

⁸¹⁵ Cf. A ce sujet récemment, C. Kletzer, « Fritz Sander », in R. Walter, C. Jabloner, K. Zeleny (dir.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der reinen Rechtslehre, Vienne, Manz, 2008. Cf. Également, S.L. Paulson (dir.), Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen, Scientia, 1988, cité in M. Losano, *op. cit.*, p. 98, note en bas de page 44.

⁸¹⁶ Cf. Notamment, H. Kelsen, Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, *op. cit.*, p. 30, note en bas de page 6, p. 176, note en bas de page 11, p. 277, note en bas de page 74, p. 339, note en bas de page 71.

⁸¹⁷ F. Sander, « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 1, Heft 3 et 4, 1919-1920, p. 132, spéc. p. 150.

⁸¹⁸ M. Losano, *op. cit.*, p. 30, t.d.a.: « *Il contatto diretto fra Kelsen e il neokantismo dovette avvenire all'inizio degli anni Venti, quando soggiornò a Heidelberg e ascoltò Georg Jellinek, che aveva stretti contatti con i neokantiani di quell'università.* ».

⁸¹⁹ *Ibid.*, pp. 44-45, t.d.a. : « *Tutte le scienze mirano a costruire in unità il loro oggetto. È questo il tipico postulato del pensiero sistematico, che tende a ricondurre a un unico principio l'intera costruzione d'una disciplina. Questo principio può essere considerato un segno dell'influenza esercitata su Kelsen dal Circolo di Vienna* ».

⁸²⁰ F. Sander, *op. cit.*, p. 149, note en bas de page 1 : « *Kelsen's Formulierung des Rechtssatzes „als hypothetisches Urteil über einen bedingten Willen des Staates zu eigenem Verhalten“ (Hauptprobleme der Staatslehre), das „Verfahren“ als rechtliche Grundfunktion. Denn das „eigene Verhalten des Staates“ ist das Verfahren. Vgl. noch Cohens „Ethik des reinen Willens“ : „denn die Form des Rechtes ist nicht etwa nur die äusserliche Form, und auch nicht nur das bedeutsame Symbol ; sondern sie is das methodische Mittel, das Recht zu finden, zu entdecken, zu erzeugen“ (S. 64).* ».

⁸²¹ *Ibid.*, p. 150 : « *Alle Rechtssätze sind von der reinen Rechtswissenschaft nach dem Prinzip der relativen Apriorität systematisch zu ordnen. Die Rechtssätze, welche Erzeugungsvoraussetzung anderer Rechtssätze sind, werden ihnen im System übergeordnet. (...) „System“ bedeutet aber der reinen Rechtswissenschaft nicht eine*

Kelsen ait été sujette à l'influence kantienne et néo-kantienne notamment par le biais des travaux de Sander. Ceci n'enlève rien à ladite influence et plus particulièrement à celle de l'axiome selon lequel la science constitue ses objets, laquelle transparait à travers l'utilisation par Kelsen de l'expression « *jugements hypothétiques* » afin de qualifier les « *propositions de droit* ». Au contraire, cela pourrait contribuer à expliquer certaines erreurs d'interprétation de la théorie kantienne de la connaissance commises par Kelsen.

Quel est donc le sens de cet axiome et à quelle question fondamentale apporte-t-il une réponse ? La problématique en jeu, que l'on fasse remonter son origine à Platon⁸²² ou à Aristote⁸²³, peut être formulée ainsi : quelle est la source de la connaissance : l'objet analysé ou le sujet analysant⁸²⁴ ? Deux lignes philosophiques principalement ont été défendues en la

geordnete Mannigfaltigkeit gegebener starrer Rechtsdinge (der Rechtssatzformen), sondern kontinuierliche Erzeugung aus einem Ursprunge. Die Dynamik der Methode durchströmt lösend die Statik des Systems. Das starre metaphysische „Ding an sich“ der Rechtssatzform wird un kontinuierlich fliessende Funktionen aufgelöst. Damit betritt die reine Rechtswissenschaft die Bahn moderner Logik. Das „Prinzip der relativen Apriorität“ ist die lex continuatis. „Kraft der Kontinuität werden alle Elements des Denkens, insofern sie als Elemente der Erkenntnis gelten dürfen, aus dem Ursprunge erzeugt“ (Cohen, „Logik der reinen Erkenntnis“, S. 92. Kontinuität, das heisst „methodische Reinheit ist zu definieren als die unabgebrochene, unendliche Besogenheit der Gesetzmäßigkeit auf Gegenständlichkeit, der Gegenständlichkeit auf Gezmäßigkeit“ (A. Görland, „Neubegründung der Ethik aus ihrem Verhältnis zu den besonderen Gemeinschaftswissenschaften“, Berlin 1918, S. 38). ».

⁸²² Cf. A ce sujet, A. Schopenhauer, *Le monde comme volonté et comme représentation*, Appendice, Critique de la philosophie kantienne, trad. A. Burdeau, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 524, lequel compare la distinction du phénomène et de la chose en soi de Kant à la pensée de Platon notamment lorsque ce dernier affirme que « [l]e monde qui frappe nos sens ne possède point véritablement l'être ; il n'est qu'un devenir incessant, indifférent à l'être ou au non-être ; le percevoir, c'est moins une connaissance qu'une illusion » citant ensuite le mythe de la caverne.

⁸²³ Cf. A ce sujet, M. Losano, *op. cit.*, p. 9, « *Le concept de structure externe ou interne (c'est-à-dire comme élément épistémologique ou bien ontologique) est formulé avec précision déjà chez Aristote, « le père de la réflexion structurelle ». Dans la Physique et dans la Métaphysique, il définit la 'morphé' comme la forme externe de l'objet. L' 'eidos' – qui est l'idée, la structure rationnelle – se compose de la matière, donnant lieu au 'sinolo', à la substance et donc à l' 'ousia'. Pour Aristote, cependant, la séparation entre idée et matière (autrement dit système de relations internes de la chose et la chose elle-même) n'est pas nette : l'architecte n'a pas idée (eidos) de la maison à bâtir mais une « prôte ousia » : « déjà à l'état d'embryon, – commente Eco, – la forme ne peut pas apparaître séparément de la chose de laquelle elle est la forme. Il y a donc chez Aristote une oscillation claire entre modèle structurel (ossature intelligible) et objet structuré : la même que celle que nous retrouverons présente dans tout discours sur les structures. » », t.d.a., « *Il concetto di struttura esterna o interna (cioè come elemento epistemologico oppure ontologico) è formulato con precisione già in Aristotele, « il padre della riflessione strutturale ». Nella Fisica e nella Metafisica definisce la 'morphé' come la forma esterna dell'oggetto. L' 'eidos' – che è l'idea, la struttura razionale – si compone con la materia, dando luogo al 'sinolo', alla sostanza e quindi all' 'ousia'. Per Aristotele, però, la separazione fra idea e materia (cioè sistema di relazioni interne della cosa, e cosa stessa) non è netta : l'architetto non ha un'idea (eidos) della casa da progettare, ma una 'prôte ousia' : già in embrione, – commenta Eco, – la forma non può apparire separata dalla cosa di cui è forma. C'è dunque in Aristotele una chiara oscillazione tra modello strutturale (ossatura intelligibile) e oggetto strutturato: la stessa che ritroveremo presente in ogni discorso sulle strutture. » ».**

⁸²⁴ C'est cette idée que Mario Losano a par exemple essayé de retranscrire à travers la distinction entre système externe, qui est une construction intellectuelle qui se superpose à son objet d'étude et constitue le point d'arrivée ou *terminus ad quem* de la connaissance, et système interne inscrit dans l'objet étudié lui-même, point de départ ou *terminus a quo* de l'activité de recherche. Cf. M. Losano, *op. cit.*, p. 2 : « *Il sistema come punto d'arrivo è una costruzione intellettuale (...) che si sovrappone al suo oggetto ; è il terminus ad quem, cioè il fine cui tende*

matière. La première, dite idéaliste, peut être définie par la thèse selon laquelle « [t]oute connaissance obtenue par les sens et l'expérience est simplement apparence, et il n'est de vérité que dans les Idées de l'entendement et de la raison pure »⁸²⁵, mettant en doute l'existence même des choses⁸²⁶. La seconde, dite empiriste, défend la thèse selon laquelle toute connaissance dérive des sens et de l'expérience et les idées elles-mêmes dérivent de nos impressions⁸²⁷. La question qui se pose alors est la suivante : entre le primat du *cogito* et celui de l'expérience que choisir ? Kant répond à cette question en réinterprétant le postulat empiriste pour le retourner en faveur d'une réponse idéaliste, un idéalisme...critique⁸²⁸. Ainsi, selon cet auteur, « [t]oute connaissance des choses qui provient uniquement de l'entendement pur ou de la raison pure est simple apparence et il n'est de vérité que dans l'expérience »⁸²⁹. La connaissance provient de l'expérience, soit, mais qu'est-ce que l'expérience ? Les « choses nous sont données comme objets de nos sens et existant hors de nous » – Kant, contrairement

l'attività dello studioso ; è un sistema esterno all-oggetto studiato. Invece il sistema come punto di partenza è una struttura insita nell'oggetto studiato; il compito dello studioso consiste nello scoprirla e nel descriverla; il sistema è il terminus a quo, il punto di partenza dell'attività di ricerca; il sistema è un sistema interno all'oggetto studiato. ».

Pour une formulation kantienne illustrée de cette problématique, cf. I. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, trad. L. Guillermit, (Akademie-Ausgabe, Kant's Gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin, Reimer, 1911), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2001, p. 92 : « Lorsque l'on considère les propriétés d'un cercle, qui permettent à cette figure d'unir d'un seul coup en une règle universelle tant de déterminations arbitraires de l'espace, on ne peut faire autrement que d'attribuer une nature à cette chose géométrique. Ainsi deux droites qui se coupent entre elles et qui coupent en même temps le cercle, si fortuitement qu'elles soient tracées, ne s'en divisent pas moins toujours si régulièrement que le rectangle issu des segments de chaque droite est égal à celui des autres. Or je pose la question : « est-ce dans le cercle ou dans l'entendement que se trouve cette loi ? » ; c'est-à-dire : est-ce que cette figure contient en elle-même indépendamment de l'entendement le principe de cette loi ? ou bien : est-ce l'entendement qui lorsqu'il a construit la figure elle-même selon ses concepts (en l'espèce : selon l'égalité des diamètres), y introduit en même temps la loi des cordes se coupant entre elles selon une proportion géométrique ? ».

⁸²⁵ I. Kant, *op. cit.*, p. 158.

⁸²⁶ Cf. A ce sujet, I. Kant, *op. cit.*, p. 59.

⁸²⁷ Cf. D. Hume, An enquiry concerning human understanding, New York, P.F. Collier & Son, 1910, Harvard Classics Volume 37, section II. Of the origin of ideas : « nous pouvons diviser les perceptions de l'esprit en deux catégories ou espèces, qui se distinguent par leur degré différent de force ou de vivacité. Les moins puissantes ou vivaces sont communément dénommées Pensées ou Idées. L'autre espèce (...) appelons les Impressions (...). J'entends par le terme impression toutes nos perceptions les plus vivaces (...). Mais bien que nos pensées semblent posséder cette liberté sans limite, nous établirons, après un examen plus poussé, qu'elle est en réalité confinée dans des limites étroites et que tout ce pouvoir créateur de l'esprit n'équivaut à rien de plus que la faculté de composer, transposer, augmenter ou diminuer le matériel qui nous est fourni par les sens et l'expérience. », t.d.a., « we may divide all the perceptions of the mind into two classes or species, which are distinguished by their different degrees of force and vivacity. The less forcible and lively are commonly denominated Thoughts or Ideas. The other species want a name in our language, and in most others; I suppose, because it was not requisite for any, but philosophical purposes, to rank them under a general term or appellation. Let us, therefore, use a little freedom, and call them Impressions (...). But though our thought seems to possess this unbounded liberty, we shall find, upon a nearer examination, that it is really confined within very narrow limits, and that all this creative power of the mind amounts to no more than the faculty of compounding, transposing, augmenting, or diminishing the materials afforded us by the senses and experience. ».

⁸²⁸ Sur ce thème, cf. l'explication de Kant in Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, p. 159.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 158.

aux idéalistes, ne questionne pas l'existence des objets – « *mais nous ne sommes informés que de leurs apparitions, c'est-à-dire des représentations qu'elles produisent en nous en affectant nos sens* »⁸³⁰. La connaissance ne porte donc pas sur les choses en elles-mêmes, lesquelles ne peuvent être objets de connaissance⁸³¹, mais sur les phénomènes, c'est-à-dire sur les « *choses comme objet d'une expérience possible* »⁸³². Or, précisément, « *le plus grand mérite de Kant, c'est d'avoir distingué le phénomène de la chose en soi* »⁸³³ car c'est par la référence à l'expérience que Kant retombe sur les pieds de l'idéalisme. En effet, quelles sont les conditions de possibilité de l'expérience ? La connaissance des phénomènes est rendue possible par nos jugements empiriques qui trouvent leur fondement dans la perception immédiate. Cependant, si les jugements empiriques sont en premier lieu des jugements subjectifs, de simples jugements de perception, ils peuvent également être des jugements d'expérience objectifs, leur objectivité provenant du fait que la représentation des phénomènes est médiatisée par des concepts ou principes de notre entendement⁸³⁴. Kant renverse ici la priorité entre idées et impressions de l'empirisme de Hume. Les jugements de perception en tant que jugements subjectifs ne sont rien par eux-mêmes pour la connaissance. Seuls les jugements d'expérience comptent par la combinaison entre sensibilité (soit la réception des impressions, les objets nous étant donnés) et entendement (soit la production de

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 53.

⁸³¹ En ce sens, cf. R. Carnap, « Empiricism, Semantics, and Ontology », *Revue Internationale de Philosophie*, 1950, vol. 20, n° 4 ; Supplément in *Meaning and Necessity : A Study in Semantics and Modal Logic*, Chicago, University of Chicago Press, 1956, selon lequel la question de savoir si les choses en elles-mêmes existent réellement « *ne peut être résolue car elle n'est pas formulée de manière correcte* ». En effet, « *il est avant tout nécessaire de reconnaître une distinction fondamentale entre deux sortes de question concernant l'existence et la réalité des entités. Si quelqu'un souhaite évoquer dans son langage un nouveau type d'entités, il doit introduire un nouveau système de mode d'expression, soumis à de nouvelles règles ; nous appellerons cette procédure la construction d'un cadre linguistique pour les nouvelles entités en question. Et maintenant nous devons distinguer deux sortes de questions relatives à l'existence : premièrement, les questions relatives à l'existence de certaines entités du nouveau genre à l'intérieur du cadre ; nous les appelons questions internes ; et deuxièmement, les questions relatives à l'existence ou la réalité du système des entités en tant que tout appelées questions externes (...)* Le caractère non-cognitif des questions que nous avons appelées questions externes a été reconnu et souligné par le Cercle de Vienne sous la direction de Moritz Schlick, le groupe à l'origine du mouvement de la logique empirique. Influencés par les idées de Ludwig Wittgenstein, le Cercle rejeta à la fois la thèse de la réalité du monde extérieur et la thèse de son irréalité en tant que pseudo-propositions », t.d.a., « *cannot be solved because it is framed in a wrong way* » ; « *it is above all necessary to recognize a fundamental distinction between two kinds of questions concerning the existence and reality of entities. If someone wishes to speak in his language about a new kind of entities, he has to introduce a system of new ways of speaking, subject to new rules ; we shall call this procedure the construction of a linguistic framework for the new entities in question. And now we must distinguish two kinds of questions of existence : first, questions of the existence of certain entities of the new kind within the framework ; we call them internal questions ; and second, questions concerning the existence or reality of the system of entities as a whole called external questions* ».

⁸³² I. Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science*, *op. cit.*, p. 64.

⁸³³ A. Schopenhauer, *op. cit.*, p. 152.

⁸³⁴ I. Kant, *op. cit.*, p. 66 : « *relation à un objet par le biais du concept de l'entendement* ».

représentations, les objets étant pensés)⁸³⁵. « [I]l est bien vrai que tous les jugements d'expérience sont empiriques, en ce qu'ils ont leur fondement dans la perception immédiate des sens ; mais on ne saurait dire réciproquement que tous les jugements empiriques sont pour autant des jugements d'expérience ; car outre ce qui est empirique et de façon générale outre ce qui est donné à l'intuition sensible, il faut encore que s'ajoutent des concepts particuliers, qui ont leur origine tout à fait a priori dans l'entendement pur, sous lesquels chaque perception peut tout d'abord être subsumée et grâce auxquels elle peut ensuite être transformée en expérience »⁸³⁶. Kant renverse ainsi la thèse empiriste de Hume. Si ce dernier pensait que c'est le caractère fondamental de l'expérience qui détruit la possibilité d'une appréhension idéaliste de l'origine de la connaissance, pour Kant au contraire c'est précisément en raison du caractère fondamental de l'expérience – bien comprise – que l'idéalisme – bien compris – explique les mécanismes et la source de toute connaissance. Ce n'est pas l'entendement qui dérive de l'expérience (empirisme) mais l'expérience qui dérive de l'entendement par la subsumption des phénomènes sous des concepts ou principes⁸³⁷ a priori – en ce qu'ils précèdent et donc permettent l'expérience (idéalisme critique)⁸³⁸. Ainsi, toute connaissance des phénomènes n'est pas immédiate mais trouve son origine dans la pensée humaine et « penser équivaut à juger ou à rapporter des représentations à des jugements en général ». Mais quel type de jugements ? Des « jugements d'expérience [qui] sont toujours synthétiques »⁸³⁹ c'est-à-dire des jugements « extensifs », qui « accroissent la connaissance »⁸⁴⁰. Nous retrouvons donc ici l'affirmation de Kelsen selon laquelle les propositions (scientifiques) de droit sont des jugements hypothétiques. Or, comment cette connaissance est-elle créée et accrue ? Grâce aux représentations des objets en tant que phénomènes créés par l'entendement. Donc qu'est-ce que la science ? La science est la méthode selon laquelle ces représentations d'objets unifiées par l'entendement sous la forme

⁸³⁵ Cf. I. Kant, *Critique de la raison pure*, trad. J. Barni, A.J.L. Delamarre, F. Marty, Paris, Gallimard, 2004, p. 118.

⁸³⁶ I. Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science*, *op. cit.*, p. 65.

⁸³⁷ Les principes de la connaissance sont constitués par « non seulement ses propositions fondamentales, mais ses concepts fondamentaux », *ibid.*, p. 25.

⁸³⁸ Cf. I. Kant, *Critique de la raison pure*, *op. cit.*, p. 152 : « Ou bien c'est l'objet qui rend seul possible la représentation, ou bien c'est la représentation qui rend possible l'objet. Dans le premier cas, le rapport est seulement empirique, et la représentation n'est jamais possible a priori. (...) Dans le second cas, puisque la représentation en elle-même (...) ne produit pas son objet quant à l'existence, la représentation est seulement alors par rapport à l'objet déterminante a priori, s'il n'est possible que par elle de connaître quelque chose comme un objet. », Kant optant pour la seconde option, cf. également à ce propos la critique de Hume, p. 155 et *seq.*

⁸³⁹ I. Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science*, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 26.

d'un système⁸⁴¹ en vue de créer ou d'accroître la connaissance sont formées et étudiées. Elle incarne « *l'unité du mode de connaissance* »⁸⁴². Par conséquent, si la science se réfère à la création de représentations d'objets par l'entendement et non aux objets en eux-mêmes, cela signifie que la science constitue ses objets. Ainsi, par application de ce principe, Kelsen précisa que « [c]onformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif »⁸⁴³. Lorsque l'on énonce le postulat selon lequel la science crée ses objets à son image, l'on comprend que la science crée sa propre représentation des phénomènes selon son propre système de construction du sens.

Il appert donc également qu'une telle représentation ne se fonde pas sur des fictions mais sur des abstractions et le « *monde juridique (lui-même) est un monde d'abstractions, mais non pas de fictions. A la base de l'abstraction il y a toute une suite de processus réels qui se sont passés dans le monde extérieur et dans notre être interne. Tout autre est le caractère de la fiction. A la place des faits réels, elle fait intervenir des faits imaginaires : elle donne à ceux-ci la même réalité, elle les place sur la même ligne. L'abstraction repose sur des faits, la fiction sur la fantaisie pure* »⁸⁴⁴. Cela explique alors l'origine de l'erreur fondamentale de Kelsen : la confusion entre système scientifique juridique et système juridique positif. Puisque la science constitue ses objets, la frontière devient ténue entre la représentation des phénomènes par le biais de normes juridiques – soit la représentation du système juridique positif – et l'explication de ces phénomènes par le biais de propositions scientifiques juridiques dans le cadre du système scientifique juridique. Il est alors tentant de modifier les représentations des phénomènes, les normes juridiques, pour qu'elles confirment la théorie scientifique, juridique, plutôt que de trouver un amendement à la théorie pour qu'elle donne leur sens scientifique aux phénomènes. L'erreur de Kelsen par la création d'une norme fondamentale supposée est d'avoir ainsi postulé une 'norme' et créé une fiction alors que toute norme ne peut consister qu'en la représentation de phénomènes, c'est-à-dire être une abstraction. La connaissance est fondée sur la représentation et précisément la norme

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 93 et seq..

⁸⁴² *Ibid.*, p. 127.

⁸⁴³ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.80.

⁸⁴⁴ G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, *op.cit.*, p. 88.

D'un autre côté, « *il ne faut pas faire rentrer [les faits concrets] dans le monde des idées abstraites. Celles-ci n'existent que dans le monde des abstractions : elles constituent des idées et des impératifs qui règlent la vie pratique de l'homme* ». « *C'est la méconnaissance de cette relation qui a fait naître tant de controverses stériles dans la littérature la plus récente de la science de l'Etat. Dans cet ordre d'idées, il faut faire rentrer les tentatives inutiles qu'on a faites pour fonder des constructions juridiques sur la réalité naturelle de l'Etat ; et aussi les théories qui identifient la conception naturelle de l'Etat avec sa conception juridique.* », G. Jellinek, *op.cit.*, p. 90.

fondamentale ne représente aucun phénomène. La théorie kantienne de la connaissance scientifique, en soulignant que toute connaissance se fonde indirectement sur l'expérience telle que rendue possible par l'entendement⁸⁴⁵, dévoile la faille de la théorie du droit kelsenienne : celle d'avoir voulu fonder la connaissance juridique en dehors de l'expérience. Cependant, si l'examen du premier axiome relatif à toute connaissance scientifique nous a permis de cerner l'une des erreurs commises par Kelsen, c'est par l'étude du second axiome que nous pourrions identifier les autres.

2. Que la science constitue son objet en se constituant

Comprendre le second axiome de la connaissance scientifique, c'est comprendre le lien existant entre unité de la science et unité de l'objet de la science. Or, pour cela, il convient tout d'abord de répondre à la question suivante : quel est le lien entre constitution de son objet et constitution des objets par la science ?

Comme il a précédemment été expliqué, la science est une méthode d'analyse des phénomènes, c'est-à-dire des objets, à travers leur représentation par l'entendement. Les objets représentés par la science ne sont donc en réalité que le produit de la subsumption des phénomènes sous les principes de l'entendement, ce qui précisément donne son objectivité à la connaissance acquise par le biais de ce processus⁸⁴⁶. Si l'on prend le cas particulier de la science juridique, celle-ci a donc pour vocation de subsumer les phénomènes sous des principes juridiques afin de leur donner la qualité de représentations juridiques. De tels principes constituent donc la condition de possibilité de l'expérience juridique. Ainsi, définir ces principes, c'est définir les caractéristiques de la représentation juridique de phénomènes. Plus encore, définir ces principes, c'est définir les caractéristiques de la science juridique en tant qu'« *unité du mode de connaissance* »⁸⁴⁷ juridique. La spécificité de ces principes, juridiques, est ce qui constitue la spécificité de la science juridique. Par conséquent, si la science du droit constitue ses objets en les subsumant sous des principes juridiques, elle constitue par là même son objet en tant que champ unifié de la connaissance juridique. L'objet 'droit' n'est que l'unification des représentations de phénomènes sélectionnés et classés selon certains principes scientifiques juridiques. Ainsi, la définition de l'objet de la

⁸⁴⁵ Cf. Par exemple, I. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, pp. 84-85 : « *La science pure ne peut jamais rien concerner de plus que de simples phénomènes (...) notre raison ne permet pas d'aller au-delà du champ de l'expérience.* ».

⁸⁴⁶ Cf. I. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 120.

science juridique dépend de la définition de celle-ci en tant que méthode. Cela signifie que la science, en se constituant, c'est-à-dire en définissant la spécificité de sa méthode, constitue son objet, la façon dont seront sélectionnés, représentés, classifiés et associés les phénomènes selon ses principes. L'unité de l'objet de la science provient donc de la spécificité de la science elle-même, de la façon dont celle-ci le représente à partir de ses principes. Or d'où vient la spécificité de la science ? De son unité en tant que système et de sa distinction par rapport aux autres sciences. En conclusion, ce n'est pas l'objet qui définit la science mais la science qui définit l'objet. L'unité de la science n'est pas définie par l'unité de l'objet mais c'est l'unité de la science en tant que méthode qui définit l'unité de l'objet.

C'est ici que Kelsen s'est trompé puisqu'il fait dépendre l'unité de la science juridique de l'unité de son objet. Voici comment il serait possible de retracer son raisonnement. Selon cet auteur, préserver l'unité de la science juridique suppose de préserver l'unité de son objet. Or, qu'est-ce que son objet ? Le droit. Qu'est-ce que le droit ? Un ensemble de phénomènes représentés par la science juridique sous la forme de normes juridiques. Qu'est-ce que signifie donc l'unité de l'objet droit ? Cela signifie l'unité de l'ensemble que forment les normes juridiques. Qu'est-ce donc que cet ensemble ? Un système juridique comprenant l'ensemble du droit positif dont les normes doivent être arrangées de telle façon qu'elles découlent toutes d'une norme unique, laquelle préserve l'unité de l'ensemble. S'il y avait plusieurs ensembles de normes autonomes, alors, il n'y aurait pas un unique système normatif juridique mais plusieurs. Il n'y aurait donc ni unité de l'objet de la science juridique ni, par conséquent, unité de la science juridique elle-même. C'est la raison pour laquelle les normes sont nécessairement arrangées de telle façon qu'elles découlent toutes d'une norme unique. Il s'agit là selon Kelsen d'une condition de possibilité de la science. Ainsi l'erreur fondamentale de Kelsen est de considérer que l'unité de la science dérive de l'unité de son objet et de réduire 'nécessairement' la science du droit à l'étude d'un seul système juridique, son objet. Enfin, si Kant devait lui-même répondre à Kelsen, il le ferait certainement dans les termes suivants : *« bien qu'un tout de l'expérience soit impossible, l'Idée d'un tout de la connaissance par principes en général est la seule chose qui puisse bien lui procurer une espèce particulière d'unité : celle d'un système ; à défaut d'une telle unité, notre connaissance demeure décousue (...). Ainsi les Idées transcendantales expriment la destination propre de la raison : celle d'un principe de l'unité systématique de l'usage de l'entendement. Mais si on traite cette unité du mode de connaissance comme si elle était attachée à l'objet de la connaissance, si on la tient pour constitutive, alors qu'elle n'est proprement que régulatrice (...), alors il ne s'agit là que d'un malentendu dans l'appréciation*

de la destination propre de notre raison et de ses principes et c'est une Dialectique qui pour une part perturbe l'usage empirique de la raison, pour une part divise la raison d'avec elle-même. »⁸⁴⁸. C'est précisément le malentendu sur lequel se fonde la théorie kelsenienne : considérer l'unité du mode de connaissance juridique comme si elle était attachée à l'objet de la connaissance scientifique juridique : LE système juridique positif.

Or, ce malentendu va encore plus loin puisque précisément la confusion entre unité de l'objet et unité de la science se traduit par le fait que, dans la théorie du droit kelsenienne, la norme suprême qui ne dérive d'aucune autre norme n'est pas une norme posée par les organes juridiques mais une norme supposée. Si nous avons précédemment discerné dans ce raisonnement une erreur, en ce qu'une norme ne peut être une fiction créée en dehors du champ de l'expérience mais uniquement une abstraction (à partir) de l'expérience, une seconde erreur peut désormais être identifiée grâce à la définition donnée de l'unité de la science juridique comme unité du mode de connaissance juridique par la subsomption des phénomènes sous des principes spécifiquement juridiques. A cette fin, il convient de revenir sur le raisonnement suivi par Kelsen à cet égard.

Si la norme fondamentale était une norme posée par un ou plusieurs organes juridiques, il faudrait justifier à son tour leur compétence. Il faudrait parvenir à remonter la pyramide des normes à l'infini, ce qui, en pratique, ne peut être réalisé puisque la première constitution posée ne peut être logiquement dérivée d'une autre norme posée. Il faudrait donc à défaut admettre que la validité de la première norme posée ne dépend pas d'une norme mais par exemple soit d'un fait : l'élaboration de cette norme ou la volonté des personnes ayant créé cette première norme, soit d'un principe divin : la première norme posée représente la volonté de Dieu tels les dix commandements⁸⁴⁹. Mais alors, la première option signifierait que le fondement du droit n'est pas juridique mais par exemple sociologique ou psychologique. La seconde option quant à elle équivaldrait à admettre que le fondement du droit se trouve dans la morale. Dans le premier cas, la science du droit ne serait pas une science en elle-même puisqu'elle serait privée d'une spécificité, fondamentale, mais une sous-partie de la sociologie ou de la psychologie. Dans le second cas, la science du droit ne serait pas une science du tout car la morale n'est pas une science à moins, cas limite, de considérer l'éthique comme une science. Cependant, Kant a démontré que tel n'est pas le cas puisqu'il est impossible de percer

⁸⁴⁸ I. Kant, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science*, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁴⁹ Cf. Par exemple, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 85 *et seq.*.

l'essence de Dieu par le biais de la raison⁸⁵⁰. Par conséquent, si l'on veut préserver le caractère de science de l'analyse juridique, il convient d'assurer le fondement juridique de la première norme posée. Ainsi, comme il a précédemment pu être relevé, Kelsen invente la norme supposée et commet la double erreur de faire reposer l'unité de la science sur l'unité de l'objet droit qu'incarne la norme fondamentale et de créer ainsi une norme fictive. C'est la raison pour laquelle il la surnomme norme logico-transcendantale. Elle est le seul moyen logique d'écarter tout fondement extra-juridique du droit positif et en cela elle est la condition de possibilité de la science du droit elle-même. Cependant, l'usage même du qualificatif 'transcendantal' démontre l'impossibilité de la norme fondamentale. En effet, transcendantal est le caractère de ce qui se situe au-delà de toute expérience possible, qui précède l'expérience⁸⁵¹. Or les normes juridiques sont le produit même de cette expérience, elles n'ont et ne peuvent receler rien de transcendantal. Ainsi, une norme, même fondamentale ou supposée, ne peut constituer une condition de possibilité de l'expérience. Se pourrait-il alors qu'une telle supposition trahisse une autre erreur de Kelsen dans l'interprétation de la théorie kantienne de la connaissance?

Revenons donc à Kant : « *Comment donc arrivons-nous à (...) attribuer encore [à ces représentations], outre la réalité subjective qu'elles ont (...), je ne sais quelle réalité objective ? La signification objective ne peut pas consister dans la relation à une autre représentation (de ce que l'on voudrait nommer objet), car autrement la question se repose : Comment cette représentation sort-elle à son tour d'elle-même et reçoit-elle une signification objective, outre la signification subjective qui lui est propre (...) ? Si nous cherchons quelle nouvelle propriété la relation à un objet donne à nos représentations, et quelle espèce de dignité elles en retirent, nous trouvons que cette relation ne fait rien d'autre que de rendre d'une certaine manière nécessaire la liaison des représentations et de les soumettre à une règle* »⁸⁵².

Il devient alors facile d'identifier l'erreur de Kelsen. Comme il a précédemment été mentionné, l'hypothèse d'une norme fondamentale a pour but de fonder objectivement et juridiquement la validité du droit. Or, pour atteindre une telle fin, Kelsen n'avait tout simplement pas besoin de la norme fondamentale et c'était même une erreur que de lui

⁸⁵⁰ Cf. Également, I. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁵¹ Cf. I. Kant, Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, p. 57, p. 85 ; Cf. Plus généralement, I. Kant, Critique de la raison pure, *op. cit.*, p. 83 : « *J'appelle transcendantal toute connaissance qui s'occupe en général non pas tant d'objets que de notre mode de connaissance des objets en tant qu'il est possible en général* ».

⁸⁵² Cf. I. Kant, Critique de la raison pure, *op. cit.*, p. 238.

attribuer le rôle de source de la signification objective des normes. Cet auteur considère la norme fondamentale comme nécessaire à la pureté de la science juridique parce qu'il fait dépendre la signification objective des normes juridiques de leur relation entre elles ce qui l'oblige à remonter la hiérarchie des normes jusqu'à la première norme posée et à devoir supposer l'existence de la norme fondamentale. Or, comme le précise Kant, la signification objective ne peut être fondée sur la relation entre les représentations puisque la recherche du fondement de l'objectivité des représentations serait alors sans fin, ce qui est précisément le problème auquel se heurte Kelsen et qui le pousse à créer la norme fondamentale. Selon Kant, de même que ce sont les principes de l'entendement qui donnent aux représentations leur valeur objective, ce sont les principes de l'entendement qui donnent aux relations entre représentations leur signification objective car la combinaison des représentations est opérée par l'entendement par le biais de ses principes ou règles. Ces règles ne consistent pas en des représentations, dans notre cas des normes juridiques ou même une norme fondamentale, car cela serait opérer une réification du concept de règle ou un retour à l'empirisme que précisément Kant réfutait. La règle conférant aux représentations leur validité objective est une règle pure, trouvant son origine uniquement dans l'entendement. Quelle est donc cette règle ou ces règles qui permettent de donner des phénomènes une représentation juridique ? Quels sont les traits de la théorie pure du droit si elle est désormais débarrassée de la problématique norme fondamentale ? C'est en répondant à ces questions que nous pourrons tenter une reconstruction d'inspiration kantienne de la théorie kelsenienne du droit, ce qui, nous l'espérons, éclairera la question de la ou des représentations scientifiques possibles des rapports de système européens.

B. Reconstruction de la théorie kelsenienne : *Une reformulation d'inspiration kantienne*

Comme il a précédemment été relevé, l'erreur profonde de Kelsen consiste dans le malentendu suivant : l'unité de la science ne dérive pas de l'unité de son objet mais c'est au contraire l'unité de l'objet qui dérive de l'unité de la science puisque la science constitue ses objets et par là même son objet, en fonction de ses principes tirés de l'entendement, postulat accepté par Kelsen lui-même. Il en résulte que la norme fondamentale n'est en réalité ni une norme ni une exigence logique et encore moins transcendantale. Qu'advient-il alors si l'on supprime la norme fondamentale de la théorie de la connaissance scientifique juridique ? Si l'on redonne à l'unité de la science son primat ? Qu'est-ce donc que la science du droit ?

Celle-ci est-elle possible ? Afin de répondre à ces questions, il convient de procéder à une reconstruction d'inspiration kantienne de la théorie kelsenienne.

Si l'on suit la théorie de la connaissance de Kant, déterminer les caractéristiques de la science juridique consiste à définir les conditions de possibilité de l'expérience, juridique, les lois juridiques auxquelles les phénomènes sont nécessairement soumis⁸⁵³. Ainsi la question qui se pose est la suivante : sous quels principes juridiques doivent être subsumés les phénomènes afin que leur soit octroyée une signification objective ? Nous en dénoterons deux. Le premier, le principe de *Sollen* (formel) (1), se rapporte directement à l'axiome selon lequel toute science constitue ses objets. Le second, le principe d'imputation (2), illustre plus particulièrement l'axiome selon lequel toute science constitue son objet. Tous deux caractérisent la spécificité de la science juridique⁸⁵⁴.

1. Le principe de *Sollen* (formel)

L'un des principes fondamentaux de la théorie kantienne de la connaissance est celui de substance. Il peut être défini comme le principe « *qui fonde toute détermination de l'existence à titre de concept de la chose elle-même* »⁸⁵⁵, « *le permanent comme substrat de tout ce qui change* »⁸⁵⁶. Quel est donc cet invariant dans le cadre de la science du droit ? Tout simplement la qualité de devoir-être en tant que principe scientifique soit le *Sollen*. Selon l'analyse menée dans le chapitre second de la première partie, il est tout simplement possible d'étudier la théorie de la hiérarchie des normes reprise par Kelsen mais inventée par Merkl pour constater que tant le contenu que la forme de la norme peuvent varier⁸⁵⁷. Cependant, la

⁸⁵³ Cf. I. Kant, Prolegomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, *op. cit.*, p. 63 et seq..

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 25 : « *Si l'on veut présenter une connaissance comme science, il faut tout d'abord pouvoir déterminer exactement son caractère distinctif, ce qu'elle n'a de commun avec aucune autre science, et du même coup ce qui lui appartient en propre ; faute de quoi les limites de toutes les sciences se confondent et on ne peut en traiter aucune selon sa nature* ».

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 77.

⁸⁵⁶ I. Kant, Critique de la raison pure, *op. cit.*, p. 243.

⁸⁵⁷ Cf. Par exemple, cité dans le chapitre premier de la partie précédente, A. Merkl, Il duplice volto del diritto, *op.cit.*, p. 3 : « *L'ordre juridique est un complexe de normes juridiques reliées entre elles. L'analyse structurelle identifie en ces normes non seulement une quantité presque inépuisable de contenus juridiques mais aussi une variété, bien que plus limitée, de formes juridiques ou plus exactement de formes normatives. Non seulement chaque norme a un contenu différent de celui de toute autre norme, mais chaque groupe de normes a une forme qui se différencie de celle des autres groupes* », t.d.a., « *L'ordinamento giuridico è un complesso di norme giuridiche tra loro collegate. L'analisi strutturale individua in queste norme non solo una quantità pressoché inesauribili di contenuti giuridici ma anche una varietà, sebbene assai più limitata, di forme giuridiche o meglio di forme di normazione. Non solo ogni singola norma ha un contenuto diverso da quello di ogni altra, ma ogni gruppo di norme ha una forma che si differenzia da quella degli altri gruppi* ».

normativité, elle, reste immuable. Elle est un caractère commun à tout phénomène conçu comme juridique. Les phénomènes sont ainsi représentés par la science du droit en tant que normes par leur subsomption sous le principe de *Sollen*. Il s'agit là d'une condition de possibilité de l'expérience juridique. Le théoricien qui a peut-être le plus clairement exprimé cette idée et montré le jeu de miroir entre le *Sein* et le *Sollen* ou le processus d'interprétation scientifique juridique des phénomènes est Merkl. Comme il a déjà été relevé dans le chapitre second de la première partie : « *les sources ne sont (...) rien d'autre que des coquilles formées par le droit positif dans lesquelles se trouvent encapsulées les normes juridiques que la science du droit a le devoir de connaître, et certainement à chaque type particulier de source correspond une forme normative spécifique. (...) Le système juridique scientifiquement construit par le biais des normes correspond donc, pour ne faire ici qu'une esquisse, au matériel des sources offert par le droit positif.* »⁸⁵⁸. Ainsi, la science juridique constitue ou se représente ses objets sous la forme de normes au moyen de leur subsomption sous le principe de *Sollen*.

Cependant, la question que soulève la consécration de ce principe en tant que caractéristique fondamentale de l'approche scientifique juridique est la suivante : procédons-nous de la sorte à la (con)fusion du droit avec la morale, cette dernière reposant également sur le devoir-être ? La réponse la plus rapide serait simplement de rappeler, comme il a pu déjà être mentionné et à l'instar de Kant, que l'éthique n'est guère une science, rendant ainsi la question dépourvue de fondement⁸⁵⁹. Si l'on ne cède pas à la facilité cependant, deux remarques peuvent être formulées.

Premièrement, si Kelsen a insisté sur la distinction entre le droit et la morale, c'est en raison de la problématique principale qui animait sa recherche : comment définir un fondement de la validité du droit positif qui ne soit pas extra-juridique, notamment divin, afin de distinguer la

⁸⁵⁸ A. Merkl, *op. cit.*, p. 12, t.d.a. : « *le fonti sono cioè null'altro che gusci formati dal diritto positivo, nei quali si trovano incapsulate le norme giuridiche che la scienza del diritto ha il compito di conoscere, e certamente a ciascun tipo particolare di fonte corrisponde una specifica forma di normazione. (...) Il sistema giuridico scientificamente costruito mediante le norme corrisponde pertanto, per far qui solo un accenno, al materiale delle fonti offerto dal diritto positivo.* ».

⁸⁵⁹ Notre démarche se différencie donc ici de celle de Kelsen pour lequel il existe une science des normes morales : l'éthique. Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 65 : « *Mais les normes juridiques ne sont pas les seules normes qui règlent la conduite réciproque des hommes, c'est-à-dire les seules normes sociales ; il en existe d'autres ; la science du droit n'est donc pas la seule discipline qui ait pour objectif la connaissance et l'analyse de normes sociales. On peut grouper l'ensemble des normes sociales autres que juridiques sous la dénomination de morale, et l'on peut nommer éthique la discipline qui entreprend de les connaître et de les analyser* », note en bas de page 1 : « *L'éthique comme la science du droit, est une science de normes, parce qu'elle a pour objet des normes de Sollen en tant que significations, et non les actes réels qui ont pour signification les normes et qui sont unis par le lien de causalité.* ».

théorie pure des théories jusnaturalistes ? Soit, formulé autrement, quelle est la réponse juridique à la question de savoir pourquoi on doit obéir aux prescriptions du droit ? Or, nous avons pu démontrer que la question du fondement de validité comme condition 'logico-transcendantale' de la connaissance scientifique du droit ne se posait tout simplement pas puisque ce n'est pas l'objet de la science qui définit cette dernière mais la science qui définit son objet. De plus, le manque de pertinence de la norme fondamentale devrait peut-être amener les juristes attachés à la pureté du droit à s'interroger sur la question suivante : l'interrogation « pourquoi doit-on obéir du droit ? » est-elle de nature juridique, constitue-t-elle une question que la science du droit peut résoudre ? Il nous semble que l'ensemble de la démonstration précédente ne peut conduire qu'à une seule réponse : non. Ainsi, ce qui constitue peut-être le plus gros défaut de l'approche kelsenienne de la connaissance scientifique juridique est d'avoir fondé toute la théorie pure du droit sur une question 'impure', non pertinente. Cependant, la norme fondamentale, juridique, créée par Kelsen afin de répondre juridiquement à la question « pourquoi doit-on obéir aux prescriptions du droit ? » en raison de son rapprochement fallacieux de la question « *pourquoi une certaine norme est-elle valable, quel est le fondement de sa validité (Geltungsgrund) ?* »⁸⁶⁰, est la marque de l'absence de distinction opérée par cet auteur entre le *Sollen* de la norme juridique et le devoir-être de la règle morale.

En effet, selon Kelsen, toute norme, juridique ou morale, est l'expression d'un *Sollen*. En ce sens, le *Sollen* ne constitue pas une caractéristique spécifique à la science du droit bien qu'il permette de la distinguer des sciences de la nature⁸⁶¹. Entre norme juridique et norme morale, la distinction ne se situe pas au niveau de la norme mais au niveau de sa qualification, juridique ou morale. C'est la raison pour laquelle Kelsen doit alors rechercher la spécificité de la science du droit par rapport à l'éthique dans la distinction entre norme fondamentale juridique et norme fondamentale morale. Il distingue ainsi entre « *deux sortes de principes d'unité pour les systèmes normatifs : le principe statique et le principe dynamique* »⁸⁶². Le premier caractérise le système moral dont la norme fondamentale « *fournit aussi bien le fondement de la validité que le contenu de validité* »⁸⁶³. Le second caractérise le système

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 193.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 83 : « *En posant que le droit est norme, ou, plus exactement, système de normes, ordre normatif, et en limitant la science du droit à la connaissance et description de normes juridiques et des relations fondées par ces normes entre des faits qu'elles règlent, on trace la frontière qui sépare le droit de la nature, et la science du droit, en tant que science normative, de toutes les autres sciences qui visent à la connaissance de relations causales entre processus réels, ou, de fait. Ainsi, et ainsi seulement obtient-on un critérium sûr permettant de séparer sans équivoque société et nature, sciences sociales et sciences de la nature* ».

⁸⁶² *Ibid.*, p. 195.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 195.

juridique dont la norme fondamentale « *ne peut fournir que le fondement de validité des normes reposant sur elle, elle ne peut fournir leur contenu de validité* »⁸⁶⁴. Cependant, au-delà du caractère captieux de la norme fondamentale, que se passerait-il s'il était possible de distinguer directement entre le *Sollen* du droit et le devoir-être de la morale ? C'est précisément cette hypothèse que nous nous proposons d'explorer à travers notre seconde remarque.

Deuxièmement, le principe scientifique juridique à la base de la possibilité de l'expérience juridique n'est pas n'importe quel *Sollen* mais un *Sollen* formel. Qu'entendons-nous par là ? Cette formulation a précisément pour but de différencier le *Sollen*, formel, de la connaissance juridique du devoir-être, matériel, de la morale. En effet, le *Sollen* de la connaissance juridique n'est pas défini sur le plan substantiel. Il ne donne absolument aucune indication quant à son objet ou contenu, lequel constitue un des éléments variables du droit. Le *Sollen* juridique s'analyse donc comme un pur devoir-être, non substantiel mais formel. Au contraire, l'essence du devoir-être de la morale est d'incarner des préceptes qui ne valent comme prescriptions qu'à raison précisément de leur contenu. Ce dernier est intangible, immuable. Il est la caractéristique même de la morale. Comme le précise Merkl, les systèmes juridiques, « *à la différence d'autres ordres – par exemple, un ordre moral éternel ou un ordre religieux – ne sont pas fermés et immuables dans leur contenu, mais capables de changement et de développement* »⁸⁶⁵. Ainsi, notre distinction entre *Sollen* formel et devoir-être matériel s'apparente à la distinction opérée par Kelsen entre principe dynamique et principe statique. Cependant, il nous semble que cette dernière distinction est superflue puisque la différenciation de la science du droit par rapport à la morale peut être opérée directement au niveau du *Sollen* lui-même. En résumé, premièrement, la règle morale portant une obligation d'ordre matériel n'est pas une norme au sens scientifique du terme, elle ne constitue pas la représentation scientifique de phénomènes puisque l'éthique ne constitue guère une science. Deuxièmement et pour les mêmes raisons, l'obligation morale n'est pas l'expression d'un *Sollen*, principe scientifique, mais d'un simple devoir-être. Le principe de *Sollen* (formel) est proprement un principe de l'entendement relatif à la science du droit et uniquement à celle-ci. Il est un élément de sa spécificité.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 196.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 44, t.d.a.: « *a differenza di altri ordinamenti - per esempio, un ordinamento morale eterno o un ordinamento religioso – non sono chiusi e immutabili nel loro contenuto, ma capaci di mutamento e di sviluppo. Questo mutamento e questo sviluppo procedono però secondo regole impiantate nel patrimonio normativo di volta in volta considerato e la cui osservanza è condizione per la comparsa – e, in quanto si tratti di norme, per l'acquisto della validità – di altri atti appartenenti al medesimo ordinamento* ».

Enfin, il convient de préciser que si Kelsen liait la question de la distinction entre le droit et la morale à « *une théorie relativiste des valeurs* »⁸⁶⁶, il nous semble pour notre part qu'un tel jugement, précisément de valeur, n'a pas à être formulé en l'espèce et ne trouve pas sa place dans le cadre de l'énonciation d'une théorie pure du droit. La question du caractère absolu ou relatif de la ou des différents systèmes moraux n'est pas une question que la science du droit a vocation à connaître ou à élucider.

En conclusion, le principe de *Sollen* formel est distinct du devoir-être ou de l'obligation morale matérielle, laquelle ne constitue guère un principe au sens kantien du terme. Ce principe est donc une spécificité de la méthode scientifique juridique⁸⁶⁷. Ainsi, cette dernière constitue ses objets sous la forme de normes, représentations scientifiques provenant de la subsomption de phénomènes sous le principe de *Sollen*. Cependant, un tel principe ne permet pas de déterminer la façon dont la science du droit opère des liens entre ces représentations. Ce rôle incombe à un autre principe spécifique de la connaissance scientifique juridique, lequel se rapporte plus directement à la constitution de son objet : le principe d'imputation.

2. Le principe d'imputation

S'il semble que Kelsen ait commis une erreur en ne retenant pas le *Sollen* comme principe spécifique de la science du droit, il semble également qu'il utilise la notion d'imputation à mauvais escient⁸⁶⁸. Or, puisque Kelsen définit celle-ci par référence au principe de causalité kantien⁸⁶⁹, c'est par rapport à ce dernier qu'il convient d'en opérer la critique.

Selon l'approche scientifique kantienne précédemment exposée, de même que ce sont les principes de l'entendement qui donnent aux représentations leur valeur objective, ce sont les

⁸⁶⁶ H.Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p.74 : « *Le postulat de la séparation du droit et de la morale, et par conséquent du droit et de la justice, formulé sur la base d'une théorie relativiste des valeurs, signifie simplement qu'en déclarant un ordre juridique moral ou immoral, juste ou injuste, on exprime simplement le rapport de l'ordre juridique à l'un des multiples systèmes moraux possibles, et non pas son rapport à la « morale », – qu'il s'agit par conséquent, non pas d'un jugement de valeur absolu, mais d'un jugement de valeur simplement relatif, et que la validité des ordres juridiques positifs est indépendante de leur conformité ou de leur non-conformité à un système moral quel qu'il soit.* ».

⁸⁶⁷ Si l'on voulait prendre d'autres exemples, il pourrait être simplement possible de noter que la sociologie par exemple ne s'intéresse aux règles juridiques qu'en tant que faits ou pratiques sociales. Le principe de *Sollen* formel ne lui est donc d'aucune utilité.

⁸⁶⁸ Selon une évolution graduelle jusqu'à sa théorie pure du droit.

⁸⁶⁹ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 83 *et seq.* ; également, H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1926, vol. IV, n° 14, p. 230, spéc. p. 243.

principes de l'entendement qui donnent aux relations entre représentations leur signification objective car la combinaison des représentations est opérée par l'entendement par le biais de ses principes. Or, la règle de causalité constitue l'un d'entre eux en ce qui concerne la science de la nature. Ainsi, « [l]e rapport des phénomènes (...) d'après le conséquent (...) est déterminé dans le temps, quant à son existence, nécessairement et selon une règle par quelque antécédent, par conséquent, le rapport de la cause à l'effet est donc la condition de la validité objective de nos jugements empiriques, relativement à la série des perceptions, et par conséquent, il est la condition (...) de l'expérience. »⁸⁷⁰. La question qui se pose est donc la suivante : l'imputation telle que définie par Kelsen a-t-elle pour vocation, à l'instar du principe kantien de causalité, de conférer une validité objective aux représentations juridiques, c'est-à-dire aux normes, en les liant nécessairement ? C'est en effet cette caractéristique qui confère à tout concept son statut de principe de l'entendement, de condition de possibilité de l'expérience. Il ne semble pas cependant que l'imputation joue un tel rôle dans la théorie du droit kelsenienne. C'est un autre parallèle que Kelsen établit entre causalité et imputation. Selon cet auteur, certainement influencé dans sa démarche par Jellinek⁸⁷¹, si la règle de causalité, dans le cadre de la science de la nature, établit une relation nécessaire entre cause et conséquence, l'imputation, dans le cadre de la science juridique, établit un lien nécessaire entre condition et conséquence. Cependant, s'agit-il du même type de nécessité ? L'imputation liant condition et conséquence est-elle nécessaire au sens scientifique du terme, en tant que condition de possibilité de l'expérience ? Selon Kelsen, « [s]i l'on conçoit le droit comme un ordre de contrainte, c'est-à-dire comme un ordre qui institue des actes de contrainte, alors les propositions de droit qui en décrivent les normes apparaissent comme des assertions aux termes desquelles quand des conditions, déterminées, c'est-à-dire fixées par l'ordre juridique, sont données, un certain acte de contrainte également défini par l'ordre juridique doit être accompli. »⁸⁷². En résumé, si « [l]e principe de causalité déclare que si A

⁸⁷⁰ Ibid., p. 241.

⁸⁷¹ Cf. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 27 : « Titre IV. Science des rapports de causalité. – Science des « normes » ou règles impératives », évoquant « la distinction fondamentale entre le concept de causalité et le concept de la règle impérative, de la « norme » ». « Il y a deux sortes de règles ou de lois. Les unes constatent des rapports de causalité entre différentes manifestations, les autres contiennent simplement une prescription impérative (...). Il y a donc des règles qui expriment ce qui est et d'autres qui ordonnent que quelque chose soit. Cette seconde catégorie de règles sont les règles impératives, ou « normes ». ». Cf. Egalement, *ibid.*, p. 28 : « La science du droit ne se propose pas d'étudier des rapports de causalité ; les règles qu'elle examine n'ont rien de commun avec les lois naturelles : ce sont des normes. ».

⁸⁷² Ibid., p. 117. Dans le même sens, cf. *Ibid.*, p. 113 : « Mais il faut avant tout observer que ce sont deux autres faits qu'un l'un à l'autre l'imputation juridique : non pas l'acte créateur de droit, et la conduite conforme au droit, mais le fait que l'ordre juridique érige en condition et le fait qu'il érige en conséquence. L'imputation est un principe organisateur de la pensée humaine, tout de même que la causalité, et elle est par suite aussi peu ou

est, B est (ou sera) », « [l]e principe d'imputation déclare que si A est, B doit être (soll sein) »⁸⁷³. « Si l'on considère que l'acte qui établit la relation de condition à conséquence dans une loi morale ou dans une loi juridique a pour sens spécifique une norme, on pourra qualifier cette relation de normative – par opposition aux relations causales. « Imputation » désigne une relation normative. C'est cette relation – et rien d'autre – qu'exprime le terme Sollen lorsqu'il est utilisé dans une loi morale ou dans une loi juridique. »⁸⁷⁴. Une telle définition de l'imputation est problématique sur le plan scientifique à plusieurs égards.

Tout d'abord, peut être sujet à contention le postulat – dont la définition est empruntée à Jellinek⁸⁷⁵ – selon lequel le droit est un ordre de contrainte et sur lequel repose l'imputation. En effet, le droit est ainsi rattaché à la notion de sanction⁸⁷⁶, conséquence dans le rapport d'imputation, posant la délicate question de savoir si une règle ne prévoyant pas de sanction peut néanmoins être considérée comme une norme.

Ensuite et surtout, la définition même donnée par Kelsen de l'imputation, expression d'une relation normative, d'un '*Sollen*', empêche de la considérer comme l'équivalent fonctionnel du principe de causalité, et ceci pour deux raisons.

Premièrement, si l'imputation est l'expression d'une relation normative, elle correspond à la proposition de droit « *par laquelle nous exprimons la connexion établie par la norme juridique entre ces données de fait constituées en condition d'une part, conséquence d'autre part, par la copule « devoir » (...)* Ce Sollen exprime uniquement le sens spécifique dans lequel les deux faits sont unis l'un à l'autre par une norme juridique, c'est-à-dire dans une

tout autant une illusion, une mystification ou une idéologie que l'est celle-ci, qui n'est, elle aussi, pour parler avec Hume ou avec Kant, qu'une habitude de pensée ou une catégorie de pensée. ».

⁸⁷³ Ibid., p. 98.

⁸⁷⁴ Ibid..

⁸⁷⁵ Cf. G. Jellinek, *op. cit.*, p. 292 et seq., p. 347 : C'est « *l'imperium, la puissance de domination ou de contrainte (...)* qui indique le point où aux volontés individuelles s'oppose une volonté qui prétend les déterminer, et si c'est nécessaire les faire céder et même les anéantir. C'est donc l'existence d'une puissance de contrainte qui soulève nécessairement la question : pourquoi l'individu est-il obligé d'accepter cette puissance ? » ; p. 503 et seq. : « *Tout le monde est d'accord sur un point : c'est que le droit consiste dans une série de prescriptions réglant la conduite humaine. (...) Mais pour que la règle juridique possède ce caractère obligatoire, il faut encore que son influence psychologique soit garantie (...). Les civilistes, comme avant eux les théoriciens du droit naturel, ont, jusqu'à aujourd'hui, considéré la contrainte comme garantie unique de l'efficacité de la règle juridique, et aussi, par conséquent, comme caractéristique essentielle du droit* ». Cette citation démontre qu'en réalité la contrainte a pour but d'assurer l'efficacité du droit. Il est donc problématique de la retrouver comme caractéristique essentielle du droit dans une théorie pure ou scientifique distinguant nettement le *Sollen* du *Sein*. Cependant, ce serait faire tort à la finesse d'esprit de Jellinek que de s'arrêter ici. En effet, selon cet auteur, et afin que le droit ne soit pas défini uniquement à travers sa sanction : « *C'est donc moins dans la contrainte que dans la garantie dont la contrainte est une forme particulière, que se trouve le caractère essentiel de l'idée du droit. Les normes juridiques ne sont point des normes de contrainte, mais des normes garanties.* », *ibid.*, p. 508.

⁸⁷⁶ Sur la question, cf. H. Keksen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 117 et seq..

norme juridique »⁸⁷⁷. Par conséquent, contrairement au principe de causalité, l'imputation ne concerne pas la relation nécessaire entre représentations scientifiques, soit en l'espèce entre normes, mais une relation 'nécessaire' à l'intérieur d'une norme. Il est donc difficile de lui reconnaître le statut de principe scientifique analogue à celui de causalité.

Deuxièmement, si l'imputation est l'expression d'un '*Sollen*', cela signifie qu'elle partage les mêmes défauts que le '*Sollen*' tel que défini par Kelsen. Ainsi, elle joue tant en ce qui concerne le droit que la morale⁸⁷⁸, raison pour laquelle, comme il a précédemment été observé, Kelsen recourt à la distinction entre principe statique, caractérisant la norme fondamentale toute en substance du système moral, et principe dynamique, caractérisant la norme fondamentale purement formelle du système juridique. C'est donc précisément sur cette norme fondamentale formelle spécifiquement juridique que Kelsen fait reposer la validité objective des normes. Cela signifie donc que c'est elle qui incarne l'équivalent fonctionnel du principe kantien de causalité et non l'imputation. Or, comme il a précédemment été démontré, la norme fondamentale ne peut guère prétendre au statut de principe scientifique. Cela signifie donc que la théorie kelsenienne se trouve dépourvue non seulement de principe permettant la traduction des phénomènes en représentations scientifiques mais encore de principe de liaison des représentations scientifiques entre elles. Nous avons pu néanmoins identifier un premier principe, le *Sollen*, permettant la représentation scientifique objective des phénomènes sous la forme de normes. Cependant, nous n'avons guère identifié jusqu'à présent de principe permettant de classer ou regrouper les normes en système(s), d'ordonner ces représentations juridiques entre elles. Se pourrait-il que l'imputation, adéquatement redéfinie, constitue un tel principe de classification des normes ou de mise en rapport des représentations scientifiques juridiques ?

Afin de résoudre cette question, reprenons la définition kantienne du principe de causalité. « [C]omment en général quelque chose peut-il être changé ; comment est-il possible qu'à un état, en un point du temps, puisse succéder en un autre point, un état opposé, c'est ce dont nous n'avons pas a priori la moindre notion. Il est besoin pour cela de la connaissance des

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 86.

⁸⁷⁸ Sont révélatrices à cet égard les illustrations choisies par Kelsen, cf. *Ibid.*, p. 98 : « Comme exemple d'application du principe d'imputation dans le domaine des sciences sociales normatives, on pensera soit à des propositions morales, soit à des propositions juridiques : « Si quelqu'un t'a fait du bien, tu dois lui prouver ta reconnaissance » ; « si quelqu'un a commis un péché, il doit expier » – ce sont là des propositions de l'éthique, des lois morales, qui présentent des normes positives, qui ont été posées par les commandements d'un chef religieux ou par la coutume. « Si quelqu'un a commis un crime, il doit être puni » ; « si quelqu'un ne paie pas sa dette, il doit être procédé à exécution forcée sur son patrimoine » – ce sont là des lois juridiques, qui décrivent des normes positives qui ont été posées par un législateur ou par la coutume. ».

forces réelles, qui ne peut être donnée qu'empiriquement, par exemple des forces motrices, ou, ce qui revient au même, de certains phénomènes successifs (comme mouvements) qui indiquent de telles forces. Mais la forme de tout changement, la condition sous laquelle seulement, comme naissance d'un autre état, il peut s'opérer (quel qu'en soit d'ailleurs le contenu, c'est-à-dire l'état qui est changé), par conséquent la succession des états mêmes (ce qui arrive), peut toujours être considéré a priori suivant la loi de causalité »⁸⁷⁹ ; « c'est seulement du fait qu'un certain ordre dans le rapport temporel de nos représentations est nécessaire, que leur est impartie une signification objective »⁸⁸⁰. Il ressort de cette citation que le principe de causalité ne concerne non pas le contenu, variable, mais la forme ou structure, invariable, du changement. C'est ainsi en s'attachant à cette caractéristique invariable que le principe de causalité confère au rapport qu'il établit entre les phénomènes représentés sous la forme de causes et de conséquences sa signification scientifique objective. Quel parallèle établir avec les représentations juridiques, les normes ? C'est une question à laquelle nous avons en réalité déjà eu l'occasion de répondre de façon indirecte dans le chapitre second de la partie précédente à travers l'analyse du rapport structurel de production des normes. C'est la raison pour laquelle nous laisserons Adolf Merkl, le premier à avoir établi l'existence d'un tel rapport, le soin de le décrire : « *Appelons normes juridiques déterminantes (bedingende Rechtssätze) les normes juridiques qui délimitent la forme et le contenu d'autres normes juridiques de sorte que ces normes dérivées ne peuvent et ne doivent pas être produites d'une manière différente de celle définie et par conséquent présupposent*

⁸⁷⁹ I. Kant, *Critique de la raison pure*, op. cit., pp. 244-245.

⁸⁸⁰ Pour un complément d'explication, cf. I. Kant, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 238 et seq. : « dès que je perçois ou que je présuppose qu'il y a dans cette succession une relation à un état précédent, d'où la représentation suit d'après une règle, alors quelque chose se présente comme événement ou comme quelque chose qui arrive, c'est-à-dire que je connais un objet, que je dois poser dans le temps à une certaine place déterminée, qui, d'après l'état précédent, ne peut lui être impartie autrement. Quand donc je perçois que quelque chose arrive, cette représentation implique d'abord que quelque chose précède, puisque c'est précisément en relation à cet antécédent que le phénomène reçoit son rapport dans le temps, c'est-à-dire existe par rapport à un temps précédent, dans lequel il n'était pas. Mais il ne peut recevoir sa place déterminée dans le temps en ce rapport, que parce que dans l'état précédent quelque chose est supposé, qu'il suit toujours, c'est-à-dire selon une règle ; d'où il résulte en premier lieu que je ne puis renverser la série, et placer ce qui arrive avant ce qu'il suit ; deuxièmement, que, si l'état qui précède est posé, cet événement déterminé suit inévitablement et nécessairement. C'est ainsi qu'advient parmi nos représentations un ordre, où le présent (en tant qu'il est advenu), renvoie à quelque état précédent, comme à un corrélat, encore indéterminé, il est vrai, de cet événement qui est donné, corrélat qui se rapporte, en une fonction déterminante, à cet événement, comme à sa conséquence, et le lie nécessairement à lui dans la série du temps. Si donc c'est une loi nécessaire de notre sensibilité, par conséquent une condition formelle de toutes les perceptions, que le temps antérieur détermine nécessairement celui qui suit (puisque je ne puis parvenir à celui qui suit que par celui qui précède), c'est aussi une loi indispensable de la représentation empirique de la série du temps, que les phénomènes du temps passé déterminent toute existence dans le temps suivant, et que ces derniers phénomènes n'ont lieu, comme événements, qu'autant que les premiers déterminent leur existence dans le temps, c'est-à-dire les fixent d'après une règle. En effet, nous ne pouvons connaître empiriquement cette continuité dans l'enchaînement des temps que dans les phénomènes. ».

dans tous les cas l'existence de ces autres normes (déterminantes) et leur doivent leur propre validité ; appelons normes juridiques déterminées (*bedingte Rechtssätze*) les normes auxquelles les normes déterminantes servent de fondement de validité (...) entre les normes juridiques ainsi reliées il existe une priorité ou une postériorité non seulement temporelle mais, en particulier, également logique. Dans la mesure où une norme ne peut pas être conçue sans une autre qui la précède et à qui elle doit donc sa validité, cette dernière peut être considérée comme supérieure et celle qui en dépend inférieure, ou bien pour le dire comme Bierling, l'une est super-ordonnée et l'autre subordonnée. (...) La série des normes déterminantes et des normes déterminées se présente donc comme une succession de grades ou, pour utiliser une image, comme une hiérarchie d'actes »⁸⁸¹. Par conséquent, si la succession des événements est une question temporelle, la succession des normes est une question de logique⁸⁸². Si les événements sont des états variables dans le temps, le contenu et la forme des normes constituent des états variables de la norme. Les conditions de validité tant formelles que matérielles des normes ne peuvent donc servir à la définition du principe scientifique *a priori* de liaison des représentations juridiques. Par contre, le rapport structurel entre normes déterminantes et normes déterminées est quant à lui invariable. En conséquence, le principe d'imputation, s'il est à la science du droit ce que le principe kantien de causalité est à la science de la nature, incarne le lien nécessaire des normes juridiques déterminées aux normes juridiques déterminantes. C'est lui qui donne à ce rapport soit à un système de normes sa validité objective.

Ainsi, la spécificité de la science juridique est définie par ces deux principes : le principe de *Sollen*, lequel permet la représentation scientifique juridique des phénomènes sous la forme de normes ou objets de la science du droit, et le principe d'imputation, lequel permet la représentation scientifique juridique des combinaisons possibles des normes sous la forme de systèmes incarnant l'objet de la science du droit. Par conséquent, si le principe de *Sollen*

⁸⁸¹ A.Merkl, *op.cit.*, pp. 37-38, t.d.a. : « Chiamamo norme giuridiche determinanti (*bedingende Rechtssätze*) quelle norme giuridiche che delineano la forma e il contenuto di altre norme giuridiche sicché queste norme derivate non possano e non debbano venire in essere in maniera diversa da quella delineata e quindi presuppongano in ogni caso l'esistenza di quelle altre norme e debbano ad esse la propria validità ; e chiamamo norme giuridiche determinate (*bedingte Rechtssätze*) le norme alle quali esse servono come fondamento di validità. (...) Tra le norme giuridiche in tal modo concatenate non esiste soltanto una priorità o posteriorità temporale ma, in particolare, anche logica. In quanto una norma non può essere concepita senza un'altra che la preceda e deve quindi ad essa la sua validità, quest'ultima può essere considerata superiore e quella che da essa dipende inferiore oppure, per dirla con Bierling, l'una sovraordinata e l'altra subordinata.(...) La serie delle norme determinanti e determinate si presenta quindi come una sequela di gradi o, per dirla con un'immagine, come una gerarchia di atti. ».

⁸⁸² Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p.92.

confère aux normes leur validité objective, c'est le principe d'imputation qui confère aux systèmes juridiques la leur. Ils constituent ensemble les conditions de possibilité de toute expérience proprement juridique, permettant précisément la représentation scientifique d'une telle expérience. En conclusion, l'obstacle épistémologique de la norme fondamentale ayant été levé, rien n'empêche sur le plan épistémologique l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques positifs dotés d'une autonomie primaire soit l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques souverains. Contrairement à ce que Kelsen affirmait en son temps, il n'existe pas de 'supériorité scientifique' de la théorie moniste par rapport à la théorie dualiste. Il convient donc de déterminer qui des Etats membres et/ou de l'Union européenne constitue(nt) un (des) système(s) juridique(s) souverain(s) ? Quelle(s) représentation(s) scientifique(s) des rapports de système européens permet(tent) d'expliquer la contrariété existant entre approches rhétoriques nationales et européenne ?

§2. Représentations possibles des rapports de système européens

Si l'objet de la science du droit est le système juridique, sa configuration dépend en premier lieu, d'après une conception kantienne de la connaissance scientifique, de la subsumption des phénomènes sous les principes de *Sollen* et d'imputation par le chercheur. C'est ainsi selon cette méthode que ce dernier est capable de définir l'existence d'un ou de plusieurs systèmes juridiques et leurs relations entre eux. A cet égard, nous avons précédemment établi qu'il pouvait exister sur le plan théorique deux types de systèmes. Le premier consiste en un système juridique doté d'une autonomie primaire c'est-à-dire jouissant du fondement de sa validité et possédant le principe de son interaction avec tout autre système juridique, le second et *a contrario* un système juridique doté d'une autonomie secondaire c'est-à-dire subordonné de façon ultime à un système juridique pourvu quant à lui d'une autonomie primaire. Ainsi la question de la ou des représentations possibles des rapports de système européens repose sur la définition du type d'autonomie dont jouissent les Etats membres et l'Union européenne. Or, une telle définition dépend de la théorie des rapports de système jugée adéquate en l'espèce par le chercheur (A). Ce n'est donc qu'à partir de celle-ci qu'il sera possible de déterminer la nature des rapports de système européens (B).

A. Théorie adéquate des rapports de système

La sélection de la théorie à même de capturer de la façon la plus pertinente possible les rapports se jouant entre droit de l'Union européenne et droit des Etats membres dépend en ultime instance du choix du chercheur et repose sur son interprétation des phénomènes observés, de la façon dont il les subsume sous les principes de la connaissance scientifique juridique. Or, nous avons identifié l'existence de deux théories relatives aux rapports entre un droit d'origine conventionnelle et les Etats contractants : le monisme impliquant l'existence d'un unique système juridique doté d'une autonomie primaire et le dualisme prônant celle d'une pluralité de systèmes dotés d'une telle autonomie. Il a par ailleurs été possible de démontrer que, même si rien ne s'opposait à son utilisation, l'adoption de la théorie moniste ne constituait guère une nécessité d'ordre épistémologique, levant ainsi précisément tout obstacle épistémologique à l'adoption de la théorie dualiste. L'interrogation qui surgit est donc la suivante : est-il possible de choisir en l'espèce entre ces théories ou cette question constitue-t-elle un véritable nœud gordien (1) ? Il nous semble en réalité que ces théories présentent toutes deux des limites, qu'il conviendra d'exposer, quant à leur utilité, raison pour laquelle il a été impossible jusqu'à présent de formuler une conceptualisation adéquate des rapports Etats membres / Union européenne. La clef de l'énigme se trouve donc dans une théorie tirant les leçons à la fois des avantages et des faiblesses du dualisme et du monisme, une théorie pluraliste (2) qu'il nous appartiendra de définir.

1. Monisme *versus* dualisme : un nœud gordien ?

L'enjeu du choix entre théorie moniste et théorie dualiste repose sur le constat selon lequel une théorie (juridique) n'est ni vraie, ni fautive puisque, comme il a précédemment été démontré, la question de la corrélation entre l'objet et sa représentation par le chercheur, au fondement de la connaissance scientifique, ne concerne pas l'objet en soi mais simplement la perception de cet objet par le chercheur c'est-à-dire le phénomène. Une théorie est donc tout simplement plus ou moins utile⁸⁸³ en raison de son caractère explicatif⁸⁸⁴, de la cohérence logique ou du caractère systématique avec lequel elle fait sens de différentes représentations

⁸⁸³ Cf. R. Guastini, « Metateoria degli atteggiamenti normativi », in *M.P.S.C.G.*, vol. 12, 1982, pp. 174-175, cité in G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 1 : « Dans le domaine de la science, le principe d'utilité est souverain. ».

⁸⁸⁴ Cf. Notamment H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 293, faisant dépendre la « valeur de la théorie » en question de sa « force explicative ».

juridiques. C'est en fonction de ce critère qu'il convient d'évaluer le caractère adéquat des théories existantes : le monisme et le dualisme.

Or, le nœud du problème de théorisation auquel est confronté tout chercheur tentant de conceptualiser les rapports entre droit de l'Union européenne et droit des Etats membres réside selon nous dans la similitude existant entre interprétation desdits rapports par les acteurs des systèmes juridiques en jeu à des fins rhétoriques : approches monistes et dualiste et théories scientifiques existantes relatives aux rapports intersystémiques : monisme et dualisme. En effet, les juridictions nationales et européenne justifient leurs positions respectives en ce qui concerne le principe de primauté par référence à une conception des rapports Union européenne / Etats membres d'inspiration soit moniste – l'Union européenne et les Etats membres ne forment qu'un seul système juridique caractérisé par le primat du droit de l'Union européenne (approche de la Cour de justice justifiant l'adoption d'un principe de primauté hiérarchique absolue du droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres) ou par le primat du droit des Etats membres (approche des juridictions nationales françaises notamment justifiant l'adoption d'un principe de primauté relative du droit de l'Union européenne dans la hiérarchie des normes internes) – soit dualiste – l'Union européenne et les Etats membres constituent des systèmes juridiques distincts entre lesquels ne peut donc jouer qu'un rapport d'application des normes d'un ordre à l'autre (approche des juridictions nationales italiennes notamment justifiant l'adoption d'un principe de primauté d'application relative du droit de l'Union européenne par rapport au droit national). Or, confondre l'utilisation rhétorique des théories existantes par les juridictions nationales et européenne, laquelle ressort de l'ordre de l'expérience et de l'argumentation, et ces théories elles-mêmes, lesquelles ressortent de l'ordre de la science et de la connaissance, non seulement s'avère méthodologiquement impropre, mais encore recèle un inconvénient pratique majeur puisqu'il devient dès lors impossible de faire sens sur le plan scientifique de la relation de contrariété se jouant entre les différentes approches en présence. En outre, si différentes juridictions appartenant à différents systèmes juridiques peuvent choisir d'avoir recours à des théories s'avérant antagoniques tel n'est pas le cas du chercheur qui, face à une seule et même question : celle des rapports entre droit de l'Union européenne et droit des Etats membres, ne peut faire usage en même temps de théories antithétiques. Il est par exemple impossible sur le plan scientifique de prétendre dans le même mouvement que le monisme impliquant une relation hiérarchique entre les systèmes juridiques considérés et le dualisme impliquant une relation hétérarchique entre lesdits systèmes constituent des théories adéquates afin de décrire un seul et même rapport. Le chercheur se doit de choisir. Cependant,

comment le peut-il si un tel choix s'avère vicié méthodologiquement par l'amalgame opéré entre théorie scientifique et approche rhétorique ?

En effet, si l'on commence par analyser l'adéquation entre théorie moniste et approches juridictionnelles des rapports entre systèmes juridiques de l'Union européenne et des Etats membres, on s'aperçoit que l'avantage de la théorie moniste est de permettre de retranscrire avec acuité l'approche de certaines juridictions nationales ou européenne. Ainsi, la théorie moniste avec primauté du droit de l'Union européenne semble correspondre à l'approche adoptée par la Cour de justice. La théorie moniste avec primauté du droit national quant à elle permet de retranscrire de manière assez heureuse l'approche des juridictions françaises notamment – à une exception près cependant en raison du fondement uni-stato-centré de cette théorie. En effet, selon cette dernière, si les systèmes juridiques en présence s'emboîtent les uns dans les autres telles des poupées russes, cela signifie qu'il ne peut y avoir qu'un seul système juridique national suprême, tous les autres systèmes juridiques nationaux trouvant leur fondement de validité dans ledit système, premier⁸⁸⁵. Une telle conception trouve sa justification dans le postulat scientifique erroné selon lequel l'unité-unicité du système juridique est nécessaire à l'unité, à la possibilité même d'une science proprement juridique, soit dans l'idée selon laquelle il ne peut y avoir qu'un seul système juridique souverain ; il ne peut en exister plusieurs⁸⁸⁶. Or, nous avons précédemment pu établir l'absence de corrélation entre unité de la science et unicité du système juridique et consécutivement la possibilité d'une pluralité de systèmes juridiques dotés d'une autonomie de type primaire, de la souveraineté. De surcroît, aucun système juridique national ne s'aventurerait à proclamer sa supériorité par rapport aux autres Etats membres. On ne trouve dans la jurisprudence des juridictions françaises par exemple aucune trace d'une telle affirmation. Cette dernière serait par ailleurs en contradiction avec le principe fondamental du droit international d'égalité

⁸⁸⁵ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 329-330 : « En vertu du droit international, qui est un de ses éléments constitutifs, l'ordre étatique qui forme le point de départ de la construction devient un ordre juridique universel, qui délègue tous les autres ordres étatiques et qui les englobe en lui-même ».

⁸⁸⁶ Cf. En ce sens, H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », op. cit., p. 296 : « La tendance à l'unité, inhérente à toute connaissance, donc à la science juridique, triomphe finalement, dans la théorie de la primauté de l'ordre étatique, de la multiplicité apparente et première des ordres juridiques ou des Etats, par l'extension de l'ordre juridique national aux autres ordres, qui sont ainsi constitués, formellement sinon matériellement, en un ordre universel. Tel est sans conteste le but de toute théorie juridique et même de la science du droit : constituer un ordre universel, qui groupe en un système unique toutes les règles du droit positif. Aussi la théorie de la primauté de l'ordre étatique est-elle véritablement une hypothèse juridique. Elle part de l'idée et elle aboutit à l'idée qu'il n'existe qu'un seul Etat ; c'est que – comme toute théorie juridique – elle ne peut en fin de compte reconnaître, c'est-à-dire connaître qu'un seul et unique ordre juridique. – Elle montre de plus qu'il ne peut y avoir plus d'un Etat souverain, que si la caractéristique de l'Etat est sa souveraineté, il ne peut exister plusieurs ordres étatiques coordonnés, égaux en droit, et elle découvre par là le sens véritable et logique de la notion de souveraineté de l'Etat, à savoir l'unité et l'unicité nécessaires de l'ordre juridique ainsi dénommé. Du reste, il n'y a pas là un trait propre au droit ni à la science juridique : tout système prétend à être seul valable, dans son unité. ».

souveraine des Etats⁸⁸⁷ à la base même de la « *faculté de contracter des engagements internationaux* »⁸⁸⁸, traités européens inclus. Ainsi, en réalité, afin d'appliquer cette théorie au cas de l'espèce, il conviendrait, en sus de la dépouiller de sa norme fondamentale, d'en exacerber le caractère parcellaire puisque le monisme avec primauté du droit national se cantonnerait à la description de la relation se jouant entre système juridique national et système juridique international depuis le seul point de vue du système juridique national considéré.

Plus généralement, la théorie moniste revêt un inconvénient majeur : elle oblige le scientifique soit à prendre parti entre monisme avec primauté du droit de l'Union européenne et monisme avec primauté du droit national soit à ne pouvoir représenter simultanément la position des différents systèmes juridiques en présence⁸⁸⁹. Opter pour une configuration moniste revient à accepter le caractère nécessairement partiel voire partial de la représentation donnée des rapports de système européens. En effet, premièrement, choisir une représentation moniste, c'est ne pas rendre compte ou déformer la position des systèmes juridiques nationaux telle l'Italie ayant adopté une approche dualiste des rapports droit national / droit de l'Union européenne. Deuxièmement, adopter une représentation moniste avec primauté du droit de l'Union européenne, c'est passer sous silence l'approche moniste avec primauté du droit national adoptée par certains Etats membres telle la France en sus de l'approche dualiste adoptée par d'autres Etats membres telle l'Italie. Troisièmement, adopter une représentation moniste avec primauté du droit national, c'est donner une image scientifique des rapports droit de l'Union européenne / droits nationaux qui ne reflète guère l'approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne adoptée par la Cour de justice ni l'approche dualiste adoptée par certaines juridictions nationales. Ainsi, sous cet angle, l'équation entre la théorie moniste, quelle que soit la variante retenue, et l'expérience juridique à la fois des systèmes juridiques nationaux et du système juridique européen ne semble guère être parfaite. Plus encore, au lieu de donner un sens à l'antagonisme qui oppose les approches nationales et européenne, elle ne fait qu'en nier l'existence, prêtant ainsi aisément le flanc à la critique. De

⁸⁸⁷ Cf. En ce sens, article 2, paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies. Pour une définition, cf. P. Daillier, A. Pellet, Nguyen Quoc D., *op. cit.*, p. 425 : « *tous les Etats ont les mêmes droits et obligations internationaux* ». Cf. Egalement, la position des professeurs Combacau et Sur, selon lesquels : « *La souveraineté comporte comme corollaire immédiat l'égalité des Etats, qu'elle implique nécessairement : si la souveraineté est un élément de leur statut, elle leur est à tous reconnue ; et si tous sont souverains, aucun ne peut être le sujet (l'assujéti) d'un autre ; souverainement égaux, ou également souverains, les Etats sont mutuellement dans une situation de parité légale* ». J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, p. 235.

⁸⁸⁸ C.P.J.I., arrêt, 17 août 1923, Affaire du vapeur *Wimbledon*, (France c. Allemagne), série A, n° 1, *Rec.* p. 25.

⁸⁸⁹ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 333 : « *La science du droit ne peut qu'exposer les deux conceptions et établir que lorsque l'on veut définir le rapport entre droit international et droit étatique, il faut nécessairement accepter soit l'un, soit l'autre des deux systèmes de référence* ».

surcroît, même s'il existe une autre alternative précédemment rappelée, son utilité semble des plus limitées. En effet, il serait tout simplement possible, à l'image de Kelsen⁸⁹⁰, de ne pas trancher entre monisme avec primauté du droit de l'Union européenne et monisme avec primauté du droit national et d'admettre que les deux représentations sont également possibles. Une telle solution aurait au moins l'avantage de faire état de l'existence de ces deux possibilités et de leur reconnaître un égal crédit sur le plan scientifique. Cependant, il s'agirait ici d'un piètre avantage car cela ne résoudrait pas le problème de la nature des rapports entre système juridique de l'Union européenne et systèmes juridiques des Etats membres à moins d'admettre le caractère insoluble de cette question. Néanmoins, en ce cas, il serait possible de conclure que règle européenne et règles nationales de primauté ne sont pas les variantes d'une même règle mais tout simplement des règles distinctes émanant de cadres herméneutiques antagoniques.

De façon ultime cependant, une telle conclusion dépend de l'existence ou non d'une théorie alternative capable de fournir une représentation plus adéquate des rapports de système. La seule conclusion intermédiaire qu'il est possible de formuler à ce stade est que cette théorie, même expurgée de la norme fondamentale, ne semble pas être à même de représenter de manière parfaite les rapports de système européens telle qu'elle vient d'être appliquée au cas de l'espèce.

L'alternative qui vient alors à l'esprit consiste bien évidemment en la théorie dualiste. Cependant, on se retrouve ici dans la même impasse. En effet, celle-ci prône, contrairement à la théorie moniste, l'existence d'une relation hétérarchique entre systèmes juridiques nationaux et système juridique international, appliquée par analogie aux relations entre systèmes juridiques nationaux et européen en raison de la nature conventionnelle du droit de l'Union européenne. Or, cette théorie ne paraît correspondre qu'à la position des systèmes juridiques nationaux ayant précisément retenu une approche dualiste de leur relation au droit de l'Union européenne. Si l'on procède à l'amalgame entre théorie scientifique et approche rhétorique, la théorie dualiste ne semble pas retranscrire à la fois l'approche moniste avec primauté du droit national adoptée par certaines juridictions internes et l'approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne retenue par la Cour de justice. Il convient de préciser que, dans ce dernier cas, le défaut d'adéquation ne provient pas uniquement de la contradiction existant entre relation hiérarchique caractérisant une approche moniste et

⁸⁹⁰ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 322.

relation hétérarchique caractérisant une approche dualiste. Il trouve également sa source dans une autre caractéristique de la théorie dualiste provenant probablement de l'influence de la théorie moniste de Kelsen sur la théorie dualiste d'Anzilotti. En effet, si Kelsen propose deux alternatives : la première, le primat du droit international ayant pour base « *la norme fondamentale hypothétique qui institue la coutume des Etats comme fait créateur de droit* »⁸⁹¹, la seconde, le primat du droit national ayant pour base « *la norme fondamentale hypothétique qui attribue à l'établissement de la Constitution historiquement première de l'Etat, dont l'ordre constitue le point de départ de la construction, la qualité de fait de création du droit* »⁸⁹², Anzilotti pour sa part considère que ces deux hypothèses ne sont guère alternatives mais coexistent simultanément. Le droit national trouve son fondement dans sa propre norme fondamentale, « *la norme constitutionnelle qui impose d'obéir aux ordres du Souverain ou du Parlement* »⁸⁹³ alors que le droit international possède lui-même sa propre norme fondamentale, le principe *pacta sunt servanda*⁸⁹⁴. Selon cet auteur, ce qui distingue le droit international du droit national, c'est la différence qui existe entre ces deux types de normes fondamentales. Il s'agit selon nous de la raison fondamentale pour laquelle Anzilotti appelle sa théorie une théorie dualiste et non une théorie pluraliste⁸⁹⁵ des rapports de système. Elle se pose historiquement en contraste avec la théorie moniste avec primat du droit national réduisant le droit international à un simple droit public externe de l'Etat considéré⁸⁹⁶. Cependant, ce faisant, Anzilotti est victime de la même erreur que Kelsen. En effet, s'il affirme l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques étatiques, entités autonomes et coordonnées, fondement même du dualisme, la volonté individuelle des Etats ne pouvant être confondue avec leur volonté collective sur le plan factuel⁸⁹⁷, cet auteur n'applique guère ce raisonnement en ce qui concerne le droit international, un et unique. S'il opère une distinction

⁸⁹¹ H. Kelsen, Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ D. Anzilotti, Cours de droit international, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Cf. A ce sujet, la critique de Kelsen in Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 318, se référant à « *la conception traditionnelle qui voudrait voir dans le droit international et le droit étatique deux systèmes de normes indépendants l'un de l'autre, isolés l'un par rapport à l'autre, pour la raison qu'ils reposeraient sur deux normes fondamentales différentes* » et précisant que « *cette conception dualiste – c'est le nom sous laquelle elle est connue – si l'on tient compte de la pluralité des ordres étatiques, il serait plus exact de la qualifier de 'pluraliste'* ».

⁸⁹⁶ Cf. Par exemple, D. Anzilotti, Scritti di diritto internazionale pubblico, *op. cit.*, p. 319.

⁸⁹⁷ Il s'agit d'une précision importante puisque si, en 1902, dans un ouvrage relatif à la théorie générale de la responsabilité de l'Etat en droit international (dont la première partie est reproduite in Scritti di diritto internazionale pubblico, *op. cit.*, p. 1 *et seq.*), Anzilotti reprend la distinction cardinale opérée par Triepel entre volonté individuelle de l'Etat, fondement de la validité du droit étatique, et volonté collective des Etats, fondement de la validité du droit international, en 1928, dans la troisième édition de son Cours de droit international, (*op. cit.*, p. 45), il ne considère plus lesdites volontés que comme les conditions de validité – pour reprendre la terminologie kelsenienne – des droits en question.

entre « *droit international général ou commun* » et « *droit international particulier, ou, mieux, (...) droits particuliers* »⁸⁹⁸, les seconds reposent selon lui sur le premier⁸⁹⁹. Ainsi, « *tout ordre juridique* », y compris l'ordre juridique international unique, « *consiste en un complexe de normes qui tirent leur valeur obligatoire d'une norme fondamentale, à laquelle elles se ramènent toutes, directement ou indirectement* »⁹⁰⁰. Si on applique une telle conception au droit de l'Union européenne, cela signifie que celui-ci, en tant que droit international particulier, trouve le fondement de sa validité dans le droit international général. Or, nous avons pu démontrer dans la première partie de la thèse que la Cour de justice considère le système juridique européen comme autonome par rapport au droit international. La théorie dualiste, pour cette raison, si elle est utilisée sur le plan scientifique afin de décrire les rapports droit de l'Union européenne / droits nationaux, ne permet pas de retranscrire avec la plus grande justesse la position de la Cour de justice.

Par conséquent, si l'on compare à présent l'adéquation entre ces théories et l'expérience des systèmes juridiques considérés, c'est-à-dire l'approche adoptée par ces systèmes, le 'score' de la théorie dualiste ne semble guère supérieur à celui de la théorie moniste. L'amalgame opéré entre deux niveaux d'interprétation différents : le niveau rhétorique de l'acteur du droit et le niveau scientifique du chercheur empêche la formulation de toute conclusion pertinente quant aux rapports entre systèmes juridiques nationaux et européen. C'est donc en réinstaurant la distance adéquate entre le chercheur et son objet d'étude qu'une solution à l'énigme des rapports droit de l'Union européenne / droits nationaux pourra être apportée. Plus encore, éviter la confusion entre approche rhétorique et théorie scientifique nous permettra de dévoiler la complémentarité plus que l'opposition des théories moniste et dualiste soit, en définitive, d'opérer leur reformulation sous le signe du pluralisme, en tout cas, c'est ce que nous essaierons de démontrer.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁹⁹ Il est ici intéressant de citer la formule de Kelsen, pour le moins similaire, en la matière : « *le droit international conventionnel et particulier et le droit international coutumier et général ne doivent pas être considérés comme des groupes de normes coordonnés, c'est-à-dire de rang et valeur égaux : la base du premier groupe est une norme du second groupe ; c'est dire que le second constitue un étage ou un degré supérieur au premier* », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 314.

⁹⁰⁰ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 44.

2. La clef de l'énigme : le pluralisme

Résoudre l'énigme de la configuration des rapports de système se jouant entre l'Union européenne et les Etats membres suppose de défaire le nœud du problème de représentation que celle-ci soulève c'est-à-dire en premier lieu de comprendre l'origine de l'amalgame précédemment relevé entre approches rhétoriques et conceptualisation scientifique desdits rapports. Or, précisément, il existe un lien entre niveau rhétorique de l'acteur du droit, en l'espèce les juridictions nationales et européenne, et niveau scientifique du chercheur, en raison de l'herméneutique de l'herméneutique (a) qui caractérise la science du droit. Ce n'est qu'en comprenant ce lien qu'il sera possible de prendre la mesure exacte de la relation du chercheur à son objet d'étude, des positions respectives du chercheur et de l'acteur du droit soit de déterminer l'apport des théories existantes et, à leur croisée (b), d'identifier la théorie la plus adéquate en l'espèce.

a. L'herméneutique de l'herméneutique

Quel est le lien existant entre conceptualisation scientifique du droit par le chercheur et approche rhétorique du droit par l'un de ses acteurs ? La première réponse qui vient à l'esprit est le point commun entre ces deux types d'interprétation, leur objet : le droit. Mais s'agit-il réellement du même objet ? Quel est le rapport au droit du chercheur et de l'acteur ? Est-il le même ?

En ce qui concerne le chercheur, et selon la théorie kantienne de la connaissance précédemment exposée, les représentations scientifiques ne sont pas des fictions mais des abstractions créées par le chercheur à partir de la sélection et de l'interprétation de certains phénomènes. Quant à la science du droit plus particulièrement, son objet consiste en l'étude des systèmes juridiques constitués de normes obtenus à partir de la combinaison et de la sélection de phénomènes appelés règles juridiques. Ainsi la science du droit est-elle caractérisée avant tout par l'herméneutique propre au chercheur. Or, si l'activité interprétative du chercheur porte en premier lieu sur les règles juridiques, celles-ci sont créées par les acteurs du droit. Plus encore, l'interprétation desdits acteurs constitue le cœur des règles puisque, d'après l'analyse menée au cours du précédent chapitre, la signification de la règle de droit ressort de son usage par l'acteur du droit. Ressurgit ainsi le mot droit. Mais en quel sens ? Pour le comprendre, il convient de revenir sur la relation chiasmique se jouant entre la règle et l'acteur. En effet, la signification des règles de droit est le fruit de l'interprétation des

acteurs du droit : vision ou représentation du droit par ses acteurs tandis que ces derniers voient leur rôle défini en fonction de leur statut, précisément juridique : vision ou représentation des acteurs par le droit. Ces visions ou représentations sont donc intimement entrelacées d'autant plus si l'on pense que le rôle et le statut des acteurs font l'objet d'une interprétation par les acteurs eux-mêmes qui les guide dans l'accomplissement de leur mission juridique. Ainsi, l'acteur tient sa compétence de certaines règles juridiques qu'il interprète comme faisant partie d'un ensemble de règles comprenant également les règles qu'il lui revient d'interpréter dans l'exercice de sa compétence. C'est donc à travers la définition de son identité juridique que l'acteur définit son rapport au droit. Les expressions acteur du droit et règle de droit se réfèrent au même droit, le même ordre juridique de référence. Par conséquent, si, lorsqu'on évoque la conceptualisation scientifique du droit par le chercheur, on se réfère au droit en tant que phénomène, celui-ci peut être défini comme le ou les ordres juridiques positifs (corpus de règles juridiques) étudiés par le chercheur. Mais cela permet-il de conclure que les expressions conceptualisation scientifique du droit par le chercheur et approche rhétorique du droit par l'acteur ont le même objet-droit : l'ordre juridique ? D'après ce qui précède, on pourrait être tenté de répondre positivement à cette question. En ce cas, il n'existerait pas de réelle différence entre conceptualisation scientifique et approche rhétorique ce qui signifierait que le rapprochement opéré antérieurement entre théories moniste et dualiste et approches monistes et dualiste ne constituerait guère un amalgame erroné mais une démarche correcte sur le plan méthodologique. Cependant, il convient de se garder d'une telle conclusion et nous essaierons dès à présent de démontrer que le phénomène droit à la base de la science juridique est irréductible au droit vivant. Démarche du chercheur et démarche de l'acteur diffèrent sur le plan téléologique. Si le chercheur vise la conceptualisation du droit la plus pertinente possible, l'acteur quant à lui tente de légitimer juridiquement son action. Explication scientifique et justification rhétorique ne peuvent être assimilées. La position du chercheur est nécessairement différente de celle de l'acteur et il convient de restituer la distance adéquate entre chercheur et acteur, de retracer le rapport du chercheur à l'acteur afin de définir correctement le lien entre théories moniste et dualiste et approches rhétoriques monistes et dualiste.

Nous commencerons par expliciter le rapport de l'acteur au droit pour ensuite clarifier la position du chercheur par rapport au droit. Si, selon le paradigme du changement précédemment adopté, le sens d'une règle de droit évolue sans cesse au gré de son utilisation par les acteurs du droit, si le droit apparaît comme le fruit d'une intersubjectivité que l'on peut

expliquer comme un dialogue ou jeu incessant entre acteurs et groupes sémiotiques juridiques autour de la signification des règles de droit, celle-ci se trouve néanmoins cristallisée chaque fois qu'un acteur en livre une interprétation particulière. Plus encore, penser la règle de droit comme dotée d'une signification fixe est nécessaire à l'action de l'acteur-interprète afin qu'il puisse remplir son rôle par la détermination de l'état du droit. Or, à la finitude du passé que constitue l'état du droit pour l'acteur, ce dernier associe une finitude de l'objet-droit considéré comme un tout qu'il définit conformément à la relation chiasmique qui le lie aux règles dudit droit. Se faisant, l'acteur opère ce qui pourrait être qualifié d'exo-référentialité. Il définit son action et agit en fonction de l'objet-droit qui lui est extérieur. Cependant, lorsque l'acteur opère une interprétation de la règle de droit considérée, il opère en même temps une endo-référentialité puisque celle-ci fait partie du corpus de règles de l'ordre juridique auquel il se réfère. Or il s'agit également d'une auto-référentialité puisque tant l'acteur, par la règle qui fonde sa compétence, que la règle qu'il interprète elle-même, font partie du même ordre juridique. Si les règles juridiques « *ont un sens, ce n'est pas parce qu'elles offrent l'organisation systémique que dévoilera (...) [le chercheur], c'est parce que cette organisation, [cet ordre juridique,] se rapporte à elle-même* »⁹⁰¹. Il s'agit ici d'une illustration de ce que Merkl appelle le caractère auto-productif du droit⁹⁰² en raison de la relation

⁹⁰¹ M. Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, *op. cit.*, p. 202. Dans le même sens, l'acteur dans son jeu de référentialité pourrait également être avantageusement comparé au locuteur de Merleau-Ponty (*ibid.*) : « *nul locuteur ne parle qu'en se faisant par avance allocutaire, ne serait-ce que de soi-même, il ferme d'un seul geste le circuit de son rapport à soi et celui de son rapport aux autres et, du même coup, s'institue aussi délocutaire, parole dont on parle : il s'offre et offre toute parole à une Parole universelle* ».

⁹⁰² Il s'agit en réalité d'une caractéristique que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier dans la première partie de la thèse. Pour mémoire, cf. A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, *op. cit.*, p. 46 : « *Le rapport de production mentionné qui existe entre tout phénomène juridique déterminant et tout phénomène juridique ainsi déterminé clarifie précisément l'expression auto-production (à échelons) du droit ((Stufenweise) Selbsterzeugung des Rechtes). Celle-ci n'exprime pas une croyance dans les miracles remplaçant l'activité humaine à l'origine de la production du droit par un quelconque deus ex machina juridique. La notion scientifique d'auto-production de tout droit se fonde sur les données de l'expérience selon lesquelles l'ordre juridique est composé de deux parties, différentes quant à leur contenu : d'un côté, les règles du comportement humain ; de l'autre, les règles qui régissent l'introduction, la forme, en bref la production de ces règles de comportement et cela équivaut, en termes plus simples, à la différence entre droit formel et droit substantiel. A l'intérieur de l'ordre existant, la transformation et le développement ultérieur dudit ordre procèdent selon les règles juridiques qui lui sont propres, immanentes. Cela dérive de la complétude logique et de l'imperméabilité que l'ordre juridique possède à l'instar de n'importe quel système normatif. A défaut de telles règles relatives à la production juridique, l'ordre, une fois donné, resterait absolument rigide* », t.d.a., « *L'indicato rapporto di produzione che esiste tra ogni fenomeno giuridico determinante e ogni fenomeno giuridico da esso determinato chiarisce per l'appunto l'espressione autoproduzione (a gradi) del diritto ((Stufenweise) Selbsterzeugung des Rechtes). Questo modo di dire non esprime una credenza di tipo miracolistico, che al posto dell'attività umana produttiva del diritto mette un qualche deus ex machina giuridico. La nozione scientifica di autoproduzione di ogni diritto si fonda sul dato sperimentale che l'ordinamento giuridico è composto di due parti, diverso nel loro contenuto : da un lato, vi sono le regole del comportamento umano; dall'altro, le regole che disciplinano l'introduzione, la forma, in breve la produzione di queste regole di comportamento; e ciò equivale, in termini più semplici, alla differenza tra diritto formale e diritto sostanziale. All'interno dell'ordinamento esistente, la trasformazione e lo sviluppo ulteriore dell'ordinamento medesimo procedono secondo leggi giuridiche ad esso immanenti. Ciò deriva dalla completezza logica e dalla impermeabilità che l'ordinamento giuridico divide con qualsivoglia sistema*

chiasmique entre sujets (les acteurs) et objets (les règles) du droit, de la complémentarité entre règles matérielles et règles de compétence. Sur le plan factuel, on retrouve ici en quelque sorte la définition du droit adoptée par Hart comme ensemble de règles primaires et de règles secondaires⁹⁰³. Or, que signifie cette auto-référentialité ? Elle signifie que le droit est le fruit d'interprétations réciproques entre les différents acteurs et groupes sémiotiques considérés portant sur leurs discours juridiques respectifs. Il s'agit d'un élément crucial si l'on veut comprendre le rapport du chercheur au droit. Rappelons que la configuration du ou des systèmes juridiques, objet(s) d'étude du chercheur, est obtenue à partir de la combinaison de différentes normes. Il ne s'agit là guère de fictions mais d'abstractions à partir de certains phénomènes : les règles juridiques et leurs combinaisons sous la forme d'ordres juridiques telles qu'interprétées par les acteurs desdits ordres. En ce sens, la base factuelle du travail du chercheur est en réalité l'interprétation des ordres juridiques, en tant que corpus de règles, par les acteurs du droit. La science du droit est donc avant tout une science herméneutique dont le but est l'explication des discours des différents acteurs des ordres juridiques considérés, discours sur les règles juridiques et leurs combinaisons. En effet, comme le précise Hacker, l'un des « *thèmes saillants de [la science] herméneutique* » est que « *[l]a description des phénomènes spécifiquement humains comporte la compréhension de la situation décrite comme celle qui est perçue par l'agent dont le comportement doit être expliqué et compris* »⁹⁰⁴. Cela signifie premièrement que le chercheur n'adopte pas un point de vue externe extrême⁹⁰⁵, c'est-à-dire ne prenant pas en compte le sens que revêt le droit pour ses acteurs soit leur interprétation de celui-ci. Cependant, cela signifie également que le chercheur n'adopte pas non plus un point de vue interne⁹⁰⁶ puisque, d'après son statut, il n'appartient pas au(x) système(s) juridique(s) considéré(s). Comment définir alors la position du chercheur, laquelle influence sa conception de la science du droit en général et du lien entre théorie (moniste, dualiste) et pratique (approche moniste, dualiste) en particulier ?

normativo. In mancanza di tale regole sulla produzione giuridica, l'ordinamento, una volta dato, resterebbe assolutamente rigido », (emphases dans le texte).

⁹⁰³ Pour mémoire, cf. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 94 : « *Alors que les règles primaires sont relatives aux actions que les individus doivent ou ne doivent pas accomplir, [l]es règles secondaires concernent toutes les règles primaires elles-mêmes. Elles précisent la façon dont les règles primaires sont valablement identifiées, introduites, éliminées, changées, et le fait de leur violation valablement déterminé.* », t.d.a., « *while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the way in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined.* ».

⁹⁰⁴ P.M.S. Hacker, « Hart's Philosophy of Law », in P.M.S. Hacker, J. Raz (dir.), *Law, Morality and society: essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 9, cité in N. MacCormick, O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Paris, LGDJ, 1992, p. 111.

⁹⁰⁵ Cf. H.L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁰⁶ *Ibid.*.

Il ressort des développements précédents que toute exo-référentialité de l'acteur à un ordre juridique dans le cadre de l'interprétation d'une règle dudit ordre n'est que l'interprétation ou la représentation de cet ordre par l'acteur considéré. Cette représentation fait partie du discours de l'acteur lui-même et c'est en tant que telle qu'elle doit être appréhendée par le chercheur. C'est la raison pour laquelle il convient à l'instar du professeur Jackson d'adopter « une épistémologie sceptique de la cohérence »⁹⁰⁷ « lorsque l'on rend compte du contenu [de l'objet d'étude] (le message, le discours – non les normes). La raison justifiant l'adoption d'un tel point de vue consiste en ce que celui-ci permet de décrire l'objet d'étude, y compris les affirmations d'ordre métaphysique que l'objet d'étude émet au sujet de sa propre nature, sans endosser ces affirmations métaphysiques. On peut observer le processus communicationnel en jeu et voir comment le sens est construit en son sein »⁹⁰⁸. L'accent est ici porté sur les acteurs du droit et « non sur la relation entre ce qu'ils disent et quelque vérité extérieure »⁹⁰⁹. Ainsi, le véritable risque que doit éviter le chercheur est de considérer la référence que l'acteur fait au droit dans son interprétation d'une règle juridique comme une référence à une réalité extérieure existant en dehors du discours de l'acteur. La représentation de l'ordre juridique donnée par l'acteur lors de son interprétation fait partie de son discours

⁹⁰⁷ B.S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, op. cit., p. 195, t.d.a., « a sceptical epistemology of coherence ». Il est intéressant de noter que Jackson décrit cette approche comme constituant un « changement de paradigme radical » (t.d.a., « a severe paradigm shift ») par rapport à l'« épistémologie métaphysique de la référence » (t.d.a., « metaphysical epistemology of reference ») adoptée tant par Hart que MacCormick.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 132, t.d.a., « in accounting for its content (message, discourse, not norms). The reason for adopting such a view point is that it allows us to describe our object of study, including metaphysical claims which that object of study makes about its own nature, without endorsing those metaphysical claims. We can observe the communicational process, and see how sense is constructed within it. ».

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 193, t.d.a., citation plus complète : « If meaning in language does not involve correspondence relations with the outside world, we must abandon any correspondence theory of truth (...) a non-referential semiotics entails the view that we cannot, through language, offer and verify accurate descriptions of the real world. For the verification of what is in fact a true description (in correspondence terms) is itself necessarily perceived through, and therefore mediated by, language. (...) [The] concept of "integrity", (...) may now be viewed as an alternative to the concept of truth. The focus here is upon trust in people, not in relationship between what they say and some external reality. It has something in common with the pragmatist view of truth as "warranted assertability" relative to the standards of the particular interpretive community concerned. ». Dans le même sens, cf. également, *ibid.*, pp. 140-141, note en bas de page 13 : « nous devons prendre position relativement à la nature et à l'identité des unités élémentaires de la signification juridique. S'agit-il d'entités abstraites existant en dehors du discours et auxquelles le discours se réfère ? Où constituent-elles des unités du discours lui-même ? De façon générale, la position (référentielle) précédente caractérise la philosophie du langage ordinaire et est admise à la fois par Hart et par Dworkin (...). Au contraire, les conceptions structuralistes de la sémiotique (telles que celle de l'école greimassienne) adoptent une position non-référentielle, intentionnelle, qui nie toute référence à des phénomènes extérieurs de référence et accorde au phénomène de référence uniquement le statut d'une affirmation faite par un discours consistant à se référer à un autre discours (interdiscursivité). », t.d.a., « we have to take a view on the nature and identity of the minimal units of legal signification. Are they abstract entities which exist outside discourse, and to which discourse refers ? Or are they units of the discourse itself ? Broadly, the former (extensional, referential) view characterises the philosophy of ordinary language, and is assumed by both Hart and Dworkin (...). By contrast, structuralist conceptions of semiotics (such as that of the Greimasian school) adopt an intentional, non-referential view, which would deny reference to outside phenomena of reference, and accord to the phenomenon of reference the status only of a claim made in one discourse to refer to another discourse (interdiscursivity). ».

lui-même. Le chercheur doit éviter de réifier le droit. C'est précisément cette erreur qui conduit à l'amalgame précédemment relevé entre conceptualisation scientifique du droit par le chercheur et conceptualisation rhétorique du droit par l'acteur. Les approches monistes et dualiste des rapports de système européens adoptées par les juridictions nationales et européenne ne font pas référence à une réalité externe concernant ces dits rapports et les ordres juridiques qu'ils impliquent mais doivent être interprétées par le chercheur comme partie intégrante du discours de ces acteurs. Le chercheur, en ce sens, n'est pas en position purement interne mais en position interne ou externe modérée⁹¹⁰. Cette position lui permet de contempler simultanément les différentes approches adoptées par les acteurs des différents systèmes juridiques et de ne pas avoir à choisir entre elles, contrairement à la position interne de l'acteur, nécessairement situé au sein d'un ordre juridique particulier⁹¹¹. Cela signifie que le chercheur non seulement a la possibilité de transcrire scientifiquement simultanément le sens de chacun des ordres juridiques considérés, en l'espèce, les Etats membres et l'Union européenne, c'est-à-dire de résoudre la question de la configuration des rapports de système mais se doit également d'expliquer la signification de l'antagonisme opposant les approches européenne et nationales en la matière. Le secret de l'énigme réside dans la compréhension du rapport entre chercheur et acteurs. La science du droit, comme toute science, repose sur l'herméneutique du chercheur, laquelle a pour objet l'herméneutique⁹¹² des acteurs du droit. C'est donc en gardant à l'esprit le fait que les approches rhétoriques développées par les juridictions nationales et européenne au sujet des rapports entre ordres juridiques nationaux et européen ne constituent que des discours desdits acteurs – et non des références à une vérité ou réalité extérieure – qu'il convient à présent d'évaluer l'utilité et les limites des théories moniste et dualiste en ce qui concerne la conceptualisation scientifique des rapports de système européens.

⁹¹⁰ Quant à l'expression 'point de vue externe modéré', cf. M. van de Kerchove, F. Ost, Le système juridique entre ordre et désordre, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, p. 29. Quant à l'expression 'point de vue interne modéré', cf. N. MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, *op. cit.*, p. 292.

⁹¹¹ Cf. En ce sens, N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *op. cit.*, p. 6: « *Chaque système, sans l'ombre d'un doute, doit être compris selon un 'point de vue interne', interne à ce système. Mais le théoricien du droit (...) qui cherche une approche indépendante et désintéressée d'un ou plusieurs systèmes envisagés ensemble peut considérer deux ou plusieurs vues sur le plan cognitif, laissant de côté toute question relative à l'acceptation de l'un quelconque de ces systèmes. Au lieu de se cantonner à une vision monoculaire dictée par la théorie de la souveraineté, il est possible de rendre compte des différences de perspective, des divergences de point de vue.* », t.d.a., « *Each system, no doubt, has to be understood in terms of an 'internal point of view' internal to that system. But the legal theorist (...) who seeks an independent and disinterested grasp of one or more systems viewed together can entertain both or several views cognitively, suspending any question of volitional commitment to one or another. Instead of committing oneself to a monocular vision dictated by sovereignty theory, one can embrace the possibility of acknowledging differences of perspective, differences of point of view.* ».

⁹¹² Il convient ici de noter la différence existant entre science herméneutique et art herméneutique. L'œuvre du chercheur peut être qualifiée de science herméneutique alors que celle de l'acteur, d'art herméneutique.

b. A la croisée du monisme et du dualisme : le pluralisme

Quelle est la théorie à même de faire sens des différentes approches rhétoriques précédemment retranscrites et ce, simultanément, malgré l'antagonisme qui les oppose ? Quelle est la théorie précisément capable d'expliquer cet antagonisme lui-même ? Afin de répondre à ces questions, il s'agit désormais de regrouper et de combiner, telles les pièces d'un puzzle, les différents éléments de la science du droit et de droit positif accumulés jusqu'à présent.

Premièrement, sur le plan factuel, nous avons établi l'existence de trois approches rhétoriques contradictoires émanant d'organes juridictionnels appartenant tous à des systèmes juridiques différents : l'approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne de la Cour de justice des Communautés européennes, l'approche moniste avec primauté du droit national de juridictions appartenant à certains systèmes juridiques nationaux et l'approche dualiste de juridictions appartenant aux autres systèmes juridiques nationaux.

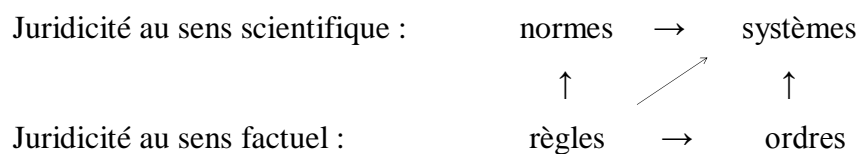
Deuxièmement, sur le plan théorique, il nous a été possible de reformuler l'antagonisme en résultant dans les termes suivants : quels sont les systèmes juridiques dotés d'une autonomie primaire c'est-à-dire de la souveraineté ? L'Union européenne comme le soutient la Cour de justice ? Les Etats membres tel qu'affirmé par les juridictions nationales ayant adopté une approche moniste avec primauté du droit national ? A la fois l'Union européenne et les Etats membres⁹¹³ ou bien le droit international, dont l'Union européenne constituerait un sous-système, et les Etats membres⁹¹⁴ comme semblent le penser les juridictions nationales ayant adopté une approche dualiste ?

Troisièmement, sur le plan scientifique, il a été possible de démontrer que la science du droit se caractérise par la subsomption de phénomènes juridiques sous les principes de *Sollen* et d'imputation afin d'obtenir ses unités élémentaires : les normes et son objet, issu de leur combinaison, le(s) système(s) juridique(s). Les composantes de la science juridique ne constituent donc pas des fictions mais des abstractions à partir de l'expérience juridique. Un

⁹¹³ Cf. Par exemple, les cas précédemment évoqués de l'Italie et de l'Espagne.

⁹¹⁴ Cf. Par exemple, les cas précédemment évoqués de la Pologne et du Royaume-Uni. De telles juridictions considèrent le droit de l'Union européenne comme un droit international sans préciser plus avant leur caractérisation du droit de l'Union européenne : s'agit-il d'un système juridique de type international doté d'une autonomie primaire ou bien simplement secondaire, subordonné au droit international général. Au vu des théories du droit international existantes, nous présumons la seconde option comme correcte, aucun auteur n'ayant réellement mis en question l'unité de l'ordre juridique international. La seule exception, encore à l'état embryonnaire, existe peut-être dans le cadre de la controverse récente au sujet de l'unité et de la fragmentation du droit international, sur laquelle nous reviendrons dans le prochain paragraphe.

tel constat repose sur la distinction fondamentale entre juridicité au sens scientifique et juridicité au sens factuel, la première constituant l'abstraction scientifique de la seconde. Cela implique également de bien cerner l'interaction entre l'activité du chercheur : définition d'un système juridique à partir de normes juridiques reliées entre elles sous la forme de normes déterminantes et de normes déterminées selon certaines conditions formelles et substantielles de validité et celle de l'acteur du droit : définition de règles juridiques à partir de l'ordre juridique de référence, de leur rapport à d'autres règles de cet ordre sur les plans formel et substantiel. Si la science du droit est une science herméneutique, cela signifie avant tout que l'interprétation inhérente à l'activité du chercheur porte sur l'interprétation des règles juridiques et de leurs combinaisons : le(s) ordre(s) juridique(s) par les acteurs du droit. Si la juridicité au sens scientifique repose sur la juridicité au sens factuel, cette dernière repose quant à elle sur la relation chiasmique entre sujets (acteurs) et objets (règles) du droit soit en définitive sur le rapport de l'acteur au droit toujours au sens factuel du terme. En effet, l'acteur définit son identité juridique en fonction de sa compétence fixée par une règle juridique dont il 'impute' l'appartenance à un certain ordre juridique, ordre juridique de référence auquel il rattache également les règles qu'il utilise dans l'accomplissement de sa mission juridique. Le droit au sens factuel du terme se caractérise donc par son auto-production et son auto-référentialité assurant ainsi sa clôture herméneutique, par le biais de l'activité de ses acteurs. De même, au niveau scientifique, il existe une clôture herméneutique des différents systèmes juridiques dotés d'une autonomie primaire provenant cette fois-ci de l'œuvre interprétative du chercheur. Le schéma de la double juridicité qui vient d'être exposée pourrait donc être représenté de façon tout à fait rudimentaire de la manière suivante :



Enfin, une telle définition de la science du droit permet de préciser la définition de l'autonomie primaire d'un système juridique ébauchée dans le second chapitre de la première partie de la thèse. Selon une conception idéaliste critique de la science du droit, est doté d'une autonomie de type primaire tout système possédant un fondement de la validité autonome et son propre principe d'interaction avec les autres systèmes juridiques. Le fondement de la validité en question est de nature formelle et est constitué par le complexe de normes élémentaire originaire dudit système. Il peut être identifié par le chercheur à travers la

localisation des sources et conséquences factuelles de ce système telles qu'elles ressortent de l'interprétation des acteurs de celui-ci. Ainsi, le caractère non dérivé ou suprême du complexe de normes élémentaire en cause dépend notamment de l'interprétation par les acteurs du système considéré du caractère non dérivé ou suprême d'un certain type de règles juridiques par exemple les règles constitutionnelles d'un Etat. En ce qui concerne le principe d'interaction du système juridique considéré, celui-ci est incarné par une ou plusieurs de ses normes identifiées par le chercheur et dont le contenu a précisément pour vocation de régler les rapports dudit système avec d'autres systèmes juridiques.

Quatrièmement, sur le plan épistémologique, il nous a été possible de constater qu'il n'existait, contrairement à l'affirmation de Kelsen, aucun obstacle à l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques dotés d'une autonomie de type primaire. Comme a eu l'occasion de le souligner Merkl, « *l'unité du droit a le caractère accidentel du droit positif et non celui d'une nécessité théorique* »⁹¹⁵.

Cinquièmement, sur le plan pratique, ont été démontrées les limites de l'utilité des théories moniste et dualiste. L'assimilation induite par la première entre point de vue du chercheur et point de vue de l'acteur du système de référence choisi en raison de l'unité-unicité du droit postulée ne permet pas de dépasser ou de faire sens de l'antagonisme précédemment relevé. Quant à la théorie dualiste, son nom même est le signe de la faiblesse qui la caractérise : celle de présupposer l'unité-unicité du droit international empêchant ainsi d'envisager la possibilité de l'autonomie primaire du droit de l'Union européenne.

Comment peut-on, à partir de ces différents éléments, trouver une explication scientifique à l'antagonisme jouant entre les différentes approches rhétoriques nationales et européenne mentionnées ? Quelle théorie peut permettre de décrire de la façon la plus adéquate possible les rapports entre systèmes juridiques nationaux et européen ?

Il ressort de ce qui précède que la réponse à la première question peut être formulée de la façon suivante : l'antagonisme dénoté entre les différentes approches rhétoriques évoquées reflète l'autonomie primaire des différents systèmes juridiques en présence. Afin de le démontrer, il convient de partir de la théorie moniste de Kelsen. En effet, son défaut : son caractère partiel, constitue en réalité son principal intérêt. Le présupposé épistémologique

⁹¹⁵ Cf. A. Merkl, *op. cit.*, p. 225, t.d.a. : l'« *unità del diritto ha il carattere di una accidentalità positiva e non quello di una necessità teoretica* ». Il convient cependant de noter que les explications de Merkl quant à la raison épistémologique d'une telle possibilité ne sont pas des plus claires, celui-ci distinguant en effet entre sciences juridiques, autant que de systèmes juridiques souverains, et théorie du droit regroupant ces différentes sciences en son sein. Cf. *Ibid.*, p. 220-221.

erroné sur lequel est fondée la théorie kelsenienne des rapports de système : l'unité-unicité du système juridique 'scientifico-positif', c'est-à-dire à la fois pseudo-scientifique et pseudo-positif, conduit à ne considérer qu'un seul système juridique comme souverain, soit à choisir un système juridique de référence : le système juridique international ou un système juridique national. Cela implique que le point de vue du chercheur sur le plan scientifique correspond au point de vue des acteurs de l'ordre juridique considéré sur le plan factuel. Selon Kelsen lui-même, l'« *opposition* [entre les deux constructions juridiques du rapport entre droit international et droit étatique] *repose sur ce qu'elles représentent deux systèmes de référence différents. L'un est uni de façon rigide à l'ordre juridique étatique national, l'autre à l'ordre juridique international. Les deux systèmes sont également corrects et également justifiés et légitimes. Il est impossible de choisir entre les deux par une décision procédant de la science du droit, c'est-à-dire au nom de considérations d'ordre juridique* »⁹¹⁶. Deux conséquences résultent d'un tel constat. Premièrement, la théorie kelsenienne peut être utilisée en tant que théorie sociologique du droit décrivant la juridicité au sens factuel des ordres juridiques considérés⁹¹⁷. Deuxièmement, la prohibition d'origine épistémologique de l'existence de plusieurs systèmes juridiques dotés d'une autonomie primaire étant désormais levée, le raisonnement de Kelsen démontre précisément l'existence sur le plan scientifique d'une pluralité de tels systèmes. Quant au premier point, les approches rhétoriques monistes et dualiste démontrent que les juridictions nationales et européenne considèrent leur propre ordre juridique comme la source de toute juridicité (au sens factuel du terme). Il s'agit d'un point commun fondamental entre ces approches. En effet, les juridictions considérées situant leur action dans le cadre de l'ordre juridique duquel elles tiennent leur compétence, ordre juridique

⁹¹⁶ H. Kelsen, Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 333.

⁹¹⁷ A noter que le même résultat pourrait être obtenu en utilisant la théorie du droit de Hart puisqu'elle consent « *une conception pluraliste du droit comme système* » comme le souligne Neil MacCormick (cf. N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *op. cit.*, p. 8, t.d.a., « *a pluralistic conception of law as system* »). Cependant, il ne nous semble pas possible d'en déduire comme le fait cet auteur (*ibid.*) une supériorité de cette théorie sur celle de Kelsen, puisque, à bien lire le chapitre X de l'ouvrage de Hart cité par MacCormick, The Concept of Law, cet auteur ne reconnaît pas au droit international le caractère d'un système. « *Il est en effet possible de défendre l'idée selon laquelle il manque au droit international, (...) non seulement les règles secondaires relatives à la modification des règles et au jugement nécessaires à l'action du législateur et des juridictions mais aussi une règle de reconnaissance unificatrice précisant les 'sources' du droit et fournissant des critères généraux d'identification des règles de celui-ci.* », H.L.A. Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, p. 214, t.d.a., « *It is indeed arguable, as we shall show, that international law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying the 'sources' of law and providing general criteria for the identification of its rules.* ». Cependant, il est vrai qu'il n'exclut pas une possibilité d'évolution future des caractéristiques du droit international pouvant entraîner une révision de sa position (*ibid.*, pp. 236-237). Néanmoins, il convient de noter que contrairement à Hans Kelsen et Dionisio Anzilotti, qui ont écrit leurs œuvres majeures dans la première moitié du XX^e siècle, Le concept de droit fut publié pour la première fois en 1961, soit pendant la seconde moitié du XX^e siècle, période de développement majeur du droit international et notamment des organisations internationales. Cf. Dans ce sens néanmoins également, N. MacCormick, *op. cit.*, p. 9.

de référence, leur mandat les oblige à définir leur rapport aux règles d'un autre ordre juridique en fonction des règles de leur ordre juridique existant en la matière. Plus encore, lesdites juridictions ne peuvent prendre en compte les règles étrangères que par le biais des règles de leur propre ordre juridique. A défaut, les règles étrangères ne sont dotées à leurs yeux d'aucune pertinence juridique⁹¹⁸.

Par conséquent, si l'on considère par exemple l'approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne, la Cour de justice qui la défend conçoit la relation qui lie son ordre juridique, ordre juridique de référence, aux ordres juridiques nationaux comme une relation hiérarchique jouant en faveur de celui-ci. Elle procède ainsi sur le fondement d'une interprétation d'une règle juridique européenne (en l'espèce la règle de primauté du droit de l'Union européenne) posant le principe d'une telle interaction hiérarchique. Cette interprétation de la Cour de justice se trouve par ailleurs confortée par le fait qu'elle considère les traités européens comme constituant un corpus de règles de référence suprême, qu'elle se doit d'appliquer en ultime instance. Or, c'est un raisonnement similaire que développent les juridictions nationales ayant adopté une approche moniste avec primauté du droit national ou une approche dualiste malgré l'antagonisme apparent entre ces différentes approches. Ainsi, la juridiction nationale qui adhère à une approche moniste avec primauté du droit national conçoit la relation qui lie son ordre juridique, ordre juridique de référence, à l'ordre juridique européen comme une relation hiérarchique en faveur du premier. Elle procède de la sorte sur le fondement de son interprétation d'une règle juridique dudit ordre de référence posant le principe d'une telle interaction hiérarchique avec l'ordre juridique européen. Cette interprétation se trouve par ailleurs confortée par le fait que la juridiction nationale en cause considère sa constitution comme le corpus de règles de référence suprême, qu'elle se doit d'appliquer en ultime instance⁹¹⁹. Enfin, si l'on considère l'approche dualiste, la juridiction nationale qui l'adopte conçoit la relation qui lie son ordre juridique à l'ordre juridique européen comme une relation hétérarchique. C'est en raison de l'absence de tout lien juridique entre ces systèmes juridiques que la seule façon dont les règles de l'ordre juridique

⁹¹⁸Cf. A ce sujet, C. Santulli, *op. cit.*, en ce qui concerne les rapports droit international / droit interne. Ce raisonnement joue également en ce qui concerne les rapports entre un ordre juridique national et d'autres ordres juridiques nationaux. L'application de règles d'autres ordres juridiques nationaux dépend des règles de l'ordre juridique national de référence à cet effet. Selon la même logique, ce raisonnement joue également dans les rapports entre le droit de l'Union européenne, ordre juridique de référence, et d'autres ordres juridiques conventionnels, point sur lequel nous reviendrons plus avant.

⁹¹⁹ Faisant ainsi penser à la célèbre profession de foi de Paul Kirchhof, ancien juge au Tribunal de Karlsruhe, au sujet de l'arrêt *Maastricht I* : « *Nous n'avons qu'une seule mission, un seul maître à servir, la Constitution allemande* », cf. P. Kirchhof, « *The Balance of Powers Between National and European Institutions* », *European Law Journal*, 1999, n° 5, p. 225, t.d.a. : « *Wir haben nur die Aufgabe, einem Herrem zu dienen, nämlich dem deutschen Grundgesetz* ».

européen peuvent être prises en compte est par le biais de règles juridiques nationales existant à cet effet. A défaut, les règles juridiques européennes n'ont aucune pertinence juridique aux yeux de la juridiction nationale considérée. Cette approche dualiste postule donc à la fois l'indépendance de l'ordre juridique national de référence soit le caractère suprême de sa constitution et la définition par celui-ci des modalités de ses rapports avec l'ordre juridique européen. Ainsi, ces approches apparemment antagoniques quant au type de relation qu'elles suggèrent entre Union européenne et Etats membres révèlent l'existence de deux points communs entre les organes juridictionnels qui s'en prévalent. Premièrement, ceux-ci considèrent tous l'ordre juridique duquel ils tiennent leur compétence comme ordre juridique de référence. Deuxièmement et par conséquent, ils appréhendent celui-ci comme la source de toute juridicité, toujours au sens factuel du terme. Ainsi, en réalité, la théorie moniste kelsenienne constitue une parfaite traduction du point de vue des différentes juridictions en cause, appartenant à des ordres juridiques différents. En ce sens, elle constitue une très utile théorie sociologique du droit.

Cependant, il serait dommage de s'arrêter en si bon chemin. En effet, partant du principe que la science du droit tire ses représentations des rapports de système de l'expérience juridique, la question qui se pose alors est la suivante : comment conceptualiser la description ci-dessus esquissée? De manière à vrai dire très simple. Les acteurs en présence soutiennent que leur ordre juridique n'obéit qu'à ses propres règles, notamment celles relatives à ses rapports avec tout autre ordre juridique. Cela signifie sur le plan scientifique que ces différents systèmes disposent d'un fondement autonome de la validité et d'une ou de normes déterminant le principe de leur interaction avec les autres systèmes juridiques. En conclusion, les Etats membres et l'Union européenne constituent tous des systèmes juridiques dotés d'une autonomie de type primaire. Ils sont tous souverains et la relation qu'ils nourrissent entre eux est une relation hétérarchique. L'antagonisme des approches rhétoriques des différentes juridictions considérées n'est que le reflet de la nature de cette relation. Elles font partie du discours de ces organes juridiques exprimant la souveraineté de leur système juridique, système juridique de référence. Ainsi est-il possible de dépasser ledit antagonisme, plus encore, de lui trouver un sens, scientifique.

Par conséquent, et c'est là notre second point, le raisonnement de Kelsen lui-même, une fois levé l'obstacle épistémologique de l'unité-unicité du droit, permet précisément de démontrer l'existence sur le plan scientifique d'une pluralité de systèmes, c'est la raison pour laquelle cet auteur affirme qu'il « *est impossible de choisir entre les deux* [versions de la théorie moniste]

par une décision procédant de la science du droit, c'est-à-dire au nom de considérations d'ordre juridique »⁹²⁰.

Par ailleurs, une telle démonstration reflète également le mérite de la théorie dualiste d'Anzilotti qu'il convient simplement de reformuler quelque peu.

En effet, tout d'abord, il est possible sur le plan factuel d'aller au-delà de la simple opposition entre volonté commune des Etats et volonté individuelle de chaque Etat pour évoquer la pluralité de visions 'monistes' ou de « *vue[s] monoculaire[s]* »⁹²¹ consistant en ce que chaque ordre juridique est considéré par ses acteurs comme la source de toute juridicité, indice factuel de l'autonomie primaire de tous les systèmes juridiques impliqués sur le plan scientifique.

Ensuite et par ailleurs, tout système juridique doté d'une autonomie de type primaire répond à une définition scientifique unique : complexe de normes composé caractérisé par la relation structurelle jouant entre des normes déterminées par des conditions de validité formelles et substantielles posées par d'autres normes, déterminantes, et possédant à la fois un complexe de normes élémentaire originaire suprême et son propre principe d'interaction avec tout autre système juridique. Ainsi, il n'existe pas de différence fondamentale entre un système juridique de type international et un système juridique de type interne. Il s'agit là d'une différenciation née du caractère accidentel du droit positif, de son développement. Le véritable critère de distinction entre droit international et droit interne réside en réalité dans la nature de leur relation : une relation hétérarchique. En effet, si s'instaure une relation hiérarchique entre eux au profit du système juridique international considéré alors n'existe plus, sur le plan formel, qu'un unique système de type interne, comme certains Etats fédéraux en sont l'illustration⁹²². Par conséquent, cette absence de différence fondamentale sur le plan scientifique entre système juridique de type international et système juridique de type interne milite en faveur de la modification du nom d'une telle théorie, non pas théorie dualiste mais théorie pluraliste des rapports de système. Ainsi, appeler cette théorie une théorie pluraliste, c'est reconnaître la possibilité corrélatrice de l'existence non seulement d'une pluralité de

⁹²⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 333.

⁹²¹ N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *op. cit.*, p. 5, t.d.a., « *monocular view* ». Neil MacCormick est l'un des rares auteurs à avoir essayé d'analyser les rapports de système européens en partant du constat non normatif selon lequel il existerait deux visions monoculaires et contradictoires de ces rapports selon que l'on se place du point de vue des Etats ou de l'Union européenne.

⁹²² Il nous semble qu'il serait possible d'imaginer également une relation hiérarchique au profit des droits nationaux concernés, en ce qui concerne des traités entre un nombre réduit d'Etats parties à l'époque où le droit international n'était encore que peu développé. En ce cas, sur le plan formel, il n'existerait que différents systèmes juridiques nationaux auxquels les traités en cause seraient assimilés sous la forme d'une de leurs branches que l'on pourrait appeler droit public externe.

systèmes juridiques de type interne mais encore d'une pluralité de systèmes juridiques de type international. Or, si une telle hypothèse existe, quel est son impact quant à la nature du droit de l'Union européenne ? Celui-ci, comme le droit international par rapport au droit national, est placé dans une relation hétérarchique et est doté d'une autonomie de type primaire. Cela signifie-t-il, contrairement à ce qu'affirme la Cour de justice des Communautés européennes, que le droit de l'Union européenne est un droit de type international ou existerait-il une autre possibilité ? Quelle est donc la nature exacte des rapports de système européens ?

B. Nature des rapports de système européens

« *Il existe une croyance largement répandue, mais peut-être erronée, selon laquelle il y a un grand nombre d'Etats souverains dans le monde et il s'agit d'une bonne chose (...). [L]a souveraineté est considérée comme absolument fondamentale et comme pouvant toujours être trouvée quelque part sur le plan juridico-politique. La seule question est où. Un point de vue différent consiste à défendre l'idée selon laquelle la souveraineté et les Etats souverains, ainsi que le lien inexorable du droit à la souveraineté et à l'Etat, ne constituent que des phénomènes passagers, l'espace de quelques siècles. Leur dépassement n'est en aucun cas regrettable et les développements actuels en Europe démontrent qu'il est possible d'aller au-delà. Selon ce point de vue, le passage au-delà de l'Etat souverain doit être considéré comme une bonne chose, un développement de l'histoire des idées juridiques et politiques tout à fait bienvenu.* »⁹²³. C'est en ces termes que Neil MacCormick conçoit le cadre dans lequel se joue le débat relatif à la nature des rapports de système européens et démontre ainsi la connotation hautement politique d'un tel débat. Adoptant une attitude résolument positiviste, il nous a été possible d'observer que, d'un point de vue strictement juridique, l'heure de la « *post-souveraineté* »⁹²⁴ n'avait pas sonné et que la souveraineté se situait toujours, bien au contraire, au cœur de toute tentative de configuration des rapports de système européens. Elle dénote l'autonomie primaire d'un système juridique et est donc

⁹²³ N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *op. cit.*, p.1, t.d.a., « *There is a widespread, but perhaps misguided, belief that there are a lot of sovereign states in the world, that this is a good thing (...). Sovereignty is thought as mightily important, and always somewhere to be found on the legal-political stage. The only issue is where. A different view would be that sovereignty and sovereign states, and the inexorable linkage of law with sovereignty and the state, have been but the passing phenomena of a few centuries, that their passing is by no means regrettable, and that current developments in Europe exhibit the possibility of going beyond all that. On this view, our passing beyond the sovereign state is to be considered a good thing, an entirely welcome development in the history of legal and political ideas.* ».

⁹²⁴ N. MacCormick, Questioning Sovereignty – Law, State and Nation in the European Commonwealth, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 123, t.d.a., « *Post-sovereignty* ».

fondamentale dans la détermination de ses rapports avec d'autres systèmes. C'est ainsi sur la base de cette conception qu'il nous a été possible de démontrer que la théorie la plus adéquate afin de retranscrire scientifiquement les rapports entre l'Union européenne et les Etats membres est une théorie pluraliste reconnaissant à chaque système juridique en présence la possession d'une autonomie de type primaire et expliquant par là même l'antagonisme opposant les approches rhétoriques des juridictions nationales et européenne. C'est précisément la contrariété entre ces différents discours qui est la source de leur complémentarité sur le plan scientifique. C'est la raison pour laquelle cette théorie positiviste du pluralisme juridique ne doit pas être confondue avec certaines théories normatives contemporaines du même nom⁹²⁵. En effet, certains auteurs, tels Mattias Kumm⁹²⁶ et Miguel Poiares Maduro, en cherchant les moyens d'atténuer l'antagonisme inhérent à ces différents discours, détruisent le fondement même du pluralisme juridique européen. Si l'on prend l'exemple du raisonnement adopté par Poiares Maduro, celui-ci part du constat similaire au nôtre bien que non formulé en termes systémiques mais empruntant au lexique constitutionnel⁹²⁷ selon lequel « *il est devenu courant de souligner la façon dont les différentes perspectives nationales et européenne relatives à la notion d'autorité ultime en Europe requièrent une conception constitutionnelle pluraliste de la relation entre constitutionnalismes nationaux et européen* »⁹²⁸. Cependant, le problème d'une telle

⁹²⁵ Cette théorie ne doit pas non plus être confondue avec le pluralisme juridique tel qu'il peut être défini selon une approche sociologique ou anthropologique correspondant plutôt à la question des limites du droit avec notamment la question de la distinction entre normes juridiques et pratiques ou règles sociales. Cf. En la matière, E. Melissaris, « The More the Merrier ? A New Take on Legal Pluralism », *Social and Legal Studies*, 2004, vol. 13, n° 1, p. 57 ; A. Griffiths, « Legal Pluralism », in R. Banakar, M. Travers (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, Hart, 2002, p. 289 ; M.M. Kleinmans, R.A. MacDonald, « What is Critical Legal Pluralism ? », *Canadian Journal of Law and Society*, 1998, vol. 12, p. 25 ; J. Vanderlinden, « Return to legal pluralism : twenty years later », *Journal of Legal Pluralism*, 1989, vol. 28, p. 149 ; B. Tamanaha, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 2000, vol. 27, p. 192 ; B. Dupret, « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 1.

⁹²⁶ Cf. Entre autres, cf. M. Kumm, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, vol. 11, n° 3, 2005, p. 262. Nous choisissons de citer cet article car celui-ci a fait l'objet d'une remarquable critique de la part de Theodor Schilling, raison pour laquelle nous nous concentrerons sur la pensée de Miguel Poiares Maduro dont le raisonnement et les conclusions sont très proches de celles de Kumm, ces deux auteurs faisant montre d'une volonté commune, celle de restreindre le jeu du pluralisme juridique au point qu'il soit possible de se demander ce qu'il reste vraiment de pluraliste dans leur démonstration. Cf. T. Schilling, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Some Supplementations to Mattias Kumm », *European Law Journal*, vol. 12, n° 2, 2006, p. 173.

⁹²⁷ Il s'agit ici selon nous d'une source de confusion supplémentaire entre approche descriptive et approche normative d'autant que le concept de constitutionnalisme selon la tradition qui le définit n'a pas le même sens. Sur cette question, cf. plus généralement, N. Walker, « Postnational constitutionalism and the problem of translation », in J.H.H. Weiler, M. Wind, *European Constitutionalism beyond the State*, *op. cit.*, p. 27 ; N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, 317.

⁹²⁸ M. Poiares Maduro., « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in N. Walker (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 1, t.d.a. : « *It has now become usual to highlight how the different national and European perspectives on the notion of ultimate authority in Europe*

configuration des rapports entre systèmes (constitutionnels) consiste, selon cet auteur, en ce que l'absence de hiérarchie entre les discours juridiques des différentes juridictions nationales et européenne⁹²⁹ conduit à une possible mise en danger de la cohérence et de l'intégrité du droit de l'Union européenne. Afin d'y remédier, Poiaras Maduro propose le recours à un « *un ensemble de règles partagées par les différents systèmes juridiques relatives à la façon dont ceux-ci avancent et mettent en application leurs revendications quant à leur propre autorité* »⁹³⁰. « *Toute décision de justice nationale relative au droit de l'Union européenne doit être justifiée dans des termes 'universels'* »⁹³¹ par application de ces « *principes cadres* »⁹³². « *Cela empêchera les juridictions nationales d'utiliser l'autonomie de leur système juridique comme une forme d'échappatoire* »⁹³³. Ainsi, l'inclusion des juridictions à la fois européenne et nationales dans un discours juridique européen commun a pour but explicite d'empêcher le jeu de l'hétérarchie caractérisant la relation entre Etats membres et Union européenne. Les juridictions nationales ont le droit de ne pas être d'accord avec la Cour de justice des Communautés européennes tant qu'elles sont d'accord. La création d'un discours juridique européen commun, d'un point de vue mono-monoculaire, constitue donc la base factuelle de la hiérarchisation des rapports entre Union européenne et Etats membres au profit de la première. Ainsi, sans s'attarder sur le côté normatif de cette thèse bien qu'il serait possible de se demander si la cohérence constitue le souverain bien commun européen, il est possible de relever que cette théorie n'a de pluraliste que le nom⁹³⁴.

Il convient par ailleurs de ne pas confondre notre théorie pluraliste avec la fameuse théorie du constitutionnalisme multi-niveaux défendue par Ingolf Pernice. Si, en effet, sont en jeu des niveaux multiples, cela n'empêche pas leur hiérarchisation au profit de l'Union européenne⁹³⁵.

require a constitutional pluralist conception of the relationship between European and national constitutionalism. ».

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 31, t.d.a.: « *a set of rules that is shared by the different legal systems in putting forward and applying their different claims of authority* ».

⁹³¹ *Ibid.*, p. 36, t.d.a.: « *any national decisions on EU law should be argued in 'universal' terms. The idea is to require the universalisability of national decisions on EU law. A national court (and, in particular, a national constitutional court) must justify their decisions in a manner that could be universalisable.* ».

⁹³² *Ibid.*, p. 30, t.d.a.: « *framework principles* ».

⁹³³ *Ibid.*, p. 36, t.d.a.: « *This will prevent national courts from using the autonomy of their legal system as a form of evasion and free-riding* ».

⁹³⁴ En sens inverse, il serait possible de citer la théorie elle-aussi normative de Neil Walker mais qui, au lieu d'essayer de réduire le pluralisme propre aux rapports entre l'Union européenne et les Etats membres tente de le justifier. Cf. N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, p. 357.

⁹³⁵ En ce sens et quant à la connotation hiérarchique intrinsèque à ce concept, cf. P. Haberle, « Comparación constitucional y cultural de los modelos federales », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, vol. 4, n° 8 : « *Je m'oppose cependant à certaines expressions très répandues : le concept de 'constitutionnalisme à niveaux multiples' ou 'un fédéralisme à niveaux variés', car je crois que cela conduit à la confusion. Ils s'agit de concepts empruntés à la science politique qui n'apportent pas une texture constitutionnelle particulièrement raffinée. De plus, la métaphore des niveaux est liée à des concepts hiérarchiques qui ne sont appropriés ni en ce*

Ainsi, si cet auteur voit dans le Traité de Lisbonne une expression du « *constitutionnalisme multi-niveaux en action* »⁹³⁶, il considère la portée du principe de primauté du droit de l'Union européenne comme absolue⁹³⁷, position qu'il avait par ailleurs défendue auprès de la Chambre des *Lords* lors du débat relatif à la portée de la clause de primauté insérée dans le défunt Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁹³⁸. Une telle position implique la supériorité du 'droit constitutionnel européen' sur le droit national et réduit d'autant le caractère 'multi-niveaux' de l'édifice européen ainsi obtenu.

La seule conception constitutionnelle pluraliste de laquelle notre théorie systémique pluraliste se rapproche, si l'on met de côté ses développements normatifs qui n'entrent pas dans le cadre de la présente étude, est peut-être celle de Neil Walker. En effet, cet auteur défend l'idée selon laquelle, sur le plan descriptif, « *il n'est possible de décrire de manière adéquate ce qui passe en ce qui concerne la configuration constitutionnelle européenne que si l'on part d'un cadre qui identifie de multiples sites de discours et d'autorité constitutionnels* »⁹³⁹. Cependant, il nous semble que la seule façon de tenter de percer l'énigme des rapports entre Union européenne et Etats membres est de partir de la compréhension desdits rapports en termes systémiques. Une telle approche nous a permis de démontrer que la relation en question était une relation hétérarchique jouant entre systèmes juridiques dotés d'une autonomie primaire. La question qui se pose donc à ce stade est la suivante. Quelles sont les possibles configurations de cette relation hétérarchique : des rapports intersystémiques (1), hypothèse que nous écarterons ou des rapports intrasystémiques (2), hypothèse qui nous semble la plus adéquate... si tant est que l'on parvienne à en définir correctement la teneur ?

1. Une hypothèse écartée : des rapports intersystémiques

« Les règles internationales relatives au droit étatique obéissent au principe de l'indétermination cognitive du droit étatique par le droit international et du droit

qui concerne le fédéralisme ni en ce qui concerne l'Union » européenne, t.d.a., « Me opongo, sin embargo, a algunas expresiones muy extendidas : el concepto de 'un constitucionalismo en diversos planos' o un 'federalismo de varios niveles', pues creo que conduce a la confusión. Son conceptos propuestos desde la ciencia política que no aportan un tejido constitucional especialmente refinado. Además, la metáfora de los niveles está ligada a conceptos jerárquicos, que no son apropiados ni para el federalismo ni para la Unión. ».

⁹³⁶ I. Pernice, « The Treaty of Lisbon : Multilevel Constitutionalism in Action », *WHI – Paper*, 2009, n°2.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 25.

⁹³⁸ Cf. « Letter from Professor Dr Ingolf Pernice, Humboldt University », House of Lords, European Union Committee Publications, European Union – Memoranda, session 2003-2004.

⁹³⁹ N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *op. cit.*, p. 337, t.d.a.: « *we can only begin to account adequately for what is going on within the European constitutional configuration if we posit a framework which identifies multiple sites of constitutional discourse and authority* ».

international par le droit étatique (...). Le principe de l'indétermination réciproque des ordres juridiques constitue la représentation synthétique de la structure des rapports entre ordres juridiques distincts »⁹⁴⁰. Voici, résumée en quelques phrases, la thèse défendue par Carlo Santulli quant aux rapports entre droit international et droit interne. On ne peut qu'être frappée par sa ressemblance⁹⁴¹ avec notre propre thèse selon laquelle Union européenne et Etats membres forment des systèmes juridiques distincts, souverains, puisqu'ils constituent chacun la source de tout ce qui est juridique en leur royaume. Cela signifierait-il que l'Union européenne pourrait être considérée comme un système juridique de type international ? Notre théorie pluraliste des rapports de système ne s'est-elle pas inspirée des théories dualiste et moniste traitant précisément de la relation entre droit international et droit interne ? De plus, nous avons précédemment souligné que tout système juridique pouvait être doté d'une autonomie de type primaire qu'il s'agisse d'un droit interne ou international. Cela implique que l'Union européenne, en tant que droit international, pourrait être conçue comme ne tenant pas sa validité du droit international général ou de tout autre droit international particulier⁹⁴² – ce qui aurait le mérite de refléter le point de vue de la Cour de justice selon lequel le droit de l'Union européenne ne tient pas le fondement de sa validité du droit international – mais comme disposant d'un fondement autonome.

Ceci est d'autant plus important que par un arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008⁹⁴³, considéré par certains comme le « *plus important à ce jour concernant la relation entre la Communauté*

⁹⁴⁰ C. Santulli, Le statut international de l'ordre juridique étatique – Etude du traitement du droit interne par le droit international, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁹⁴¹ Cependant, il convient de préciser que la thèse de Santulli n'est guère isolée en droit international, on peut ainsi citer par exemple la position adoptée par Denis Alland selon laquelle « *Quoique cela soit d'une assez grande importance pour sa compréhension, il est assez rarement souligné que la question des rapports entre le droit international et le droit interne ne se présente pas de la même façon selon qu'elle est envisagée de l'un ou de l'autre de deux points de vue possibles. Le premier point de vue est celui que l'on a du haut de la montagne, c'est celui du droit international. (...) L'autre point de vue est celui de la plaine, où se côtoient les ordres juridiques nationaux.* ». Par ailleurs, au sujet des théories dualiste et moniste, cet auteur évoque l'hypothèse « *d'un dualisme généralisé, plein de nuances, comme une échelle d'internationalité croissante où le monisme avec primauté du droit international représenterait la forme la moins internationaliste. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les termes « monisme » et « dualisme » correspondent en pratique à des choix constitutionnels de la part des Etats, et que les conditions d'applicabilité du droit international dans l'ordre interne sont régies par des règles elles-mêmes internes, puisqu'il n'a jamais été établi de façon convaincante que l'organisation interne de l'Etat dérive du droit international. Ainsi lorsqu'une constitution prévoit que les traités ont une certaine autorité juridique en droit interne, même en y mettant peu ou pas de conditions, elle opère une sorte de réception générale et par avance, ce qui permet de considérer le monisme comme une « modalité du dualisme »* (Sur, 1995, p. 183) ».

⁹⁴² Nous tenons à préciser que cela n'est pas la position des auteurs précités, Carlo Santulli (*op. cit.*) ou Denis Alland (*op. cit.*, p. 353).

⁹⁴³ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et 415/05 P, JOCE C 285, 8 novembre 2008, p. 2.

européenne et l'ordre juridique international »⁹⁴⁴, la Cour a confirmé sa position en la matière, déjà affirmée plus de quarante ans auparavant dans son arrêt *Costa*⁹⁴⁵. Ainsi, la Cour a souligné à cette occasion qu'« un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considéré comme relevant des fondements mêmes de la Communauté (...). Il découle de l'ensemble de ces éléments que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité »⁹⁴⁶. De plus, la Cour ne manque pas de distinguer le « principe de primauté au plan international des obligations issues de la charte des Nations Unies »⁹⁴⁷ d'une part et « cette primauté au plan du droit communautaire » d'autre part, laquelle « ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux »⁹⁴⁸. On retrouve donc sous la plume de la Cour de justice une stratégie argumentative concernant la primauté du droit des Nations Unies, primauté relative, qui ne laisse pas de rappeler celle de certaines juridictions nationales en matière de primauté du droit de l'Union européenne... La Cour démontre donc dans cet arrêt que l'ordre juridique européen est la source de toute juridicité à ses yeux, confirmant ici sans doute possible l'autonomie primaire dont ce système est doté. Il semble donc envisageable de considérer l'Union européenne comme un système juridique de type international souverain pris dans une relation pluraliste tant avec le ou les autres systèmes juridiques internationaux que les systèmes juridiques nationaux.

Pourrait jouer en faveur de cette hypothèse le grand débat qui agite depuis quelques décennies les rangs de la doctrine internationaliste suite au développement des organisations

⁹⁴⁴ G. de Búrca, « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harvard International Law Journal*, 2009, vol. 1, n° 51, 2009, *Fordham Law Legal Studies Research Paper*, n° 1321313, p. 1, t.d.a.: « Late in 2008 the European Court of Justice delivered what is arguably its most important judgment to date on the subject of the relationship between the European Community and the international legal order ». Pour les précédents en la matière, cf. J.-P. Jacqué, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies – L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, n° 69, p. 3. Quant au lien avec la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les accords GATT/OMC, cf. G. de Búrca, *op. cit.*, p. 4. A noter également, le recours introduit le 26 février 2009 près le Tribunal de première instance, *Kadi c. Commission*, T-85/09, JOCE C 90, 18 avril 2009, p. 37.

⁹⁴⁵ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *op.cit.*.

⁹⁴⁶ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et 415/05 P, *op. cit.*, pts 282 et 285.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, pt 300.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, pt 308.

internationales et à la disparition concomitante des analyses systémiques positivistes du droit international : y a-t-il unité ou fragmentation du droit international⁹⁴⁹ ? L'Union européenne, système juridique international souverain, constituerait donc la concrétisation de la fragmentation du droit international. Plus encore, elle serait le reflet d'un phénomène de glocalisation⁹⁵⁰ juridique dans lequel l'Etat ne représenterait plus qu'un échelon. Selon cette vision, « [l]es Etats souverains atomiques deviennent des sociétés cellulaires entourées de membranes perméables, des sociétés dont la vie est organisée par des systèmes à l'intérieur de leurs cellules mais dont la vie dépend aussi de la participation de ces cellules à des systèmes supérieurs dont les effets se propagent dans et depuis ces cellules »⁹⁵¹, certains auteurs allant même jusqu'à évoquer la disparition progressive des coordonnées traditionnelles du droit⁹⁵².

Cependant, si la caractérisation des rapports Union européenne / Etats membres en tant que rapports intersystémiques entre un système juridique international et des systèmes juridiques nationaux souverains semble conceptuellement possible, s'agit-il néanmoins de l'hypothèse la plus adéquate ? Deux points doivent ici être pris en considération. Premièrement, y a-t-il des particularités des rapports de système concernés qu'une telle description ne permettrait pas de retranscrire sur le plan scientifique ? Deuxièmement, existe-t-il une conceptualisation alternative plus adéquate ?

En ce qui concerne la première question, outre le fait qu'il serait possible de rappeler que dès 1964 la Cour de justice avait distingué dans son arrêt *Costa*⁹⁵³ le droit communautaire du droit international, condition *sine qua non* de la consécration de la primauté interne du droit

⁹⁴⁹ Question d'une importance telle que la Commission du droit international institua un Groupe d'étude dirigé par Martti Koskenniemi afin précisément d'étudier cette question, cf. Commission du droit international, Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, « Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », 2006, 58ème Session, UN Doc., A/CN.4/L.682. Plus généralement sur la question, cf. récemment, numéro spécial du *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 1 ; B. Simma, D. Pulkowski, « *Leges speciales* et régimes autosuffisants », A. Pellet (dir.), ouvrage collectif, 2009 (à paraître).

⁹⁵⁰ Sur ce terme, cf. R. Robertson, « Glocalization : Time-Space and Homogeneity-heterogeneity », in M. Featherston, S. Lash, R. Robertson (dir.), *Global Modernities*, London, Sage, 1995, p. 25.

⁹⁵¹ P. Allott, *Eunomia : new order for a new world*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 284, t.d.a. : « *The atomic sovereign states are becoming cellular societies surrounded by permeable membranes, societies whose life is organized by systems contained within their cells but whose life depends also on the participation of the cells in higher systems whose effects flow into and out of the cells.* ».

⁹⁵² Cf. N. Walker, « Out of Place and Out of Time : Law's Fading Co-ordinates », *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009, n° 1 ; dans un sens similaire, prônant l'avènement du paradigme du réseau, F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.* ; ou encore, G. Teubner, « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », in G. Teubner (dir.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 3.

⁹⁵³ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, *op. cit.*.

communautaire⁹⁵⁴, il convient de souligner que dépeindre le droit de l'Union européenne sous les traits d'un système juridique de type international équivaut à minimiser sa 'sui-généricité'. Plus que cela, une telle caractérisation ne permet pas de capturer un pan entier des rapports entre l'Union européenne et les Etats membres. En effet, considérer l'Union européenne comme un droit international, c'est ne mettre en relief que le type de relation qui l'unit ou plutôt la sépare des Etats membres : une relation hétérarchique. C'est passer sous silence le fait que 60 à 80 % des lois nationales sont d'origine communautaire, l'équilibre subtil qui existe entre méthodes d'harmonisation et reconnaissance mutuelle, le système intégré des compétences matérielles de l'Union européenne et des Etats membres dont la stratégie de Lisbonne renouvelée chapeautant des pans entiers des politiques économiques et sociales nationales constitue le développement le plus sophistiqué. C'est enfin passer sous silence le jeu inédit et combiné des principes de primauté, d'effet direct et d'effet immédiat ayant précisément permis l'intégration matérielle européenne dont les phénomènes précités sont les manifestations. Par conséquent, si, sur le plan structurel, les systèmes juridiques nationaux et européen restent distincts, sur le plan matériel se joue une intégration que la description du droit de l'Union européenne en tant que droit international peine à appréhender. « *L'intégration par le droit* »⁹⁵⁵ si souvent citée ne trouve pas expression dans la conceptualisation des rapports Union européenne / Etats membres sous les traits de rapports inter-systémiques. Il convient alors de passer à la résolution de notre seconde question : existe-t-il une hypothèse alternative capable de dépeindre de manière plus adéquate les rapports de système européens ? A cette question, il nous semble possible de répondre positivement et si la première hypothèse évoquée envisageait le cas de rapports inter-systémiques, la seconde hypothèse en revanche, afin de tenter de retranscrire le phénomène d'intégration juridique européenne, consiste à conceptualiser les rapports Union européenne / Etats membres sous la forme de rapports intra-systémiques.

⁹⁵⁴ En effet, comme il a pu être analysé dans le chapitre premier de la partie précédente, le principe de primauté constituait la garantie nécessaire de la pérennité des effets immédiat et direct consacrés un an plus tôt dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *op. cit.*) tandis que la Cour de justice dans ce dernier arrêt avait admis, en même temps que la nature internationale du droit communautaire, que le principe de primauté constituait une question relevant non de sa compétence mais de celle des Etats membres puisqu'il avait trait à l'application du Traité CEE en droit interne. C'est en considération de ces contraintes argumentatives que la Cour réfuta dans son arrêt *Costa* la nature internationale du droit communautaire, l'originalité de celui-ci, corps d'une Communauté hypostasiée, permettant alors la consécration du principe de primauté.

⁹⁵⁵ Cf. M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler (dir.), *Integration Through Law*, Berlin, New-York, W. de Gruyter, 1985.

2. Une hypothèse consacrée : des rapports intrasystémiques

Le défi auquel doit répondre l'hypothèse des rapports intra-systémiques est de retranscrire scientifiquement à la fois l'intégration des droits de l'Union européenne et des Etats membres et la relation hétérarchique qui structure leurs rapports. A cet égard, il convient de récapituler les configurations possibles d'une telle relation entre systèmes juridiques. Pour simplifier, nous prendrons l'exemple d'un rapport hétérarchique jouant entre deux systèmes juridiques A et B.

Premièrement, A et B peuvent être complètement distincts sans aucun lien entre eux ou avec un autre système juridique. C'est le cas précédemment mentionné du rapport entre un système juridique international et un système juridique interne, tous deux dotés d'une autonomie de type primaire.

Deuxièmement, A et B peuvent se trouver dans une relation hétérarchique entre eux mais dans une position hiérarchiquement subordonnée par rapport à un même troisième système juridique : C. C'est ici une possibilité envisagée par Kelsen⁹⁵⁶ notamment⁹⁵⁷ et reprise par Neil MacCormick en ce qui concerne précisément la relation entre Union européenne et Etats membres sous le nom de « *pluralisme sous l'ombrelle du droit international* »⁹⁵⁸. Cependant cette conceptualisation, bien qu'astucieuse, a contre elle le fait que tant les Etats membres que l'Union européenne ne se considèrent pas comme subordonnés par rapport au droit international...

Or, il s'agit en général des seules hypothèses envisagées quant à la configuration d'un rapport hétérarchique entre systèmes juridiques : soit les systèmes juridiques en présence sont tous dotés d'une autonomie primaire soit ils forment les sous-systèmes d'un autre système juridique doté d'une autonomie primaire. Cependant, il nous semble que c'est ici oublier une troisième hypothèse. En effet, si l'on ne considère que A et B, il est évident que la relation qui les lie ne peut être que de subordination ou de coordination. Mais si l'on considère une relation à trois, A, B et C, n'existe-t-il vraiment qu'une seule possibilité de retranscrire la relation hétérarchique jouant entre A et B, celle d'une subordination conjointe à C ? Et si A et B se trouvaient dans une relation hétérarchique entre eux mais au lieu d'être subordonnés conjointement à C, ils subordonnaient conjointement C ? En effet, pourquoi ne serait-il pas

⁹⁵⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 321-322.

⁹⁵⁷ Sur ce point, cf. la très belle étude d'Oliver Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 144 *et seq.* en ce qui concerne cette construction tridimensionnelle relative à l'Etat fédéral.

⁹⁵⁸ N. MacCormick, « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *op. cit.*, p. 527, t.d.a.: « *pluralism under international law* ».

possible de concevoir un système juridique reposant non sur un fondement de validité unique, comme nous l'avons supposé jusqu'à présent en ce qui concerne tant les systèmes juridiques de type international que les systèmes juridiques de type interne, mais sur une pluralité de fondements de la validité ? En effet, Herbert Hart ne considère-t-il pas qu'il existe une pluralité de règles de reconnaissance ? Nous-même n'avons-nous pas affirmé précédemment que le fondement de la validité d'un système juridique était constitué d'un complexe de normes élémentaire originaire ? Le terme 'complexe' laisse supposer la possibilité d'une pluralité de normes originaires. Si l'on prend également l'exemple de la Constitution, celle-ci est composée d'une pluralité de normes constitutionnelles occupant le même rang suprême dans la hiérarchie des normes de l'Etat considéré. Ainsi, pourquoi ne pas imaginer l'existence d'un système juridique C dont le fondement de validité plural se trouverait dans le complexe de normes élémentaire originaire de deux autres systèmes juridiques A et B pris dans une relation hétérarchique ? En effet, comme il a été démontré précédemment, l'unité ou identité d'un système juridique ne repose pas sur l'existence d'un fondement de la validité unique mais, au niveau factuel, sur la clôture herméneutique érigée par le jeu de l'interdiscursivité entre les groupes sémiotiques dudit système et, au niveau scientifique, sur la clôture herméneutique créée par le travail du chercheur. Mais alors la question qui reste à résoudre est la suivante : quel est ce troisième homme ?

Il ne peut s'agir du droit international car il nous semble, comme démontré par Carlo Santulli⁹⁵⁹, que droit international et droits nationaux, d'après leur configuration actuelle, sont pris dans des rapports pluralistes intersystémiques. Cependant, il existe une autre possibilité, celle d'envisager les traités européens comme ne constituant pas le support d'un unique complexe de normes élémentaire originaire mais de deux complexes bien distincts. Selon cette conception, la majorité des normes qu'ils contiennent appartient à l'Union européenne *stricto sensu*, tandis qu'un petit nombre d'entre elles, traitant notamment de la relation entre Union européenne et Etats membres, se rattachent à l'Union européenne *largo sensu*, incarnant le système juridique C dans notre illustration précédente. Ainsi, selon cette hypothèse, le système juridique européen constitue un système juridique tridimensionnel constitué de l'Union européenne *largo sensu* (C), laquelle tient le fondement de sa validité à la fois des systèmes juridiques des Etats membres (As) et du système juridique de l'Union européenne *stricto sensu* (B), pris dans un rapport intrasystémique pluraliste. Il nous semble que la meilleure métaphore illustrant le fonctionnement d'un tel système

⁹⁵⁹ C. Santulli, Le statut international de l'ordre juridique étatique – Etude du traitement du droit interne par le droit international, *op. cit.*.

juridique se trouve peut-être dans la « *dialectique sans synthèse* » évoquée par François Ost et Michel van de Kerchove. En effet, ceux-ci expliquent que « *Merleau-Ponty, un spécialiste des ‘aventures dialectiques’ (...) a correctement conclu que la seule bonne dialectique est une dialectique « sans synthèse »*⁹⁶⁰. *Cette dialectique sans synthèse est dynamique : sa force motrice est le mouvement récursif ou, si l’on préfère, l’interaction qui se développe entre deux pôles vivants. Cela seulement est à même de garantir le ‘retour du troisième terme’, un troisième terme exclu de la logique de la simplicité : non pas une troisième option ‘ex machina’ opposée aux deux autres groupées ensemble, mais un troisième terme analogue à une troisième dimension émergeant du plan dialectique lui-même.* »⁹⁶¹. C’est cette troisième dimension, émergeant de la dialectique se jouant entre Etats membres et Union européenne *stricto sensu* et qui les englobe en retour en donnant sens à leurs interactions que représente l’Union européenne *largo sensu*. L’intégration systémique européenne est le fruit de cette interaction hétérarchique entre Union européenne *stricto sensu* et Etats membres au sein de ce système juridique commun qu’ils contribuent à créer ensemble. Mais alors quelle est la nature de cette union hétérarchique, de cette intégration tridimensionnelle ? Il ne s’agit pas d’un droit international puisqu’il a précédemment été relevé qu’un tel système se trouvait avec les Etats contractants dans une relation intersystémique, et non intrasystémique, pluraliste. Il ne s’agit pas d’un droit national puisque cela signifierait que le droit conventionnel considéré fusionnerait avec les droits nationaux en cause, subordonnés, les systèmes évoqués se trouvant alors dans une relation intrasystémique que l’on pourrait qualifier de moniste en raison de l’existence d’un unique fondement de validité⁹⁶². Comment alors qualifier un système juridique reposant sur une pluralité de fondements de la validité appartenant à des systèmes juridiques distincts c’est-à-dire sur des rapports intrasystémiques pluralistes ? Si le droit interétatique distinct du droit national est un droit international ou système juridique de type international, si l’assimilation d’un droit conventionnel au droit des Etats contractants donne naissance à un système juridique de type interne moniste en raison du caractère unique du fondement de validité de ce dernier, alors le phénomène d’intégration entre un droit

⁹⁶⁰ M. Merleau-Ponty, « interrogation et dialectique » in *Le visible et l’invisible*, Paris, 1964, pp. 129-130.

⁹⁶¹ F. Ost, M. van de Kerchove, « L’idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science du droit ? », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 1993, p. 191, t.d.a. : « *Merleau-Ponty, a specialist in « dialectical adventures », (...) has rightly concluded that the only good dialectic is one “without synthesis”. This dialectic without synthesis is dynamic : its driving force is the recursive movement, or interaction if you prefer, which develops between two live poles. Only this can guarantee the “return of the third term”, the third term excluded from the logic of simplicity : not a third option “ex machina” opposed to the other two lumped together, but an internal third term analogous to a third dimension rising from the dialectic plane itself.* ».

⁹⁶² Par cette expression, nous signifions simplement que le fondement de validité en cause est situé au sein d’un unique système juridique.

interétatique et des droits nationaux, tous souverains, peut être décrit comme donnant naissance à un système juridique de type interne pluraliste, en raison de la pluralité de son fondement de la validité. Il s'agit selon nous de l'hypothèse la plus adéquate afin de traduire à la fois l'autonomie primaire de l'Union européenne *stricto sensu* et des Etats membres et leur intégration systémique. En effet, la logique de ladite intégration peut être décrite comme une extension des compétences matérielles de l'Union européenne *stricto sensu* accompagnée corrélativement d'une interpénétration croissante entre Union européenne *stricto sensu* et Etats membres par un approfondissement de leur dialogue et une inclusion plus poussée des organes des Etats membres dans le processus de décision européen *stricto sensu* soit une adaptation corrélatrice des règles de compétences formelles, des normes d'habilitation, au niveau à la fois de l'Union européenne *stricto sensu* et des Etats membres. Une telle intégration peut être schématiquement illustrée de la façon suivante aux trois niveaux de l'échelle normative : constitutionnel, législatif et exécutif. Au niveau constitutionnel, une fois les traités européens entrés en vigueur – à l'élaboration desquels ont participé les Etats membres –, s'établit un dialogue entre Cour de justice et juridictions nationales, gardiennes de leurs systèmes juridiques respectifs, avec pour obje(c)t(if) la négociation de l'identité constitutionnelle européenne *largo sensu*. De plus, l'article 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁹⁶³ posant les bases du système intégré de compétences européen précédemment évoqué relève de l'Union européenne *largo sensu*. Au niveau législatif, l'implication des parlements nationaux dans le processus d'élaboration des normes

⁹⁶³ « Article 2 :

1. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union.
 2. Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne.
 3. Les États membres coordonnent leurs politiques économiques et de l'emploi selon les modalités prévues par le présent traité, pour la définition desquelles l'Union dispose d'une compétence.
 4. L'Union dispose d'une compétence, conformément aux dispositions du traité sur l'Union européenne, pour définir et mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune.
 5. Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines.
- Les actes juridiquement contraignants de l'Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.
6. L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine. ».

européennes *stricto sensu*⁹⁶⁴ démontre l'approfondissement de l'intégration systémique européenne car elle est étroitement liée à l'accroissement des compétences de l'Union européenne *stricto sensu*. En effet, celui-ci équivaut le plus souvent à une perte de pouvoir des parlements nationaux, peu ou pas impliqués dans les activités menées par les branches gouvernementales du pouvoir national représentées par le Conseil, organe législatif, au niveau de l'Union européenne *stricto sensu*. Cette compensation du déséquilibre de la balance des pouvoirs interne, au sein des Etats membres, suscité par le transfert de compétences relevant normalement de la compétence législative des Parlements nationaux – quelles qu'en soient les modalités – au profit de l'Union européenne *stricto sensu*, est précisément la marque de l'approfondissement de l'imbrication entre niveaux⁹⁶⁵ nationaux et européen *stricto sensu*⁹⁶⁶. Au niveau exécutif, si la compétence de principe d'exécution du droit de l'Union européenne (*stricto sensu*) appartient normalement aux Etats membres, le développement d'un droit tertiaire européen (*stricto sensu*) a entraîné la création de mécanismes permettant la participation des autorités nationales à la fonction exécutive européenne *stricto sensu* exercée par la Commission européenne, sous la forme de comités comitologie dont l'implication varie

⁹⁶⁴ Cf. A ce sujet l'évolution des différents protocoles sur le rôle des parlements nationaux.

⁹⁶⁵ Olivier Beaud, dans le contexte quelque peu similaire de sa théorie de la Fédération, suggère d'évoquer des « instances » plutôt que des niveaux, « pour ne pas véhiculer implicitement l'idée d'une quelconque hiérarchie entre les instances », O. Beaud, Théorie de la Fédération, *op. cit.*, p. 132, note en bas de page 1.

⁹⁶⁶ Cependant, il ne faudrait pas que l'exemple choisi laisse à penser qu'il s'agit ici d'un phénomène récent. Le lien entre compétences au sens matériel et au sens formel a toujours été présent et fait partie de la logique même de l'intégration systémique européenne. On peut ici citer l'exemple de l'utilisation des dispositions dites fonctionnelles du Traité relatif à la Communauté européenne en vue d'étendre le champ des compétences de l'Union européenne *stricto sensu*. Celle-ci n'a été possible qu'en raison et pour le temps de l'utilisation de la règle de l'unanimité au sein du Conseil. Le passage à la règle de la majorité a signé l'arrêt de cette extension fonctionnelle et le réveil du principe d'attribution des compétences. On peut ici citer le cas des articles 94 et 95 TCE concernant l'harmonisation des dispositions nationales touchant à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Ceux-ci ont servi de base au développement de politiques dont le lien avec le marché a pu sembler parfois des plus ténus. Cependant une telle évolution s'est produite avec le consentement des Etats membres, ceux-ci votant les mesures d'harmonisation à l'unanimité aux grandes heures de ce dynamisme communautaire (cf. S. Weatherhill, Law and Integration in the European Union, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 53 ; G. Close, « Harmonization of laws: Use or Abuse of Powers under the EEC Treaty? », *European Law Review*, 1978, n° 3, p. 461), c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, lequel par l'insertion dans le TCE d'un nouvel article : 100A, futur article 95, a introduit la possibilité pour le Conseil d'adopter des mesures d'harmonisation à la majorité qualifiée. Ont ainsi été permis les premiers développements en matière de protection des consommateurs ou encore d'environnement avant d'être consacrés au rang de véritables politiques européennes dans le TCE par l'Acte unique européen au prix parfois d'un imbroglio quant à la base juridique appropriée à l'adoption de mesures dans ces matières. Les Etats membres, pris individuellement, ne maîtrisant plus entièrement le processus d'harmonisation conduisant à une extension tacite des compétences de la Communauté, devinrent beaucoup plus vigilants quant à cette question. En conséquence, la clause de l'article 5 paragraphe 1 du TCE posant le principe de l'attribution des compétences de la Communauté jusque-là dormante se retrouva au centre du jeu d'équilibre inter-institutionnel sur le plan horizontal et, sur le plan vertical, au cœur de la définition de l'autonomie régulatrice et de l'allocation des compétences Etats membres / Union européenne. (Sur la question, cf. S. Weatherhill, « Why object to the harmonization of Private law by the EC? », *European Review of Private Law*, 2005, n° 5, p. 633, spéc. p. 636 *et seq.* ; K. Lenaerts, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *op. cit.*, p. 220 ; C.J.C.E., 5 octobre 2000, « Tobacco Advertising », *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, C-376/98, , *Rec.*2000, p.I-10799, pt 83).

en fonction du caractère sensible du sujet en cause⁹⁶⁷. Cette matrice de l'intégration systémique européenne dont la logique vient d'être brièvement illustrée ne peut guère être prise en compte par une description de l'Union européenne sous les traits d'un droit international. Ceci ne manque pas de rappeler l'affirmation de Dionisio Anzilotti selon laquelle si le droit d'origine interétatique en cause consiste en un droit commun, il ne peut alors s'agir d'un droit international⁹⁶⁸. Il ne s'agit pas non plus d'un système juridique de type interne moniste car, s'il y a intégration, celle-ci ne s'apparente pas à une fusion entre l'Union européenne et les Etats membres puisque ceux-ci, tous souverains, entretiennent une relation hétérarchique. L'Union européenne *largo sensu* constitue cependant bien un système juridique de type interne, soulignant la spécificité et l'importance de l'intégration systémique européenne, mais pluraliste, signalant le caractère distinct des Etats membres et de l'Union européenne *stricto sensu*, tous dotés d'une autonomie primaire, et permettant de décrire adéquatement la chaîne d'imputation des normes et les responsabilités correspondantes. L'équilibre qui se crée entre ces deux niveaux, l'Union européenne *stricto sensu* et les Etats membres, peut être analysé comme une forme de balance des pouvoirs. Cependant, celle-ci n'est pas bi-horizontale ou bi-dimensionnelle, Union européenne *stricto sensu* d'un côté, Etats membres de l'autre, mais tri-dimensionnelle en raison de l'importance de la relation 'verticale' Union européenne *stricto sensu* / Etats membres. En effet, cette dimension verticale constitue un pont entre les dimensions horizontales précédemment évoquées et est composée en réalité de multiples diagonales. L'écran des Etats est percé et des relations directes entre organes nationaux et européens *stricto sensu* s'organisent par fonction : législative, exécutive, judiciaire mais aussi entre fonctions. De plus, un maillage particulier se retrouve également au niveau horizontal car sont mises en place des modalités de coordination horizontale entre les organes des différents Etats membres. Une telle complexité des rapports Union européenne / Etats membres ne peut être retranscrite par la caractérisation de leur relation comme étant simplement 'dualiste', à 'deux' niveaux, car en ce cas, les rapports envisageables seraient simplement soit de subordination⁹⁶⁹ soit de coordination. Le

⁹⁶⁷ Sur la question, cf. K. Caunes, « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image – Retour vers le futur de la comitologie », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2007, vol. 43, n° 2, p. 297.

⁹⁶⁸ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, *op. cit.*, p. 49 et seq..

⁹⁶⁹ A ce sujet, cf. la très intéressante bien que plus nuancée remarque d'Olivier Beaud dans le cadre de sa théorie de la Fédération des plus pertinentes en l'espèce : « *Le risque alors contenu dans cette représentation [bipartite] est que le juriste glisse très vite de la relation d'englobement, de la relation de ce qu'on pourrait appeler une relation de 'co-appartenance', à une conception hiérarchique où ce qui est englobé, à savoir les Etats membres, devient une collectivité sujette, subordonnée à ce qui l'englobe, à savoir la Fédération. Bref, le danger que porte en elle la conception bipartite est que l'on risque de déduire un peu mécaniquement de cette relation de face à face une relation de commandement et d'obéissance, ou une relation de domination / subordination au sein de*

‘troisième’ niveau de l’Union européenne *largo sensu* permet précisément la prise en compte et la retranscription scientifique de ces interactions multi-dimensionnelles, cœur de l’intégration systémique européenne, pluraliste. Elle en constitue le cadre. A la question, créons-nous ainsi une fiction ? La réponse est négative car cette conceptualisation scientifique constitue la représentation de l’intégration se jouant entre Union européenne *stricto sensu* et Etats membres qu’il serait impossible de décrire autrement. Ainsi, l’utilité de cette conceptualisation de l’Union européenne *largo sensu*, soit des rapports Union européenne *stricto sensu* / Etats membres, sous la forme d’un système juridique de type interne pluraliste et, par conséquent, l’une des utilités de la nouvelle classification ‘tripartite’ des systèmes juridiques proposée (système juridique de type international, système juridique de type interne pluraliste, système juridique de type interne moniste) sont précisément de permettre de penser l’unité dans la diversité caractéristique de l’intégration systémique européenne et donc tout simplement des rapports de système européens. Pour cette raison, ce type de système, interne pluraliste, nous semble être le plus adapté à la représentation scientifique de l’expérience juridique européenne. Si se trouve ainsi résolue l’énigme de la nature des rapports de système européens, quel est l’impact d’une telle conceptualisation sur l’appréhension de la question du caractère réussi ou non de la transplantation de la règle de primauté au sein des ordres juridiques nationaux ? Il est temps de conclure notre syllogisme.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le but de ce second chapitre était de tirer les conclusions de notre syllogisme visant à vérifier si les règles nationales de primauté du droit de l’Union européenne sur le droit des Etats membres peuvent être considérées comme des transplants réussis de la règle européenne de primauté telle que définie par la Cour de justice des Communautés européennes. Or, à cet égard, nous avons pu observer qu’*a priori* les deux conditions nécessaires à la réussite d’un transplant juridique se trouvent remplies en l’espèce. En effet, il a premièrement été possible de dénoter une adaptation réciproque de la règle de primauté et des systèmes juridiques nationaux en permettant ainsi l’appropriation endogène par ceux-ci. Deuxièmement et corrélativement, une telle transplantation a été opérée par les juridictions nationales dans

laquelle l’instance prétendument totale devrait dominer les instances partielles », (emphasis dans le texte), O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, pp. 138-139.

l'objectif de permettre le respect par les Etats membres de leurs obligations communautaires tout en préservant celui des règles incarnant l'identité constitutionnelle desdits Etats. Or, la recherche d'un tel équilibre par les juridictions nationales, nécessaire à une transplantation réussie, a eu pour effet de modifier la signification de la règle de primauté telle que conçue par la Cour de justice. En effet, cette dernière lui prête un caractère absolu alors que, dans la sphère nationale, elle ne peut qu'avoir un caractère relatif. La question qu'une telle modification a suscitée est celle de savoir si, en ce cas, il est réellement possible de conclure à une transplantation réussie. A cet égard, il convient de rappeler qu'il est de la nature même des règles de voir leur sens évoluer, en raison de la centralité de l'ambiguïté et de l'interprétation dans leur définition. Cependant, il faut se garder de confondre évolution et révolution. Or, est constitutif d'une révolution dans la signification d'une règle, empêchant de considérer le transplant dont elle fait l'objet comme réussi, un changement de cadre herméneutique antagonique, c'est-à-dire un antagonisme au niveau des conventions de sens présidant à l'interprétation de la règle considérée entre le système juridique émetteur et le(s) système(s) juridique(s) récepteur(s). En ce cas, on se trouve en présence de deux règles différentes et non d'une seule. La question à laquelle nous avons donc été confrontée a été celle de savoir si la relation de contrariété dans laquelle se trouvent les approches rhétoriques des juridictions européenne et nationales présidant à la définition du sens de la règle de primauté dans chaque système juridique concerné (primauté hiérarchique absolue du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux justifiée par une approche moniste avec primauté du droit de l'Union européenne des rapports Union européenne / Etats membres adoptée par la Cour de justice, primauté hiérarchique uniquement relative justifiée par une approche moniste avec primauté du droit national adoptée par certaines juridictions nationales et primauté d'application relative justifiée par une approche dualiste adoptée par les autres juridictions nationales) est le reflet d'un antagonisme irréductible des cadres herméneutiques dans lesquels se situent et que mobilisent les juridictions en cause. Par conséquent, il nous a fallu percer à jour la nature des rapports de système européens afin de vérifier si leur configuration entérinait ou invalidait l'existence d'un tel antagonisme. Or, il nous été possible de conclure à cet égard que cet antagonisme au niveau des discours rhétoriques des juridictions n'est pas le signe d'une diversité radicale entre les conventions de sens utilisées par lesdites juridictions mais bien au contraire d'une ressemblance frappante. En effet, de tels discours constituent le signe factuel de la souveraineté ou autonomie primaire des systèmes juridiques qui s'en prévalent et s'il existe un point commun entre tous les systèmes juridiques en présence, c'est leur souveraineté. Plus encore, il nous a été possible de démontrer que ce

pluralisme irréductible fait partie de la logique même du système que l'Union européenne *stricto sensu* et les Etats membres constituent ensemble : l'Union européenne *largo sensu*, système juridique de type interne pluraliste. Ainsi l'intégration systémique européenne est-elle placée sous le signe de l'unité dans la diversité et la pluralité de significations de la règle de primauté illustre cette doctrine de l'Union européenne *largo sensu*. Par conséquent, du point de vue de cette dernière, il n'y a guère antagonisme des cadres herméneutiques nationaux et européen *stricto sensu* mais bien au contraire complémentarité. La transplantation de la règle de primauté de l'Union européenne *stricto sensu* aux Etats membres est donc réussie.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

L'objet et l'intérêt de la seconde partie étaient de mettre au jour à la fois le sens du principe de primauté et la nature des rapports de système européens. En effet, la première partie de la thèse a démontré le lien symbiotique existant, selon la Cour de justice, entre règle européenne de primauté et configuration des rapports entre Union européenne et Etats membres. D'un côté, la règle de primauté hiérarchique absolue du droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres constitue la fondation solide de la nature juridique de l'Union européenne, système juridique de type interne moniste auquel les Etats membres se trouvent subordonnés. De l'autre, cette nature étatique de l'Union justifie la conception absolue du principe de primauté. Par conséquent, si les Etats membres acceptaient cette vision du principe de primauté, ils accepteraient du même coup leur subordination à l'Union européenne. Afin de vérifier la fortune de la création prétorienne de la Cour et, corrélativement, la nature de l'Union européenne, nous nous sommes donc lancée, dans la seconde partie, à la recherche de la position des juridictions nationales. Nous avons alors pu constater que, premièrement, il ne pouvait s'agir que d'un transplant volontaire de la règle européenne de primauté par les Etats membres car celle-ci ne dispose d'aucun fondement conventionnel exprès ou direct et que, deuxièmement, si les juridictions ont accepté de procéder à un tel transplant, c'est à la condition de ne pas perdre leur caractère souverain. C'est ainsi qu'est apparue toute la complexité de la question de la définition de la règle de primauté – règle absolue ou relative ? principe attachant à la validité des normes européennes ou simplement à leur applicabilité ? – mais également son enjeu principal et la clef de son mystère, son lien intrinsèque avec la question des rapports de système européens, avec en arrière-fond ou au premier plan la solution à l'énigme suprême : à qui appartient la souveraineté ? C'est donc en étudiant la nature du principe de primauté que nous avons en chemin tenté d'apporter une contribution à la compréhension des rapports de système européens, rapports intrasystémiques pluralistes à même de retranscrire la complexité de l'intégration systémique européenne et la définition elle-même plurale de la règle de primauté.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le but de cette thèse a été de vérifier l'intuition selon laquelle deux des problèmes fondamentaux concernant le droit de l'Union européenne et au sujet desquels un grand nombre d'hypothèses contradictoires ont été formulées se trouvent en réalité intrinsèquement liés. Ces deux grandes interrogations portent respectivement sur la nature juridique de l'Union européenne et la définition du principe de primauté du droit de l'Union européenne. D'un côté, la solution de l'énigme de la nature de l'Union européenne dépend de celle qui est apportée à la question de la nature des rapports Union européenne / Etats membres : coordination ou subordination ? Quel est ou quels sont le(s) système(s) juridique(s) doté(s) d'une autonomie primaire ? Formulé autrement, qui est le détenteur de la souveraineté ? D'un autre côté, la nature du principe de primauté dépend également de la façon dont sont conçus les rapports entre Union européenne et Etats membres. La primauté absolue du droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres défendue par la Cour de justice implique un rapport hiérarchique entre ceux-ci au profit du premier, doté de la souveraineté. La primauté relative du droit de l'Union européenne sur le droit des Etats membres défendue par les juridictions nationales implique soit un rapport hiérarchique au profit du droit national soit un rapport hétérarchique mais elle préserve dans les deux cas la souveraineté des Etats membres. Il apparaît donc que la solution à ces deux problèmes repose sur une question théorique commune : la nature des rapports de système européens. Afin de résoudre cette question et par là même nos deux problèmes, nous sommes partie, suivant une approche inductive, du problème concret de la définition du principe de primauté pour découvrir la façon dont celle-ci était liée à des approches rhétoriques des rapports de système européens pour le moins contradictoires. Nous nous sommes alors efforcée d'identifier la théorie des rapports de système la plus adéquate afin non pas de masquer cet antagonisme mais au contraire de l'expliquer et de lui donner une signification, scientifique. Or, c'est à travers cette tentative d'élucidation des rapports de système européens qu'il nous a été possible ce faisant d'essayer d'apporter quelque éclairage quant à la nature juridique de l'Union européenne. C'est la raison pour laquelle, afin de conclure sur les acquis de cette thèse, nous voudrions nous référer à ceux-ci en fonction de leur apport théorique (§1) et de leur utilité pratique (§2).

§1. Apport théorique

Il serait bien prétentieux de conclure à un quelconque apport théorique du présent travail. Cependant, en raison de l'attachement de l'auteur de ces lignes à la théorie du droit, si cette thèse devait avoir un seul intérêt scientifique, ce serait celui de contribuer au débat relatif à la nature des rapports de système, un débat conçu en des termes positivistes dans la grande tradition du début du XX^e siècle qu'incarnent des auteurs tels que Jellinek, Anzilotti, Kelsen ou encore Merkl, afin que leur pensée ne se transforme pas en simples neiges d'antan. C'est ainsi que, dans la limite, il est vrai, de nos capacités, nous nous sommes essayée à une critique kantienne de la théorie kelsenienne et avons essayé de formuler une conception de la science du droit qui ne soit pas orpheline de la fameuse norme fondamentale kelsenienne mais au contraire grandie par le dépassement de celle-ci. C'est certainement l'enthousiasme ou l'inconscience de la jeunesse qui permet au doctorant de se jeter dans de grandes aventures juridiques. Cependant, il nous semble que c'est précisément l'objet d'une thèse que d'essayer de clarifier certains points de droit. C'est également dans cet esprit que nous avons proposé une théorie pluraliste des rapports de système ainsi qu'une nouvelle classification des systèmes juridiques : à côté des systèmes juridiques de type international et au sein des systèmes juridiques de type interne, nous avons opéré une distinction entre systèmes juridiques de type interne monistes caractérisés par un unique fondement de validité et systèmes juridiques de type interne pluralistes caractérisés par une pluralité de fondements de validité. Néanmoins, la valeur de tout travail théorique est fonction de son utilité pratique. Quelle est donc celle de cette thèse ?

§2. Utilité pratique

Les différents éléments théoriques que nous venons d'indiquer : redéfinition de la science du droit, théorie pluraliste des rapports de système, reclassification des types de systèmes juridiques ont été élaborés au fur et à mesure que nous nous trouvions confrontée à des problèmes de conceptualisation du droit de l'Union européenne et de ses rapports avec les Etats membres. En effet, le principal problème que soulève l'appréhension du droit de l'Union européenne provient avant tout d'un manque de concepts ou plutôt du caractère inadapté des concepts traditionnels que l'apparition de ce droit vient bousculer. L'Union européenne est un phénomène juridique récent que les cadres conceptuels façonnés pour répondre aux besoins de la pratique nationale ou inter-nationale ont du mal à appréhender. Elle constitue un

approfondissement de la coopération entre Etats souverains à un niveau jusque-là inconnu. Et comme très souvent, la pratique progresse plus vite que la théorie. Cependant, l'absence de théories adaptées peut être source de difficultés car l'on manque soudain de cadres de pensée et certains problèmes peuvent alors se trouver sans solution. Le principe de primauté est un exemple topique à cet égard. C'est ainsi que la conceptualisation des rapports Union européenne / Etats membres sous une forme tridimensionnelle : droit de l'Union européenne *stricto sensu* et droits nationaux, tous souverains, dont l'intensité des interactions constitue la source de la création d'une troisième dimension : l'Union européenne *largo sensu* qui les englobe en retour, permet de faire droit aux différentes conceptions de cette primauté, relative ou absolue, sans en exclure aucune et au contraire, en les représentant comme complémentaires. Elle permet de révéler les logiques et stratégies présidant au dialogue entre juridictions nationales et européenne *stricto sensu*, dont la définition plurale de la règle de primauté du droit de l'Union européenne est une illustration. De façon plus générale, la conceptualisation de l'Union européenne *largo sensu* elle-même en tant que système juridique de type interne pluraliste, soit la représentation de la relation hétérarchique entre Union européenne *stricto sensu* et Etats membres sous la forme de rapports intrasystémiques, permet selon nous de capturer l'intégration juridique européenne se jouant tant sur le plan formel des interactions entre organes nationaux et européens *stricto sensu* que sur le plan matériel des compétences européennes *largo sensu*. Il nous semble donc que les théories proposées ont une utilité pratique principale : celle de représenter l'expérience juridique européenne de la manière la plus adéquate ou, tout du moins, la plus complète possible, condition nécessaire à la conceptualisation de cette expérience par les acteurs du droit nationaux et européens eux-mêmes leur permettant non seulement de cerner mais encore de résoudre de manière peut-être plus satisfaisante qu'auparavant les problèmes relatifs au droit de l'Union européenne et à ses rapports avec les droits nationaux auxquels ils se trouvent confrontés quotidiennement. Il s'agirait donc ici de boucler un cercle que nous espérons vertueux entre science et pratique du droit, la science extrayant ses concepts de la pratique, laquelle les utilise en retour.

Cependant, lesdites théories pourraient avoir d'autres intérêts en permettant de décrire des phénomènes juridiques autres que l'Union européenne. Ainsi, par exemple, il pourrait être possible de se demander si certaines expériences fédérales, présentes ou passées, ne pourraient pas être avantageusement conceptualisées sous la forme de systèmes juridiques de type interne non monistes mais pluralistes. Dans un autre domaine, l'absence de nécessité de l'unité-unicité du droit international révélée par la définition unitaire donnée d'un système juridique doté d'une autonomie primaire pourrait peut-être apporter quelque éclairage sur le

débat relatif à l'unité ou à la fragmentation du droit international en facilitant la reformulation de cette question sur le plan des rapports de système. Cependant, il s'agit ici de questions et de défis auxquels il ne nous appartient pas de répondre dans le cadre de la présente thèse. Comme Guillaume Tusseau le mentionnait fort à propos en conclusion de sa propre thèse : « *il semble en conséquence possible de comprendre, ainsi que le suggérait L. Wittgenstein, que les concepts mènent à des investigations, en étant tout à la fois le fruit et le guide de notre intérêt.* »⁹⁷⁰. Si cette thèse a eu pour objet de sonder la nature juridique de l'Union européenne, peut-être sera-t-elle la source d'autres investigations.

⁹⁷⁰ G. Tusseau, Les normes d'habilitation, *op. cit.*, p. 645.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

I. OUVRAGES

A

Alland, D. (dir.), Droit international public, Paris, Presses Universitaires de France, 2000

Allott P., Eunomia : new order for a new world, Oxford, Oxford University Press, 1990

Alter K.J., Establishing the Supremacy of European Law – The Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford, Oxford University Press, 2001

Anzilotti D., Scritti di diritto internazionale pubblico, Padoue, CEDAM, 1956, tome premier

Anzilotti D., Cours de droit international, Paris, LGDJ, 1999

Arendt H., Condition de l'homme moderne, Paris, Calmann-Lévy, 1961 et 1983

Aristote, Poétique, Paris, Ed. Jules Delalain et Fils, 1874

Atienza M., Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=710>

Atienza M., Le raisonnement juridique. Théorie de l'argumentation juridique, Bruxelles,
Catalogue F.U.S.L.

Atiyah P.S., Summers R.S., Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford, Oxford University Press, 1996

B

Bachelard G., La formation de l'esprit scientifique, Paris, 1969

Balchère P., Droit constitutionnel, Paris, Hachette supérieur, 2005

Barents R., The Autonomy of Community Law, La Haye, Kluwer Law International, 2004

Beaud O., Théorie de la Fédération, Paris, Presses Universitaires de France, 2007

Beaud O., La puissance de l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France, 1994

Beckett S., En attendant Godot, Paris, Editions de Minuit, 1952

Bergel J.-L., Méthodologie juridique, Paris, Presses Universitaires de France, 2001

Bergson H., La pensée et le mouvant, Paris, Presses Universitaires de France, 1^{ère} éd., 1938, 14^{ème} éd. 1999

Blumann C., Dubouis L., Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2005

Bobbio N., Teoria dell'ordinamento giuridico, Turin, G. Giappichelli, 1960

Borges J.L., Fictions, Paris, Gallimard, 1991

Bredimas A., Methods of Interpretation and Community Law, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1978

Burdeau G., Hamon F., Troper M., Droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 29^e éd., 2005

C

Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J.H.H. (dir.), Integration Through Law, Berlin , New-York, W. de Gruyter, 1985

Carmelli S., La Constitution italienne et le droit communautaire – Etude de droit comparé, Paris, L'Harmattan, 2002

Carroll L., Through the looking-glass and what Alice found there, 1872, chapitre 6, Electronic Text Center, University of Virginia Library

Castoriadis C., L'institution imaginaire de la société, Paris, Editions du Seuil 1975, réimp. 1999

Chalmers D., Hadjiemmanuil C., Monti G., Tomkins A., European Union Law – Text and Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2006

Chantebout B., Droit constitutionnel et science politique, Paris, A. Collin, 22^{ème} éd., 2005

Claes M., The National courts' mandate in the European Constitution, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2006

Combacau J., Le droit des traités, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, n° 2613, 1991

Constantinesco V., Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés, Paris, LGDJ, 1974

Cotterrell R., The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy, London, Butterworths, 1989

Craig P., Búrca (de) G., EU Law, text, cases, and materials, Oxford, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2008

D

Daillier P., Pellet A., Nguyen Quoc D., Droit international public, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1999

Delmas-Marty M., Les forces imaginantes du droit, t. 1, Le relatif et l'Universel, Paris, Seuil, 2004, t. 2, Le pluralisme ordonné, Paris, Seuil, 2005

Dubos O., Les juridictions nationales, juge communautaire, Paris, Dalloz, 2001

E

Einstein A., Comment je vois le monde, Paris, Flammarion, 1989

F

Finkielkraut A., Petit dictionnaire illustré, Paris, Edition de Seuil, 1981

G

Gadamer H.-G., Truth and Method, Londres, Sheed & Ward, 2^{ème} éd., 1979

Gerkrath J., L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, Bruxelles, ULB, 1997

Greimas A.J., Courtés J., Sémiotique, dictionnaire raisonné de la théorie du langage, Paris, Hachette, 1993

H

Hart H.L.A., The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, 1^{ère} éd., 1961, 2^{ème} éd. 1994, postface de J. Raz

Hartley T.C., Constitutional Problems of the European Union, Oxford et Portland, Hart Publishing, 1999

Hawking S., L'Univers dans une coquille de noix, Paris, éd. Odile Jacob, 2001

Hawking S., Une brève histoire du temps, Paris, Flammarion, 1991

Henne T., Riedlinger A., Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin, BWB Berliner-Wissenschaft, 2005

Herman J., De la Pierre Philosophale, Oubesk, Tetrasomia, 1984

Hume D., An enquiry concerning human understanding, New York, P.F. Collier & Son, 1910, Harvard Classics Volume 37

I

Isaac G., Droit communautaire général, Paris, Masson, 3^{ème} éd., 1993

J

Jackson B.S., Making Sense in Jurisprudence, Roby, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1996

Jackson B.S., Law, Fact and Narrative Coherence, Roby, Merseyside, Deborah Charles Publications, 1988

Jacqué J.-P., Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006

Jellinek G., L'Etat moderne et son droit, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911

K

Kant I., Critique de la raison pure, trad. J. Barni, A.J.L. Delamarre, F. Marty, Paris, Gallimard, 2004

Kant I., Prolegomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme une science, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2001

Kelsen H., Théorie pure du droit, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999

Kelsen H., Il problemà della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, Milano, Giuffrè editore, 1989

Kelsen H., The law of the United Nations, London, Stevens, 1950

Kelsen H., Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtstheorie, Tübingen, 1920

Koskenniemi M., The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870-1960, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2005

Krabbe H., The Modern Idea of the State, La Haye, Martinus Nijhoff, 1922

Kuhn T.S., La structure des révolutions scientifiques, Paris, Flammarion, 1999

Kymlicka W., La citoyenneté multiculturelle, Paris, Editions de la découverte, 2001

L

Lecourt R., L'Europe des juges, Bruylant, Bruxelles, 1976

Legrand P., Le droit comparé, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 3478

Lenaerts K., Van Nuffel P., Constitutional Law of the European Union, London, Sweet & Maxwell, 2^{ème} éd., 2005

Levi E.H., Introducción al razonamiento jurídico, Buenos Aires, Eudeba, 1964

Levi E.H., An introduction to legal reasoning, Chicago, The University of Chicago Press, 1962

Lindeiner-Wildau (von) K., La supranationalité en tant que principe de droit, Leiden, Sijthoff, 1970

Losano M., Sistema e struttura nel diritto, volume II. Il Novecento, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002

Louis J.V., L'ordre juridique communautaire, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1988

M

MacCormick N., Rethoric and the Rule of Law – A theory of Legal Reasoning, Oxford, Oxford University Press, 2005

MacCormick N., Questioning Sovereignty – Law, State, and Nation in the European Commonwealth, Oxford, Oxford University Press, 1999

MacCormick N., Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, Oxford University Press, 1994

MacCormick N., Weinberger O., Pour une théorie institutionnelle du droit, Paris, LGDJ, 1992

Mathieu B., Verpeaux M., Droit constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 2004

Merkel A., Il duplice volto del diritto, Milano, Giuffrè, 1987

Merleau-Ponty M., Le visible et l'invisible, Paris, Gallimard, 1964

Milton G., The European Constitution : Its Origins, Negotiation and Meaning, London, John Harper Publishing, 2005

Monaco R., Diritto delle Comunità europee e diritto interno, Milano, Giuffrè, 1967

Morgenthau H.J., Politics among nations, the struggle for power and peace, New York, Knopf, 4^{ème} éd., 1967

Morgenthau H.J., Scientific man vs. power politics, Chicago, The University of Chicago press, 1946

Morgenthau H.J., La réalité des normes du droit international, fondements d'une théorie des normes, Paris, librairie Felix Alcan, 1934

Motulsky H., Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Paris, 1948

O

Ondua A., Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution de France, Paris, L'Harmattan, 2001

Oppenheimer A. (dir.), The relationship between European Community law and national law: the cases, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

Ost F., van de Kerchove G., De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002

Ost F., van de Kerchove G., Le système juridique entre ordre et désordre, Paris, Presses Universitaires de France, 1988

P

Pactet P., Melin-Soucramanien F., Droit constitutionnel, Paris, A. Colin, 22^{ème} éd., 2005

Paulson S.L. (dir.), Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen, Scientia, 1988

Perelman C., Ethique et droit, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1990

Perelman C., Olbrechts-Tyteca L., Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1976

Pernice I., Fondements du droit constitutionnel européen, Paris, Pédone, 2004

Pescatore P., Etudes de droit communautaire européen 1962-2007, Bruxelles, Bruylant, 2008

Pescatore P., L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975

Pescatore P., Le droit de l'Intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes, Leiden, Sijthoff, 1972

Pettit P., Republicanism, Oxford, Oxford University Press, 1997

Piaget J., Logique et connaissance scientifique, Paris, 1967

Platon, Œuvres, tome dixième, Paris, Rey et Gravier, Libraires, 1834

Porta J., La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, Université Paris X – Nanterre, 2006

Prechal S., Directives in EC Law, Oxford, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2006

Prinssen J.M., Schrauwen A. (dir.), Direct Effect : Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine, Europa Law Publishing, Groningen, 2002

Puissochet J.-P., L'élargissement des Communautés européennes, Paris, éd. Techniques économiques, 1974

R

Raz J., The Authority of Law, Oxford, Oxford University Press, 1979, réimp. 2002

Reuter P., La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, Paris, LGDJ, 1953

Ricoeur P., Sois-même comme un autre, Paris, Editions du Seuil, 1990

Rideau J. (dir.), Les Etats membres de l'Union européenne – Adaptations – Mutations – Résistances, Paris, LGDJ, 1997

Rideau J., Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2006

Ross A., Constitution of the United Nations : analysis of structure and function, New York, Rinehart, 1950

S

Samuel G., Epistemology and Method in Law, Aldershot, Ashgate Publishing, 2003

Santulli C., Le statut international de l'ordre juridique étatique – Etude du traitement du droit interne par le droit international, Paris, Pédone, 2001

Scelle G., Précis de droit des gens : principes et systématique, Paris, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1984, reproduction édition Paris, Librairie de Recueil Sirey, 1934

Schopenhauer A., Le monde comme volonté et comme représentation, Paris, Presses Universitaires de France, 2004

Schwarze J. (dir.), Le droit administratif sous l'influence de l'Europe, Bruxelles, Bruylant, 1996

Sénèque, Apprendre à vivre – Lettres à Lucilius, Paris, Editions Arléa, 2001

Sidjanski D., Le principe de supranational et le processus d'intégration dans les Communautés européennes, Paris, Institut des Hautes Etudes Internationales, 1962

Simon D., Le système juridique communautaire, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} éd., 2001

Slaughter A.-M., Stone Sweet A., Weiler J.H.H. (dir.), The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, Oxford, Hart publishing, 2^{ème} éd., 2000

T

Taylor C., Sources of the Self: The Making of the Modern Identity, Cambridge, Cambridge University Press, 1989

Toulmin S., Les usages de l'argumentation, Paris, Presses Universitaires de France, 1993

Toulmin S., The Uses of Argument, Cambridge, Cambridge University Press, 1980

Troper M., Le gouvernement des juges, mode d'emploi, Québec, PUL, 2006

Troper M., La théorie du droit, le droit, l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France, 2001

Troper M., Pour une théorie juridique de l'Etat, Paris, Presses Universitaires de France, 1994

Tusseau G., Les normes d'habilitation, Paris, Dalloz, 2006

V

Virally M., Remarques sur la classification des organisations internationales, Miscellanea Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, Paris, Bruylant LGDJ, 1972

Visscher (de) P., La Communauté européenne du charbon et de l'acier et les Etats membres, Centre italien d'études juridiques, Congrès international d'études sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Milan, Giuffrè, 1957

W

Watson A., The Making of the Civil Law, Cambridge, Harvard University Press, 1981

Weatherhill S., Law and Integration in the European Union, Oxford, Clarendon Press, 1995

Weiler J.H.H., The Constitution of Europe, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Wittgenstein L., Recherches philosophiques, Paris, nrf – Editions Gallimard, 2004

Z

Zoller E., Droit constitutionnel, Paris, Presses Universitaires de France, 2^{ème} éd., 1998

II. ARTICLES

A

- Albino L., « Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario*, 2001, n° 6, p. 923
- Allot P., « Epilogue: Europe and the dream of reason », in Weiler J.H.H., Wind M. (dir.), European Constitutionalism beyond the State, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 202
- Allott, « Intergovernmental societies and the idea of constitutionalism », in J.-M. Coicaud, V. Heiskanen (dir.), The Legitimacy of International Organizations, United Nations University Press, 2001, p.
- Armstrong K.A., « United Kingdom – Divided on Sovereignty ? », in Walker N. (dir.), Sovereignty in Transition, Oxford, Hart, 2003, p. 327
- Astengo F., « The Europeanisation of the Italian Constitutional Court », *European Integration*, 2004, vol. 26, n° 2, p. 125
- Azoulay L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, vol. 44, n° 1, p. 29
- Azoulay L., « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *Revue Française de Droit Administratif*, 2003, p. 859
- Azoulay L., « La ratification du Traité de Nice par la France – Technique juridique et mobilisation politique », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2002, vol. 3, p. 405

B

- Barber N., « Legal Pluralism and the European Union », *European Law Journal*, 2006, vol. 12, p. 306
- Barbera A., « Corte costituzionale e giudici di fronte ai 'vincoli comunitari' : una ridefinizione dei confini ? », *Quaderni costituzionali*, 2007, a. XXVII, n° 2, p. 335
- Barile P., « Il cammino comunitario della Corte », *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, n° 12, p. 2405
- Beach D., « Towards a new method of constitutional bargaining ? », *Federal Trust Online*, 2003, n° 13

- Beaud O., « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht – Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, p. 1045
- Béchillon (de) D., « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire – Malaise dans la Constitution », *Revue Française de Droit Administratif*, 1998, p. 225
- Bell J., « Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe » in Beatson J., Tridimas T. (dir.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, Hart, 1998, p. 147
- Bengoetxea J., Moral Soriano L., MacCormick N., « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the Court of Justice », in Búrca (de) G., Weiler J.H.H., *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 73
- Berger N., « Les origines du processus constitutionnel européen », in Amato G., Bribosia H., De Witte B. (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 3
- Besson S., « From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice? », *European Law Journal*, 2004, vol. 10, p. 257
- Bribosia H., « De la simplification des Traités au Traité constitutionnel », in Amato G., Bribosia H., De Witte B. (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 187
- Búrca (de) G., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harvard International Law Journal*, 2009, vol. 1, n° 51, *Fordham Law Legal Studies Research Paper*, 2009, n° 1321313
- Burgorgue-Larsen L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC no 1/2004) : un Solange II à l'espagnole », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 154

C

- Cannizzaro E., « La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale », *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, n° 1, p. 1
- Capotosti P.A., « Quali prospettive nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia », *Quaderni costituzionali*, XXII, n° 3, 2002, p. 559
- Carnap R., « Empiricism, Semantics, and Ontology », *Revue Internationale de Philosophie*, 1950, vol. 20, n° 4 ; Supplément in *Meaning and Necessity : A Study in Semantics and Modal Logic*, Chicago, University of Chicago Press, 1956
- Casper G., « The Karlsruhe Republic – Keynote Address at the State Ceremony Celebrating the 50th Anniversary of the Federal Constitutional Court », *German Law Journal*, vol. 2, n° 18, 2001

- Castillo de la Torre F., « Commentary on Tribunal Constitucional (Spanish Constitutional Court), Opinion 1/2004 of 13 December 2004, on the Treaty establishing a Constitution for Europe », *Common Market Law Review*, 2005, vol. 42, p. 1169
- Caunes K., « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image – Retour vers le futur de la comitologie », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2007, vol. 43, n° 2, p. 297
- Caunes K., « La nature du système juridique européen – Retour sur le principe de primauté », in Ziller J. (dir.), L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 285
- Cayla O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, p. 4
- Chaltiel F., « Le droit européen dans les manuels de droit constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 22 novembre 2006, n° 233, p. 10
- Constantinesco L.-J., « La spécificité du droit communautaire », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1966, p. 4
- Constantinesco V., « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration – Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, Köln, Heymans, 1984, p. 114
- Cotterrell R., « Is There a Logic of Legal Transplants ? » », in Nelken D., Feest J. (dir.), Adapting legal cultures, Oxford, Hart, 2001, p. 70
- Cotterrell R., « Law and Culture – Inside and Beyond the Nation State », *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper*, 2009, n° 4
- Craig P., « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *European Law Journal*, 2001, vol. 7, p. 125
- Craig P., « What Constitution Does Europe Need ? The House that Giscard Built : Constitutional Rooms with a View », *The Federal Trust for Education and Research*, 2003, n° 26
- Cruz Villalón P., « Conflict between Tribunal Constitucional and Tribunal Supremo – A national experience » in Pernice I., Kokott J., Saunders C. (dir.), The Future of the European Judicial System in a Comparative perspective, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 111
- Curti Gialdino C., « Some reflections on the acquis communautaire », *Common Market Law Review*, 1995, p. 1089
- Curtin D., « The Constitutional Structure of the Union : A Europe of Bits and Pieces », *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30

D

- Daups T., « De la fédération d'Etats-nations et de sa Constitution », *Les Petites Affiches*, 16 juillet 2002, n°141, p. 4
- De Witte B., « Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order », in Craig P., Bùrca (de) G. (dir.), The Evolution of EU Law, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 208
- De Witte B., « Retour à « Costa » – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, p. 425
- Dehousse R., Deloche-Gaudez F., « The Making of a Transnational Constitution : An Institutional Perspective on the European Convention », *Cahiers européens de Sciences-Po*, 2005, n° 2
- Delcourt C., « The acquis communautaire : has the concept had its day ? », *Common Market Law Review*, 2001, n° 38, p. 829
- Deloche-Gaudez F., « La Convention européenne sur l'avenir de l'Europe : ruptures et continuités », in Amato G., Bribosia H., De Witte B. (dir.), Genèse et destinée de la Constitution européenne, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 47
- Dickson J., « How Many Legal Systems ? : Some puzzles regarding the identity conditions of, and relations between, legal systems in the European Union », *Oxford Legal Research Paper Series*, 2008, n° 40
- Douville O., « L' 'identité/altérité', fractures et montages, Essai d'anthropologie clinique », in R. Kaës, Différence culturelle et souffrances de l'identité, Paris, Dunod, 1998, p. 12
- Dowrick F.E., « A Model of the European Communities' Legal System », *Yearbook of European Law*, 1983, n° 3, p. 224
- Dubouis L., « La nature de l'Union européenne », in Cohen-Jonathan G., Dutheil de la Rochère J. (dir.), Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 81
- Dubouis L., « L'accord de Nouméa, l'arrêt *Sarran* et ses suites – Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 57
- Dubouis L., « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in Mélanges J. Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, p. 212
- Dupret B., « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 1.
- Dupuy P.-M. , « The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1997, n° 1, p. 2

Duranti F., « Un singolare conflitto tra Corti in Spagna », *Quaderni costituzionali*, 2004, n° 2, p. 399

E

Edward D., « Direct Effect – Myth, Mess or Mystery ? », *Diritto dell'Unione Europea*, 2002, n° 2, p. 215

Eleftheriadis P., « Begging the Constitutional Question », *Journal of Common Market Studies*, 1998, vol. 36, n° 2, p. 255

Elliott M., « United Kingdom : Parliamentary sovereignty under pressure », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 545

Enériz Olaechea F.J., « La denominada 'Constitución Europea' y la nuevas fuentes del Derecho Comunitario », *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2004, n° 9, parte Estudio, p. 878

F

Fernandez Esteban M.L., « La noción de constitucion europea en la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas », *Revista española de derecho constitucional*, 1994, n° 40, p. 241

Fischer J., « Traduction française du discours sur la finalité de l'intégration européenne prononcé le 12 mai 2000 à Berlin » in Dehousse R. (dir.), Une Constitution pour l'Europe 2, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 229

Flauss J.-F., « Commentaire sous l'arrêt Fraisse », *Gazette du Palais*, 28 décembre 2000, n° 363, p. 7

Fossum J.E., Menéndez A.J., « The Constitution's Gift ? A deliberative democratic analysis of constitution-making in the European Union », *ARENA*, 2005, n° 13

Franck T.M., « Is the U.N. Charter a Constitution? », in Frowein J.A. *et al.* (dir.), Verhandeln für den Friedent – Negotiating for peace – Liber Amicorum Tono Eitel, 2003, p. 95

Frowein J.A., Oellers-Frahm K., « L'application des traités dans l'ordre juridique interne », in Eisemann P.M. (dir.), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, La Haye, Londres, Kluwer Law International, 1996

G

Garlicki L., « Constitutional courts versus supreme courts », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 1, 2007, p. 44

Garron R., « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1969, p. 28

- Gautron J.-C., « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in Rideau J. (dir.), De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens, Paris, LGDJ, 2000, p. 25
- Gautron J.-C., Grard L., « Le droit international dans la construction de l'Union européenne », in Société française pour le droit international, Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux, Paris, Pédone, 2000
- Genevois B., « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 7, p. 101
- Genevois B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 », *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, p. 373
- Goebel R.J., « Joining the European Union : The Accession Procedure for the Central European and Mediterranean States », *International Law Review*, 2003-2004, vol. 1, n° 1, p. 15
- Goebel R.J., « The European Union grows : the constitutional impact of the accession of Austria, Finland and Sweden », *Fordham International Law Journal*, 1994-1995, n° 18, p. 1092
- Grewe C., Ruiz Fabri H., « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in Société française pour le droit international, Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux, Paris, Pédone, 2000, p. 251
- Griffiths A., « Legal Pluralism », in R. Banakar, M. Travers (dir.), An Introduction to Law and Social Theory, Oxford, Hart, 2002, p. 289
- Grimm D., « Integration by Constitution », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 193
- Groppi T., « La 'primauté' del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional : un punto de vista comparado », *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n° 5, p. 226
- Guarnieri C., « La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire – Pouvoir judiciaire, indépendance, responsabilité, recrutement, formation, carrière », in Troper M., Traité international de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 2009
- Guyomar M., « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire – Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* », *Revue Française de Droit Administratif*, 2007, p. 384

H

Haberle P., « Comparación constitucional y cultural de los modelos federales », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, vol. 4, n° 8

Hallstein W., « Intervention devant le Parlement européen sur le rapport F. Dehousse », PE Déb. n° 72, session 1964-1965, séance du 18 juin 1965, reproduit in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1965, p. 247

Halter U., « Pathos and patina : The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination », *Constitutionalism Web-Papers*, 2002, vol. 6, <http://les1.man.ac.uk/conweb/>

Hamon L., « La souveraineté nationale, la Constitution ... et les négociations 'européennes' en cours », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 301

Hoffmann L., « The Convention on the Future of Europe – Thoughts on the Convention Model », *The Jean Monnet Working Papers*, 2002, n° 11

Hoffmeister F., « Constitutional Implications of EU Membership : A View from the Commission », *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2007, vol. 3, p. 59

I

Ipsen H.P., « Über Supranationalität », in Ehmke H. *et al.* (dir.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, p. 271

Isensee J.: « Integrationsziel Europastaat ? » in Due O., Lutter M., Schwarze J. (dir.), Festschrift für Ulrich Everling zum 70. Geburtstag, 1995, p. 567

J

Jacqué J.-P. « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies – L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007, vol. 69, p. 3

Jacqué J.-P., « L'évolution du triangle institutionnel communautaire depuis l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct », in Etudes de droit des Communautés européennes – Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Paris, Pédone, 1984, p. 183

Jacqué J.-P., « A propos de la guerre des juges. Accords et désaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue administrative de l'Est*, 1981, n° 24, p. 5

Jones M.L., « The legal nature of the European Community : a jurisprudential analysis using H.L.A. Hart's model of law and a legal system », *Cornell International Law Journal*, 1984, vol. 17, n° 1, p.1

K

- Kakouris C., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in Liber Amicorum Pierre Pescatore – Du droit international au droit de l'intégration, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 319
- Kelsen H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1926, vol. IV, n° 14, p. 231
- Kirchhof P., « The Balance of Powers Between National and European Institutions », *European Law Journal*, 1999, n° 5, p. 225
- Kleine M., Risse T., « Arguing and Persuasion in the European Convention », *FP6 NEWGOV*, Groupe 1, Projet 3, 2005
- Kleine M., Risse T., « Assessing the Legitimacy of the EU's Treaty Revision Methods », *Journal of Common Market Studies*, 2007, vol. 45, n° 1, p. 69
- Kleinhans M.M., MacDonald R.A., « What is Critical Legal Pluralism ? », *Canadian Journal of Law and Society*, 1998, vol. 12, p. 25
- Kletzer C., « Fritz Sander », in Walter R., Jabloner C., Zeleny K. (dir.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der reinen Rechtslehre, Vienne, Manz, 2008
- Komárek J., « European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of 'contrapunctual' principles », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n° 1, p. 9
- Koopmans T., « The Theory of Interpretation and the Court of Justice », in O'Keefe D. (dir.), Judicial Review in European Union Law – Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 48
- Kortenberg H., « La négociation du Traité – Une vue cavalière », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, vol. 33, n° 4, p. 709
- Kovar R., « La contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen*, 1993, vol. IV, t. I, p. 15
- Kovar R., « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire de l'état de guerre à la paix armée (A propos de l'arrêt du 20 octobre 1989, Nicolo) », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 57
- Krabbe H., « L'idée moderne de l'Etat », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1926, vol. 13, n° III, p. 509
- Krygier M., « Law as Tradition », *Law and Philosophy*, 1986, vol. 5, n° 2, p. 237
- Kühn Z., « The Application of European Law in the New Member States : Several (Early) Predictions », *German Law Journal*, 2005, vol. 6, n° 3, p. 563

Kumm M. « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 262

Kunz J.L., « Revolutionary creation of norms of international law », *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, n° 1, p. 119

Kunz J.L., « Supra-national organs », *American Journal of International Law*, 1952, vol. 46, p. 690

L

La Torre M., « Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law », *Ratio Juris*, 1999, vol. 12, n° 2, p. 182

Lagrange M., « The Court of Justice as a Factor in European Integration », *American Journal of International Law*, 1966-1967, vol. 15, n° 4, p. 709

La Mare (de) T., « Article 177 in Social and Political Context », in Craig P., Bûrca (de) G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 215

Lamy (de) B., Deumier P., « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *Les Petites Affiches*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8

Lassalle D., Levrat N., « Un triangle à quatre côtés : l'équilibre institutionnel et le Conseil européen », *Revue d'intégration européenne*, 2004, vol. 26, n° 4, p. 431

Leben C., « Fédération d'Etats-nations ou Etat federal? » in "Symposium: Responses to Joschka Fischer", *Jean Monnet Working Paper*, 2000, n° 7

Leben C., « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, p. 61

Lecourt R., « Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *Mélanges en hommage à Jean Boulouis, L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, 1991, p. 341

Legrand P., « Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity », University of San Diego – School of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper n° 08-071, p. 365

Legrand P., « What 'Legal Transplants' ? », in Nelken D., Feest J. (dir.), *Adapting legal cultures*, Oxford, Hart, 2001, p. 55

Legrand P., « European Legal Systems Are not Converging », *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, n° 1, p. 52

Lenaerts, « The Rule of Law and the Coherence of the Judicial system of the European Union », *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, p. 1625

- Lenaerts K., T. Corthaut, « Of Birds and Hedges : the Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », *European Law Review*, 2006, vol. 31, n° 3, p. 287
- Lenaerts K., Van Nuffel P., « La constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *Cahiers de droit européen*, 2005, n° 1-2, p. 13
- Lenaerts K., « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *American Journal of Comparative Law*, 1990, vol. 38, p. 205
- Łętowska E., Wiewiórowska-Domagalska A., « The Common Frame of Reference – The Perspective of a new Member State », *European Review of Contract Law*, 2007, n° 3, p. 277
- Łętowska E., Wiewiórowska-Domagalska A., « Social Justice in European Contract Law : a Manifesto », *European Law Journal*, 2004, vol. 10, p. 653
- Levade A., « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 18
- Libchaber R., « La vision du monde de la Cour de cassation », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, p. 672
- Lindahl H., « Acquiring a Community : The Acquis and the Institution of European Legal Order », *European Law Journal*, 2003, vol. 9, n° 4, p. 433
- Luchaire F., « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *Revue du Droit Public*, 1991, p. 1499
- Luther J., « Jueces europeos y jueces nacionales : La Consitución del diálogo (En memoria de Louis Favoreu) », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2005, n° 3, p. 159

M

- MacCormick N., « Discours inaugural - Rentrée académique de l'Institut Universitaire européen 2003-2004 », Florence, Institut Universitaire Européen, 2003
- MacCormick N., « Risking Constitutional Collision in Europe ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 517
- MacCormick N., « Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the 'European Commonwealth' », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, n° 4, p. 333
- MacCormick N., « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, n° 1, p. 1
- Magnette P. (dir.), « La Convention européenne – Anatomie d'un consensus », *Politique européenne*, 2004, numéro spécial

- Magnette P., « La Convention européenne : Argumenter et négocier dans une assemblée constituante transnationale », *Revue Française de Science Politique*, 2004, vol. 54, n° 1, p. 5
- Mancini F., « The Making of a Constitution for Europe », *Common Market Law Review*, 1989, vol. 26, p. 595
- Mangas Martin A., « Algunas reflexiones en torno al proceso jurídico de la integración europea », *Revista de instituciones europeas*, 1977, vol. 4, n°2, p. 402
- Masepow M., « Die Finalität Europas im globalen Kontext : Integrationskonzepte und Perspektiven – Zwischen internationaler Organisation und europäischem Bundesstaat », Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität Berlin, *WHI-Paper*, 2004, n° 16
- Maugüe C., « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, p. 87
- Mayer F., « The European Constitution and the courts », *Jean Monnet Working Paper*, 2003, n° 9, p. 51
- Medhi R., « La double hiérarchie normative à l'épreuve du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Paris, Pedone, 2004, p. 443
- Melissaris E., « The More the Merrier ? A New Take on Legal Pluralism », *Social and Legal Studies*, 2004, vol. 13, n° 1, p. 57
- Merkel A., « Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, n° 2 et 2005, n° 3
- Monjal P.-Y., « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2004, vol. 40, n° 3, p. 443

N

- Nicolaïdis K., « Notre Démocratie européenne. La Constellation Transnationale à l'horizon du Patriotisme Constitutionnel », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p. 13
- Nicolaïdis K., « We, the peoples of Europe... », *Foreign Affairs*, 2004, vol. 83, n° 6, p. 97
- Nicolaïdis K., « Our European Democracy : Is this Constitution a Third Way for Europe ? », in S. Weatherill, Nicolaïdis K., Whose Europe ? National Models and the Constitution of the European Union, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 137

O

Onida V., « 'Armonia tra diversi' e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario », *Quaderni costituzionali*, 2002, n° 3, p. 549

Opsahl T., « An 'International Constitutional Law' ? », *International and Comparative Law Quarterly*, 1961, vol. 10, n° 4, p. 760

Örücü E., « Law as Transposition », *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, p. 205

Örücü E., « Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4.1, p. 15

Ost F., van de Kerchove M., « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, p. 191

P

Panara C., « I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario cinque anni dopo : *quid novi* ? », *Quaderni costituzionali*, 2006, n° 4, p. 796

Pellet A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 5, t. 2, p. 199

Pelloux R., « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *Revue du Droit Public*, 1947, p. 388

Pérez Tremps P., « El concepto de integración supranacional en la constitucion », *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, n° 13, p. 103

Pernice I., « The Treaty of Lisbon : Multilevel Constitutionalism in Action », WHI – Paper, 2009, n° 2

Pernice I., Mayer F., « De la constitution composée de l'Europe », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, vol. 36, n° 4, p. 623

Pescatore P., « Aspects judiciaires de l' 'acquis communautaire' », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1981, p. 617

Pescatore P., « Chapter II – Fédéralisme et intégration : remarques liminaires » in McWhinney E., Pescatore P., Fédéralisme et cours suprêmes et l'intégration des systèmes juridiques, Heule – Bruxelles – Namur, Editions EGA, 1973, p. 10

Pescatore P., « International Law and Community Law – A Comparative Analysis », *Common Market Law Review*, 1970, vol. 7, p. 167

- Pescatore P., « L'apport du droit communautaire au droit international public », *Cahiers de droit européen*, 1970, n° 5
- Pfersmann O., « The new revision of the old constitution », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, p. 383
- Picard E., « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *Revue Française de Droit Administratif*, 1993, p. 47
- Piqani D., « Constitutional Courts in Central and Eastern Europe and their Attitude towards European Integration », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 2, n° 1
- Piris J.-C., « L'union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, vol. 41, n° 2, p. 243
- Piris J.-C., « Does the European Union have a Constitution. Does it need one ? », *Jean Monnet Working Paper*, 2000, n° 5
- Poiares Maduro M., « The importance of being called a constitution : Constitutional authority and the authority of constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 332
- Poiares Maduro M., « Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, *Jean Monnet Working Paper*, 2004, n° 5
- Poiares Maduro M., « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in Walker N. (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- Poiares Maduro M., « Europe and the constitution : what if this is as good as it gets ? », in Weiler J.H.H., Wind M. (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 74
- Pollicino O., « Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo : la saga del mandato di arresto europeo come modello di analisi », *European Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 2, n° 1, p. 220
- Putnam R. D., « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games », *International Organization*, 1988, vol. 42, n° 3, p. 427

R

- Raz J., « On the Authority and Interpretation of Constitutions », in Alexander L. (dir.), *Constitutionalism : Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 152
- Requejo Pages J.L., « Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, vol. 12, n° 34, p. 41

- Richmond C., « Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law », *Law and Philosophy*, 1997, vol. 16, n° 4, p. 377
- Ritleng D., « Le principe de primauté du droit de l'Union », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, vol. 41, n° 2, p. 285
- Robertson R., « Glocalization : Time-Space and Homogeneity-heterogeneity », in M. Featherston, S. Lash, R. Robertson (dir.), *Global Modernities*, London, Sage, 1995, p. 25
- Rosas A., « The European Court of Justice : sources of law and methods of interpretation », in Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J. (dir.), *The WTO at Ten*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, chapitre 28

S

- Sabourin P., « Le jardin à la française du Conseil d'Etat », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 135
- Sacco R., « Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II) », *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, p. 23
- Sadurski W., « 'Solange Chapter 3' : Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union », *EUI Law Working Paper*, 2006
- Sander F., « Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsfahung ? : kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens », *Zeitschrift fuer Oeffentliches Recht*, 1921, n° 2, p. 511
- Sander F., « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, n° 3 et 4, 1919 - 1920, p. 132
- Schilling T., « The Jurisprudence of Constitutionel Conflict : Some Supplementations to Mattias Kumm », *European Law Journal*, vol. 12, n° 2, 2006, p. 173
- Schilling T., « The Autonomy of the Community Legal Order : An Analysis of Possible Foundations », *Harvard International Law Journal*, 1996, vol. 37, n° 2, p. 389
- Schoettl J.-E., « Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel », in Conseil d'Etat, Rapport public 2007 – Jurisprudence et avis de 2006 – L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ?, Etudes et documents n° 58, disponible sur le site internet du Conseil d'Etat, p. 379
- Schoettl J.-E., « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 18 juin 2004, n° 122, p. 10
- Schuppert G.-F : « Zur Staatswerdung Europas », *StWSStP*, 1994, p. 35
- Shaw J., « Process, Responsibility and Inclusion in EU Constitutionalism : the Challenge for the Convention on the Future of the Union », *The Federal Trust for Education and Research – Online Paper*, 2002, n° 1

Simon D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Société française pour le droit international, Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux, Paris, Pédone, 2000, p. 207

Slynn G., « The Court of Justice of the European Communities », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33, n° 2, p. 409

Sorensen M., « Autonomous Legal Orders : Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organisations in the World Legal Order », *International and Comparative Law Quarterly* 1983, vol. 32, n° 3, p. 559

Starr W.C., « Hart's rule of recognition and the E.E.C. », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1977, vol. 28, n° 3, p. 258

Stein E., « Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, p. 1

Stein E., « Toward Supremacy of Treaty Constitution by Judicial Fiat : On the Margin of the Costa case », *Rivista di Diritto Internazionale*, 1965, p. 23

Stirn B., « Juridictions administratives et cours administratives », *Revue administrative*, 1998, n° 301, p. 212

T

Tamanaha B., « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 2000, vol. 27, p. 192

Teubner G., « Legal Irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », *The Modern Law Review*, 1998, vol. 61, n° 1, p. 11

Teubner G., « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », in G. Teubner (dir.), Global Law Without a State, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 3

Timmermans C., « The European Union's Judicial System », *Common Market Law Review*, 2004, vol. 41, p. 393

Triepel H., « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1923, vol. 1, n° 1, p. 77

Troper M., « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 9, p. 2

Turano L., « Spain : *Quis Custodiet Ipsos Custodes* ? : The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo », *International Journal of Constitutional Law*, 2006, vol. 4, n° 1, p. 151

V

- Van Compernelle J., Verdussen M., « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 14, octobre 2002-février 2003
- Vanderlinden J., « Return to legal pluralism : twenty years later », *Journal of Legal Pluralism*, 1989, vol. 28, p. 149
- Varga C., « Documents de Kelsen en Hongrie – Hans Kelsen et Julius Moór », *Droit & Société*, 1987, n° 7, p. 331
- Vedel G., « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, p. 173
- Verdross A., « Le fondement du droit international », *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, 1928, vol. 16, p. 249
- Verdussen M., Lys M., « La guerre des juges a assez duré », 2007, http://www.birmanie.net/doc/070208_libreopinion.pdf
- Verpeaux M., « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 865

W

- Wahl R., « Aux origines du droit public allemand », *Revue du Droit Public*, 2007, n° 3, p. 817
- Waldron J., « Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative », *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1992, vol. 25, p. 751
- Walker, N., « Out of Place and Out of Time : Law's Fading Co-ordinates », *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series*, 2009, n° 1
- Walker N., « European Constitutionalism and the Finalité of Integration », in De Witte B. (dir.), *The Emerging European Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- Walker N., « Europe's Constitutional Momentum and the Search for Polity Legitimacy », *Jean Monnet Working Paper*, 2004, n° 5, p. 19
- Walker N., « Postnational constitutionalism and the problem of translation » in Weiler J.H.H., Wind M. (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 27
- Walker N., « The Idea of Constitutional pluralism », *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, n° 3, p. 317
- Ward I., « Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination », *European Law Journal*, 2001, vol. 7, p. 24

- Watson A., « Legal Transplants and European Private Law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 4.4, paragraphe VII
- Wattel P., « Köbler, CILFIT and Welthgrove : We can't go on meeting like this », *Common Market Law Review*, 2004, n° 41, p. 177
- Weber A., « Zur föderalen Struktur der Europäischen Union im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrags », *Europarecht*, 2004, n° 6, p. 841
- Weiler J.H.H., « On the power of the Word: Europe's constitutional iconography », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, n° 2-3, p. 173
- Weiler J.H.H., « In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg* » in Weiler J.H.H., Wind M. (dir.), European Constitutionalism beyond the State, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 7
- Weiler J.H.H., « Federalism without Constitutionalism : Europe's *Sonderweg* », in Nicolaïdis K., Howse R. (dir.), The Federal Vision : Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 57
- Weiler J.H.H., « The reformation of European constitutionalism », *Journal of Common Market Studies*, 1997, vol. 35, p. 97
- Weiler J.H.H., « The Community System : the Dual Character of Supranationalism », *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, p. 267
- Wengler W., « La crise de l'unité de l'ordre juridique international », in Mélanges offerts à Charles Rousseau, Paris, Pédone, 1974, p. 329
- Weyland I., « The application of Kelsen's theory of the legal system to the European Community Law – The supremacy puzzle resolved », *Law and philosophy*, 2002, vol. 21, n° 1, p. 1
- Whittaker S.J., « Form and Substance in the Reception of EC Directives into English Contract Law », *European Review of Contract Law*, 2007, n° 4, p. 381
- Winter J.A., « Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community law », *Common Market Law Review*, 1972, p. 425
- Wouters J., « National Constitutions and the European Union », *LIEI*, 2000, p. 25
- Wroblewski J., « Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision », *Rechtstheorie*, n° 5, 1974, p. 33
- Wroblewski J., « Legal Decision and its Justification », *Logique et Analyse*, n° 14, 1971, p. 409
- Wyatt D., « New Legal order, or Old », *European Law Review*, 1982, vol. 2, p. 147

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. COUR EUROPÉENNE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- C.J.C.E., 4 février 1959, *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1-58, Rec. p. 43
- C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Royaume des Pays-Bas c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 25-59, Rec. p. 723
- C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Jean-E. Humblet c. Etat belge*, 6/60, Rec. p. 1145
- C.J.C.E., 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, 13-61, Rec. p. 89
- C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec., p. 23
- C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, 6/64, Rec. p. 1156
- C.J.C.E., 22 juin 1965, *Faillite des Acciaierie San Michele SpA c. Haute autorité de la CECA*, ordonnance, 9/65, Rec. p. 35
- C.J.C.E., 1^{er} juillet 1965, *Alfred Toepfer et Getreide-Import Gesellschaft c. Commission de la CEE*, 106 et 107-63, Rec. p. 525
- C.J.C.E., 6 octobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, 9-70, Rec. p. 825
- C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11-70, Rec. p. 1125
- C.J.C.E., 17 mai 1972, *Orsolina Leonisio c. Ministero dell'agricoltura e foreste*, 93-71, Rec. p. 287
- C.J.C.E., 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, 48/71, Rec. p. 529
- C.J.C.E., 7 février 1973, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, 39-72, Rec. p. 101
- C.J.C.E., 10 octobre 1973, *Fratelli Variola*, 34-73, Rec. p. 981
- C.J.C.E., 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV c. Produktschap voor Siergewassen*, 50-76, Rec. p. 137
- C.J.C.E., 31 janvier 1978, *Fratelli Zerbone Snc c. Amministrazione delle finanze della Stato*, 94-77, Rec. p. 99
- C.J.C.E., 8 mars 1979, *Salumificio di Cornuda SpA c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, 130/78, Rec. p. 867
- C.J.C.E., 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629
- C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629
- C.J.C.E., 6 mai 1980, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 102/79, Rec. p. 1473
- C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, Rec. 53
- C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, 294/83, Rec. p. 1339
- C.J.C.E., 11 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, 14/86, Rec. p. 2545
- C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, Rec. p. 4199
- C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame I*, C-213/89, Rec. p. 2433
- C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, 103/88, Rec. p. 1839
- C.J.C.E., Ordonnance du 13 juillet 1990, Rec. p. I-3365

C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357

C.J.C.E., 14 décembre 1991, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du traité – Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, Avis 1/91, *Rec.* p. I-6079

C.J.C.E., 23 mars 1993, *Beate Weber c. Parlement européen*, C-314/91, *Rec.* p. I-1093

C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, C-91/92, *Rec.* p. I-3325

C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029

C.J.C.E., 2 mai 1996, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, C-253/95, *Rec.* p. I-2423

C.J.C.E., 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96, *Rec.* p. I-7411

C.J.C.E., 24 février 2000, *Commission c. France*, C-434/97, *Rec.* p. I-1129

C.J.C.E., 9 mars 2000, *EKW et Wein & Co.*, C-437/97, *Rec.* p. I-1157

C.J.C.E., 5 octobre 2000, « *Tobacco Advertising* », *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, C-376/98, , *Rec.*2000, p.I-10799

C.J.C.E., 11 janvier 2001, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c. Stefan*, C-464/98, *Rec.* p. I-173

C.J.C.E., 26 juin 2003, *Commission c. France*, C-233/00, *Rec.* p. I-6625

C.J.C.E., 10 juillet 2003, *Commission des Communautés européennes c. Banque européenne d'investissement*, C-15/00, *Rec.* p. I-7281

C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, C-224/01, *Rec.* p. I-10239

C.J.C.E., 10 mars 2005, *Commission c. Allemagne*, C-531/03, JO C 115, 14 mai 2005, p. 7

C.J.C.E., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.* p. I-5285

C.J.C.E., 16 juin 2005, *Commission c. Italie*, C-456/03, *Rec.* p. I-5335

C.J.C.E., 5 octobre 2005, *Commission des Communautés européennes c. République française*, C-232/05, *Rec.* p. I-10071

C.J.C.E., 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, *Rec.* p. I-5177

C.J.C.E., 7 juin 2007, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, C-80/06, JO C 170, 21 juillet 2007, p. 7

C.J.C.E., 14 juin 2007, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, C-422/05, JO C 183, 4 août 2007, p. 7

C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, C-321/05, JO C 199, 25 août 2007, p. 6

C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Kozłowski*, C-66/08, JOCE C107, 30 juillet 2008, p. 18

C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P et 415/05 P, JO C 285, 8 novembre 2008, p. 2

II. JURIDICTIONS NATIONALES

A. JURIDICTIONS FRANÇAISES

1. Conseil constitutionnel

- Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*, JORF, 21 juin 1970, p. 5806
- Décision du Conseil constitutionnel n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, JORF, 18 juillet 1971, p. 7114
- Décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, JORF, 16 janvier 1975, p. 671
- Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, JORF, 31 décembre 1976, p. 7651
- Décision n° 77-89 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1978 et notamment ses articles premier et 38 ainsi que l'état A annexé*, JORF, 31 décembre 1977, p. 6385
- Décision n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 et, notamment, son article 6*, JORF, 31 décembre 1977, p. 6385
- Décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort, signé par la France le 28 avril 1983*, JORF, 23 mai 1985, p. 5795
- Décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, JORF, 27 juin 1986, p. 7978
- Décision n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JORF, 5 septembre 1986, p. 10790
- Décision n° 88-1082 DC, 21 octobre 1988, A.N., *Val d'Oise (5^{ème} circ.)*, JORF, 25 octobre 1988, p. 13474
- Décision n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, JORF, 30 décembre 1989, p. 16498
- Décision n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, JORF, 25 juillet 1991, p. 9854
- Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, JORF, 27 juillet 1991, p. 10001
- Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, JORF, 11 avril 1992, p. 5354
- Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, JORF, 3 septembre 1992, p. 12095
- Décision n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, JORF, 25 septembre 1992, p. 13337
- Décision n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, JORF, 5 août 1993, p. 11014

Décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, JORF, 3 janvier 1998, p. 165

Décision n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, JORF, 12 mai 1998, p. 7092

Décision n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, JORF, 26 mai 1998, p. 8003

Décision n° 2001-457 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, JORF, 29 décembre 2001, p. 21159

Décision n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, JORF, 11 décembre 2003, p. 21085

Décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JORF, 10 mars 2004, p. 4637

Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF, 22 juin 2004, p. 11182

Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2004, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, JORF, 26 juin 2008, p. 10228

Décision n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, JORF, 7 août 2004, p. 14077

Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JORF, 24 novembre 2004, p. 19885

Décision n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, JORF, 31 décembre 2005, p. 20730

Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, JORF, 2 avril 2006, p. 4964

Décision n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF, 3 août 2006, p. 11541

Décision n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, JORF, 8 décembre 2006, p. 18544

Décision n° 2007-3844 DC, 13 décembre 2007, *A.N., Bouches-du-Rhône (15ème circ.)*, JORF, 19 décembre 2007, p. 20451

Décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, JORF, 29 décembre 2007, p. 21813

2. Conseil d'Etat

C.E., Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Lebon*, p. 966

C.E., 27 janvier 1967, *Société nationale des importateurs de produits laitiers, Revue du droit public*, 1967, p. 788

C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, n° 62814, *Syndicat général des fabricants de semoules de France, Lebon*, p. 149

C.E., 15 mars 1972, *Dame Sadok Ali, Lebon*, p. 213

C.E., 20 octobre 1972, *Kenniche, Lebon*, p. 660

C.E., 7 juillet 1978, *Croissant, Lebon*, p. 292

C.E., 27 juillet 1979, *Société nationale des fabricants de spiritueux, Revue du droit public*, 1980, p. 214

C.E., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail, Lebon*, p. 384

C.E., 15 février 1980, *Winter, Lebon*, p. 87
 C.E., 22 janvier 1982, *Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables, Lebon*, p. 28
 C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243
 C.E., 24 septembre 1990, *Boisdet, Lebon*, p. 250 (règlement)
 C.E., 28 février 1992, *Rothmans, AJDA*, 1992, p. 210
 C.E., Ass., 28 février 1992, *Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France, Lebon*, p. 78 (directive)
 C.E., Ass., 28 février 1992, *Rothmans International France et S.A. Philip Morris France, Lebon*, p. 80 (directive)
 C.E., 30 octobre 1998, *Sarran, levacher et autres, Dalloz*, 2000, Jur. p. 152
 C.E., 10 janvier 2001, *Région Guadeloupe, Lebon*, p. 7 (décision du Conseil)
 C.E., 27 juin 2001, *Syndicat des producteurs indépendants*, n° 203415
 C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 226514
 C.E. Sect., 1^{er} février 2006, *Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*, n° 239962
 C.E. Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, n° 270767
 C.E. Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, n° 287110

3. Cour de cassation

Cass. civ., 22 décembre 1931, *Dalloz*, 1932, 1, p. 131
 Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull. civ.*, n° 4, p. 6
 Cass. crim., 14 juillet 1988, « Guilbert », *Bull. crim.*, 1988, p. 719
 Cass. crim., 7 novembre 1990, *Bull. crim.*, p. 939
 Cass., Ass. Plén., 2 juin 2000, n° 99-60274, *Mlle Fraisse*
 Cass. crim., 19 décembre 2007, n° 07-82458, inédit

B. COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

Cour constitutionnelle, 9 avril 1963, n° 49
 Cour constitutionnelle, 7 mars 1964, n° 14
 Cour constitutionnelle, 16 décembre 1965, n° 18
 Cour constitutionnelle, 27 décembre 1965, n° 98
 Cour constitutionnelle, 24 juillet 1972, n° 142
 Cour constitutionnelle, 27 décembre 1973, n° 183
 Cour constitutionnelle, 30 octobre 1975, n°232
 Cour constitutionnelle, 14 avril 1976, n° 82
 Cour constitutionnelle, 29 décembre 1977, n° 163
 Cour constitutionnelle, 18 avril 1979, n° 86
 Cour constitutionnelle, 26 juillet 1979, n° 81
 Cour constitutionnelle, 6 octobre 1981, n° 181
 Cour constitutionnelle, 26 octobre 1981, n° 176
 Cour constitutionnelle, 8 juin 1984, n° 170
 Cour constitutionnelle, 22 février 1985, n° 47 et 48
 Cour constitutionnelle, 23 avril 1985, n° 113
 Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 232
 Cour constitutionnelle, 21 avril 1989, n° 289
 Cour constitutionnelle, 11 juillet 1989, n° 389
 Cour constitutionnelle, 2 février 1990, n° 64
 Cour constitutionnelle, 18 avril 1991, n° 168

Cour constitutionnelle, 16 juillet 1991, n° 349
Cour constitutionnelle, 1^{er} juillet 1992, n° 306
Cour constitutionnelle, 30 juillet 1992, ordonnance n° 391
Cour constitutionnelle, 18 avril 1994, 168/1991
Cour constitutionnelle, 10 novembre 1994, n° 384
Cour constitutionnelle, 30 mars 1995, n° 94
Cour constitutionnelle, 7 novembre 1995, n° 482
Cour constitutionnelle, 29 décembre 1995, ordonnance n° 536
Cour constitutionnelle, 7 mai 1996, n° 146
Cour constitutionnelle, 21 mars 2002, ordonnance n° 85
Cour constitutionnelle, 28 mars 2006, n° 129
Cour constitutionnelle, 28 décembre 2006, n° 456
Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 269
Cour constitutionnelle, 13 juillet 2007, n° 284
Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 348
Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, n° 349
Cour constitutionnelle, 24 novembre 2007, n° 349
Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, n° 102
Cour constitutionnelle, 15 avril 2008, ordonnance n° 103
Cour constitutionnelle, 20 juin 2008, ordonnance n° 223
Cour constitutionnelle, 17 décembre 2008, ordonnance n° 415

C. AUTRES JURIDICTIONS NATIONALES

1. *Juridictions belges*

Cour d'arbitrage, 13 octobre 1989, n° 23/89
Cour d'arbitrage, 23 mai 1990, n° 18/90
Cour d'arbitrage, 3 février 1994, n° 12/94
Cour d'arbitrage, 14 janvier 2004, n° 3/2004
Cour d'arbitrage, 16 mars 2005, n° 57/2005
Cour d'arbitrage, 13 juillet 2005, n° 126/2005
Cour d'arbitrage, 28 septembre 2006, n° 145/2006
Cour d'arbitrage, 23 janvier 2008, n° 10/2008

Cour de cassation de Belgique, 27 mai 1971, *Le Ski, Pas.*, I, p. 886

2. *Tribunal constitutionnel polonais*

Tribunal constitutionnel, 27 avril 2005, n° P 1/05
Tribunal constitutionnel, 11 mai 2005, n° K 18/04
Tribunal constitutionnel, 19 décembre 2006, n° P 37/05

3. *Tribunal constitutionnel allemand*

Tribunal constitutionnel, 15 janvier 1958, *BVerfGE*, vol. 7, p.198
Tribunal constitutionnel, 29 mai 1974, *BverfGE*, vol. 37, p. 271
Tribunal constitutionnel, 22 octobre 1986, *BverfGE*, vol. 73, p. 339
Tribunal constitutionnel, 18 juillet 2005, 2 *BVerfGE* 2236/04

4. Tribunal constitutionnel espagnol

Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, n° 1/2004, BOE n° 3, 20050104

5. Cour suprême anglaise

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, *Thoburn v. Sunderland City Council*, 18 février 2002, [2002] EWHC 195 (Admin), [2002] LLR 548, [2003] QB 151

III. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

A. COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE

C.P.J.I., arrêt, 17 août 1923, *Affaire du vapeur Wimbledon*, (France c. Allemagne), série A, n° 1, *Recueil C.P.J.I.*, p. 25

C.P.J.I., avis consultatif, 3 mars 1928, *Affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15, *Recueil C.P.J.I.*, p. 17

B. COUR DE JUSTICE INTERNATIONALE

C.I.J., arrêt, 18 novembre 1953, *Affaire Nottebohm* (exception préliminaire), *Recueil C.I.J.*, p. 111

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE.....	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	5
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	9
Section I. Un problème de catégorisation.....	11
§. 1. Tentatives de classification traditionnelle.....	11
§. 2. A la recherche d'une 'autre voie' européenne.....	13
Section II. Méthodologie adoptée.....	21
§. 1. Une analyse systémique.....	21
§. 2. Une approche inductive.....	25
Section III. Annonce de plan.....	25
PARTIE I. LA CONCEPTION EUROPÉENNE DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ.....	31
CHAPITRE I. Stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice.....	39
Section I. Exposition.....	41
§. 1. Autonomie des Etats membres <i>versus</i> autonomie du droit communautaire.....	42
A. Le principe traditionnel d'autonomie des Etats membres.....	42
1. Un principe classique du droit international.....	42
2. Un principe reconnu en droit communautaire.....	46
a. Un appui jurisprudentiel.....	46
b. Une faiblesse congénitale.....	47
B. Le principe émergent d'autonomie du droit communautaire.....	49
1. Remise en cause de l'autonomie des Etats membres.....	50
2. Affirmation de l'autonomie du droit communautaire.....	56
§2. Contraintes argumentatives.....	57
A. La portée contrastée de l'arrêt <i>Van Gend en Loos</i>	57
1. Contre le principe de primauté.....	57
2. Pour le principe de primauté.....	59
B. L'auditoire de la Cour.....	60
Section II. Intrigue.....	63
§1. Principe de primauté et vision du monde communautaire.....	66
A. Rapports entre droit communautaire et droits nationaux.....	67
B. Identité du droit communautaire.....	68
1. Autonomisation du droit communautaire par rapport au droit international.....	68
2. Autonomisation du droit communautaire par rapport aux droits nationaux.....	69
§2. Principe de primauté et système juridique communautaire.....	72
A. Disqualification du principe d'opposabilité.....	73
B. Consécration du principe de primauté.....	74
Section III. Dénouement.....	75
§1. Le droit communautaire : une nature spécifique originale ?.....	76
§2. La Cour de justice : une nature spécifique originale ?.....	83
Conclusion du chapitre I.....	89

CHAPITRE II. Modélisation systémique de la stratégie argumentative adoptée par la Cour de justice.....	11
Section I. « Système vous avez dit système ? »	
Prolégomènes à toute mise en équation systémique juridique.....	93
§1. Système et autonomie.....	94
A. Deux concepts d'autonomie.....	94
1. Deux types de complexes de normes.....	95
2. Deux types d'unité.....	100
B. Une doctrine partagée.....	104
1. Une doctrine pro-autonomie secondaire contrastée.....	105
a. Une perspective internationaliste du droit communautaire.....	105
b. Une perspective étatiste du droit communautaire.....	107
2. Une doctrine pro-autonomie primaire timorée.....	108
§2. Critères de l'autonomie primaire.....	116
A. Un fondement de validité autonome.....	117
1. Nature du fondement de validité d'un système juridique.....	117
2. Critères de reconnaissance d'un fondement de validité autonome.....	122
a. Identification de la base normative d'un système juridique.....	122
b. Identification de la base factuelle d'un système juridique.....	124
B. Un principe d'interaction autonome.....	125
Section II. Traduction systémique de la position adoptée par la Cour.....	126
§1. Le droit communautaire : un système juridique autonome ?.....	127
A. Le droit communautaire : un fondement de validité autonome ?.....	127
1. Base normative du droit communautaire.....	127
2. Base factuelle du droit communautaire.....	128
B. Le droit communautaire : un principe d'interaction autonome ?.....	129
§2. Schéma systémique communautaire.....	133
Conclusion du chapitre II.....	135
Conclusion de la partie I.....	136
PARTIE II. La réception nationale du principe européen de primauté.....	137
CHAPITRE I. Prémisses de la réception nationale du principe européen de primauté.....	155
Section I. Majeure ou conditions de possibilité et de réussite d'un transplant juridique.....	158
§1. Caractéristiques d'une règle de droit.....	159
A. Centralité de l'interprétation.....	159
B. Centralité de l'ambiguïté.....	167
§2. Caractéristiques d'un transplant juridique.....	175
A. Une controverse : le transplant juridique est-il possible ?.....	175
1. Exposé de la controverse.....	176
2. Evaluation de la controverse.....	178
B. Un processus : la transplantation juridique.....	182
Section II. Mineure ou adaptation réciproque de la règle de primauté et des systèmes juridiques nationaux.....	186
§1. Adaptation des systèmes juridiques nationaux : le contrôle de conventionnalité des normes juridiques nationales.....	191
A. Un archétype dualiste : l'Italie.....	193
1. Reconnaissance progressive de la règle de primauté.....	193
2. Mise en place de mécanismes de contrôle juridictionnel adaptés.....	200
a. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie incidente.....	200
b. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie principale.....	207
B. Un archétype moniste : la France.....	215
1. Un conflit de compétence négatif.....	215
2. Une mise en place progressive.....	219
a. Un principe.....	219
b. Quelques exceptions.....	223

§2. Adaptation de la règle de primauté : le contrôle de constitutionnalité des normes juridiques européennes	223
A. Un archétype dualiste : l'Italie	231
1. Sort du droit communautaire originaire	231
2. Sort du droit communautaire dérivé	235
B. Un archétype moniste : la France	238
1. Contrôle de constitutionnalité <i>a priori</i>	238
a. Période initiale : le contrôle des instruments conventionnels accessoires	240
b. Période contemporaine : le contrôle des instruments conventionnels de base	243
2. Contrôle de constitutionnalité <i>a posteriori</i>	249
a. Hypothèses de contrôle de constitutionnalité direct	250
b. Hypothèses de contrôle de constitutionnalité indirect	259
Conclusion du chapitre I	264
CHAPITRE II. Conclusion de la réception nationale du principe européen de primauté	267
Section I. Une transplantation réussie ?	270
§1. Retour sur les conditions de réussite d'un transplant juridique	270
A. Critère matériel	271
1. Mesure de l'adaptation des systèmes juridiques nationaux	272
2. Mesure de l'adaptation de la règle de primauté	276
B. Critère téléologique	281
§2. Retour sur les conditions de possibilité d'une transplantation juridique	283
A. Hypothèse de la disparition d'une caractéristique fondamentale	284
B. Hypothèse de la substitution antagonique de cadre herméneutique	286
Section II. Nature des rapports de système européens	289
§1. Conditions de possibilité d'une représentation scientifique des rapports de système	296
A. Déconstruction de la théorie kelsenienne : retour sur deux axiomes de la connaissance scientifique	302
1. Que la science constitue ses objets	302
2. Que la science constitue son objet en se constituant	309
B. Reconstruction de la théorie kelsenienne : une reformulation d'inspiration kantienne	313
1. Le principe de <i>Sollen</i> (formel)	314
2. Le principe d'imputation	318
§2. Représentations possibles des rapports de système européens	324
A. Théorie adéquate des rapports de système	325
1. Monisme <i>versus</i> dualisme : un nœud gordien ?	325
2. La clef de l'énigme : le pluralisme	332
a. L'herméneutique de l'herméneutique	332
b. A la croisée du monisme et du dualisme : le pluralisme	338
B. Nature des rapports de système européens	345
1. Une hypothèse écartée : des rapports intersystémiques	348
2. Une hypothèse consacrée : des rapports intrasystémiques	353
Conclusion du chapitre II	359
Conclusion de la partie II	363
CONCLUSION GÉNÉRALE	365
§1. Apport théorique	366
§2. Utilité pratique	366
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	369
TABLE DE JURISPRUDENCE	395