

## RFDA 2003 p.23

## La loi inconstitutionnelle

Karine Michelet, Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

## L'essentiel

Si depuis l'arrêt *Nicolo* de 1989, les dispositions législatives incompatibles avec le droit international peuvent être mises en cause en raison de ce caractère, ce qui constitue un indéniable progrès, elles n'en demeurent pas moins difficiles à contester et ne sont que partiellement sanctionnées. Ainsi, à une exception près, la loi inconstitutionnelle ne peut-elle être invalidée. Bien qu'en principe inapplicable, cette loi demeure alors dans l'ordre juridique interne et continue parfois d'y produire des effets sans que la responsabilité de l'Etat puisse pour autant être pleinement engagée.

En acceptant d'assurer la prééminence des dispositions internationales avec son arrêt *Nicolo* (1), abandonnant ainsi, à son tour (2), la « doctrine Matter » (3), le Conseil d'Etat franchissait une étape décisive s'agissant non seulement de la place respective de la loi et des dispositions internationales dans la hiérarchie des normes mais encore des autorités habilitées à la faire respecter. Toutefois, loin d'être « un point d'arrivée » (4), cette jurisprudence apparaît au contraire comme « un point de départ vers une évolution rendue possible par un changement profond de l'état d'esprit de l'Assemblée du contentieux » (5). L'importance de ce revirement, qui conduit désormais les juridictions administratives à tirer les conséquences de l'article 55 de la Constitution et à confronter les dispositions internationales ou communautaires et les lois, même postérieures, se révèle chaque jour davantage : elle réside, ainsi que l'entrevoit déjà le président Bruno Genevois en 1989, dans les « prolongements que la juridiction administrative, dans son ensemble, [est] en mesure de lui donner » (6).

Une fois ce pas franchi, le Conseil d'Etat s'est effectivement attaché à en développer les potentialités. En se référant à l'article 55 de la Constitution (7) et en ne fermant ainsi la porte à aucune disposition internationale (8), le juge administratif a étendu la primauté reconnue aux dispositions communautaires sur la loi au profit du droit international général (9) mais aussi au profit du droit communautaire dérivé (10), des directives (11) ou encore des actes décisifs des organisations internationales classiques (12). Ainsi, à l'exception de la loi constitutionnelle ou de celle bénéficiant d'une « couverture constitutionnelle » (13), le Conseil accepte de confronter la totalité des lois françaises au droit international et de reconnaître ainsi « inconstitutionnelle », la loi incompatible (14) avec ces dispositions.

Toutefois, loin de rester anodin, ce qu'il est désormais convenu d'appeler le contrôle de « conventionnalité » (15) a donné lieu à d'importantes interrogations : ce contrôle met-il en cause le contrôle de constitutionnalité de la loi ? Peut-il conduire à un contrôle de constitutionnalité indirect ? Quels sont ses effets à long terme ? (16) Autant de questions qui, bien qu'ayant été débattues, n'en ont pas moins été, dans un premier temps, reléguées au second plan tant le revirement jurisprudentiel de 1989 apparaissait « spectaculaire » (17). Néanmoins, au fil de la jurisprudence, les incertitudes quant aux conséquences de cette confrontation entre la loi et le droit international (18) ont progressivement été levées. Ainsi, le sort réservé à la loi inconstitutionnelle et les multiples implications de ce caractère apparaissent-ils aujourd'hui plus

clairement : si ces dispositions législatives, restées longtemps incontestables, peuvent désormais être mises en cause et contestées en raison de leur incompatibilité avec le droit international, elles n'en demeurent pas moins difficiles à atteindre et ne sont que partiellement sanctionnées.

### Une loi potentiellement sanctionnable

Depuis que le Conseil d'Etat s'est rallié, en 1989, aux positions antérieurement adoptées par le Conseil constitutionnel (19) et par la Cour de cassation (20), un consensus autour des conséquences procédurales du caractère inconstitutionnel de la loi s'est formé : l'inconstitutionnalité des dispositions législatives conduit à leur inapplicabilité. En outre, si une telle loi vient à être appliquée malgré son caractère inconstitutionnel, la responsabilité de l'Etat apparaît susceptible d'être engagée.

### Une loi en principe inapplicable

A cet égard, si le Conseil constitutionnel, dans sa décision *Interruption volontaire de grossesse* de 1975, s'est tout d'abord contenté de dénier sa compétence pour sanctionner la violation du principe de primauté du traité international et d'inciter implicitement les juges judiciaires et administratifs à faire jouer ce principe (21), il a par la suite clairement indiqué aux divers organes de l'Etat - et donc aux différents ordres de juridiction - qu'il leur appartient de veiller à l'application des conventions internationales conformément au principe posé à l'article 55 de la Constitution (22). En outre, dans le cadre du contentieux électoral sur lequel il lui revient de statuer, le Conseil n'a pas hésité à examiner si la loi était ou non conforme au droit international, acceptant ainsi l'idée qu'elle ne peut servir de base à aucun scrutin (23).

La loi inconstitutionnelle ne peut encore légalement fonder quelque décision que ce soit, que celle-ci émane de personnes publiques ou privées, qu'elle soit administrative ou non. La jurisprudence de la Cour de cassation a clairement tranché en ce sens la question de l'applicabilité de la loi inconstitutionnelle antérieure au traité comme postérieure dès 1975 (24) et demeure constante depuis cette date.

La jurisprudence du Conseil d'Etat, certes plus tardive, n'en conduit pas moins à une solution identique. Si les juges du Palais Royal cherchent encore, autant que possible, à éviter de confronter directement loi et convention - en opérant par exemple un détachement entre l'acte administratif attaqué et la loi qui le fonde (25) ou bien en érigeant les dispositions d'une loi en principe fondamental reconnu par les lois de la République (26) - ils acceptent « de comprendre l'article 55 comme habilitant exceptionnellement les juridictions à écarter [...] l'application des lois qu'on ne peut pas reconnaître comme compatibles avec des normes antérieures ». Aussi, après avoir consenti à jouer pleinement ce rôle en tant que juge des élections au Parlement européen (27), le Conseil d'Etat a progressivement révélé les implications du caractère inconstitutionnel de la loi à l'égard des actes administratifs. Ainsi une telle loi lui apparaît logiquement insusceptible de servir de base à quelque acte administratif que ce soit.

Tout acte administratif réglementaire ou individuel pris sur ce fondement apparaît en effet dépourvu de base légale (28). A cet égard, les évolutions récentes de la jurisprudence administrative ont même permis de préciser que ce caractère va jusqu'à faire disparaître l'obligation d'édicter les règlements d'application de la loi à laquelle était pourtant tenu jusqu'à présent le pouvoir réglementaire.

Alors même que s'agissant de la question de savoir si le pouvoir réglementaire dispose de la liberté d'édicter les règlements d'application des lois « la jurisprudence a été longue à se former et [...] est restée longtemps incertaine » (29), la position du juge doit être aujourd'hui nuancée. L'examen de compatibilité des lois avec les dispositions internationales auquel

s'autorise le Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Nicolo* a en effet débouché « sur une nouvelle approche d'une jurisprudence bien établie : celle qui oblige le gouvernement à édicter les règlements nécessaires à l'application des lois » (30). Coupant court à toute possibilité pour l'administration de paralyser l'application des dispositions législatives, le Conseil d'Etat a en effet récusé l'idée d'une liberté complète dans l'édiction des règlements d'application des lois.

Au terme d'une jurisprudence amorcée en 1951 (31) - au sujet de l'obligation d'édicter un règlement d'application prévu par un décret - et confirmée par l'arrêt *Kevers-Pascalis* de 1962 (32), il impose, par principe, au pouvoir réglementaire de prendre les règlements d'exécution des lois dans un « délai raisonnable » (33). En outre, à défaut de réaction de la part du pouvoir réglementaire, l'abstention prolongée est non seulement « constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat » (34) mais le juge peut encore faire usage des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi du 8 février 1995 (35) et assortir l'annulation des refus de prendre des décrets d'application d'injonctions (36) et d'astreintes (37).

Si ce raisonnement et cette jurisprudence demeurent la position de principe des juridictions administratives en la matière, ils sont toutefois remis en cause dès lors que la loi est inconventionnelle. Le juge, alors aux prises avec deux logiques contradictoires, s'est effectivement trouvé confronté à une situation dont il paraissait difficile de sortir : en sanctionnant l'absence de décret d'application, le juge conduit inmanquablement le pouvoir réglementaire à édicter des dispositions qui, bien que conformes à la loi, seraient contraires au droit international et, en tant que telles, susceptibles d'annulation. Aussi pour des raisons de cohérence jurisprudentielle on ne peut plus évidentes, le juge administratif ne pouvait à la fois sanctionner les actes administratifs incompatibles avec le droit international - conformément à la jurisprudence *Nicolo* - et inciter le pouvoir réglementaire à en édicter au nom d'une autre jurisprudence.

Au terme de la conciliation à laquelle le Conseil d'Etat a dû se livrer, le caractère inconventionnel d'une loi débouche sur l'inversement de la solution antérieurement retenue. Le juge a ainsi clairement admis la légalité du refus de prendre les décrets d'application indispensables à la mise en oeuvre de dispositions législatives inconventionnelles. Conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, qui soulignait que le pouvoir réglementaire « avait l'obligation de laisser de côté cette disposition législative incompatible avec le droit communautaire » (38), le Conseil d'Etat, dans sa décision du 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres* (39), a effectivement considéré qu'« en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en oeuvre de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, le gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution ».

Toutefois, la solution retenue en l'espèce par le juge administratif, si conforme puisse-t-elle paraître à la jurisprudence *Nicolo*, heurte la solution habituellement retenue en matière d'usage du pouvoir réglementaire d'application des lois et modifie par là même, d'une part, les rapports établis jusqu'à présent entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire et, d'autre part, la nature du contrôle de conventionnalité.

Il faut en effet souligner tout d'abord que, traditionnellement, l'autorité détentrice du pouvoir réglementaire est soumise à celle exerçant le pouvoir législatif. Néanmoins, il semble en aller tout autrement dès lors que la disposition législative à mettre en oeuvre n'est pas conforme au droit international. Dans cette hypothèse, au contraire, le pouvoir réglementaire a, au nom de la hiérarchie des normes, l'obligation de s'opposer à l'exécution de la loi en refusant de prendre les décrets d'application, ce qui revient à faire fi des obligations constitutionnelles d'exécution des lois que lui impose l'article 21 de la Constitution.

Or, en donnant ainsi plein effet à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'Etat modifie indirectement les obligations du

pouvoir réglementaire telles qu'elles découlent jusqu'alors de l'interprétation de l'article 21 de la Constitution. En autorisant la suspension de l'application de cet article en matière d'exécution des lois lorsque les dispositions législatives sont inconventionnelles, le juge administratif fait prévaloir le principe de hiérarchie des normes sur la hiérarchie des organes normateurs <sup>(40)</sup>. Ce faisant, il semble même établir une hiérarchie entre différentes normes constitutionnelles au profit de l'article 55 de la Constitution.

En outre, la nature du contrôle opéré sur la loi paraît affectée par ce choix. Dans l'hypothèse précise où l'acte administratif en cause est un décret d'application, l'entrée en vigueur de la loi est en effet conditionnée. A défaut d'un tel acte, la loi n'est pas seulement privée de son application au cas d'espèce, elle est purement et simplement privée de toute forme d'application. Force est donc de constater que, dans ces conditions, le contrôle de conventionnalité s'éloigne d'un contrôle par voie d'exception se limitant à faire cesser les effets de la loi à l'égard de la situation individuelle du requérant. La décision d'inconventionnalité a, au contraire, *de facto*, une autorité absolue. Aussi, dans ce cas particulier, la frontière entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité apparaît beaucoup plus ténue qu'à l'accoutumée. Si le rapprochement entre les deux ne s'opère pas ici en fonction des normes de référence ou de l'analyse du raisonnement basé sur l'article 55 de la Constitution <sup>(41)</sup>, il est en revanche appréciable en terme de conséquences. Certes sur un plan formel, la déclaration d'inconventionnalité ne conduit pas à soustraire la loi à l'ordre juridique interne <sup>(42)</sup>. Néanmoins, elle empêche toute forme d'application de la loi, ce qui, dans les faits, revient au même.

Cette hypothèse, envisagée dès 1989 par Bruno Genevois <sup>(43)</sup>, se réalisant, le débat relatif aux similitudes entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, amorcé au moment de la décision *Nicolo*, se trouve une fois encore relancé sur un terrain nouveau.

Quelles que puissent être les conséquences de la sanction du caractère inconventionnel de la loi *via* le recours pour excès de pouvoir, cette voie de contestation n'en demeure pas moins limitée. Soumis à des exigences procédurales strictes, ce recours n'est pas toujours susceptible d'être mis en oeuvre <sup>(44)</sup>. Aussi, bien qu'encore inachevée, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat par l'intermédiaire du recours de pleine juridiction prend-elle tout son sens.

### **Une loi susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat**

Dès lors que, depuis son arrêt *Driancourt* de 1973 <sup>(45)</sup>, le Conseil d'Etat considère que « toute illégalité est fautive » <sup>(46)</sup>, le non-respect par le législateur des dispositions internationales - que celui-ci ait légiféré en dépit des dispositions internationales ou qu'il se soit abstenu de modifier une disposition législative devenue alors incompatible - pouvait apparaître fautif et, en conséquence, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat sur cette base.

Il s'agit là, toutefois, d'un pas que le Conseil d'Etat, juge de la responsabilité de l'Etat, n'a toujours pas osé clairement franchir.

En effet, bien que les solutions retenues en la matière par les juridictions administratives laissent entrevoir une évolution du régime de responsabilité de la puissance publique à raison des décisions violant le droit international ou communautaire, les juges du Palais Royal n'ont admis, à ce jour, d'engager directement la responsabilité de l'Etat-législateur que sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Or, bien que la méconnaissance du droit international ait parfois pu être sanctionnée sur cette base <sup>(47)</sup>, elle apparaît trop restrictive pour pouvoir couvrir toutes les hypothèses d'incompatibilité. Aussi, est-ce seulement de façon indirecte, au prix d'un « contournement des dispositions législatives dommageables » <sup>(48)</sup>, que le caractère inconventionnel d'une loi ou de certaines de ses dispositions est

susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

### L'engagement indirect de la responsabilité de l'Etat du fait de l'inconventionnalité de la loi

A ce jour, le Conseil d'Etat n'a accepté d'engager directement la responsabilité de l'Etat du fait des lois que de façon restrictive, sur la base de la rupture d'égalité devant les charges publiques. En effet, la tradition politique et juridique française conduit à considérer la loi comme étant l'expression de la volonté générale qui ne se contrôle pas et qui, par définition, ne peut mal faire <sup>135</sup>(49). Notre tradition constitutionnelle plaçant en outre le juge « dans une position trop inférieure vis-à-vis du pouvoir législatif pour qu'il puisse se livrer à un contrôle de quelque nature que ce soit sur les actes de celui-ci » <sup>136</sup>(50), la loi a longtemps bénéficié d'un régime juridique de faveur, y compris en matière de responsabilité.

Néanmoins, après avoir longtemps refusé toute mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par une loi, le juge administratif a atténué le principe d'irresponsabilité de l'Etat-législateur. Il a ainsi accepté d'engager la responsabilité de ce dernier sur la base de la rupture d'égalité devant les charges publiques <sup>137</sup>(51). Avec son arrêt *La Fleurette* <sup>138</sup>(52) et le régime de responsabilité sans faute qu'il instaure, le Conseil d'Etat réussit à conjuguer la nécessité de réparer certains dommages et la suprématie de la loi, le contrôle de la légalité de l'oeuvre législative demeurant interdit au juge administratif.

Or, bien que le juge administratif ait à plusieurs reprises <sup>139</sup>(53) accordé sur la base de ce fondement la réparation de préjudices découlant de l'incompatibilité d'actes administratifs aux dispositions internationales, le régime de responsabilité sans faute de l'Etat du fait des lois demeure inadapté au cas de la loi inconventionnelle.

Outre le fait qu'il peut apparaître étonnant que la responsabilité de l'Etat soit engagée sur la base de la responsabilité sans faute alors même que la Cour de justice des Communautés européennes avait expressément reconnu le manquement de l'Etat français à ses obligations <sup>140</sup>(54), force est de constater que la possibilité de réparer le dommage sur ce terrain n'est que très rarement envisageable. Elle est en effet le fruit d'un concours de circonstances « heureux » sur lequel il est impossible de compter systématiquement tant le régime de responsabilité sans faute du fait des lois apparaît restrictif : non seulement il n'est que très parcimonieusement appliqué <sup>141</sup>(55) mais ses conditions de mise en oeuvre apparaissent beaucoup trop restrictives pour s'adapter à la plupart des cas d'inconventionnalité de la loi. D'une part, l'hypothèse semble réservée au domaine de la réglementation économique. D'autre part, ainsi que le met très justement en évidence M<sup>me</sup> Ghislaine Alberton <sup>142</sup>(56), il n'est pas certain que l'exigence d'un caractère anormal et spécial pour le préjudice et exclusif pour le régime s'adapte facilement à l'hypothèse qui retient notre attention.

Ainsi qu'il a souvent été souligné, « les dispositions insérées dans une loi étant presque toujours de portée générale et impersonnelle, elles intéresseront au moins toute une catégorie sociale ou professionnelle et non des individualités... Le préjudice consécutif à l'entrée en vigueur d'une loi est donc rarement spécial » <sup>143</sup>(57). Le critère tiré de l'intention du législateur, quant à lui, apparaît tout aussi inadapté aux hypothèses qu'il est aujourd'hui possible de rencontrer et dans lesquelles il ressort clairement des travaux parlementaires que l'adoption de la loi a eu pour objectif de contourner les exigences internationales ou communautaires <sup>144</sup>(58).

Aussi le juge administratif a-t-il, sans renoncer à engager la responsabilité de l'Etat, surmonté ces difficultés en s'efforçant, chaque fois que cela lui était possible, d'analyser le préjudice comme résultant, non pas de la loi elle-même et de son caractère inconventionnel, mais seulement de l'illégalité de l'acte administratif en procédant, alors même que cette illégalité est la conséquence directe de l'incompatibilité de la loi au droit international.

C'est le raisonnement que le Conseil d'Etat a en effet tenu en 1992 dans son arrêt de principe *Société Arizona Tobacco Products* (59). Dans cette affaire dite « des tabacs », la responsabilité de l'Etat n'a en effet aucunement été engagée sur la base de la faute que le législateur aurait commise en ne transposant pas ou en transposant mal la directive du 19 décembre 1972. Elle l'a été « classiquement » en raison de l'illégalité du décret du 31 décembre 1976 fixant les prix de vente des tabacs selon des modalités incompatibles avec les objectifs de ladite directive.

La solution peut alors apparaître seulement comme une conséquence logique de la jurisprudence *Nicolo* : le maintien ou l'édiction d'actes administratifs individuels ou réglementaires sur la base de dispositions législatives inconventionnelles engage la responsabilité de l'Etat en raison du caractère fautif de l'illégalité commise. Il pourrait en effet s'agir seulement de la mise en oeuvre de la jurisprudence traditionnelle : celle de la responsabilité pour faute du fait de l'application d'un règlement illégal.

Toutefois, une telle analyse occulte une dimension importante du débat. Force est en effet de constater que, dans cette affaire, le juge s'est quelque peu « efforcé d'analyser le préjudice comme ne résultant que du décret, alors que l'illégalité de ce décret était la conséquence de l'incompatibilité avec la directive de la loi en application de laquelle il avait été pris » (60). La loi ne faisant plus écran, il l'a purement et simplement évincé de son raisonnement pour ne retenir que deux sources : l'acte administratif et les stipulations internationales (61).

Néanmoins, si en l'espèce ce raisonnement pouvait effectivement conduire à l'indemnisation des requérants tout en respectant la tradition juridique, il ne peut être tenu en toutes circonstances. En effet, une telle substitution de causes dommageables ne pourra être systématiquement opérée. Tel est notamment le cas quand aucun acte administratif ne s'interpose entre la loi et le dommage ou bien quand la loi ne donne lieu à aucun acte administratif (62). Aussi, ces hypothèses renouvellent-elles incontestablement la question de la responsabilité de l'Etat du fait des lois et de son fondement.

### **Vers l'engagement direct de la responsabilité de l'Etat du fait de l'inconventionnalité de la loi ?**

Au-delà du fait que la « délocalisation du centre de gravité de l'imputation de la responsabilité » (63) ne peut s'opérer dans toutes les hypothèses d'inconventionnalité de la loi, la question de la responsabilité de l'Etat du fait des lois et de son fondement se pose aujourd'hui avec une acuité nouvelle.

Non seulement les régimes de responsabilité ne permettent pas la réparation des dommages causés aux individus en raison de l'inconventionnalité de la loi, mais la Cour de justice des Communautés européennes a en outre explicitement consacré le principe de la responsabilité de l'Etat-législateur : elle considère que le droit communautaire pose le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables (64). Le régime de responsabilité importe toutefois peu à la Cour de justice qui considère que c'est « dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'Etat de réparer les conséquences du préjudice causé » (65), l'essentiel étant que le régime choisi soit efficace.

Or, à cet égard, il y a fort à parier que le régime français de la responsabilité sans faute ne convienne pas toujours, pas plus d'ailleurs que celui de la responsabilité de l'Etat du fait des actes administratifs illégaux (66).

Malgré cette inadaptation desdits régimes, certains hésitent à prôner un régime de responsabilité pour faute. Ainsi, M<sup>me</sup> Martine Laroque dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Arizona Tobacco Products* (67) suggérait-elle que le Conseil d'Etat ait recours à un nouveau régime de responsabilité législative mais ayant toujours pour fondement le principe de

l'égalité devant les charges publiques sans, toutefois, qu'aucune des limites posées par la jurisprudence tirées soit de la nature de l'activité visée par le texte ou de son objet, soit de la volonté exprimée ou présumée du législateur ne puisse jouer.

De telles réticences témoignent de la persistance de la conception traditionnelle de la loi et de l'idée selon laquelle « même si elle n'est plus aujourd'hui incontestable, de par son statut, la loi reste la manifestation la plus élevée de la puissance publique » (68). Ainsi, même après *Nicolo*, le Conseil d'Etat, hésite encore à aller plus loin dans la remise en cause du principe de séparation des pouvoirs et à exercer un contrôle sur la loi susceptible de le faire apparaître comme le censeur de celle-ci alors qu'il ne s'autorise qu'à l'écarter. En raison de la « position inférieure » que lui réserve la tradition constitutionnelle, il hésite à considérer sans détour le législateur comme fautif puisque traditionnellement la représentation nationale ne peut être accusée de commettre des fautes (69).

Toutefois, nier que le législateur puisse commettre une faute et, pour cette raison, accepter exclusivement un régime de responsabilité ayant pour fondement l'égalité devant les charges publiques peut sembler « représentatif d'un non-sens sinon d'une aberration juridique » (70). En effet, à s'en tenir à la conception objective retenue par le Conseil d'Etat depuis 1973 (71), la faute s'analysant seulement comme « le manquement à une obligation préexistante » (72) indépendamment de quelque connotation morale que ce soit, « toute illégalité est fautive » (73). Ainsi, dans la mesure où la rupture d'égalité devant les charges publiques heurte certaines dispositions placées à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes - les dispositions de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par exemple -, elle peut apparaître comme constitutive d'une faute. Si la théorie de la loi-écran peut éventuellement donner une explication technique à ce refus, il n'en va pas de même dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Avec la jurisprudence *Nicolo*, faut-il à nouveau le rappeler, le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent pour apprécier la compatibilité d'une loi aux dispositions internationales et pour écarter l'application de la loi méconnaissant de telles dispositions. Or, ainsi que le souligne notamment M<sup>me</sup> Ghislaine Albetton, « apprécier la compatibilité d'une loi avec des règles qui, selon l'article 55 de la Constitution, bénéficient d'une autorité juridique supérieure c'est éventuellement dénoncer la violation des secondes par la première, donc reconnaître l'existence d'une faute » (74). L'obstacle tenant à l'impossibilité pour le législateur de commettre une faute demeure alors de pure forme et apparaît susceptible de tomber. Quant à celui selon lequel le Conseil d'Etat ne disposerait pas de la compétence nécessaire pour constater cette méconnaissance, il semble également ne plus tenir. Si cette difficulté semblait réelle tant que le Conseil d'Etat ne s'autorisait à porter quasiment aucun jugement de valeur sur la loi (75), elle apparaît également largement contournée depuis la jurisprudence *Nicolo*. Toutefois, en portant ainsi atteinte au caractère incontestable de la loi, « le contrôle de conventionnalité ne peut pas ne pas avoir de répercussions sur son caractère irréprochable, le premier constituant précisément le fondement du second » (76). Ainsi envisagée, force est de constater que « la jurisprudence *Nicolo* fragilise la jurisprudence *La Fleurette* » (77). D'ailleurs, dès 1989, M. Edmond Honorat et Eric Baptiste exprimaient la conviction selon laquelle la décision *Nicolo* amènerait « à reconsidérer ou plutôt à clarifier le régime de responsabilité de la puissance publique à raison des décisions violant [en l'espèce] le droit communautaire » (78).

Il est vrai qu'il apparaît difficile de considérer qu'engager la responsabilité de l'Etat porte davantage atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à « la souveraineté parlementaire » qu'écarter l'application de la loi. Certains considèrent même, au contraire, que « compte tenu de la jurisprudence *Nicolo*, une telle consécration s'avère banale au regard du droit français » (79).

Ainsi l'émergence d'une responsabilité du législateur pour faute devient-elle tout à fait concevable et apparaît-elle davantage conforme à la logique du système juridique national que le régime de responsabilité reposant sur le principe d'égalité devant la loi. D'ailleurs, sans que la jurisprudence administrative paraisse à cet égard complètement aboutie, force

est de constater que certains arrêts semblent témoigner d'une évolution vers une responsabilité pour faute du législateur.

C'est en effet dans cette voie que la Cour d'appel de Paris s'est engagée à deux reprises en 1992. Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juillet, *Société Jacques Dangeville* (80), la Cour, constatant que les dispositions du code général des impôts n'étaient pas compatibles avec les objectifs de la sixième directive communautaire, a considéré que « la société est fondée à soutenir que [...] la responsabilité de l'Etat se trouve engagée en raison [...] de la situation illicite ainsi créée ». Acceptant ainsi d'engager la responsabilité de l'Etat en raison du seul caractère « illicite » de la situation engendrée par l'incompatibilité d'une loi avec une disposition internationale, en l'espèce une directive communautaire, il semble que la cour d'appel soit bel et bien revenue sur la jurisprudence *Alivar*. Certes, la Cour n'utilise pas le vocable de « faute ». Néanmoins, utilisant l'expression « situation illicite », il est possible, au regard de l'interprétation qu'a le droit français d'une telle situation (81), de considérer qu'il en va de même.

De là à avancer qu'un nouveau régime de responsabilité du fait des lois est instauré, il n'y a, il est vrai, qu'un pas mais qui n'a toujours pas été franchi. La portée de cette jurisprudence doit en effet être nuancée. D'une part, la Cour n'a nullement expressément précisé que la responsabilité engagée était celle du législateur. En globalisant au contraire l'imputation de cette responsabilité (82) le doute demeure permis sur la question de savoir qui, du législateur, du gouvernement ou de l'administration endosse cette responsabilité (83). D'autre part, force est de constater que le Conseil d'Etat ne l'a pas avalisée. Saisi d'un recours en cassation il a même été amené à censurer cet arrêt (84). Néanmoins, à cet égard, ainsi que la plupart des commentateurs l'ont justement souligné et que les conclusions du commissaire du gouvernement le laissent penser (85), la position du Conseil d'Etat étant exclusivement motivée par une question de recevabilité du recours, il est permis de considérer que le raisonnement de la cour d'appel n'en demeure pas moins tout à fait acceptable.

Une telle évolution apparaît d'ailleurs d'autant plus souhaitable que, malgré les déclarations d'inconventionnalité, la loi ne disparaît pas de l'ordre juridique interne et peut, en conséquence, parfois continuer à produire ses effets.

### Une loi partiellement sanctionnée

Si la loi inconventionnelle ne peut en principe servir de base légale à quelque acte administratif que ce soit (86) et si sa mise en oeuvre peut engager la responsabilité de l'Etat, les conséquences de son caractère inconventionnel demeurent parfois limitées : non seulement la loi demeure difficile à contester mais, étant rarement invalidée, les effets du contrôle de conventionnalité doivent encore être relativisés.

### Une loi difficile à contester

Dans la mesure où, le Conseil constitutionnel, seul organe habilité à remettre en cause l'existence des dispositions législatives, refuse traditionnellement (87) de contrôler la compatibilité des lois avec les conventions internationales, les voies de contestation du caractère inconventionnel apparaissent particulièrement restreintes. Ainsi le contentieux administratif ne permet-il, en raison des règles s'y appliquant, qu'un contrôle ponctuel et non systématique. Si quelques procédures juridictionnelles internationales permettent alors parfois de pallier l'absence de moyen ou de procédure spécifiques en droit interne, leur rôle et leur efficacité demeurent limités.

### Des recours administratifs parfois inadaptés

Le juge administratif ne s'autorisant à contrôler la conventionnalité de la loi que sur la base des règles du contentieux administratif, le caractère inconventionnel de celle-ci n'est invoqué, en définitive, que dans des circonstances très précises

ne s'adaptant qu'à certains cas de figures. Ainsi, la loi ne pouvant jamais être contestée en tant que telle devant le juge administratif, sa mise en cause sera possible uniquement dans les hypothèses où des actes administratifs en procèdent. En outre, le caractère inconstitutionnel de la loi n'étant pas considéré comme un moyen d'ordre public, les cas d'inconstitutionnalité ne seront que partiellement contestés.

### **L'absence de sanction directe de la loi**

Dans la mesure où les juridictions administratives n'acceptent d'examiner la constitutionnalité de la loi que lorsque la légalité d'un acte administratif procédant de celle-ci est contestée <sup>(88)</sup>, les dispositions applicables sans cette médiation ne pourront leur être valablement soumises.

Certes, à cet égard, le Conseil d'Etat semble avoir atténué certaines exigences et ne requiert plus forcément l'existence d'un acte administratif décisif <sup>(89)</sup>. Toutefois, bien qu'il ne soit plus certain qu'il considère qu'« en l'absence de demande mettant en cause la légalité d'une décision administrative, il n'appartient pas au juge administratif de déclarer inapplicables des dispositions législatives au motif qu'elles ne seraient pas compatibles avec des engagements internationaux de la France » <sup>(90)</sup>, il n'en continue pas moins d'exiger un acte administratif, qu'il s'agisse d'un règlement d'exécution de la loi, d'une décision administrative réglementaire ou individuelle ou de quelque acte administratif ayant simplement cette loi pour base légale.

De la sorte, le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge administratif permet de sanctionner directement non pas la loi inconstitutionnelle mais seulement les actes administratifs procédant de cette dernière. Ainsi, pour que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi soit recevable et que son application soit éventuellement neutralisée, la médiation d'un acte administratif demeure indispensable.

Cette règle, qui s'impose dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, s'impose également lors des recours de plein contentieux. Certes, en la matière, une évolution peut sembler amorcée <sup>(91)</sup> mais, jusqu'à ce jour, les juges du Palais Royal n'ont jamais accepté d'engager la responsabilité de l'Etat sans cette médiation. Aussi, les demandes de dommages et intérêts fondées uniquement sur la violation d'une disposition internationale par une loi et ne désignant aucun acte administratif <sup>(92)</sup> restent, aujourd'hui encore, vouées à l'échec.

Or, une telle solution, si logique <sup>(93)</sup> apparaisse-t-elle au regard de l'exigence classique d'une décision administrative préalable - seule susceptible de lier un contentieux devant le juge administratif -, n'en conduit pas moins à limiter fortement le contrôle de constitutionnalité de la loi.

En effet, la loi ne pouvant alors, en aucun cas, être contestée directement, le contrôle de constitutionnalité ne s'apparente qu'à un contrôle par voie d'exception dont les effets demeurent limités au cas d'espèce.

En outre, au terme de cette condition, seules les dispositions législatives inconstitutionnelles imposant l'édiction de règlements d'application ou servant de base à un quelconque acte administratif pourront être éventuellement contrôlées. Pour celles ne nécessitant aucun règlement d'application, c'est-à-dire applicables en l'état, il en va cependant tout autrement. A la différence des précédentes, qui ont toutes les chances de rester lettre morte <sup>(94)</sup> en cas de recours, leur contestation se révèle impossible et leur mise en oeuvre apparaît quasi inévitable.

Dans ce contexte, il peut donc apparaître aisé de contourner les contraintes internationales en ayant recours en toutes circonstances - c'est-à-dire y compris dans les matières relevant de l'article 37 de la constitution - non pas à des actes

administratifs - susceptibles d'être sanctionnés par le juge -, mais à des dispositions législatives ne nécessitant aucun texte d'application. Or, dans la mesure où, malgré la détermination constitutionnelle des domaines de la loi et du règlement (95), le Conseil constitutionnel considère que les dispositions matériellement réglementaires contenues dans une loi ne sont pas frappées d'inconstitutionnalité (96), de tels cas de figure sont tout à fait envisageables.

Forts de cette analyse, les pouvoirs publics français, particulièrement embarrassés par certaines dispositions internationales tentent d'ailleurs parfois d'échapper à l'obligation découlant de leurs engagements internationaux en prenant grand soin d'intervenir et de réglementer certains secteurs *via* des dispositions législatives se suffisant à elles-mêmes. C'est ainsi que le législateur français a pensé pouvoir contourner les exigences de la directive communautaire du 2 avril 1979 relative à la protection des oiseaux sauvages (97).

Plusieurs arrêtés préfectoraux et ministériels ayant été annulés en raison de leur contrariété avec les dispositions de ladite directive, telle qu'interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes (98), le législateur français est intervenu à deux reprises - par une loi du 15 juillet 1994 tout d'abord puis par celle du 3 juillet 1998 ensuite - afin de fixer lui-même les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse et d'échapper ainsi à la fois à la censure des juridictions administratives et - au moins un temps - à l'obligation de mettre le droit interne en conformité avec, en l'espèce, les exigences communautaires.

Ainsi que le souligne le commissaire du gouvernement Lamy (99), la volonté, d'une part, de contrecarrer les interprétations jurisprudentielles de la directive en cause et, d'autre part, d'empêcher toute contestation nationale de la compatibilité du texte avec le droit communautaire, autrement dit de rendre impossible la constatation de cette incompatibilité par les juridictions compétentes, a été clairement exprimée au cours de ces débats parlementaires (100). Ainsi à l'abri de toute procédure interne, la loi, à une exception près (101), produit nécessairement ses effets.

Ce premier obstacle à la sanction du caractère inconstitutionnel de la loi inhérent aux règles de la procédure administrative contentieuse n'est cependant pas le seul. Viennent s'y adjoindre le fait que le caractère inconstitutionnel d'une loi n'est pas un moyen d'ordre public et la règle selon laquelle le juge administratif ne peut statuer *ultra petita*.

### **L'absence de sanction automatique de la loi**

Le Conseil d'Etat refusant de considérer l'incompatibilité du droit interne et du droit international comme un moyen d'ordre public, le caractère inconstitutionnel de la loi n'est jamais soulevé d'office. En effet, bien que le moyen tiré de cette incompatibilité puisse s'apparenter à la méconnaissance du champ d'application de la loi (102) et que la Cour de justice des Communautés européennes considère que le juge national devrait soulever d'office les moyens tirés de l'incompatibilité d'une loi nationale avec le droit communautaire (103), le juge administratif est toujours réticent à une telle assimilation (104). Considérant que, ce faisant, il statuerait *ultra petita*, la sanction de la loi par sa mise à l'écart en raison de son caractère inconstitutionnel n'aura lieu que dans les hypothèses où les requérants auront expressément invoqué ce moyen (105), ce qui, bien entendu, limite *de facto* les effets du contrôle de conventionnalité de la loi.

Dans un tel contexte, en dehors des hypothèses recevables au regard des règles contentieuses internes, les voies de contestation internationales peuvent constituer un recours appréciable. Toutefois, étant peu nombreuses, leur rôle demeure encore très limité.

### **Des voies de contestation internationales limitées**

Dans la mesure où certaines lois se suffisent à elles-mêmes <sup>(106)</sup> et sont, en conséquence, incontestables en droit interne, on pouvait attendre beaucoup des procédures juridictionnelles internationales. Or, sans reprendre dans le détail les critiques portées à la qualité des instruments de contrôle du droit international tant elles sont connues, force est de constater que la plupart demeurent d'efficacité relative. En effet, la garantie des dispositions internationales, quel qu'en soit le domaine, reste le point faible de cet ordre juridique. Au-delà du fait que bon nombre de ces dispositions demeurent des déclarations d'intention et n'ont en conséquence aucune portée juridique mais seulement une valeur morale, au-delà du fait que certaines autres sont dépourvues d'effet direct <sup>(107)</sup> et ne peuvent donc être valablement invoquées devant les juridictions internes, les garanties dont disposent ces conventions et traités internationaux sont encore d'efficacité très variable.

Les hypothèses de contrôle juridictionnel restant limitées à quelques cas précis, la majeure partie du droit international n'est soumise qu'à un contrôle non juridictionnel. S'exerçant tantôt par le biais de commissions chargées d'en surveiller l'exécution et d'aplanir les différends, tantôt par la voie diplomatique ou arbitrale, il s'agit en effet, le plus souvent, d'un contrôle sur plaintes donnant lieu à des recommandations <sup>(108)</sup> ou bien d'un contrôle sur rapports <sup>(109)</sup>. Certes, d'autres éléments du droit international, à l'image par exemple des conventions envisageant la soumission des différends à la Cour internationale de justice <sup>(110)</sup>, font l'objet de contrôles pouvant à juste titre être qualifiés de juridictionnels. Parmi ces hypothèses, les garanties émanant du Conseil de l'Europe pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire passent pour les plus efficaces.

Or, bien que les condamnations pour manquement de la Cour de justice des Communautés européennes ou celles de la Cour européenne des droits de l'homme exercent incontestablement une pression sur les pouvoirs publics français, leur impact, comme celui des déclarations d'inconventionnalité des juridictions administratives, doit être relativisé. Quelle que soit la voie de recours empruntée pour contester le caractère inconventionnel d'une loi, force est de constater qu'aucune ne conduit directement à l'invalidation et à la disparition de la loi inconventionnelle.

### Une loi difficile à invalider

Si les voies de droit internationales conduisent parfois à la modification de la législation dans un sens plus conforme à leurs exigences <sup>(111)</sup>, ces instruments de contrôle internationaux, pas plus que les juridictions internes, ne constituent pour autant, à l'image des cours constitutionnelles européennes, des instances habilitées à faire disparaître la loi. Les dispositions législatives demeurant au contraire dans l'ordre juridique interne malgré les déclarations d'inconventionnalité, la portée de ces dernières est à ce point relative que les dispositions déclarées inconventionnelles continuent parfois à s'appliquer.

### Une loi demeurant dans l'ordre juridique interne

S'il a fallu attendre quatorze années entre la décision du Conseil constitutionnel *Interruption volontaire de grossesse* de 1975, encourageant au contrôle de conventionnalité des lois, et l'arrêt *Nicolo*, opérant le revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de contrôle de conventionnalité, les conséquences de ladite jurisprudence n'ont pas toutes été immédiatement tirées.

La question de savoir si le traité abroge la loi ou la rend seulement inapplicable ayant été longtemps considérée comme « un dilemme bien négligeable si on le compare à celui que suscite la mise en oeuvre de l'article 55 » <sup>(112)</sup> et comme une question « très complexe » <sup>(113)</sup>, la jurisprudence du Conseil d'Etat comme celle d'ailleurs de la Cour de cassation ont tardé à apporter une réponse explicite.

Ainsi, bien qu'en raison de son inconstitutionnalité, la loi soit considérée comme étant inapplicable <sup>(114)</sup>, le doute sur sa pérennité dans l'ordre juridique interne et sur les conséquences de ce maintien a pu subsister. Il apparaissait en effet permis de se demander non seulement si la loi inconstitutionnelle et déclarée comme telle par le juge demeure ou non dans l'ordre juridique mais encore si la déclaration d'inconstitutionnalité conduit à une suspension temporaire des effets de la loi ou bien entraîne son inapplicabilité définitive, voire son abrogation. Cette dernière hypothèse est, il est vrai, séduisante : la loi étant censée n'avoir jamais existé, elle disparaît simplement de l'ordonnement juridique et les stipulations qu'elle avait abrogées sont classiquement <sup>(115)</sup> remises en vigueur. Dans le cas de figure inverse, en revanche, la loi inconstitutionnelle étant seulement privée d'effet et ne disparaissant pas, la situation est plus complexe <sup>(116)</sup>.

Nonobstant, le maintien de la loi dans l'ordre juridique semble l'emporter. Plusieurs arguments plaident effectivement en la faveur de cette solution. Dans la mesure où l'abrogation suppose l'intervention d'une nouvelle disposition <sup>(117)</sup>, la réalisation de ce cas de figure semble tout d'abord limitée aux hypothèses où la loi est antérieure aux dispositions internationales <sup>(118)</sup>, l'interrogation demeurant alors pour les lois postérieures. En outre, l'hypothèse de l'abrogation ne semble pas totalement adaptée « aux rapports entre les traités et les lois alors que la suprématie des traités est contingente puisque subordonnée à l'applicabilité du traité et que les traités peuvent de toute façon être dénoncés » <sup>(119)</sup>.

Ainsi, l'examen des conclusions des commissaires du gouvernement, des prises de positions doctrinales ainsi que de la jurisprudence récente confirme que la loi inconstitutionnelle ne disparaît pas mais se trouve seulement privée d'effet <sup>(120)</sup>. A s'en tenir aux formulations utilisées par le Conseil d'Etat, l'inconstitutionnalité de la loi permet simplement « d'écarter l'application » <sup>(121)</sup> de ses dispositions. Cette analyse est d'ailleurs corroborée par la position de la Cour de justice des Communautés européennes. Elle a, sur ce point, plusieurs fois rappelé qu'« il ne saurait être déduit de l'arrêt *Simmenthal* [...] que l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une norme de droit national postérieure a pour effet de rendre celle-ci inexistante » <sup>(122)</sup> mais que « face à une telle situation, le juge national est [...] tenu d'écarter l'application de cette norme » <sup>(123)</sup>. Ainsi, dans un premier temps, la loi non conforme au droit communautaire demeure bien dans l'ordre juridique interne. Ce n'est que dans un second temps et seulement dans l'hypothèse d'une incompatibilité avec le droit communautaire que sa disparition est envisagée. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes considérant que le maintien d'une disposition contraire au droit communautaire engendre, quelle que soit d'ailleurs l'attitude de l'Etat - c'est-à-dire même s'il n'applique pas cette disposition -, une situation ambiguë constitutive d'un manquement, elle exige des pouvoirs publics l'élimination de ces dispositions de l'ordre juridique interne <sup>(124)</sup>.

C'est l'hypothèse du maintien dans l'ordre juridique qu'a d'ailleurs confirmée l'arrêt *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France Nature Environnement* <sup>(125)</sup>. Constituant une occasion nouvelle de lever quelques incertitudes, la décision du Conseil d'Etat, comme les conclusions du commissaire du gouvernement qui l'accompagnent sont riches d'enseignements sur les effets de l'inconstitutionnalité de la loi.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat devait statuer sur une demande d'annulation d'un refus du ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement de fixer des dates d'ouverture de la chasse au gibier d'eau différentes de celles figurant dans la loi de 1998. Le ministre considérait, en effet, que ladite loi lui ôtant toute compétence en la matière, il ne pouvait aller à son encontre. Or, si le Conseil a bien annulé son refus pour erreur de droit et a considéré qu'il conservait compétence en la matière, ce n'est en aucun cas en raison des effets que la suspension de l'application de la loi inconstitutionnelle pourrait avoir sur les dispositions abrogées. Bien qu'une lecture hâtive de l'arrêt puisse le laisser penser, le juge administratif n'a en effet posé aucun principe au terme duquel les dispositions abrogées par une loi revivraient après une déclaration d'inconstitutionnalité de celle-ci.

Conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement <sup>(126)</sup>, le Conseil d'Etat a considéré que l'autorité administrative conservait sa compétence en raison de l'applicabilité de certaines dispositions de cette même loi. Le fait que le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1998, qui apparaissait susceptible de supprimer la compétence administrative pour déterminer les périodes de chasse, soit considéré comme inapplicable ne fait pas pour autant revivre les dispositions antérieures. Le ministre ne reste compétent, en l'espèce, que dans la mesure où le premier alinéa de ce même article - qui dispose que « nul ne peut chasser en dehors des périodes d'ouverture de chasse fixées par l'autorité administrative » - n'est pas inconstitutionnel et demeure applicable.

Force est donc de constater qu'en optant pour un tel raisonnement, le Conseil d'Etat récuse l'idée selon laquelle une loi déclarée inconstitutionnelle devient définitivement inapplicable ou est abrogée. Ainsi, malgré son inconstitutionnalité, la pérennité de la loi dans l'ordre juridique apparaît inexorable. Seul un cas de figure très limité semble pouvoir déroger à cette règle stricte et conduire à la sortie de vigueur de la loi : celui dans lequel la loi est intervenue en matière réglementaire.

Le Conseil constitutionnel ayant clairement précisé, dans sa décision *Blocage des prix et des revenus* du 30 juillet 1982 <sup>(127)</sup>, que les articles 34 et 37 de la Constitution ne conduisent pas à « frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi », il apparaissait loisible au législateur de faire des incursions dans le domaine réglementaire, « à charge pour le pouvoir réglementaire d'y mettre bon ordre soit au cours de la discussion au moyen de l'article 41, soit après la promulgation au moyen de l'article 37, alinéa 2 » <sup>(128)</sup>, l'une et l'autre de ces procédures ayant toutefois un caractère « facultatif » <sup>(129)</sup>.

Fort de cette analyse, le législateur français a pensé pouvoir contourner certaines contraintes internationales et notamment les contraintes européennes émanant de la directive communautaire du 2 avril 1979 relative à la protection des oiseaux sauvages <sup>(130)</sup>.

Afin de mettre un terme aux multiples contentieux nés de la contradiction entre plusieurs arrêtés préfectoraux et ministériels et les dispositions de ladite directive <sup>(131)</sup>, le législateur français est intervenu à deux reprises en matière réglementaire. Par une loi du 15 juillet 1994 tout d'abord, puis par celle du 3 juillet 1998 ensuite, il a ainsi fixé lui-même les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse en prenant soin, qui plus est, d'adopter des dispositions se satisfaisant à elles-mêmes.

Bien que la loi de 1994 soit inattaquable <sup>(132)</sup>, les associations d'opposants à la chasse ont tout de même réussi à susciter une jurisprudence faisant douter de sa pérennité sur le fondement de son inconstitutionnalité. Le législateur étant intervenu dans le domaine réglementaire, les associations ont demandé au Premier ministre d'engager la procédure de « déclassement » de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution et de prendre des mesures réglementaires conformes aux objectifs de la directive. Essuyant un refus, elles ont alors demandé l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite devant la juridiction administrative. Or, bien que la formulation de l'article 37-2 de la Constitution semble, par l'utilisation du verbe « pouvoir », donner au Premier ministre un pouvoir discrétionnaire, plusieurs arguments plaident incontestablement pour un contrôle du refus du Premier ministre <sup>(133)</sup>. Le respect d'une interprétation stricte de l'article 37 heurterait tout d'abord de plein fouet l'article 55 de la Constitution avec lequel il doit pourtant être concilié. Aussi, l'absence de contrôle serait-elle apparue en retrait par rapport aux jurisprudences *Nicolo* et *Rothman's* au terme desquelles, en vertu de l'article 55 de la Constitution, la loi, même postérieure, ne doit pas faire échec à l'obligation qu'a l'administration de se conformer aux traités et aux directives communautaires ainsi que, plus largement, au droit international <sup>(134)</sup>. En outre, le refus de tout contrôle eût été peu conforme à la jurisprudence *Compagnie Alitalia* <sup>(135)</sup> qui impose aux autorités administratives, lorsqu'elles en ont le pouvoir, de prendre les mesures réglementaires nécessaires à la transposition des directives communautaires et de faire disparaître les dispositions qui leur seraient

contraires.

Aussi, après avoir écarté la qualification d'acte de gouvernement à propos de la décision de prendre un décret sur le fondement de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 3 décembre 1999 <sup>(136)</sup>, a considéré que, le délai de transposition de la directive étant expiré, le Premier ministre n'était plus totalement libre d'engager ou non la procédure de déclassement, ni de préférer une modification du texte par la voie parlementaire. S'il ne se trouve pas pour autant dans une situation de compétence liée, le juge opère un contrôle minimum sur le choix du Premier ministre.

Bien que dans cette affaire le Conseil d'Etat ait considéré que la décision implicite du Premier ministre refusant d'engager la procédure de déclassement était légale, le raisonnement retenu par le juge conduit inmanquablement à penser que la solution au fond est strictement cantonnée à l'espèce et que l'absence d'obligation de l'autorité administrative demeure très relative. En effet, dans la mesure où le rejet de la requête est motivé par la brièveté du délai séparant le vote de la loi et le refus du Premier ministre de la modifier par décret, <sup>(137)</sup> le juge n'a entendu exonérer le pouvoir exécutif de son obligation d'intervention que jusqu'à concurrence d'un délai raisonnable. Or, le pouvoir réglementaire n'ayant toujours pas réagi alors même que le législateur est intervenu de nouveau en 1998 <sup>(138)</sup> pour fixer des dates d'ouverture de la chasse tout autant incompatibles avec la directive, il y a fort à parier que, sur la base de cette jurisprudence, une requête similaire, déposée plus tardivement, aurait eu toutes les chances d'aboutir <sup>(139)</sup>.

Aussi, à n'en point douter, sur le plan des principes, cette jurisprudence a-t-elle bel et bien inauguré une possibilité de faire disparaître de l'ordonnement juridique une loi incompatible avec des dispositions supranationales <sup>(140)</sup>. Cette solution demeure, il est vrai, strictement limitée aux cas dans lesquels la loi nationale est le résultat de l'immixtion du pouvoir législatif dans les matières relevant du pouvoir réglementaire. En dehors de cette hypothèse qui reste toutefois exceptionnelle, c'est-à-dire dès lors que la loi est intervenue dans une matière relevant de l'article 34 de la Constitution, les exigences de la hiérarchie des normes, telle qu'elle résulte de l'article 55 de la Constitution, ne peuvent prévaloir. Le principe qui demeure alors est celui de la pérennité de la loi dans l'ordre juridique interne.

Or, la loi ne disparaissant pas, elle reste, malgré son caractère inconstitutionnel, susceptible d'être appliquée.

### Une loi demeurant susceptible d'être appliquée

Si les jugements prononçant l'annulation pour excès de pouvoir des actes administratifs inconstitutionnels disposent, comme tous les jugements prononçant une telle annulation, de l'autorité absolue de la chose jugée <sup>(141)</sup>, il n'en va pas de même pour les déclarations d'inconstitutionnalité de la loi. Le jugement d'inconstitutionnalité de la loi, qu'il ait été prononcé à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir ou dans le cadre du plein contentieux, n'ayant à l'inverse qu'une autorité relative, il ne s'impose qu'aux parties au litige et seulement dans le cadre du litige <sup>(142)</sup>. Aussi, à l'exception de l'espèce, rien n'oblige les autorités administratives parties au litige - et *a fortiori* les autorités administratives <sup>(143)</sup> tiers - à laisser inappliquée ladite loi.

Ainsi n'est-il pas rare de constater que des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles à l'occasion de litiges demeurent appliquées par l'administration. Malgré les déclarations d'inconstitutionnalité dont peuvent faire l'objet certaines dispositions législatives et l'inapplicabilité des dispositions qu'elles impliquent en principe, le maintien de la loi dans l'ordre juridique engendre des situations témoignant du manque de spontanéité dans le respect de la hiérarchie des normes dont font preuve les autorités administratives. De telles hypothèses, trop nombreuses pour être ici rappelées, entraînent alors, ce qui apparaît fort déplorable, des « contentieux de type parasite » <sup>(144)</sup>, au terme desquels « celui

qui agira gagnera » (145).

En outre, le pouvoir d'apprécier la conventionnalité de la loi sans pouvoir la soustraire à l'ordre juridique étant diffusé dans l'ensemble du tissu juridictionnel, il conduit à des appréciations divergentes. Ce risque, souligné avec justesse par certains (146), s'est en effet réalisé. Contrairement à la position adoptée en 1999 (147) par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation a en effet considéré, dans son arrêt du 4 septembre 2001 (148), que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 - interdisant, dans la semaine qui précède le scrutin, la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection - n'est pas compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, aucun procédé de gestion de ces situations n'existant en France, le règlement de cette contrariété entre deux sentences repose entièrement sur la volonté politique et le législateur (149).

En conséquence, bien que la reconnaissance de la supériorité du droit international dans l'ordre juridique interne constitue un progrès de l'Etat de droit, le fait que l'article 55 de la Constitution n'habilite les juridictions qu'à écarter l'application des lois inconventionnelles ne peut être considéré comme tout à fait satisfaisant. Dans la mesure où, ainsi que l'expérience l'a démontré, il ne garantit pas en retour une évolution de la pratique administrative et impose en conséquence quasi systématiquement un recours pour faire valoir ce que de droit, il ne peut être à lui seul qu'un progrès modéré. C'est d'ailleurs la conception que retient, là encore, la Cour de justice des Communautés européennes, pour qui la faculté de l'invoquer devant les juridictions nationales ne suffit pas à assurer l'application pleine et complète du droit communautaire que seule l'élimination de la législation incompatible garantit (150). Or, si, sous la pression du droit communautaire ou européen, cette disparition est envisageable (151), aucune procédure de droit interne n'est en revanche susceptible d'y conduire.

Aussi, dans ce contexte, seule une modification de la mission du Conseil constitutionnel apparaît en mesure de garantir plus systématiquement et plus efficacement, le respect de la hiérarchie des normes en invalidant la loi inconventionnelle.

#### Mots clés :

**DROIT INTERNATIONAL PUBLIC** \* Conventions et traités internationaux \* Contrôle de conventionnalité

(1) CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicola*, Rec., p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste ; AJDA 1989, p. 788, note D. Simon ; R. Kovar, D. 1990, chron. p. 57 ; D. 1990, Jur. p. 135, note P. Sabourin ; JDI, 1990, p. 5, note F. Dehaussy ; Petites affiches 1989, n° 137, p. 4, note A. Gruber ; Petites affiches 1989, n° 148, p. 11, note G. Lebreton ; Petites affiches 1990, n° 16, p. 6, note J.-F. Flauss ; RFDA 1989, p. 824, note B. Genevois, p. 993, note L. Favoreu, p. 1000, note L. Dubouis ; RGDI publ. 1989, p. 91, note J. Boulouis ; JCP 1990, I, n° 3429, H. Calvet. RD publ. 1990, p. 801, note J.-F. Touchard ; Rev. crit. DIP 1990, p. 139, note P. Lagarde ; RFDA 1990, p. 267, obs. D. Ruzié ; Rev. Marché commun 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume ; RTD eur. 1989, p. 771, note G. Isaac ; B. Oppetit, D. 1990, chron. p. 73 ; AFDI 1989, p. 91, P. Rambaud.

(2) Cette position, faut-il le rappeler, a été adoptée dès 1975 par la Cour de cassation avec son arrêt Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes c/ Société Cafés Jacques Vabres*, Bull. civ., n° 4 ; AFDI 1976, p. 867, chron. J.-F. Lachaume ; JCP 1975, II, n° 18180 bis, concl. A. Touffait ; AJDA 1975, p. 567, note J. Boulouis ; JDI 1975, p. 801, note D. Ruzié ; Cah. dr. eur. 1975, p. 632, note R. Kovar ; JCP 1975, I, n° 2743, F.-C. Jeantet ; RGDI publ. 1976, p. 690, note C. Rousseau ; Rev. crit. DIP 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux. V. encore J.-F. Lachaume, Les grandes décisions de la jurisprudence, p. 60 et s., PUF, 1999 ; M. Long, P. Weil, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 732 et s., Dalloz, 1999.

(3) Matter, concl. sur Cass. civ., 22 déc. 1931, D., 1932, 1, p. 131.




(4) D. Simon, note sous CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, AJDA 1989, p. 792.



(5) *Ibid.*








(6) B. Genevois, note sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *op. cit.* p. 833.




(7) Au terme de l'article 55 de la Constitution, « 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 ».

(8) Certes, ainsi que le souligne M. J.-F. Lachaume, (Les grandes décisions..., *op. cit.* p. 66), une telle référence visait, « d'abord et pour l'essentiel compte tenu de l'époque de rédaction de l'article 55, les techniques classiques de fabrication du droit international, tels le traité de Rome [...], la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ».

(9) CE, Ass. 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. p. 368, concl. B. Stirn ; AJDA 1991, p. 91, art. C. M. F. D. Y. A.  ; D. 1991, Jur. p. 283, note P. Sabourin  ; RD publ. 1991, p. 525, note J.-M. Auby ; RFDA 1991, p. 849, note V. Berger, H. Labayle, F. Sudre .

(10) V. en ce sens, l'arrêt CE, 24 sept. 1990, *Boisdet*, Rec., p. 250 ; AJDA, 1990, p. 863, chron. E. Honorat et R. Schwartz  ; RFDA, 1991, p. 172, note L. Dubouis  ; Petites affiches 1990, n° 123, p. 15, concl. M. Laroque.

(11) CE, Ass., 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, Rec. p. 78 , concl. M. Laroque ; AJDA 1992, p. 210 concl. M. Laroque  ; 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, Rec. p. 81 , concl. M. Laroque ; JCP 1992, II, n° 21859, note G. Teboul ; CJEG 1992, p. 525, note Sabourin ; AJDA 1992, p. 329, chron. C. Maugué et R. Schwartz  ; RD publ. 1992, p. 1480, note F. Fines ; RFDA 1992, p. 425, note L. Dubouis  ; R. Kovar, D. 1992, chron. p. 207  ; RTD com. 1992, p. 600, note P. Orsoni .

(12) Seule, ainsi, la coutume internationale reste en dehors du champ d'application de l'article 55 : CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. p. 206  ; RFDA 1997, p. 1068, concl. G. Bachelier  ; RGDI publ. 1997, p. 1056, note D. Alland ; Petites affiches 1998, n° 16, p. 18, note Martin ; JDI 1998, p. 93, note Chames ; Dr. adm. 1997, p. 250, note G. Teboul ; AJDA 1997, p. 630, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; JCP 1997, II, n° 22945, note G. Teboul.

(13) Au regard de la jurisprudence récente, il apparaît clairement que la « loi constitutionnelle » ou la loi bénéficiant d'une « couverture constitutionnelle » se situe au-dessus des traités dans la hiérarchie des normes et apparaît en conséquence insusceptible d'être confrontée par les juridictions internes au droit international. V. en ce sens l'arrêt du CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher et autres*, RFDA 1998, p. 1081, concl. C. Maugué [📄](#), note D. Alland [📄](#) ; AJDA 1998, p. 969, chron. F. Raynaud et P. Fombeur [📄](#) ; RFDA 1999, p. 57 et s., articles L. Dubouis [📄](#), M. Verpeaux [📄](#), O. Gohin [📄](#) ; J.-F. Lachaume, Les grandes décisions ..., *op. cit.* p. 61 et s. et l'arrêt de la Cour de cassation, Ass. plén., 2 juin 2000, *M<sup>me</sup> Pauline Fraisse*, B. De Lamy et P. Deumier, La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable, Petites affiches 2000, n° 201, p. 8 ; R. Libchaber, La vision du monde de la Cour de cassation, RTD civ. 2000, p. 672 [📄](#) ; A. Ondoua, La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des Traités dans la hiérarchie des normes, RGDI publ. 2000, p. 821 ; F. Poirat, La primauté des dispositions de valeur constitutionnelle sur celle des traités internationaux, RGDI publ. 2000, p. 985 ; X. Prétot, La Cour de cassation, la Constitution et les traités, RD publ. 2000, p. 1037 ; A. Rigaux et D. Simon, Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, Europe, août/sept. 2000, p. 3.

(14) Sur ce rapport entre la loi nationale et le droit international, V. J.-M. Favret, Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire, AJDA 2001, p. 727 et s. [📄](#)

(15) V. en ce sens, D. de Béchillon, De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire, RFDA 1998, p. 225 [📄](#) ; B. Mathieu, La loi, Dalloz, 1995, p. 42 ; M. De Villiers, Dictionnaire de droit constitutionnel, A. Colin, 1998, p. 53 ; M. Denis-Linton, concl. sur CE, Sect., 9 juill. 1997 [📄](#), *Association Ekin*, RFDA, 1997, p. 1284, concl. M. Denis-Linton [📄](#).

(16) V. notamment B. Genevois, note sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, RFDA, 1989, p. 820.

(17) D. Simon, note sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *op. cit.* p. 790.

(18) V. en ce sens, J.-F. Lachaume, note sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *op. cit.* p. 393 ; D. Simon, note sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *op. cit.* p. 789.

(19) En tant que juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel s'est tout d'abord contenté de dénier sa compétence pour sanctionner la violation du principe de primauté du traité international, incitant toutefois implicitement les juges judiciaires et administratifs à faire jouer ce principe (Cons. const., 74-54, 15 janv. 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 1999, p. 313) pour, ensuite, indiquer clairement aux divers organes de l'Etat qu'il leur appartient de veiller à l'application des conventions internationales conformément au principe posé à l'article 55 de la constitution (Cons. const., 86-216 DC, 3 sept. 1986, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France*, RFDA 1987, p. 120, note B. Genevois). Dans le cadre du contentieux électoral, il accepte en revanche d'examiner si la loi électorale est conforme au droit international. V. en ce sens Cons. const., 88-1082/88-1117, 21 oct. 1988, 5<sup>e</sup> circonscription du Val-d'oise, RFDA 1989, p. 908, note B. Genevois ; AJDA 1989, p. 128, note P. Wachsmann ; D. 1989, p. 285, note F. Luchaire.






(20) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes c/ Société Cafés Jacques Vabres*, préc.









(21) V. Cons. const., 74-54, 15 janv. 1975, *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse*, préc.

(22) Cons. const., 86-216 DC, 3 sept. 1986, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France*, RFDA 1987, p. 120, note B. Genevois.




(23) Cons. const., 21 oct. 1988, 5<sup>e</sup> circonscription du Val-d'Oise, préc.

(24) Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, préc.


(25) CE, Sect., 9 juill. 1997, *Association Ekin*, Rec., p. 300  ; RD publ. 1998, p. 593 notes P. Wachsmann et F. Rabiller ; RFDA 1997, p. 1284, concl. M. Denis-Linton  , note B. Pacteau  ; AJDA 1998, p. 374, note M.-F. Verdier  ; D. 1998, p. 317, note E. Dreyer .

(26) CE, Ass., 3 juill. 1996, *Moussa Koné*  , AJDA 1996, p. 805  et p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue  ; p. 882, note L. Favoreu  ; p. 885, note P. Gaïa  ; p. 891, note H. Labayle  ; p. 908, *addendum* P. Delvolvé  ; Petites affiches 20 déc. 1996, note G. Pellissier ; Petites affiches 27 déc. 1996, note G. Guiheux.

(27) Le contentieux de l'élection du Parlement européen a en effet été confié au Conseil d'Etat par la loi du 7 juillet 1977.



(28) Sans entrer dans le détail de cette jurisprudence très abondante, il suffit à ce titre de mentionner quelques arrêts marquants de la jurisprudence administrative en ce domaine. V. ainsi, CE, 24 sept. 1990, *Boisdet*, préc. ; CE, Ass. 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, préc. ; 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France*, préc. ou encore, plus récemment, CE, 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Association France Nature Environnement*, req. n° 199622, 200124  , AJDA 2000, p. 171, chron. M. Guyomar, P. Collin  ; RFDA, 2000, p. 59, concl. F. Lamy .





(29) R. Chapus, *op. cit.* p. 654.

(30) R. Ricci, note sur CE, 24 févr. 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, AJDA 1999, p. 825 .


(31) CE, Sect., 13 juill. 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, Rec., p. 403.






(32) CE, 13 juill. 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec., p. 475 ; D. 1963, Jur. p. 606, note J.-M. Auby.

(33) Ce caractère étant apprécié au cas par cas - y compris lorsque les textes fixent un délai - ce délai pouvant, dans certaines hypothèses, apparaître étonnamment long. Cf. notamment, pour un exemple, CE, 3 oct. 1997, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, D. 1997, IR p. 230  ; Dr. adm. 1998, n° 1 ; AJDA 1997, p. 909, obs. F. Julien-Laferrrière .


(34) CE, Ass., 27 nov. 1964, *Ministre des Finances c/ Dame veuve Renard*, Rec. p. 590 ; RD publ. 1965, p. 713, concl. Y. Galmot ; AJDA 1964, p. 678, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; D. 1965, p. 632, note J.-M. Auby ; CE, 24 juin 1992, *Soulat*, AJDA 1992, p. 691, note P. Letourneur  ; RFDA 1992, p. 770  ; 9 avr. 1993, *Société des auteurs des arts visuels*, Rec. p. 108  ; D. 1994, Somm. p. 59, obs. P. Bon et P. Terneyre .

(35) Loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO 9 févr., p. 2175.


(36) V., en ce sens CE, Sect., 26 juill. 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, Rec., p. 293 , concl. C. Maugué.


(37) V., en ce sens, CE, 6 janv. 1995, *Soulat et Boivin*, Rec. p. 15  ; AJDA 1995, p. 104, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl  ; 11 mars 1994, *Soulat*, AJDA 1994, p. 387, concl. M. Denis-Linton  ; JCP 1994, II, n° 22333, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; CE, Sect., 27 janv. 1995, *Melot*, Rec. p. 52  ; AJDA 1995, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl  ; RD publ. 1995, p. 535, concl. M. Scanvic.

(38) J.-C. Bonichot, conclusions sur l'arrêt *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, non publiées, p. 5.

(39) CE, 24 févr. 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, AJDA, 1999, p. 823, note R. Ricci .

(40) R. Ricci, *op. cit.* p. 826.

(41) V. sur ces point B. Genevois, note sous CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicola*, RFDA 1989, p. 825 et s. ; D. de Béchillon, De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution), RFDA 1998, p. 225 et s.  ; O. Gohin, Le Conseil d'Etat et le contrôle de constitutionnalité de la loi, RFDA

2000, p. 1175 .

(42) V. sur ce point *infra*.

(43) B. Genevois, note sous CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, préc.

(44) Sur ces points, V. *infra* 2<sup>e</sup> partie.

(45) CE, 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. p. 77.

(46) P. Cabanes et D. Léger, note sous CE, 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, AJDA 1973, p. 245.

(47) V. *infra*.

(48) R. Chapus, *op. cit.* p. 129.

(49) V. en ce sens J.-F. Lachaume, Les grandes décisions de la jurisprudence, p. 83 et s., PUF, 1999.

(50) G. Morange, L'irresponsabilité de l'Etat-législateur, *op. cit.* p. 28.

(51) CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, Rec. p. 25 ; D. 1938, 3, p. 41 concl. Roujou, note L. Rolland ; RD publ. 1938, p. 87, note G. Jeze ; S. 1938, 3, p. 25. V. sur cette évolution et le régime mis en place R. Chapus, *op. cit.* p. 1320 et s. ; J.-F. Lachaume, *op. cit.* p. 83 et s. V. aussi G. Morange, *op. cit.*


(52) CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, préc.

(53) CE, Ass., 23 mars 1984, *Société Alivar*, Rec. p. 127 ; AJDA 1984, p. 396, note B. Genevois ; AJDA 1985, p. 536, chron. S. Hubac, J.-E. Schoettl ; D. 1986, IR p. 24, obs. F. Moderne, P. Bon ; JCP 1985, II, n° 20423, note J.-F. Davignon ; Rev. adm. 1984, p. 375, note B. Pacteau ; RTD eur. 1984, p. 341, concl. R. Denoix de Saint Marc. V. aussi CE, Sect., 13 déc. 1985, *Société International Sales and Import Corporation*, Rec. p. 376 ; AJDA 1986, p. 174, concl. M. Laroque ; RTD eur. 1988, p. 100, obs. P. S.-C.

(54) CJCE, 16 mars 1977, *Commission c/ République française*, aff. 68-76, Rec. p. 515. V. sur ce point les commentaires

de S. Hubac, J.-E. Schoettl, *op. cit.* p. 536 et de B. Genevois, *op. cit.* p. 398.

(55) Trois cas de mise en oeuvre seulement peuvent être soulignés : CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, préc. ; 21 janv. 1944, *Caucheteux et Desmonts*, Rec. p. 22 ; CE, 25 janv. 1963, *Ministre de l'Intérieur c/Bovero*, Rec. p. 54 ; JCP 1963, II, n° 13326, note G. Vedel ; AJDA 1963, p. 94, chron. M. Gentot et J. Fourré.



(56) G. Alberton, le régime de responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ?, RFDA 1997, p. 1020 et s. .

(57) G. Morange, *op. cit.* p. 164. C'est d'ailleurs ce qui a conduit le Tribunal administratif de Versailles, par un jugement du 23 mai 1989, à rejeter la demande d'indemnité de la société Jacques Dangeville. Sur la suite de cette affaire V. *infra*.


(58) Sur ce point, V. *infra*. Sur l'inadaptation de ce critère à d'autres exigences, V. aussi, G. Alberton, le régime de responsabilité du fait des lois..., *op. cit.* p. 1022 et s.


(59) CE, Ass., 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, Rec., p. 68  ; D. 1993, Somm. p. 141, obs. P. Bon, P. Terneyre  ; RD publ. 1992, p. 1480, note F. Fines.

(60) R. Chapus, *op. cit.* p. 129.

(61) V. sur cette démarche D. Simon, Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique, glissement progressif ou révolution tranquille ?, AJDA 1993, p. 235 et s.  ; F. Fines, Quelle obligation de réparer la violation du droit communautaire ? Nouveaux développements jurisprudentiels sur la responsabilité de l'Etat normateur, RTD eur. 1997, p. 69  et s. et en particulier p. 78-79.

(62) Pour ces cas de figures, V. *infra*.

(63) D. Simon, La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire, AJDA 1996, p. 493 .

(64) V. en effet sur ce point CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. C 6 et C 9/90, Rec. p. 5357 ; 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, aff. C 46/94 et C 48/93, Rec. p. I-1131 ; L. Dubouis, La responsabilité de l'Etat-législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté, RFDA 1996, p. 582 .

(65) CJCE, 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, préc., point 42.

(66) Sur ces points, V. *supra*.

(67) C. Laroque, concl. préc. p. 219.

(68) C. Laroque, concl. préc. p. 219.

(69) V. en ce sens, G. Braibant, *Le droit administratif français*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1992, p. 285.

(70) G. Alberton, le régime de responsabilité du fait des lois..., *op. cit.* p. 1024.

(71) V. sur ce point CE, 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. p. 77.

(72) M. Planiol, cité par R. Chapus, *op. cit.* p. 1242.

(73) P. Cabanes, D. Léger, note sous CE, 26 janv. 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, AJDA, 1973, p. 245.

(74) G. Alberton, le régime de responsabilité du fait des lois..., *op. cit.* p. 1026. Dans le même sens V. R. Chapus, *op. cit.* p. 1325.


(75) A cette réserve près que le juge acceptait d'écarter une loi incompatible avec un traité postérieur : CE, Ass., 7 juill. 1978, *Croissant*, Rec. p. 292 ; AJDA 1978, p. 559, chron. O. Dutheil de Lamothe, Y. Robineau ; JDI 1979, p. 90, note D. Ruzié ; RGDI publ. 1979, p. 853, note Prévost ; Gaz. Pal. 1979, 1, p. 34, note P. Derouin ou encore CE, Ass., 22 oct. 1979, *Union démocratique du travail*, Rec. p. 383 ; RD publ. 1980, p. 531, concl. M.-D. Hagelsteen ; AJDA 1980, p. 19, chron. Y. Robineau, M.-A. Feffer et p. 39, note B. G.). Toutefois, cette mise à l'écart de la loi apparaissait davantage comme la résultante des règles gouvernant la succession des règles juridiques dans le temps que comme une illustration de la suprématie du droit international.

(76) G. Alberton, *Le régime de responsabilité du fait des lois...*, *op. cit.* p. 1037.


(77) R. Schwartz et C. Maugué, note sous CE, 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, AJDA 1992, p. 327, spéc. p. 332 📖.


(78) E. Honorat et E. Baptiste, note sous CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, AJDA 1989, p. 792.




(79) R. Chapus, *op. cit.* p. 1326.

(80) CAA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec., p. 588 ; AJDA, 1992, p. 768, obs. X. Prétot  ; Dr. adm. 1992, n° 394 ; Dr. fisc. 1992, n° 33, n° 1601, concl. F. Bernault ; JCP 1993, I, n° 3645, chron. E. Picard ; D. Simon, Europe, 1992, n° 445). Solution réitérée le 12 nov. 1992, *Société John Walker and Sons*, Rec. p. 789 ; D. Simon, Europe, 1993, n° 283.

(81) Sur ce point, V. *supra*.

(82) V. en ce sens D. Simon, AJDA 1993, p. 493  et F. Bernault, concl. sur CAA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 1992, Dr. fisc. 1992, p. 1427 et 1341.


(83) En effet, entre la disposition législative et le dommage un acte administratif individuel s'interposait. Il ne fait cependant aucun doute, aux yeux de l'observateur, que c'est dans le comportement du législateur que se situe le fait générateur de la responsabilité : V. en ce sens D. Simon, Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille, AJDA 1993, p. 242, préc. .






(84) CE, Ass., 30 oct. 1996, *Société Jacques Dangeville*, Rec. p. 399  ; AJDA, 1996, p. 980, chron. D. Chauvaux, T.-X. Girardot  ; Dr. adm. 1997, n° 108, obs. G. G. ; Petites affiches 1997, n° 128 et 129, note P. Cassia ; RFDA 1996, p. 1275 ; RTD eur. 1997, p. 171, concl. G. Goulard .

(85) Le commissaire du gouvernement G. Goulard précise en effet dans ses conclusions que « sous réserve d'une question de recevabilité [...], l'application que la Cour administrative d'appel de Paris a faite du principe de la responsabilité de la puissance publique pour méconnaissance des obligations résultant du droit communautaire est exacte en droit, tant du point de vue du nécessaire respect de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que de la logique de votre propre jurisprudence » (RTD eur, 1997, p. 173).

(86) V. sur ce point, *supra*.

(87) Cons. const., 15 janv., 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, préc.

(88) V. en effet, par exemple, CE, 24 mai 1995, *Brunet*, req. n° 131990 , inédit ; 6 févr. 1987, *Albert*, req. n° 80905, inédit.

(89) V. en effet les arrêts CE, 18 juin 1993, *IFOP*, Rec. p. 178  ; Rev. adm. 1993, p. 322, concl. F. Scanvic et CE, Sect., 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. p. 160  ; AJDA 1999, p. 560, chron. F. Raynaud et P. Fombeur  ; Petites affiches juin 1999, n° 113, concl. J.-C. Bonichot, au terme desquels le Conseil d'Etat semble suggérer que le recours contre un acte administratif non décisoire peut être recevable dès lors que l'acte en cause « méconnaît le sens et la portée » des dispositions qu'il se propose d'explicitier ou « contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques ». V. également, dans le même sens, CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA 2002, p. 723, concl. S. Boissard  ; AJDA 2002, p. 586, chron. F. Donnat, D. Casas .

(90) CE, 24 mai 1995, *Brunet*, préc.

(91) V. sur ce point *supra*.

(92) CE, 6 févr. 1987, *Albert*, req. n° 80905 , inédit.

(93) V. en ce sens J.-P. Markus, Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat, AJDA 1999, p. 99 .

(94) Sur ce point, V. *supra*.

(95) Articles 34 et 37 de la Constitution.

(96) Prenant en effet en compte l'usage facultatif des procédures des articles 41, alinéa 2 et 37, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que de telles dispositions ne sont pas inconstitutionnelles : Cons. const. 82-143 DC, 30 juill. 1982, *Blocage des pris et des revenus*, Rec. p. 57 ; L. Favoreu, Rev. adm. 1983, p. 360, comm. M. De Villiers ; D. 1984, IR p. 50, obs. L. Hamon.

(97) Directive 79/409/CEE du 2 avril 1979, relative à la protection des oiseaux sauvages.


(98) CJCE, 19 janv. 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages c/ Préfet du Maine-et-Loire*, aff. C 435-92, Rec., p. I-67. V. aussi, sur ce point, F. Lamy, *op. cit.* p. 61-62.





(99) F. Lamy, concl. sur CE, Sect., 3 déc. 1999 (2 espèces), *op. cit.* p. 61.



(100) V. notamment AN, rapp. L. Poniowski, n° 974 10-06/98, p. 10.

(101) Seul un cas de figure très particulier et on ne peut plus résiduel paraît toutefois pouvoir conduire à l'abrogation de la loi : celui dans lequel la loi est intervenue en matière réglementaire. Sur ce point, V. *infra*.


(102) V. en ce sens les conclusions contraires de M.-D. Hagelsteen sur l'arrêt CE, Sect., 11 janv. 1991, *SA Morgane*, RFDA 1991, p. 652 .

(103) V. CJCE, 14 déc. 1995, *Peterbroek et Schijndel*, AJDA 1996, p. 273, spéc. p. 276, obs. H. Chevrier, H. Honorat et G. De Bergues  ; JCP 1996, I, n° 3940, chron. M.-C. Boutard-Labarde ; Petites affiches 1996, n° 129, note F. Benoît-Rohmer.

(104) Il l'a en effet clairement récusée à l'occasion, entre autres, de ses arrêts CE, Sect., 11 janv. 1991, *SA Morgane*, Rec. p. 9 ; AJDA 1991, p. 111, chron. E. Honorat et R. Schwartz  ; RFDA 1991, p. 652, concl. M.-D. Hagelsteen , préc. note (102) et CE, 28 juill. 1993, *Bach et autres*, Rec. p. 237  ; 16 janv. 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, Rec. p. 35 .

(105) Il faut toutefois noter qu'à l'inverse, dans un arrêt récent (CE, Ass., 28 juin 2002, *Société Schneider Electric*, RFDA 2002, p. 1124, concl. S. Austrey  ; Dr. fisc. 2002, p. 1151), le Conseil semble bien considérer qu'en matière fiscale et lorsque sont en cause des conventions fiscales bilatérales, l'incompatibilité du droit national au droit international peut s'apparenter à la méconnaissance du champ d'application de la loi et peut donc être soulevée d'office par le juge. Reste à savoir si cette solution récente témoigne d'une évolution jurisprudentielle relative à la notion de champ d'application de la loi ou si elle demeure cantonnée à la matière particulière qu'est le droit fiscal (V. sur cet arrêt, P. Dibout, L'inapplicabilité de l'article 209 B du code général des impôts face à la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966, Dr. fisc. 2002, p. 1134). V. toutefois CE, 6 déc. 2002, *Maciolak*, req. n° 239540 , qui semble confirmer la position classique du juge administratif.

(106) Ainsi en va-t-il des dispositions législatives qui, à l'image des lois du 15 juillet 1994 et du 3 juillet 1998 (auxquelles s'est substituée aujourd'hui la loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000 relative à la chasse), fixent simplement des dates (en l'espèce d'ouverture et de fermeture de la chasse) pour l'exercice de certaines activités.

(107) Pour un bilan annuel de la position des juridictions françaises à l'égard de l'effet direct des dispositions internationales V. la chronique annuelle de J.-F. Lachaume dans l'Annuaire français de droit international. V. aussi sur la question de l'effet direct des dispositions internationales R. Abraham, concl. sur CE, Sect., 23 avr. 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*, RFDA 1997, p. 585 .


(108) V. en ce sens, par exemple, le mécanisme institué pour le respect de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales dont le contrôle repose non seulement sur un système de rapport biennal mais aussi sur la possibilité de saisir le Comité pour l'élimination de la discrimination accordée à la fois aux Etats et aux particuliers.

(109) Pour des illustrations de cette formule, V. par exemple le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Code européen de sécurité sociale, la Convention européenne relative aux droits de l'enfant, etc.

(110) A titre d'exemple les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), de la Convention de Genève relative aux réfugiés, de la Convention de New York relative au statut des apatrides, etc.

(111) V. à titre d'exemple, l'évolution de la législation française relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France : l'administration française ne prenant pas acte spontanément de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour, il a fallu attendre que la loi du 12 mai 1998 donne une base législative à l'évolution jurisprudentielle et permette une réelle adéquation de la législation française au droit européen. C'est ainsi sous la pression du droit issu du Conseil de l'Europe que la législation de 1998 a pris en considération le droit à une vie privée et familiale tel qu'il est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence européenne. C'est d'ailleurs tout à fait expressément qu'à plusieurs reprises les travaux parlementaires comme le rapport de la Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration précisent qu'il s'agit de prendre en considération les prescriptions de l'ordre juridique européen (V. notamment P. Weil, Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, Pour une politique juste et efficace, 1997, La Documentation française, p. 83).

(112) P. Frydman, *op. cit.* p. 815.

(113) F. Lamy, La chasse, le droit constitutionnel et le droit communautaire, concl. sur CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse* (1<sup>re</sup> espèce) et *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France-Nature-Environnement* (2<sup>e</sup> espèce), RFDA, 2000, 59, spéc. p 71 .

(114) CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, préc. ; CE, 28 févr. 1992, *SA Rothmans international France*, préc.

(115) V. en ce sens Odent, p. 433 et CE, 6 mars 1963, *Baron*, Rec. p. 133.

(116) V. en ce sens F. Lamy, *op. cit.* p. 71.

(117) G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 1992.

(118) V., en ce sens, F. Lamy, *op. cit.* p. 71.

(119) F. Lamy, *op. cit.* p. 71.










(120) V., en ce sens, P. Frydman, concl. sur CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo, op. cit.*, B. Genevois, *op. cit.* p.824 et F. Lamy, *op. cit.* p. 71.

(121) CE, Ass., 30 oct. 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, Rec. p. 397  ; AJDA 1996, p. 980, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot  ; Dr. adm. 1997, p. 102, note G. G.

(122) CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/France*, aff. C 307/89, Rec. p. I-2903 ou 22 oct. 1998, *Commission c/France*, aff. C 10/97, Rec. p. I-6307.


(123) *Ibid.*

(124) V., en ce sens, les arrêts CJCE, 25 oct. 1979, *Commission c/Italie*, 159/78, Rec. p. 3264 ; 11 juin 1991, *Commission c/France*, C 307/89, Rec. p. I-2903 ; 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Allemagne*, C 46/93, Rec. p. I-1131 ; 7 mars 1996, *Commission c/France*, C 334/94, Rec., p. I-1307 ; 13 mars 1997, *Commission c/France*, C 197/96, Rec., p. I-1489 ; 4 décembre 1997, *Commission c/Italie*, C-207/96, Rec. p. I-6869.

(125) CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Rassemblement des opposants à la chasse*, Rec. p. 379 ; AJDA 2000, p. 170  et p. 120, chron. M. Guyomar, P. Collin , préc. ; RFDA, 2000, p. 59, concl. F. Lamy , préc. ; L. Dubouis, La chasse, le droit constitutionnel et le droit communautaire, RFDA 2000, p. 409  ; p. 664, note L. Favoreu  ; p. 668, note B.G.  ; p. 676, note D. de Bechillon  ; p. 678, note G. Carcassonne  ; D. 2000, Jur. p. 272, note G. Toulemonde  ; RD publ. 2000, p. 1, obs. J.-P. Camby ; p. 289, note P. Cassia et E. Saulnier ; JCP 2000, II, n° 10319, note Evain ; Rev. adm. 2000, p. 359, note Favre ; Rev. Marché commun 2000, p. 533, note Chaltiel ; Petites affiches 11 févr. 2000, note R. Romi ; Petites affiches 7 mars 2000, note Roblot ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative 2001, n° 116, p. 849 et s.

(126) F. Lamy, *op. cit.* p. 71.

(127) Cons. const. 82-143 DC, 30 juill. 1982, *Blocage des prix et des revenus, op. cit.*

(128) M. Guyomar, P. Collin, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2000, p. 123 .

(129) Cons. const. 82-143 DC, 30 juill. 1982, *Blocage des prix et des revenus*, préc.

(130) Directive 79/409/CEE du 2 avril 1979, relative à la protection des oiseaux sauvages.


(131) CJCE, 19 janv. 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages c/ Préfet du Maine-et-Loire*, préc. V. aussi, sur ce point, F. Lamy, *op. cit.* p. 61-62.

(132) V. sur ce point *supra*.

(133) F. Lamy, *op. cit.* p. 67.

(134) Seule la Constitution peut en effet jouer ce rôle d'écran : V., sur ce point, CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran*, préc.




(135) CE, Ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, préc.

(136) CE, Sect., 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Rassemblement des opposants à la chasse*, req. n° 164789  et 165122, préc.

(137) V. en ce sens, M. Guyomar, P. Collin, *op. cit.* p. 124. Force est toutefois de constater que le litige en question a trouvé une autre issue. Cette jurisprudence a en effet conduit à l'adoption d'une nouvelle législation relative à la chasse (Loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000) qui revient sur les dates antérieurement fixées et se conforme ainsi plus strictement aux objectifs de la directive communautaire de 1979.

(138) Loi du 3 juillet 1998.

(139) V., en ce sens, M. Guyomar, P. Collin, *op. cit.* p. 124.

(140) Cette possibilité a d'ailleurs été confirmée par le Conseil d'Etat à l'occasion de sa décision du 19 avril 2002, *Ullmann*, req. n° 228830, AJDA 2002, p. 691, note P. Rimbault . Pour un point de vue sur cette jurisprudence V. D. de Béchillon, Courte réaction en forme de grimace, RFDA 2000, p. 676 et s.  ainsi que G. Carcassonne, Courte réaction en forme de rictus, RFDA, 2000, p. 678 et s. , préc.

(141) V. sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 9<sup>e</sup> éd., 2001, Montchrestien, p. 965.

(142) V. sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.* p. 958 et s. Une nuance doit toutefois être apportée à cette affirmation : il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'acte administratif en cause est un décret d'application


de la loi. Sur ce point, V. *supra*.

(143) Mais aussi les personnes privées : V. en ce sens l'attitude des organismes de sécurité sociale à propos des prestations non contributives *in* H. Gacon-Estrada, Etrangers : la sécurité sociale se moque de la justice, p. 709, Dr. soc., 1996. V. encore, sur celui-ci, D. Lochak, Quand l'administration fait de la résistance : les prestations non contributives et les étrangers, *in* E. Alfandari (Mélanges), « Drôle(s) de droit(s) », p. 405, 2000, Dalloz.

(144) P. Rodière, Les acteurs qui concourent à la réalisation de la liberté de circulation, *in* M. Bonnechère (Dir.), « Trente ans de libre circulation des travailleurs », 1998, La Documentation française, p. 26.

(145) *Ibid.*

(146) V. en ce sens D. de Béchillon, De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire..., *op. cit.* p. 230 et s.

(147) CE, Sect., 2 juin 1999, *Meyet*, Rec. p. 160 ; AJDA 1999, p. 560, chron. F. Raynaud et P. Fombeur  ; Petites affiches juin 1999, n° 113, concl. J.-C. Bonichot.

(148) Cass. crim., 4 sept. 2001, arrêt n° 5302.

(149) Sur ce point, V. *Le Monde* du 9-10 sept. 2001, p. 7.

(150) En ce sens, V. F. Lamy, *op. cit.* p. 68 ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice citée *supra* note 120.

(151) Cf. sur ce point *supra*.