

LE DROIT COMMUNAUTAIRE, DROIT DE PROFESSEURS FRANÇAIS ?

Au début de mon propos, l'exercice de rhétorique nommé *captatio benevolentiae* s'impose évidemment à moi. Le mot juste serait du reste *captatio indulgentiae*. En acceptant l'invitation du Président Portemer, j'ai commis une faute d'imprudence, car je ne suis point historien. J'ai tenté de réparer mon erreur en traitant d'une question d'histoire contemporaine, et même très contemporaine. Ne suis-je point tombé dans une seconde erreur en choisissant pour mon propos un titre trop mystérieux ? Commençons donc par où avaient terminé les compilateurs des Pandectes, en dissertant *de verborum significatione*.

Droit communautaire. Le doyen Boulouis nous a mis en garde hier contre une confusion entre ce terme et celui de droit européen. On entend par Droit communautaire les règles de droit qui ont leur source dans les trois traités institutifs des communautés européennes : le Traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, dit par abréviation Traité C.E.C.A., le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne, dit Traité C.E.E., et le Traité de Rome signé aussi le 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, dit traité C.E.E.A. ou traité Euratom, et dans les traités qui ont complété ou modifié ces traités. Ces actes internationaux sont la source soit directe et immédiate de règles communautaires, soit indirecte et médiate. En effet les traités, et surtout le Traité C.E.E. mettent en œuvre la distinction que fait le droit interne entre la loi et le règlement. Ils posent eux-mêmes les règles fondamentales, et instituent des organes qui ont le pouvoir d'édicter des règlements *stricto sensu*, et des *directives* fixant aux Etats membres des résultats à atteindre mais leur laissant le choix de la forme et des moyens. Le Traité C.E.C.A. nommait ces directives recommandations. Pour désigner les règles qui sourdent directement des traités, on parle à l'ordinaire de droit originaire, pour désigner celles édictées par les institutions communautaires de droit dérivé. Ce droit dérivé du Traité C.E.E. est de nos jours foisonnant.

Droit de professeurs peut s'entendre en deux acceptions, l'une se rapporte aux créateurs du droit et l'autre au contenu de ses dispositions.

Au premier sens, on parlera de droit de professeurs au sujet de textes à l'élaboration desquels les professeurs ont eu une part prépondérante. Il en est de nombreux dans la législation récente. La refonte du Code civil entreprise en 1964 a été faite sur la base d'avant-projets dont M. Jean Carbonnier a été rédacteur, à l'exception de la réforme de l'adoption. Ces textes écrits par le doyen Carbonnier étaient d'une telle perfection qu'en général les assemblées les ont adoptés sans modifications importantes et souvent à l'unanimité. Leur auteur a regretté avec raison qu'en 1974 un Président de la République ait fait réécrire l'un de ses projets par un sous-préfet. Le Nouveau Code de Procédure est essentiellement l'œuvre d'Henri Motulsky et de Gérard Cornu au sein d'une Commission de réforme que je présidais. Le doyen Jean Hémarid et François Terré ont été les principaux rédacteurs de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Rodière celui des lois maritimes.

Considère-t-on le contenu de la règle de droit, le terme de droit de professeurs reçoit une acception matérielle différente. En ce sens, il a été forgé par les Allemands qui ont parlé de *Professorenrecht* pour désigner le travail des Pandectistes durant la préparation du B.G.B. Le terme peut en ce sens être justement appliqué aux constructions des normativistes. Il est souvent teinté d'une nuance péjorative, qu'on ne retiendra pas ici. Le droit des professeurs s'oppose au droit des praticiens. L'un se présente sous une forme systématique, il déduit avec toute la rigueur de la logique formelle les corollaires des postulats qu'il a posés, plus soucieux de cohérence que d'égards aux nécessités pratiques. L'autre, procédant de l'observation des faits s'emploie à la correction des maux avec un moindre souci de rattacher sa thérapeutique à des principes doctrinaux. La Constitution de la première république autrichienne, œuvre de Kelsen, est le modèle du premier. Le titre V^e de la Constitution du 4 octobre 1958, *Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement*, est un parfait exemple du second. A propos de la plupart de ses articles, il serait facile de citer un incident de la vie d'un gouvernement sous la IV^e République, incident souvent fatal, dont le Constituant a voulu prévenir le retour.

Il est, dans l'ordre juridique français, des règles constitutionnelles qui sont de bons exemples de droit de professeurs aux deux acceptions du terme, et qui ne sont point sans rapport à notre sujet, car elles ont grandement facilité la pénétration des règles communautaires. Ce sont les dispositions qui régissent les rapports entre le traité, ou plus généralement les engagements internationaux et la loi. Monisme ou dualisme ? Le débat a divisé la doctrine des internationalistes après la première guerre mondiale. Kelsen a donné un

cours à l'Académie de droit international de La Haye, sous un titre tout à fait professoral : *Du système de rapports entre le traité et la loi*. Son monisme reposant sur le postulat de la primauté du droit international, a généralement rallié la doctrine française du droit public. Il devait être solennellement proclamé par la Constitution du 27 octobre 1946 en ses articles 26 et 28. Le rapporteur général de la Commission de la Constitution était Paul Coste-Floret, professeur à la Faculté de droit de Montpellier, qui était agrégé dans la section de droit privé. Le garde des Sceaux était un professeur de droit public, M. Pierre-Henri Teitgen.

Le titre VI de la Constitution du 4 octobre 1958 qui est relatif aux traités et accords internationaux est — j'en puis témoigner, ayant participé à l'élaboration de l'avant-projet — l'œuvre du Professeur André Gros qui était, à cette époque, à la tête du service juridique au Ministère des Affaires Etrangères. L'article 55 qui réaffirme le monisme est de sa plume, à l'exception de la réserve de réciprocité ajoutée par M. Michel Debré qui était garde des Sceaux.

En 1958, comme en 1946, la règle moniste avait le législateur pour destinataire. Dans les conclusions qu'il a présentées devant le Conseil d'Etat dans l'affaire Nicolo, le commissaire du Gouvernement a dit que le destinataire était le juge. Il avait mal lu le texte et point du tout les travaux préparatoires.

Mais le juge devait s'emparer de l'article 55. Le premier recours formé par soixante députés devant le Conseil constitutionnel, dont j'étais le rédacteur et le premier signataire, tendait à faire juger que la légalisation de l'avortement était contraire au droit à la vie proclamé par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On sait avec quel courage le Conseil Constitutionnel a évité de se mettre en contradiction avec un Président de la République nouvellement élu. Invoquant le principe de la relativité des conventions et la réserve de réciprocité, il s'est déclaré être dans l'heureuse impuissance de contrôler la conformité d'une loi avec un traité antérieur et de sanctionner, le cas échéant, le défaut de conformité.

La Cour de cassation a considéré que le Conseil Constitutionnel laissait un vide. Sa jurisprudence a voulu le remplir. Elle l'a fait à propos d'une règle communautaire, écartant l'application d'une loi interne postérieure qu'elle a jugée contraire à cette règle.

Après avoir résisté, le Conseil d'Etat a finalement aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour de Cassation. Le succès n'a cependant pas été complet pour les « Européanistes ». Le Procureur général eût voulu que la Cour fondât la supériorité du traité invoqué non sur l'article 55 de la Constitution, mais sur la nature propre du Droit communautaire. Ni la Cour de Cassation, ni le Conseil d'Etat ne sont entrés dans cette voie.

Si l'application du Droit communautaire dans l'ordre interne illustre une règle qui a été à l'origine une règle d'un droit de professeurs dans les deux sens du terme, qu'en est-il du Droit communautaire lui-même aux deux sens du terme droit de professeurs ?

La question ne peut recevoir une réponse unique. Des distinctions s'imposent entre les traités, entre les traités et le droit dérivé.

Il semble légitime de considérer que le Droit du Traité C.E.C.A. a été un exemple de droit de professeurs français, que le Traité C.E.E., bien que largement élaboré par des professeurs français n'est pas matériellement un droit de professeurs, qu'enfin le droit dérivé, auquel les professeurs français n'ont point eu part, est par ses constructions un droit de professeurs sans professeurs.

**

LE DROIT DE LA C.E.C.A.

Droit de professeur dû à un professeur.

S'il est un droit méritant d'être qualifié Droit de professeurs, c'est bien celui de la C.E.C.A., et dans les deux sens du terme. Il est permis d'écrire que le principal auteur en a été Paul Reuter.

A. — En 1950, Paul Reuter, agrégé de droit public, enseignait le droit international public à la faculté de droit d'Aix-en-Provence. Il était en même temps l'un des conseillers juridiques du ministère des affaires étrangères. Il était consulté ponctuellement par d'autres administrations et l'était à ce moment par le Commissariat général du Plan sur l'opportunité de renforcer le droit de la concurrence.

De son intervention dans le processus qui a conduit à la déclaration Schuman du 7 mai 1950 puis à la signature du Traité de Rome, nous possédons deux relations, l'une et l'autre assez tardives, la première est de Jean Monnet, la seconde de Paul Reuter lui-même.

Voici le récit de Monnet dans ses Mémoires. La première scène se passe au Commissariat du Plan le mercredi 12 avril 1950 à 10 h 30 du matin :

« ...Le hasard », écrit Monnet, « fit venir jusqu'à mon bureau, rue de Martignac, un jeune professeur de droit que je ne connaissais pas et dont nous prenions l'avis, je crois, sur la législation anti-trust qu'il me paraissait nécessaire de renforcer en France... Je vis aussitôt que les rapports entre la France et l'Allemagne étaient pour lui une préoccupation personnelle et professionnelle à la fois : le droit international pourrait-il faire disparaître les conflits dont les habitants des frontières étaient les plus constantes victimes ?

« J'évoquais devant lui quelques-unes de mes idées qu'il accueillit avec tant d'intelligence et d'enthousiasme que je lui donnai un rendez-vous pour le samedi suivant qui était le 15 avril. Ce jour-là je lui livrai l'essentiel de mon projet de fusion charbon-acier et lui demandai de réfléchir jusqu'au lendemain à la forme de l'organisme qui générerait cet actif commun. Le dimanche nous nous retrouvâmes avec Hirsch à Montfort-l'Amaury. C'est là, dans cette journée, que fût élaborée la première version de ce qui devait être la proposition française du 9 mai. Je ne saurais préciser, à vingt-cinq ans de distance, quelle fut la contribution de chacun de nous trois à ce texte... Je peux seulement dire que sans Hirsch et sans Reuter, il n'eût pas atteint d'emblée la forme élaborée qui fait de lui le véritable document d'origine de la Communauté » (1).

En somme, à croire Monnet, l'idée de la communauté charbon-acier est venue de lui, le projet de fusion était le sien. Reuter aurait fait seulement la mise en forme juridique.

Avec discrétion, P. Reuter a attendu le trentième anniversaire de la déclaration Schuman pour nous donner sa version. Il l'a fait au cours d'une conférence donnée à l'Université de Lausanne le 7 mai 1980, sous le titre « la naissance de l'Europe communautaire ».

Voici le récit de Paul Reuter, bien plus précis, on le verra, que celui de Monnet :

« Et nous voilà au mercredi 12 avril 1950 à 10 h 30 du matin dans le bureau de Rabier, proche collaborateur de Monnet ; il nous a promis des documents sur le financement des investissements publics dans les territoires d'Outre-Mer, au Commissariat au Plan, rue de Martignac. Il m'explique que Jean Monnet, que je ne connais qu'un peu, s'ennuie et que je devrais lui dire bonjour. Malgré ma résistance inspirée par un sentiment de respectueuse déférence, il me pousse dans le bureau de Jean Monnet. Je présente à ce dernier mes respects et lui demande comment il va. Il me répond de sa voix directe : « Mal mon ami », et sur une nouvelle question de ma part il me déclare sans transition : « Ils la lanceront, mon ami, la bombe atomique... et alors... ». Suit une longue explication que dans le jargon de la sociologie l'on pourrait intituler quelque chose comme « Théorie des blocages conflictuels et de la dégénérescence des inerties sociales ». En langage de tout le monde cela pourrait se dire : « Quand les choses ne vont pas et qu'on ne fait rien, c'est le pire qui arrive et dans le monde présent c'est la guerre ». Le remède : ouvrir une perspective nouvelle et commencer par débloquer les esprits. Ceci a été exposé par écrit en termes vigoureux par Jean

(1) J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, p. 349.

Monnet lui-même dans son *Mémoire* du 3 mai 1950 publié par le journal *Le Monde*. Je l'écoute sans rien dire, sous le charme, mais à moitié convaincu ; j'avais trop envie de vivre.

« Puis brusquement il me tend un journal avec un encadré au crayon rouge de son service de presse sur une des propositions d'Adenauer de coopération franco-allemande et me dit : « Qu'en pensez-vous ? ». Je lui dis combien je suis favorable et regrette le silence indifférent de la France. Son opinion à lui est certainement faite : il cherche depuis un certain temps dans cette voie et va tester à une cadence de plus en plus vive certaines formules qui lui trottent par la tête : « Que pensez-vous d'un Parlement franco-allemand ? ». Je fais la grimace : pour quoi faire ? N'est-ce pas déjà fait au Conseil de l'Europe ? Alors surgit une idée bien étrange. Monnet énumère à la suite : les Néerlandais, les Belges, les Luxembourgeois, les Lorrains, les Sarrois, les Alsaciens et les Suisses et me dit : « Tout ce monde là n'est en réalité ni allemand ni français : si dans ce grand sillon rhénan on reconstituait quelque chose comme la Lotharingie, ne serait-il pas plus aisé de faire l'Europe ? ». Je réagis d'une manière très hostile avec des considérations trop évidentes pour être rappelées sauf celle-ci : il faut faire l'Europe par une réconciliation franco-allemande, mais les populations frontalières ont trop souffert, ce ne sont pas elles qui peuvent accepter un relâchement du lien qui les unit à leur patrie. Comme je vois que Monnet à l'air de tenir à son idée je poursuis : « Ne touchez en tout cas pas à leur statut politique, faites quelque chose sur le plan économique, pourquoi pas un plan Monnet pour les régions frontalières ? ». De là, il était facile de passer à l'idée d'une action sectorielle limitée, parce que Ruhr, Sarre, Lorraine, c'était l'industrie lourde, c'est-à-dire le charbon et le fer ; les accords sur les produits de base venaient d'être relancés par la Charte de La Havane. Monnet est tombé d'accord assez vite sur l'idée que c'était sur un point important mais limité qu'il fallait faire porter l'action, mais il ne s'agissait encore que de la région frontalière. Nous nous revîmes cette semaine-là deux fois encore, probablement le vendredi et sûrement le dimanche ; Hirsch et Uri avaient participé aux derniers entretiens et ce n'est que le dimanche que nous fûmes tous convaincus que le projet devait s'étendre à toute l'industrie charbon-acier et pas seulement à celle des confins franco-allemands. Je quittai Monnet à la fin de l'après-midi du dimanche 16 avec mandat de préparer un bref papier, un « cartoon ». Trois mots sont détachés en tête des notes que je viens de prendre : Paix, Europe, France-Allemagne. Je fis ce papier et l'apportai le lundi matin 17 à la secrétaire de Monnet, qui le lut en arrivant à 10 heures, en rediscuta certains éléments et une deuxième version sortit à la fin de la matinée.

Le reste est trop connu pour avoir besoin d'être à nouveau rapporté : depuis le « J'en fais mon affaire » de Schuman, jusqu'à

l'approbation donnée par un Conseil des ministres qui ne mesura pas la portée de l'événement ».

Reuter n'a pas seulement eu la responsabilité de la forme juridique. Il a suggéré, proposé lui-même l'idée qu'il a traduite en règles juridiques. Le Général de Gaulle appelait Monnet « L'inspirateur ». Pour la C.E.C.A., Monnet n'a-t-il pas été lui-même inspiré par Paul Reuter ?

La paternité de l'ordonnancement juridique de la C.E.C.A. lui est, cette fois, pleinement reconnue par Monnet lui-même. Paul Reuter est absent des négociations, plus politiques que juridiques, qui suivirent la déclaration Schuman. Il réapparaît au mois de juillet. Monnet nous apprend quelle fut son action.

« J'avais rappelé Reuter à Paris où il réunit sans désespérer un comité de juristes qui dégagea les points de convergence et les rédigea en projet d'accord : cette méthode permettait de fixer l'acquis sans le faire dépendre des questions restées ouvertes, comme y eussent été portés des négociateurs traditionnels. L'acquis, tel qu'il apparaîtrait dans un mémorandum le 5 août, était déjà le corps des institutions de la future C.E.E. : Haute autorité, assemblée commune, conseil spécial de ministres et Cour de Justice.

Si éminent qu'ait été le rôle historique de Paul Reuter, les idées qu'il a proposées puis qu'il a mises en œuvre, n'étaient pas totalement neuves. Comme le relève M. Pierre-Henri Teitgen, en 1949, la possible résurrection d'un cartel international de l'acier hantait et inquiétait l'opinion informée. André Philip — un autre de nos collègues économistes — avait saisi le Conseil de l'Europe de cette question en août 1949.

Une conférence économique réunie à Westminster par le Mouvement européen avait préconisé la mise en commun de certaines industries, et spécialement des industries sidérurgiques et charbonnières, sous l'autorité d'une institution publique européenne. En décembre 1949, une commission du Conseil de l'Europe avait élaboré un projet de création de « compagnies européennes » sous le contrôle d'un office européen.

L'idée d'une organisation européenne des industries du charbon et de l'acier était, si l'on peut dire, dans l'air. Mais il y avait loin d'idées encore floues et d'un projet d'organisation bien vague à un projet d'organisation structurée, dont le mérite appartient à Reuter et à ses collaborateurs.

B. — L'organisation institutionnelle de la C.E.C.A., à raison de son originalité, a fait naître de nouveaux termes. Organisation supranationale, a-t-on dit. Le terme a fait fortune chez les uns, soulevé de

fortes oppositions de la part d'autres. Monnet a écrit qu'il n'avait jamais apprécié l'expression. D'autres auteurs ont parlé d'organisation préfédérale, ce qui n'est pas une qualification juridique très heureuse car s'appliquant plus à l'objectif lointain des auteurs au traité, qu'à la nature de la Communauté instituée par le traité.

En réalité, il s'agit bien d'une organisation de type fédéral, mais dont la compétence est limitée à un secteur de l'industrie.

On a parlé de souveraineté de la C.E.C.A. dans son domaine de compétence. Le mot n'était pas forcé. Le pouvoir est dévolu à un collège indépendant des gouvernements. Les autorités communautaires ont un pouvoir immédiat sur les entreprises et les ressortissants des Etats membres. L'ordre juridique communautaire est superposé aux ordres juridiques étatiques. Les institutions communautaires ont la possibilité de procéder elles-mêmes à certaines révisions des traités.

L'organisation comporte la trilogie habituelle, même si l'assemblée commune ne peut être assimilée à une assemblée législative. Mais elle a le pouvoir et la fonction qui sont celles d'une assemblée dans un régime parlementaire. Elle a le pouvoir de contrôler la Haute autorité qui est responsable devant elle. Le titre de Haute autorité implique le pouvoir de décision. Apparu plus tardivement dans le schéma, le Conseil spécial de ministres est surtout mis pour la façade, sa mission étant surtout celle d'un relais entre les institutions communautaires et les gouvernements des Etats membres.

Cette transposition et cette adaptation de techniques du fédéralisme, à une organisation internationale ayant une compétence limitée à un secteur de l'économie industrielle, est assez dans les méthodes des professeurs français qui affectionnent les beaux plans, les constructions harmonieuses. Paul Reuter a été le premier commentateur, combien autorisé, du droit de la C.E.C.A. *Ejus fuit interpretari cujus fuerat condere*. La matière et les circonstances s'y prêtaient. La souveraineté des Etats ne semblait pas être trop gravement méconnue par la substitution d'un cartel étatique à des cartels privés.

Mais le modèle était trop beau. Les tentations de l'imiter furent grandes. La mise en place de la C.E.C.A. est contemporaine de la guerre de Corée et de la détermination américaine de réarmer l'Allemagne fédérale. Une Communauté Européenne de Défense fut imaginée afin de faire accepter ce réarmement par l'opinion française notamment et, comme une armée est par excellence l'instrument d'une politique, de la C.E.D. les gouvernements tentèrent de passer à une communauté politique. C'était alors trop vite et trop tôt. L'échec de la C.E.D. entraîna dans sa chute les constructions supranationales en projet.

LE DROIT DU TRAITE C.E.E.

Astuces procédurales agencées par des professeurs

L'échec de la C.E.D. et celui de la Communauté politique rendirent plus retenues les politiques adeptes de l'idée d'une fédération européenne. La reprise du travail de la construction d'abord à Messine, à Venise ensuite, et à Bruxelles enfin, fut prudente. Le doyen Vedel nous le rappelait hier. Les gouvernements mirent deux traités en chantier, l'un était important à leurs yeux, le traité Euratom, à l'autre ils ne voyaient pas grand avenir, le traité C.E.E. Combien est-il difficile de prévoir ! La réalité a été exactement inverse. Le traité Euratom est une plante desséchée, le traité C.E.E. pousse des rejets partout.

Que les deux traités signés à Rome le 25 mars 1957 méritent d'être attribués à des professeurs français n'est sans doute pas exagéré. Le doyen Vedel nous a expliqué quelle place avait été la sienne dans l'élaboration du traité Euratom, quel rôle avaient joué dans l'élaboration du traité C.E.E. Robert Marjolin et Jacques Donnedieu de Vabres. N'oublions pas cependant celui du président de Bresson. Ils appartenaient aux délégations françaises et parvinrent à faire partager leur point de vue assez fréquemment. Ils semblent bien être les inventeurs de ce que le doyen appelait hier les astuces juridiques.

Après le malheur d'une communauté cachexique et d'une communauté avortée, le terme supranational était banni et pas seulement le terme mais aussi la chose. Pas question d'attribuer, à un organe rendu indépendant des Etats membres, un pouvoir de décision s'exerçant à la majorité et s'imposant aux Etats membres, ce qui était caractéristique de la C.E.C.A. Les Etats répugnent toujours à faire de l'assemblée un véritable législateur. Le destin de cet organisme le vouait à une faible utilité. Les Traités de Rome ont conféré les pouvoirs de décision, et notamment le pouvoir normatif au Conseil composé de représentants des Etats membres, normalement de ministres appartenant aux gouvernements des Etats membres. Des juristes, manifestant leur puissante imagination, verront dans la participation de ministres nationaux à ce conseil un exemple de ce dédoublement fonctionnel découvert par Georges Scelle, et que Charles Eisenmann, peu convaincu, disait être plutôt un cumul fonctionnel. Quant aux ministres des Etats membres formant le Conseil, ils ne seraient plus, selon cette explication, des gouvernants nationaux, ils deviendraient les membres d'un organe communautaire et ne devraient être déterminés que par l'intérêt de la Communauté. Combien de ministres siégeant au Conseil ont-ils été pénétrés de cette mission ?... Peut-être quelques Français empreints de l'idéologie communautariste.

Néanmoins, s'ils ne le proclamaient point, des négociateurs, et notamment certains des négociateurs français, auprès desquels Monnet et son équipe formaient un très efficace groupe de pression, écouté des gouvernements, n'avaient pas perdu l'espoir de conduire l'Europe à l'unité en tissant des liens économiques indestructibles entre les Etats membres. Ne pouvant instaurer un fédéralisme avouant son nom, même limité à un secteur, qui du reste devenait énorme dans la C.E.E., les auteurs des traités se sont ingénies à en permettre l'instauration sous une forme atténuée sinon camouflée, et de suppléer la volonté collective des Peuples par des procédés juridiques. Ce sont les astuces juridiques.

Elles étaient fort ingénieuses. Malgré les apparences qui faisaient du Conseil la seule autorité, elles ont assis le pouvoir des deux organes qui, bien que procédant de la désignation faite en commun par les Etats membres, deviennent après leur nomination totalement indépendants de ces gouvernements : la Commission et la Cour de justice.

A la lettre du Traité C.E.E., la Commission n'a de pouvoirs de décision, non négligeables du reste, que pour des mesures d'exécution. Elle n'exerce de pouvoir normatif que par délégation du Conseil, qui est le « législateur » ou plus exactement l'autorité exerçant le pouvoir réglementaire. Mais la Commission a seule l'initiative des mesures que le Conseil peut arrêter. Le Conseil dispose, mais la Commission propose.

Proposer n'est point décider. Néanmoins la différence est moins profonde qu'on pourrait le penser. L'observation montre que le Conseil des Communautés, comme le Conseil des ministres du gouvernement d'un Etat, n'apporte pas la même attention à l'examen de tous les textes sur lesquels il est appelé à délibérer. Encore est-il dans les Conseils des gouvernements un ministre qui rapporte le projet de loi ou de décret, et qui est au moins censé le connaître. L'expérience devait démontrer qu'il est deux sortes de délibérations du Conseil : les unes ont des objets à forte charge politique et donnent lieu à des débats souvent acharnés qui sont quelquefois sans conclusion, les autres, qui ont pour objet la masse des règlements et directives, sont de simples enregistrements.

En réalité, les actes normatifs de la Communauté sont pour la plupart l'œuvre de fonctionnaires, sous la baguette de la Commission. Celle-ci réunit des fonctionnaires nationaux dans ses groupes de travail préparatoires. Près du Conseil, ce sont les représentants permanents, groupés dans un Comité dit bizarrement CO.RE.PER, aidés des fonctionnaires du Secrétariat général du Conseil, qui décident, sous la réserve d'une inscription à l'ordre du jour du Conseil.

Le Conseil ne peut se saisir d'aucune manière si la Commission ne l'a point saisi d'une proposition. Il est dans la situation des assemblées parlementaires aux premiers temps de la monarchie limitée, dont les membres n'avaient point l'initiative des lois. Tout au long de l'examen des textes par le Conseil, la Commission peut modifier ses propositions. Elle est, à l'égard du Conseil, dans une situation qui s'apparente au bi-caméralisme.

L'action de la Commission est facilitée d'ailleurs par l'agencement ingénieux des règles du vote au sein du Conseil. A défaut de conférer des pouvoirs étendus à un organe indépendant des Etats, le traité a prévu dans des cas dont le nombre devait augmenter avec le temps, le passage du vote à l'unanimité à des votes à la majorité qualifiée ou même à la majorité simple.

Quand les pouvoirs du Parlement recevront quelque extension, les amendements au Parlement ne pourront être adoptés qu'à l'unanimité, si la Commission ne les a pris à son compte.

La Commission a la supériorité que confère la continuité et la permanence. Le Conseil est devenu un organe à composition variable. Au Conseil composé des ministres des affaires étrangères, se sont ajoutés des conseils spécialisés. Il y a désormais *des Conseils* plutôt qu'un Conseil.

La mécanique communautaire utilisée intelligemment sinon loyalement, a été le moyen pour des fonctionnaires nationaux obstinés dans leurs idées, de faire passer dans des règlements ou directives communautaires, des dispositions que leur Parlement avait rejetées lorsqu'elles lui avaient été proposées dans un projet de loi. Les directives relatives à la T.V.A. en offrent des exemples.

En face de la Commission, mais certes pas à son opposé, la Cour de Justice. Par ses attributions comportant le jugement du manquement des Etats à leurs obligations résultant du traité, ou celui de la carence d'institutions communautaires, la Cour ressemble à une juridiction internationale, à une juridiction administrative d'un Etat et même à une juridiction constitutionnelle. Une disposition anodine en apparence, l'article 177 du Traité C.E.E., fait d'elle une super-juridiction régulatrice, supérieure aux Cours suprêmes des Etats membres. La C.J.C.E. a une compétence exclusive pour interpréter le Droit communautaire. Ces questions d'interprétation sont préjudicielles devant les juridictions nationales suprêmes qui doivent les renvoyer à la Cour et s'incliner devant l'interprétation donnée par cette dernière. Voilà la C.J.C.E. juge de la conformité des Droits internes avec les dispositions communautaires, originaires ou dérivées.

Un tel arrangement peut-il être qualifié « droit de professeurs » ? Malgré la qualité de ses auteurs, il ne le semble pas. Il lui manque

d'avoir été solennellement posé ; il a été introduit « en douce » dans la discrétion. Il ne prétend pas être une architecture classique, ordonnée et harmonieuse. Il est plus comparable aux divers « trucs » juridiques, rassemblés sous le nom de parlementarisme rationalisé, ensemble de moyens imaginés par des praticiens et inspirés par leur expérience de la pratique.

Quel usage la Cour allait-elle en tirer ?

*
**

LE DROIT DERIVE DU TRAITE C.E.E.

Droit de professeurs... en l'absence de professeurs

Le droit communautaire qui découle directement des traités, des trois traités institutifs et de ceux qui les ont suivis, est désormais complété par un droit dérivé dont le volume ne cesse de s'enfler. Règlements et directives, écrivait et écrit toujours l'article 189 du traité C.E.E. L'acte unique européen qui a inséré dans ce traité un nouvel article 100 A parle indistinctement de « mesures », terme qui semble laisser aux institutions européennes la liberté de choix entre le règlement et la directive. Plus ambitieux des projets tendent à donner aux règlements la dénomination plus noble de « lois européennes ». Mais ils se heurtent à des résistances et à des répugnances.

Dans le foisonnement actuel de règlements et de directives, dont le doyen Jean Boulouis nous démontrait hier qu'il avait fait de la C.E.E. une organisation des plus centralisées, malgré l'invocation faite par certains du principe de subsidiarité, les professeurs français n'ont pas eu grande part. En revanche, la masse réglementaire procède d'une construction juridique édifiée par la Cour de Justice qui présente les caractères matériels d'un véritable « droit de professeurs ».

A. — Autant des professeurs des facultés de droit françaises avaient été actifs dans l'élaboration des traités communautaires, autant leur participation a été faible et même nulle dans l'élaboration du droit communautaire dérivé.

Par son pouvoir exclusif de proposition au Conseil, la Commission a l'initiative et la part majeure dans l'élaboration du droit dérivé. Durant la première période de la vie de la Communauté économique européenne, deux professeurs des facultés françaises, agrégés l'un et l'autre dans la section des sciences économiques, ont

été successivement vice-présidents de la Commission et y ont tenu une place éminente.

Robert Marjolin devenu vice-président dès la mise en place des institutions communautaires, l'est demeuré jusqu'en 1967. Dans son livre si prenant et si émouvant (2), il a exposé ses vues sur le rôle des communautés, et ses vues sont empreintes d'un grand réalisme :

« Si j'essaie de me rappeler mon état d'esprit de l'époque, je me refusais absolument à prendre parti pour ou contre l'Europe fédérale ou l'Europe des Etats ; je penchais, d'une façon quasi instinctive, vers l'idée d'une fédération européenne mais, d'une façon non moins instinctive, je sentais qu'elle n'était pas d'actualité. D'ailleurs, pourquoi se prononcer, puisque, pour des raisons diverses, tous les protagonistes étaient momentanément d'accord pour penser que la chose la plus importante était de donner une réalité au traité de Rome ? En particulier, pour ce qui est du rôle de la Commission, je ne me sentais guère d'inclination pour ceux qui voulaient en gonfler l'importance et la présenter, en ayant recours à des artifices de protocole, comme un gouvernement embryonnaire. La réalité, les pouvoirs que le traité lui avait conférés, me suffisaient. Des objectifs précis, une imagination créatrice, un travail acharné de tous les instants, il y avait là tous les ingrédients nécessaires pour qu'elle pût remplir, et au-delà, ce qui était sa mission dans les circonstances que nous vivions alors ».

Ses responsabilités ne faisaient pas de lui le maître d'œuvre de la réglementation communautaire.

En 1967, M. Raymond Barre devenait à son tour vice-président de la Commission. Il y a joué un rôle très important, mais lui non plus n'a pas eu dans ses attributions le droit d'établissement, le droit de la concurrence et les questions agricoles, domaines dans lesquels s'exerça d'abord l'activité normative. Elle s'est bien étendue depuis lors.

Depuis 1972, les universitaires français n'ont plus compté aucun des leurs dans la Commission des Communautés.

La Cour de justice des Communautés semblait appeler normalement des spécialistes du droit économique qui n'existaient guère que dans l'enseignement du droit. Aucun d'entr'eux n'y a siégé.

Lors de la mise en place de la Cour de Justice de la C.E.C.A., M. Pierre-Henri Teitgen fut nommé juge le 20 août 1951. Il eût été très heureux, écrit-il dans son livre de souvenirs, d'en exercer les fonctions (3).

(2) R. MARJOLIN, *Le travail d'une vie*, Paris, Laffont, 1986, p. 312.

(3) P.H. TEITGEN, *Faites entrer le témoin suivant*, Ouest France, 1988, p. 500.

Malgré l'appui de Robert Schuman, la Commission exécutive du M.R.P., dont il assurait alors la présidence, le supplia à l'unanimité moins une voix de ne pas accepter ; M. Teitgen, à regret, refusa donc d'aller rendre la justice communautaire à Luxembourg.

Durant les deux premières décennies, la Cour compta parmi ses juges deux personnalités qui, autant qu'on puisse discerner le rôle des membres d'un collège juridictionnel, furent écoutés de leurs collègues, Jacques Rueff puis M. Robert Lecourt, qui quitta en 1972 le Gouvernement pour Luxembourg. M. Lecourt a été président de la Cour.

Le 1^{er} juillet 1976, M. Giscard d'Estaing, président de la République, vint à Angers. J'étais alors député de Maine-et-Loire. A la préfecture, le Chef de l'Etat m'offrit d'aller remplacer M. Lecourt à Luxembourg. Je le priai de m'accorder un délai de réflexion et finalement je n'acceptai point d'être proposé par la France aux autres Etats membres. La Cour de Justice suivait déjà une politique jurisprudentielle, dont le doctrinaire était le juge luxembourgeois M. Pierre Pescatore, politique avec laquelle j'étais et suis toujours en total désaccord. Considérant la composition de la Cour, je pensai que je ne pourrais jamais, sur les questions fondamentales, qu'exprimer des opinions dissidentes et qu'en somme j'y perdrais mon temps, alors qu'à la présidence de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, je faisais un travail intéressant et, croyais-je, efficace.

Finalement, les fonctions de juge à la Cour des Communautés sont devenues bientôt et sont demeurées jalousement gardées par le Conseil d'Etat et par la magistrature judiciaire. Or, la Cour de Justice dans l'exercice de sa juridiction a édifié, au-delà de la lettre des traités, une construction plus « professorale » que « praticienne ».

B. — Il n'y a pas lieu de reprendre ici l'exposé de plus de trente ans de jurisprudence de la Cour, d'autant moins que le Droit communautaire a désormais une place importante dans nos programmes et qu'il est l'objet d'ouvrages doctrinaux de très grande valeur, qu'il s'agisse du Droit communautaire dit général, ou des Droits communautaires spéciaux.

On observe avec satisfaction mais sans étonnement que, si dans les premières années d'existence des communautés, la foi européenne de certains auteurs les retenait de critiquer les audaces de la Cour, la doctrine dans son ensemble exerce aujourd'hui la liberté de jugement.

Schématissant les choses, je dirai que la Cour a écarté les règles classiques d'interprétation des traités. Se fondant sur une phrase du préambule du traité de Rome, elle se considère comme investie

d'une mission historique, celle d'urger par la voie jurisprudentielle la formation d'une fédération européenne. Le traité C.E.E. n'est plus à ses yeux une véritable convention internationale, mais bien plutôt, quoi que le mot n'y soit point, une constitution fédérale en filigrane. Elle en déduit, contrairement à la jurisprudence de notre Conseil constitutionnel, que le Droit communautaire est supérieur non seulement aux lois des Etats membres, ce qui est la conséquence du monisme, mais encore, ce qui est pour le moins osé, aux Constitutions de ces Etats. En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour pourrait se résumer en cette formule : tout ce qui va dans le sens de la structuration d'une fédération est conforme au Traité. Ce n'est point la lettre du Traité qui importe, mais le but que la Cour lui a découvert. Telle est la méthode d'interprétation dite téléologique adoptée par la Cour.

Or, la force de la jurisprudence de la C.J.C.E. est supérieure à celle des juridictions des Etats, que le législateur ou le constituant a le pouvoir de briser s'il l'estime erronée ou contraire à l'intérêt général. Dans les communautés européennes, on l'a dit, le « législateur » est le Conseil qui, à la différence d'un législateur national, est dépourvu de l'initiative, et dont le pouvoir d'adopter des amendements est limité, l'unanimité étant nécessaire pour adopter des amendements que la Commission n'a pas fait siens. Il est invraisemblable que la Commission propose jamais au Conseil de briser une jurisprudence de la Cour. Les deux institutions se font en effet la courte échelle.

A l'abri de la Cour, dans l'inattention du Conseil et avec les encouragements du lobby pro-européen, la Commission a réussi à étendre le domaine de compétence de la communauté économique et à faire consacrer plus tard certaines de ces extensions par l'Acte unique européen, à transformer dans la pratique les directives en véritables règlements, la marge de liberté laissée aux législateurs et aux pouvoirs réglementaires nationaux tendant vers zéro, à faire juger que la directive pouvait produire certains effets directs avant que la mesure interne qu'elle invitait à prendre ait été édictée.

*

L'Histoire relèvera plus tard, peut-être avec étonnement, comment une construction politique a été édifiée par des juristes et au total par la seule vertu d'une jurisprudence justifiant, légitimant et protégeant l'action d'une technostucture.

Aujourd'hui cette machinerie échappe aux professeurs français. Survivra-t-elle longtemps à la Révolution européenne de 1989 qui continue à développer ses effets ? Le pourrait-elle sans qu'il soit

remédié à ce qui est dénommé, non sans raison, son déficit démocratique ? On ne sait. L'Histoire pourra dire cependant que, si elle leur échappe aujourd'hui, les fondations d'origine ont été creusées par des professeurs français.

Jean FOYER,

*Membre de l'Institut,
Professeur émérite à l'Université de Paris 2,
Ancien Garde des Sceaux*