

droit administratif et droit communautaire

RUBRIQUE sous la direction de :

Louis DUBOUISS, Professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille

Le juge administratif, le traité et la loi postérieure

Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989

M. Nicolo (*)

1. Conclusions de Patrick FRYDMAN, p. 813.
2. Note de Bruno GENEVOIS, p. 824.

1. Conclusions

Patrick FRYDMAN

Maître des requêtes au Conseil d'État
Commissaire du gouvernement

Le 18 juin 1989, les citoyens français furent appelés, pour la troisième fois depuis 1979, à élire au suffrage universel direct leurs représentants à l'Assemblée des communautés européennes, devenue, depuis l'entrée en vigueur de l'« Acte unique » du 28 février 1986, le « Parlement européen ».

(*) Cette importante décision donnera lieu à la publication

Si elle ne mobilisa guère le corps électoral, ainsi qu'en témoigne le fort taux d'abstention constaté, cette consultation paraît en revanche avoir beaucoup intéressé les habituels amateurs de procédure contentieuse.

C'est ainsi que, sous les n°s 108243 et 108303, deux d'entre eux, MM. Nicolo et Roujansky, vous

ultérieure de points de vue de doctrine.

demandent aujourd'hui, en leur qualité d'électeurs, de prononcer l'annulation de ce scrutin.

Indiquons d'emblée que la requête de M. Roujansky ne méritera guère qu'un très bref examen. Abstraction faite de considérations fantaisistes sans aucun rapport avec le scrutin, l'argumentation de l'intéressé se résume en effet à un unique moyen, tiré de ce que la loi du 7 juillet 1977, relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes, violerait diverses dispositions de la Constitution. Or, il ne vous appartient évidemment pas de contrôler la constitutionnalité des lois (cf. Cons. d'Et., Ass., 6 nov. 1936, *Arrighi et Dame Coudert, Rec. Cons. d'Et.*, p. 966; ou Cons. d'Et., Ass., 28 janv. 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris, Rec. Cons. d'Et.*, p. 86), et les propositions que nous avons l'intention de vous soumettre dans quelques instants ne remettront aucunement en cause le bien-fondé de cette jurisprudence traditionnelle. Ce premier pourvoi sera donc écarté.

L'examen de la requête de M. Nicolo appellera, en revanche, des développements plus substantiels.

Ce n'est d'ailleurs pas la question de fond que soulève cette affaire qui confère à celle-ci son intérêt. La thèse du requérant, qui voudrait vous faire juger que le scrutin européen n'aurait pu légalement se dérouler dans les départements et territoires d'Outre-mer, ni donner lieu à l'élection de candidats originaires de ces mêmes collectivités territoriales, pourra en effet être aisément récusée. Mais c'est le raisonnement juridique suivi par l'intéressé, et fondé simultanément sur la prétendue méconnaissance de la loi du 7 juillet 1977 précitée et du Traité de Rome du 25 mars 1957, qui retiendra notre attention.

Si, en effet, M. Nicolo se bornait à soutenir, comme il le fait en un premier temps, que les départements et territoires d'Outre-mer seraient exclus du territoire électoral défini par la loi de 1977

— laquelle ne viserait que le territoire européen de la France —, il vous suffirait alors de lui répondre qu'une telle allégation est inexacte. L'article 7 de cette loi dispose en effet que « le territoire de la République forme une circonscription unique » pour l'élection des représentants français au Parlement européen. Et il résulte des dispositions combinées de l'article 2 de la Constitution, qui fixe le principe d'indivisibilité de la République, et de son article 72, qui énumère les différentes collecti-

vités territoriales françaises, que les départements ou territoires d'Outre-mer font partie intégrante de la République française. Les personnes ayant, en vertu des dispositions du livre 1^{er} du code électoral, la qualité d'électeurs dans ces départements et territoires, pouvaient donc participer au scrutin. Et leur éligibilité n'est pas moins certaine, dès lors applicables à cette même élection les dispositions de l'article L.O. 127 du code électoral, en vertu desquelles tout électeur peut être élu au mandat de député.

Mais le requérant fait ici cependant valoir, en un deuxième temps, que, si telle devait être l'interprétation de la loi de 1977, celle-ci serait alors contraire au Traité de Rome. Il va sans dire, là encore, que pareille argumentation n'est pas fondée. L'article 227-1 de cette convention stipule en effet que « le présent Traité s'applique (...) à la République française », laquelle inclut, ainsi que nous venons de le rappeler, les départements et territoires d'Outre-mer. Et, s'il est vrai que les articles 227-2 et 227-3 ont soumis ces collectivités à un régime particulier au regard du droit communautaire, il est clair qu'ils n'ont pas pour autant entendu exclure celles-ci du champ d'application du Traité. La Cour de justice des Communautés européennes en a, au demeurant, expressément jugé ainsi, s'agissant des départements d'Outre-mer, par un arrêt du 10 octobre 1978, *Hansen (Rec. C.J.C.E.*, p. 1787), et aucun renvoi en interprétation complémentaire devant cette Cour ne nous paraît au surplus nécessaire sur ce point.

Mais toute la difficulté est alors de déterminer s'il vous appartiendrait ici, conformément à votre jurisprudence traditionnelle, d'écartez ce dernier moyen en vous fondant sur la seule loi de 1977, sans même avoir à en vérifier la compatibilité avec le Traité de Rome, ou s'il y a lieu d'innover aujourd'hui en considérant que cette loi n'est applicable que parce qu'elle est, précisément, conforme à ce traité.

C'est là soulever, une nouvelle fois, devant votre Assemblée, la question des conditions d'application de l'article 55 de la Constitution, aux termes duquel : « 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. »

Rappelons d'emblée que la mise en œuvre de cet article, introduit dans la Constitution afin de

réaffirmer solennellement l'attachement de la France à la suprématie théorique de la norme internationale, ne comporte guère de difficultés en cas d'incompatibilité entre un traité et une loi antérieure. En telle hypothèse, en effet, le juge fera tout naturellement prévaloir le traité (cf. par ex. : Cons. d'Et., Ass., 7 juill. 1978, *Klaus Croissant*, Rec. Cons. d'Et., p. 292; Cons. d'Et., Ass., 15 févr. 1980, *Gabor Winter*, Rec. Cons. d'Et., p. 87; ou encore Cons. d'Et., Ass., 22 janv. 1982, *Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables*, Rec. Cons. d'Et., p. 28). L'unique incertitude subsistant à cet égard porte, en vérité, sur le point de savoir si cette solution tient à ce qu'il faut alors estimer — comme on le dit parfois, abusivement selon nous — que le traité postérieur a implicitement abrogé la loi, ou s'il faut seulement considérer que celui-ci rend cette loi **inapplicable** — ce qui est plutôt notre thèse — auquel cas la loi retrouverait ultérieurement son plein effet dans le cas où l'applicabilité du traité serait elle-même remise en cause. Mais c'est là un dilemme bien négligeable si on le compare à celui que suscite la mise en œuvre de l'article 55 dans l'hypothèse inverse où le traité est antérieur à la loi.

On sait que vous avez jugé, à cet égard, par une célèbre décision de Section du 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France* (Rec. Cons. d'Et., p. 149, concl. président Questiaux), que le juge administratif ne peut faire prévaloir les traités sur les lois postérieures qui leur sont contraires — cette jurisprudence valant tant à l'égard des normes communautaires que pour les conventions internationales ordinaires, ainsi que vous l'avez, à l'époque, aussitôt précisé par un arrêt du 19 avril 1968, *Heid* (Rec. Cons. d'Et., p. 243).

Les fondements théoriques de ces décisions, qui ne résident évidemment pas dans une quelconque contestation du principe même de la supériorité hiérarchique des traités sur les lois — laquelle résulte expressément de l'article 55 —, doivent en revanche être recherchés dans votre volonté de respecter le principe suivant lequel il n'appartient pas au juge administratif d'exercer un contrôle sur la validité des lois.

Les principales considérations qui vous ont conduits à adopter cette solution, et qui nous paraissent être au nombre de trois, se rattachent toutes, en effet, à cette règle fondamentale. En premier lieu, il vous est apparu qu'écartier la loi au motif qu'elle serait contraire à un traité antérieur

constituerait une violation du principe de séparation des pouvoirs. Or, ce principe, notamment exprimé, s'agissant des obligations imposées aux juges, par l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790, interdisant aux tribunaux de suspendre l'application des lois, a très certainement valeur constitutionnelle, au même titre que l'article 55 lui-même. En second lieu, vous avez sans doute estimé que, s'il est vrai que la Constitution de 1958 n'adhère plus au dogme du caractère incontestable des lois, c'est au seul Conseil constitutionnel qu'elle a confié le pouvoir de contrôler, le cas échéant, la validité de celles-ci, et que vous ne sauriez dès lors avoir aucune compétence en la matière. Enfin, il importe sans doute d'examiner cette solution au regard d'une philosophie jurisprudentielle dont on trouverait maints autres exemples d'application dans vos décisions, et selon laquelle le contrôle que vous exercez sur l'action de l'administration pourra s'avérer d'autant plus efficace que vous parviendrez, parallèlement, à éviter tout conflit avec le législateur.

Ces arguments, qui servent plus généralement de fondement à votre théorie dite de la « loi-écran » — laquelle vous fait surtout interdiction d'écartier l'application d'une loi inconstitutionnelle —, étaient à cette époque, et demeurent encore pour partie, d'une très grande solidité. C'est pourquoi vous avez toujours confirmé jusqu'ici, sans vous soucier des évolutions jurisprudentielles qu'ont pu connaître les autres juridictions concernées, votre solution de 1968, notamment par cinq décisions particulièrement solennelles rendues par votre formation (cf. Cons. d'Et., Ass., 22 oct. 1979, *Union démocratique du travail*, Rec. Cons. d'Et., concl. Mme Hagelsteen; et Cons. d'Et., Ass., *Élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, Rec. Cons. d'Et., p. 385, concl. président Morisot; puis : Cons. d'Et. 31 oct. 1980, *Sieur Lahache*, Rec. Cons. d'Et., p. 403; Cons. d'Et. 13 mai 1983, *Société anonyme « René-Moline »*, Rec. Cons. d'Et., p. 191; ou encore Cons. d'Et., 23 nov. 1984, *Roujansky et autres*, Rec. Cons. d'Et., p. 383).

Notre propos ne sera nullement de soutenir aujourd'hui que ces décisions seraient critiquables sur le plan juridique. Nous les croyons au contraire en tous points conformes à la rigueur des principes et à l'orthodoxie traditionnelle. Mais, il nous semble cependant qu'une autre lecture de l'article 55, infiniment souhaitable en opportunité — ainsi que nous le verrons tout à l'heure —, est certainement tout autant concevable en droit.

Indiquons d'abord que, quoi qu'en aient dit certains commentateurs, le contrôle que le juge pourrait être amené à exercer sur la conformité des normes législatives aux traités antérieurs ne saurait en tout état de cause constituer, selon nous, un véritable contrôle de constitutionnalité des lois.

Cette affirmation rejoint ainsi la position du Conseil constitutionnel, qui, par sa décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (*Rec. Cons. Constit.*, p. 19), a expressément jugé qu' « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution », avant d'en déduire qu'il ne lui appartenait pas d'examiner, à l'occasion du contrôle qu'il exerce au titre de l'article 61 de la Constitution, la conformité des lois aux traités internationaux en vigueur.

Il est vrai que la motivation alors retenue pour justifier cette solution, confirmée depuis lors à deux reprises (cf. les décis. 20 juill. 1977, *Rec. Cons. Constit.*, p. 39 et 18 janv. 1978, *Rec. Cons. Constit.*, p. 21), n'emporte, par elle-même, aucunement la conviction. Le Conseil constitutionnel a, en effet, estimé que la supériorité des traités sur les lois n'aurait qu'un caractère relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application de ces traités, et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier dans le temps au gré des États signataires. Or, d'autre part, la prise en compte de la différence de champs d'application respectifs du traité et de la loi ne peut avoir d'autre effet que de limiter les hypothèses de conflit effectif entre ces normes. Et nous noterons qu'elle n'a au demeurant guère de sens dans le cas des conventions multilatérales, parfois qualifiées de « traités-lois », qui constituent l'essentiel du droit international actuel. D'autre part, la référence ainsi faite à l'éventuelle remise en cause des effets juridiques du traité dans le temps, qui ne saurait d'ailleurs davantage s'appliquer à ces « traités-lois » — dont l'application réciproque est généralement assurée —, nous semble difficilement justifiable au regard des principes théoriques du droit public. La constitutionnalité ou la légalité d'un acte s'apprécient en effet *ab initio*, et l'on voit mal en quoi l'évolution ultérieure des textes applicables devrait être ici prise en compte par le juge.

Mais la solution adoptée par le Conseil constitutionnel n'en doit pas moins être approuvée sans réserve, selon nous, pour une autre raison, tenant

à ce que la violation de la Constitution qui résulte de la méconnaissance d'un traité est en réalité trop indirecte pour pouvoir être censurée en tant que telle. Sans doute, en adoptant une loi incompatible avec un traité antérieur, le législateur porte-t-il bien atteinte au principe de suprématie de la norme internationale tel que l'exprime l'article 55. Mais cette disposition, qui — comme nous le verrons — a surtout pour objet de définir une hiérarchie des normes à l'intention des juges, plutôt que d'interdire aux parlementaires de s'affranchir du respect de celle-ci, n'a pas en elle-même entendu faire de la méconnaissance d'un traité par le législateur une cause d'inconstitutionnalité de la loi. Adopter la thèse inverse reviendrait d'ailleurs à inclure dans le bloc de constitutionnalité, jusqu'ici limité à la Constitution elle-même, aux principes auxquels elle se réfère et aux lois organiques, l'ensemble des traités internationaux, quels qu'en soient, au demeurant, le contenu ou la portée. Or, bien qu'elle ait été défendue par des juristes aussi éminents que Kelsen ou, plus récemment, le professeur Luchaire, une telle conception de la primauté du droit international ne nous paraît pas pouvoir être admise en bon sens. Enfin, nous observerons qu'à la seule exception de la Cour constitutionnelle autrichienne, restée pour partie sensible à l'influence des théories kelsénianes, les principales cours constitutionnelles des autres États européens reconnaissant la suprématie des normes internationales sur les lois internes, ne s'estiment, pour cette même raison, pas plus compétentes que le Conseil constitutionnel français pour examiner la conformité des lois aux traités.

Ce n'est donc pas, nous semble-t-il, le contrôle de constitutionnalité des lois qui est ici en cause.

Mais il n'en demeure pas moins qu'envisager la possibilité d'écartier une loi contraire à une norme internationale revient inévitablement à soulever, en revanche, la question du contrôle exercé sur la validité de la loi au regard du traité. Et telle est en fait la question essentielle, puisque c'est bien ce contrôle de validité dans son ensemble, qui, en principe, vous échappe — la question de savoir si celui-ci pourrait s'analyser en un contrôle de constitutionnalité n'ayant en vérité d'intérêt propre que du seul point de vue du Conseil constitutionnel, dont elle conditionne la compétence.

Or, c'est sur ce point déterminant que nous nous séparerons, pour notre part, de l'analyse que vous avez jusqu'ici toujours retenue.

A la vérité, nous ne nous rallierons pas pour autant à l'argument essentiel que la majorité de la doctrine a coutume d'opposer à votre jurisprudence actuelle, et selon lequel le juge, en faisant prévaloir le traité sur la loi pour résoudre un litige, se bornerait en réalité à choisir une norme applicable, sans opérer par là-même une censure, même implicite, du texte qu'il écarte. Un tel raisonnement nous paraît, en effet, spéieux. Si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien, en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait même de sa contrariété au traité. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi. Et c'est en vain qu'on objecterait que celle-ci n'aboutirait qu'à déclarer la loi inapplicable à une espèce, et non véritablement à la censurer. On sait, en effet, que c'est précisément par ce biais que s'opère le contrôle de validité des lois dans les pays où, comme aux États-Unis, cette fonction relève des tribunaux ordinaires. Enfin, nous observerons que suivre un tel raisonnement aboutirait à remettre inéluctablement en cause votre théorie de la « loi-écran » dans son ensemble. Ce qui vaut pour les lois contraires à un traité vaudrait aussi, en effet, dans les mêmes conditions, pour les lois inconstitutionnelles. Et l'on voit mal ce qui s'opposerait alors à ce que vous écartiez une loi au motif qu'étant contraire à la Constitution, elle ne saurait trouver application.

Mais nous croyons, en revanche, possible de considérer — comme l'ont soutenu avant nous des auteurs aussi autorisés que le professeur Chapus ou le conseiller Genevois — que l'article 55 comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités. Il faut bien, en effet supposer que les constituants aient eu pour prétention d'assurer la mise en œuvre effective de la suprématie des traités qu'ils ont ainsi eux-mêmes tenu à affirmer. Or, celle-ci ne saurait passer par le législateur, qui n'a d'ailleurs aucun intérêt à y contribuer, et auquel l'article 55 ne s'adresse pas directement. En vérité, dans les termes où elle est rédigée, cette disposition constitutionnelle, qui a pour seul objet de définir une hiérarchie des normes, nous semble bien s'adresser principalement aux juges. Ceux-ci se voient ainsi confier pour mission d'écartier les lois contraires aux traités, et disposent pour ce faire d'une

véritable habilitation constitutionnelle qui, pour n'être qu'implicite, ne nous paraît pas moins intrinsèquement contenue dans le texte. Ajoutons qu'une telle interprétation permettrait de résoudre l'ensemble des difficultés juridiques que vous avez jusqu'à présent rencontrées. Sans doute y a-t-il bien ici contrôle de conformité des lois, mais cette atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs trouve alors son fondement dans la Constitution elle-même. Et la théorie de la loi-écran n'est, dans ce raisonnement, aucunement remise en cause. L'habilitation implicitement donnée aux juges ne saurait en effet, par définition, trouver application que dans les strictes limites fixées par l'article 55, et ne concernerait ainsi que le seul contrôle de conformité des lois aux traités.

Nous vous proposerons donc, sur ce fondement, d'accepter de faire désormais prévaloir les traités sur les lois postérieures.

Ce faisant, vous ne feriez que rejoindre la pratique suivie par les juridictions judiciaires. On sait, en effet, que par un important arrêt de chambre mixte du 24 mai 1975, *Administration des douanes C. Sociétés des cafés Jacques Vabre, D. 1975.497*, la Cour de cassation a, conformément aux conclusions du procureur général Touffait, adopté cette même solution. Et cette jurisprudence a été confirmée depuis lors avec constance (cf. par ex. : Com., 24 juin 1986, *Mme Dumoussaud*, Bull. civ. IV, n° 134; et Com. 5 mai 1987, *Société anonyme Auchan*, Bull. civ. IV, n° 109; ou encore : Crim. 5 déc. 1983, *Jeafra et Patrex*, Bull. crim. n° 352; et Crim. 3 juin 1988, *Klaus Barbie*, Bull. crim. n° 246).

Il est vrai que la solution ainsi retenue n'est pas exempte de paradoxes. D'une part, on pourrait évidemment faire valoir que la Constitution elle-même, dès lors que les juridictions tant administratives que judiciaires se refusent, au contraire, à écarter l'application de lois inconstitutionnelles. D'autre part, la Constitution admettant que certaines conventions soient ratifiées ou approuvées sans autorisation du Parlement, on observera que certaines lois postérieures pourraient ainsi succomber devant des actes élaborés par le seul pouvoir exécutif. Mais, à ces arguments — qui, en vérité, pourraient d'ailleurs trouver à s'appliquer, dans les mêmes conditions, aux traités postérieurs aux lois —, nous nous bornerons à répondre que tel est bien le dispositif institué par l'article 55 de la Constitution, et qu'il ne vous appartient évidemment pas d'en corriger les éventuelles imperfections.

Un renversement de la solution retenue en 1968 nous paraît donc possible en droit. Or, plusieurs considérations nous amènent à penser qu'il serait par ailleurs d'une rare opportunité.

Cette opportunité tient, en premier lieu, à la nécessité de combler le « *vide jurisdictionnel* » qui caractérise l'état actuel du droit. Compte tenu de la position adoptée depuis 1975 par le Conseil constitutionnel, votre jurisprudence conduit en effet, en pratique, à priver purement et simplement de toute sanction efficace la violation de l'article 55. Or, il n'est pas concevable qu'une disposition constitutionnelle demeure ainsi lettre morte, au motif qu'aucune juridiction ne se reconnaîsse compétente pour en assurer le respect. On sait, du reste, que telle est précisément la raison essentielle pour laquelle, rompant avec le principe inverse précédemment appliqué — et connu sous le nom de « *doctrine Matter* » —, la Cour de cassation s'est, dès cette même année 1975, estimée tenue de faire prévaloir les traités sur les lois. Même s'il repose plus sur des considérations d'opportunité que de droit, un tel réflexe nous paraît difficilement condamnable. La solution inverse, qui aboutirait à permettre aux parlementaires de tenir aisément en échec l'application effective des normes internationales — et tout particulièrement communautaires — qu'ils jugeraient inopportunies, n'est en effet guère justifiable au regard de l'article 55. Et l'on voit immédiatement à quels effets pervers conduirait, en pratique, l'absence de tout contrôle juridictionnel exercé sur la loi.

En second lieu, les *incohérences juridiques* résultant de la solution de 1968 sont aussi graves que nombreuses.

D'une part, on pourrait observer que cette jurisprudence conduit en fait à rendre inapplicables en droit interne des traités méconnus par des lois postérieures, alors que ceux-ci continuent pourtant à engager la France en droit international. Il y a évidemment là une anomalie sérieuse dans un système juridique français qui, depuis 1946, se veut d'*inspiration moniste*.

D'autre part, la divergence de jurisprudence qui vous oppose à la Cour de cassation sur ce point, et qui est unanimement considérée comme la plus grave existant aujourd'hui entre vos deux juridictions, aboutit à des conséquences pratiques absurdes. Or, elle n'est pas intellectuellement justifiable. Comme a pu le noter M. Abraham dans son manuel de droit international (p. 120), que nous citerons ici :

« Qu'une juridiction applique le droit privé, et l'autre le droit public, correspond à la logique du système [de séparation des juges]. Mais que l'une applique le traité et l'autre la loi ne correspond à aucune logique. » Et nous ajouterons que nous ne sommes guère convaincus par la considération, pourtant répandue, selon laquelle cette divergence de jurisprudence pourrait logiquement s'expliquer par une différence affectant les conditions dans lesquelles ces deux juridictions sont appelées à statuer. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit bien, en effet, pour le juge, de déterminer la norme applicable au litige dont il est saisi, et le fait qu'il ait à en tirer des conséquences évidemment plus limitées dans le cas d'un litige d'ordre privé que dans celui d'un recours en excès de pouvoir, nous paraît, au moins sur le plan du droit strict, sans importance aucune.

Enfin, il est indéniablement choquant, s'agissant cette fois spécifiquement du droit européen, que les citoyens ne puissent se prévaloir devant le juge administratif français d'un règlement qu'ils seraient admis à invoquer dans les autres pays de la Communauté, au seul motif que celui-ci aurait été, dans notre pays, écarté par une loi contraire. Il y a là, en effet, une différence de traitement difficilement compatible avec les principes mêmes du droit communautaire.

En troisième lieu, il est clair — et ce qui vient d'être dit le confirme — que la jurisprudence actuelle constitue un obstacle sensible à l'introduction en France du droit international, et plus particulièrement *communautaire*. On ne répétera en effet jamais assez que l'époque de la suprématie inconditionnelle du droit interne est désormais révolue. Les normes internationales, et notamment européennes, ont progressivement conquis notre univers juridique, sans hésiter d'ailleurs à empiéter sur le domaine de compétence du Parlement tel qu'il est défini à l'article 34 de la Constitution. Ainsi, certains secteurs entiers de notre droit, tels celui de l'économie, du travail ou de la protection des droits de l'homme, sont-ils aujourd'hui très largement issus d'une véritable législation internationale. Or, l'impossibilité de faire prévaloir le traité sur la loi constitue évidemment un frein à cette évolution. La France ne peut simultanément accepter des limitations de souveraineté et maintenir la suprématie de ses lois devant le juge : il y a là un illogisme que votre décision de 1968 nous paraît peut-être avoir sous-estimé.

Enfin, les fondements mêmes de votre juris-

prudence actuelle, tels que nous avons tout à l'heure tenté de les identifier, nous paraissent avoir aujourd'hui quelque peu perdu de leur force.

Cette constatation relève de l'évidence en ce qui concerne la volonté, qui vous animait alors, de préserver les compétences propres du Conseil constitutionnel. Nous avons vu que celui-ci ne s'est en effet précisément pas déclaré compétent pour assurer le respect de l'article 55. Et il ne serait guère raisonnable d'anticiper une éventuelle évolution jurisprudentielle sur ce point. Outre que la solution adoptée en 1975 est certainement fondée en droit, il est clair, en effet, que le Conseil constitutionnel ne pourrait en tout état de cause, pour des raisons pratiques, exercer ce contrôle dans les délais dont il dispose pour statuer. On imaginera aisément, de fait, les difficultés inhérentes à un tel examen, qui impose de porter une appréciation complexe, et d'ailleurs soumise pour partie à des renvois préjudiciaux, sur la portée des règles internationales ou le respect de la condition de réciprocité fixée à l'article 55. Le Conseil d'État, qui n'est pas soumis à des délais de jugement, se trouve de toute évidence mieux placé pour exercer un tel contrôle.

La nécessité d'éviter, dans l'intérêt même de la justice administrative, tout conflit potentiel entre le Conseil d'État et le pouvoir législatif, qui a joué le rôle que nous avons rappelé dans l'élaboration de votre jurisprudence, nous paraît également moins pressante que par le passé. Nous ne sommes plus, en effet, à l'époque où le commissaire du gouvernement Latournerie pouvait évoquer, dans ses conclusions sur l'arrêt *Arrighi*, de 1936, précité, qu'un contrôle de la loi risquerait de compromettre l'acquis de la jurisprudence en remettant en cause la place même du Conseil d'État dans les institutions. L'autonomie, l'indépendance, et les compétences propres de la juridiction administrative ont en effet été, depuis lors, solennellement reconnues, notamment en vertu d'une jurisprudence très constructive du Conseil constitutionnel inaugurée par ses importantes décisions des 22 juillet 1980 (*Rec. Cons. constit.*, p. 46) et 23 janvier 1987 (*Rec. Cons. constit.*, p. 8), et à nouveau confirmée, tout récemment encore, par une décision du 28 juillet 1989.

Enfin et surtout, la loi, n'est certainement plus, aujourd'hui, même si elle demeure en elle-même incontestable après sa promulgation, la norme « sacrée » qu'elle était traditionnellement aux yeux des juges. La profonde remise en cause de sa suprématie sous la V^e République, dont la mise en

place effective d'un contrôle de constitutionnalité n'est d'ailleurs évidemment pas le moindre facteur, ne pouvait en effet rester sans conséquences du point de vue des juridictions ordinaires chargées de l'appliquer. Deux symptômes nous paraissent ainsi particulièrement significatifs de cette évolution. D'une part, on a vu que les juridictions judiciaires savent précisément s'affranchir aujourd'hui, sans le moindre complexe, du respect dû à l'autorité de la norme législative, pour faire prévaloir celle des traités. Et il y a évidemment quelque paradoxe à voir le Conseil d'État refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la validité des lois qu'ils ont à appliquer. D'autre part, on peut noter que, selon les informations publiées jusqu'ici, le projet de révision constitutionnelle actuellement en cours de préparation aux fins d'élargir les modalités de saisine du Conseil constitutionnel devrait sans doute faire appel à des mécanismes de renvoi préjudiciel autorisant les juridictions ordinaires à juger, à titre préalable, du caractère sérieux de contestations touchant à la validité des lois. Or, une telle pratique aurait bien pour effet d'entraîner le juge, fût-ce avec modération, dans une démarche de contrôle de la norme législative qui, il y a quelques années encore, eût été difficilement concevable. Une telle remise en cause de la suprématie de la loi nous paraît ainsi porter un coup sérieux au dernier fondement de votre jurisprudence traditionnelle.

A la vérité, les considérations d'opportunité que nous venons de développer sont telles que notre solution vous a été, au surplus, d'ores et déjà largement suggérée par des évolutions convergentes affectant tant la jurisprudence des principales cours suprêmes étrangères que celle du Conseil constitutionnel, et même, dans une certaine mesure, la vôtre propre.

S'agissant des juridictions étrangères, et pour nous limiter ici au cadre du droit européen, nous nous bornerons à constater que votre juridiction est désormais la dernière à écarter formellement l'application de normes communautaires contredites par des lois postérieures. Il suffira de rappeler notamment, à titre d'exemple, que la Cour constitutionnelle de République fédérale d'Allemagne s'est, pour sa part, définitivement ralliée à la solution inverse il y a non moins de dix-huit ans, par une décision du 9 juin 1971. Et plus significatif encore est le cas de la Cour constitutionnelle italienne qui, pourtant gênée par une tradition juridique dualiste

et des mécanismes de renvoi préjudiciel applicables aux normes internationales, est finalement allée jusqu'à autoriser les juridictions ordinaires à écarter d'elles-mêmes les lois contraires aux règlements communautaires, par un important arrêt du 8 juin 1984, *Société Granital*.

L'attitude du Conseil constitutionnel mérite tout autant votre attention. Car c'est peu de dire que cette juridiction sollicite avec une certaine insistance, même si elle n'a évidemment pas le pouvoir de vous l'imposer, un revirement de votre jurisprudence. On pouvait déjà lire, dans la décision du 3 septembre 1986, relative à la loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers (*Rec. Cons. constit.*, p. 135), que « la règle édictée par l'article 55 de la Constitution (...) s'impose, même dans le silence de la loi » et qu' « il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application [des] conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives ». Mais ce n'était encore là qu'une première étape, puisqu'à l'occasion d'une importante décision du 21 octobre 1988, *Élection du député de la 5^e circonscription du Val-d'Oise* (au *Journal Officiel* du 25 octobre, p. 13474), le Conseil constitutionnel a clairement explicité sa pensée en acceptant de contrôler, par voie d'exception, la conformité d'une loi à un traité, lorsqu'il statue, exactement dans les mêmes conditions que sont appelées à le faire les juridictions administratives, en qualité de juge électoral. Telle est donc bien la démarche que le Conseil constitutionnel souhaiterait vous voir emprunter, et il ne saurait, sans porter atteinte à votre libre arbitre, se montrer plus clair dans sa condamnation de votre solution traditionnelle.

Enfin, nous croyons pouvoir trouver dans votre propre jurisprudence une première amorce, il est vrai bien timide, du raisonnement que nous vous proposons aujourd'hui d'adopter. Par deux décisions récentes (*Cons. d'Et.*, Sect., 13 déc. 1985, *Société International sales and import Corporation*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 174 et *Cons. d'Et.* 19 nov. 1986, *Société Smanor*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 260), vous avez en effet jugé qu'il vous appartient d'examiner directement la conformité d'un acte administratif à un traité lorsque, bien qu'une loi postérieure soit applicable, celle-ci se borne en fait à déléguer une compétence au pouvoir réglementaire sans lui fixer de lignes directrices pour en assurer l'exercice. En telle hypothèse, en effet, le contenu matériel de l'acte administratif ne saurait être apprécié au regard de la norme législative, qu'il ne peut par

définition méconnaître, mais bien au regard du traité qui, seul, définit les règles de fond applicables en la matière. Nous ne soutiendrons évidemment pas ici que cette construction, dite de l' « écran transparent », impliquerait par elle-même un revirement plus général de votre jurisprudence de 1968. Mais elle nous paraît le faciliter quelque peu, dans la mesure où elle a, à nos yeux, le mérite d'introduire une première dérogation à la logique selon laquelle la loi postérieure à un traité serait, lorsqu'il en existe une, seule applicable aux litiges soumis à votre jugement.

Il est vrai qu'à la solution que nous vous proposons d'adopter ont été souvent opposées diverses objections, tenant tant à l'ampleur prévisible de ses conséquences pratiques qu'aux difficultés qu'elle pourrait susciter.

Mais aucun de ces arguments ne nous paraît déterminant.

Il faut bien voir en effet, en premier lieu, que les cas de contrariété effective entre un traité et une norme législative postérieure seront sans aucun doute — et quoi qu'on ait pu dire à ce sujet — relativement exceptionnels. D'une part, en effet, il faut ici tenir le plus grand compte du rôle de vos formations administratives, qui, au stade de l'élaboration des projets de loi, examinent évidemment leur conformité aux normes internationales et, notamment, communautaires. Les risques de contradiction se trouvent ainsi sensiblement amoindris. D'autre part, vous disposez toujours, en tant que juge cette fois, de la ressource fort utile de l'interprétation, qui vous permettra en quelque sorte de « vider les textes applicables de leur contrariété ». Il vous sera ainsi bien souvent possible de considérer qu'une loi apparemment contraire à un traité aura en réalité entendu réservé les cas où ce dernier pourrait trouver application, et vous vous êtes, du reste, déjà engagés dans cette voie à plusieurs reprises (cf. par ex. : *Cons. d'Et.* 7 avr. 1965, *Hurni*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 226; *Cons. d'Et.*, Ass., 2 mai 1975, *Mathis*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 279; ou encore *Cons. d'Et.* 27 janv. 1978, *Association « France Terre d'Asile »*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 33). Enfin, l'expérience menée par les juridictions judiciaires confirme que les hypothèses de contrariété entre lois et normes internationales sont loin d'être fréquentes. On peut même lire à cet égard, dans une étude sur le droit communautaire annexée au rapport de la Cour de cassation pour 1984, que « les cas de conflit sont rarissimes ». Et s'il est vrai qu'à la différence des juridictions judi-

claires, vous pourrez parfois être appelés, pour votre part, à soulever d'office la méconnaissance d'un traité, cette circonstance ne sera sans doute pas de nature à infléchir sensiblement cette réalité statistique.

Nous ne sommes pas très impressionnés, en second lieu, par l'argument — fréquemment invoqué — tenant à la complexité qui s'attacherait à la détermination de la norme redevenue applicable lorsque le juge aura préalablement écarté une loi. Il nous semble en effet que tous les conflits de textes qui seraient alors susceptibles de se révéler pourront être tranchés sans difficulté particulière en vertu de la hiérarchie des normes internes ou, en cas de conflit entre différents traités, sur le fondement des principes fixés en telle matière par la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

Si l'on a pu soutenir, en troisième lieu, que cette nouvelle jurisprudence aboutirait à alourdir la procédure, en obligeant le juge à renvoyer devant le ministre des Affaires étrangères la question de l'application effective du traité par les États signataires, cette considération n'ébranle pas davantage notre conviction. Sans doute l'obligation de vérifier le respect de la condition de réciprocité visée à l'article 55 nécessitera-t-elle bien le recours occasionnel à de telles saisines préjudiciales. Mais, d'une part, la question se pose en réalité dans des termes rigoureusement identiques s'agissant de l'ensemble des traités, qu'ils aient été ou non contredits par des lois postérieures, alors surtout qu'il résulte de votre jurisprudence que cette exigence de réciprocité ne conditionne pas seulement la supériorité de la norme internationale sur la loi mais son applicabilité même en droit interne (cf. Cons. d'Ét., Ass., 29 mai 1981, *Rekhou, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 220 ou Cons. d'Ét. 27 févr. 1987, *Ministre du Budget C. Nguyen Van Giao, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 77). La difficulté ainsi mise en évidence n'est donc ni spécifique, ni nouvelle. D'autre part, il n'y aura évidemment lieu à un tel renvoi que si un doute sérieux pèse sur l'applicabilité du traité, et vous pourrez vous inspirer ici des mêmes principes que ceux qui, en matière d'interprétation des normes, ont donné naissance à la théorie de l'« acte clair ». Enfin, on ajoutera que le principe même de tels renvois au ministre des Affaires étrangères, qui présente le double inconvénient de confier l'interprétation d'un acte conventionnel à l'un de ses signataires et de placer l'État en situation de juge et partie dans bien des litiges, est aujourd'hui très

contesté, et qu'il n'est sans doute pas exclu qu'il soit, un jour prochain, abandonné...

Quant à la principale objection habituellement formée à l'encontre de notre solution, et qui tient à l'obligation de contrôler désormais la conformité des lois aux principales conventions internationales relatives au droit humanitaire, elle ne nous paraît pas davantage dirimante.

On a souvent dit que la possibilité de critiquer la validité des lois au regard des nombreux principes rappelés dans des textes aussi riches que les pactes internationaux des droits de l'Homme du 29 décembre 1966, ou surtout la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme du 4 novembre 1950, susciterait inévitablement des contestations abusives susceptibles d'encombrer le juge. Mais l'importance de ce problème pratique ne doit pas être surestimée. L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme celui de vos décisions rendues dans des hypothèses où ces conventions étaient applicables, montre en effet qu'il est généralement possible d'écartier de telles argumentations sans réelle difficulté et en ne retenant, du reste, que des motivations très elliptiques.

Il est vrai que le contrôle de la conformité de la loi à ces mêmes conventions pose en revanche un problème théorique plus délicat, tenant à ce qu'il pourrait paraître donner à la juridiction administrative le rôle d'un juge de constitutionnalité des lois. Il faut bien admettre, en effet, que les principes posés par ces textes s'identifient, le plus souvent, aux principes à valeur constitutionnelle reconnus en France en vertu du Préambule de la Constitution de 1946 et des textes auquel celui-ci se réfère. Aussi le contrôle que vous seriez amenés à exercer sur la loi pourrait-il s'avérer, en quelque sorte, concurrent de celui qu'assure, pour sa part, le Conseil constitutionnel. Mais, d'une part, il importe de souligner que les risques de divergence de jurisprudence entre les deux Conseils, s'agissant d'une même loi, sont, quant à eux, quasiment nuls. Il suffira d'observer, à cet égard, que seules deux des nombreuses lois que la Cour de cassation a jusqu'ici confrontées à des traités depuis 1975 avaient été préalablement soumises au Conseil constitutionnel, et que l'appréciation des deux juridictions a été, dans chacun de ces cas, concordante. D'autre part, si l'introduction, dans des traités internationaux, de principes qui ont en réalité valeur constitutionnelle soulève bien une difficulté d'ordre juridique, elle n'en procède pas moins directement de la volonté politique manifestée par

le Parlement et l'Exécutif lors de la ratification de ces engagements. Nous ne voyons donc pas sur quel raisonnement pourrait se fonder le juge pour refuser de tirer toutes les conséquences de droit de l'entrée en vigueur des conventions en cause. Enfin, nous observerons qu'il n'est sans doute pas inopportun qu'à l'heure où la Commission et la Cour européennes des droits de l'Homme commencent, pour leur part, à examiner occasionnellement la conformité des lois françaises à la Convention de 1950, vous vous saisissez vous-mêmes d'un tel contrôle et leur en retiriez ainsi le monopole...

Se posera en dernier lieu, si vous acceptez de revoir votre jurisprudence, la question de l'étendue de ce revirement, que vous pourriez peut-être être tentés de limiter au seul cas de certaines conventions internationales, en vous référant d'ailleurs à des critères variés.

A cet égard, nous vous proposerons d'abord d'écartier sans hésitation les diverses théories envisagées par une partie de la doctrine et qui vous conduiraient à opérer une distinction entre les conventions suivant qu'elles sont bilatérales ou multilatérales, soit d'ailleurs pour réservier le bénéfice de votre solution nouvelle à la première de ces catégories, soit au contraire pour en limiter la portée à la seconde. D'une part, en effet, si l'on a pu faire valoir que l'article 55 subordonne l'applicabilité des traités à la condition qu'ils soient respectés « par l'autre partie » — ce qui pourrait paraître viser les seuls traités bilatéraux —, on ne saurait tirer une telle conclusion de l'utilisation du singulier dans cette rédaction, qui témoigne seulement de ce que les auteurs de la Constitution ont, en vérité, omis de prévoir le cas particulier des conventions multilatérales, encore relativement rares en 1958. D'autre part, s'il est vrai, à l'inverse, que le contrôle de cette condition de réciprocité est précisément plus aisé, voire inutile, dans le cas de certaines conventions multilatérales — auxquelles on pourrait dès lors être tenté de réservier le bénéfice de votre jurisprudence nouvelle —, on voit mal comment le champ d'application de l'article 55 pourrait être conditionné, en droit, par un critère qui ne résulterait ainsi que de pures considérations pratiques.

Enfin, vous pourriez peut-être être tentés, pour des raisons d'opportunité, de limiter la portée de votre revirement de jurisprudence aux seules normes communautaires.

Mais, s'il a ses partisans, ce jugement Salomon nous paraîtrait représenter, à bien des égards, la pire des solutions.

En premier lieu, il nous semble qu'une telle jurisprudence n'aurait en réalité — et ce n'est pas là le moindre de ses inconvénients — aucun fondement juridique.

Elle supposerait, en effet, que vous mainteniez par ailleurs votre interprétation de l'article 55 de la Constitution. Or, si nous croyons bien voir dans ce texte une autorisation implicitement donnée au juge à l'effet d'écartier les lois contraires aux actes internationaux, c'est en revanche en vain qu'on chercherait, dans le Traité de Rome, une telle habilitation. En particulier, ni le caractère d'application directe reconnu à certaines normes communautaires, ni l'institution d'une juridiction autonome pour connaître du droit européen, ne sauraient, en elles-mêmes, être interprétés en ce sens.

Nous n'ignorons pas, en second lieu, que la Cour de justice des Communautés européennes — qui, comme on le sait, reconnaît au droit communautaire une suprématie absolue sur les règles de droit interne, fussent-elles constitutionnelles — n'a, pour sa part, pas hésité à affirmer l'obligation d'écartier en toutes hypothèses les lois contraires aux normes communautaires (cf. not. : C.J.C.E. 15 juill. 1964, *Costa C. Énel*, Rec. C.J.C.E., p. 1141 ou C.J.C.E. 9 mars 1978, *Simmenthal*, Rec. C.J.C.E., p. 629).

Mais nous ne croyons pas que vous puissiez suivre la Cour dans cette jurisprudence prétorienne qui, à la vérité, nous apparaît pour le moins critiquable. Ce faisant, vous vous engageriez en effet dans une logique, difficilement justifiable, de supranationalité, à laquelle ne souscrit d'ailleurs pas expressément le Traité de Rome et qui conduirait — quoi qu'on puisse par ailleurs en penser sur le plan politique — à rendre celui-ci très certainement inconstitutionnel.

Sans doute pourrait-on alors nous objecter, il est vrai, que les juridictions suprêmes de certains autres États de la Communauté, notamment celles d'Allemagne fédérale ou d'Italie, se sont, quant à elles, pliées avec discipline à cette jurisprudence. Mais cette position trouve son origine dans la spécificité de l'ordonnancement juridique dans ces États qui, à la différence du nôtre, accordent une valeur égale aux lois et aux traités, et rendait ainsi indispensable la définition d'un régime propre aux

normes communautaires. En d'autres termes, c'est précisément l'absence de disposition équivalente à notre article 55 qui nous paraît avoir contraint ces juridictions à adopter cette solution — laquelle n'a pas plus de logique dans le système juridique des États concernés qu'elle n'en aurait dans le système français. Dès lors que cette disposition constitutionnelle providentielle vous épargne au contraire d'avoir, pour votre part, à solliciter le droit, il serait ainsi éminemment regrettable de ne pas en faire le fondement de votre solution nouvelle.

En troisième lieu, nous observerons que les considérations d'opportunité qui pourraient vous inciter à limiter le revirement de votre jurisprudence au seul droit communautaire nous apparaissent, en définitive, elles-mêmes bien ténues. Il est certain, en effet, que les rares conflits de normes que vous rencontrerez concernez surtout, précisément, des réglementations communautaires. On ne voit donc guère quel intérêt pratique s'attacherait en tout état de cause à ce que vous excliez du champ d'application de votre nouvelle jurisprudence les autres catégories de normes internationales.

Enfin, il convient de souligner que, si elle a paru initialement hésiter sur ce point, la Cour de cassation applique, pour sa part, sa jurisprudence de 1975 à l'ensemble des actes internationaux, qu'ils soient ou non communautaires. Et le Conseil constitutionnel ne connaît pas davantage de différence à cet égard, puisque, par sa décision du 21 octobre 1988 précitée, il a précisément été amené à confronter une loi aux stipulations d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, soit à une norme extra-communautaire. Or, il serait évidemment fâcheux qu'un

éventuel revirement par rapport à votre solution de 1968 laisse ainsi subsister une nouvelle divergence de jurisprudence, qui ne ferait que se substituer à l'ancienne au lieu de la résoudre.

Nous nous proposerons donc de fonder votre décision sur l'article 55 de la Constitution et d'en étendre la portée à l'ensemble des conventions internationales.

Si vous nous suivez, vous devrez dès lors, dans l'espèce qui vous est aujourd'hui soumise, prendre soin de constater la compatibilité de la loi du 7 juillet 1977 avec le Traité de Rome, avant d'en opposer les dispositions à l'argumentation de M. Nicolo.

Enfin, il vous restera alors à statuer sur des conclusions présentées en défense par le ministre des Départements et Territoires d'Outre-mer et tendant à ce que vous infligez au requérant une amende pour recours abusif. Mais vous avez d'ores et déjà jugé que la faculté qui vous est reconnue de prononcer de telles amendes relève de votre pouvoir discrétionnaire propre, et que les parties ne sont par conséquent pas recevables à vous demander d'en faire usage (cf. Cons. d'Et. 24 janv. 1986, *Mme Rosset, Rec. Cons. d'Et., Tables*, p. 671). Or, nous ne vous suggérerons pas, pour notre part, de prononcer une telle sanction en l'espèce.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet des deux requêtes, ainsi que des conclusions du ministre des Départements et Territoires d'Outre-mer tendant à ce qu'une amende pour recours abusif soit infligée à M. Nicolo.

Patrick FRYDMAN

ANNEXE

Arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989

M. Nicolo

REQUÊTE de M. Raoul Georges Nicolo, tendant à l'annulation des opérations électorales qui se sont déroulées le 18 juin 1989 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen; [...]

Vu la Constitution, notamment son article 55; le Traité en date du 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne; la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977; le code électoral; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987; [...]

Sur les conclusions de la requête de M. Nicolo :

CONSIDÉRANT qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes « le territoire de la République forme une circonscription unique » pour l'élection des représentants français au Parlement européen; qu'en vertu de cette disposition législative, combinée avec celles des articles 2 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, desquelles il résulte que les départements et territoires d'Outre-mer font partie intégrante de la République française, lesdits départements et territoires sont nécessairement inclus dans la circonscription unique à l'intérieur de laquelle il est procédé à l'élection des représentants au Parlement européen;

Considérant qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en

sion du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 peut être invoquée dans le même sens. Dans une telle optique, la réciprocité devrait être soulevée d'office par le juge (Trib. grande inst. Nanterre, 18 sept. 1974, J.C.P. 1975.II.17.908, concl. Le Tallec; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1975, p. 123; *Rev. gén. dr. internat. publ.* 1975.1202, obs. Rousseau; *Ann. fr. dr. internat.* 1975.966, chron. J.-F. Lachaume).

Diverses raisons font qu'une semblable orientation n'apparaît pas souhaitable.

Il ne faut pas perdre de vue que la condition de réciprocité est dépourvue d'objet pour certaines catégories de conventions (cf. *supra* II. B. 1. a)).

Lorsque cette condition trouve à s'appliquer, l'appréciation de l'existence de la réciprocité soulève des difficultés d'appréciation considérables qui se prêtent fort mal à ce que la question puisse être soulevée d'office. La jurisprudence actuelle considère avec raison qu'il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public (Cons. d'Et., Sect., 22 janv. 1963, *Costa*, p. 47; *Act. jur. D.A.* 1963, p. 285, note Homont).

Dans l'hypothèse où l'exception est soulevée par l'une des parties, il est difficile au juge de l'accueillir *de plano*. Dès lors que l'appréciation du respect de la condition fait intervenir des considérations d'ordre politique, il est légitime que le juge, soit laisse au ministre des Affaires étrangères le soin de prendre l'initiative de dénoncer la convention ou d'en suspendre les effets (18), soit lui pose la question à titre préjudiciel (19).

Le renvoi préjudiciel est en pareil cas admissible car il porte sur une question qui ressortit à la responsabilité propre de l'exécutif. Il s'agit moins d'une question de droit ou de fait relevant du juge que d'un problème d'opportunité politique.

2. Nous pensons au contraire, à l'instar de M. Frydman, que pourrait être reconsidérée la jurisprudence par laquelle le Conseil d'Etat considère qu'il lui appartient seulement d'appliquer une convention internationale sans avoir compétence pour l'interpréter.

L'exclusion du pouvoir d'interprétation est jus-

(18) Cf. en ce sens, Civ. 1^{re}, 6 mars 1984, *Journ. dr. internat.* 1984, p. 859, note J. Chappaz; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1985, p. 109, note Droz; *Ann. fr. dr. internat.* 1985, p. 925, chron. J.-F. Lachaume.

(19) Cf. une jurisprudence concordante de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 29 juin 1972, J.C.P. 1973.II.17.457, note D. Ruzié; *Rev. gén. dr. internat. publ.* 1973, p. 902, obs. C. Rousseau; *Ann. fr. dr. internat.* 1973, p. 978, chron.

tifiée dans l'hypothèse où, comme c'est le cas pour le traité de Rome, existe une procédure de renvoi à une instance juridictionnelle.

Il n'est pas non plus choquant que le juge doive s'incliner devant une interprétation donnée par voie d'accord international interprétatif dès lors que cet accord entre dans le champ des prévisions de l'article 55 de la Constitution (Civ. 1^{re}, 18 oct. 1988, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1989, p. 527, note P. Lagarde).

Mais pour le surplus, le renvoi préjudiciel au Quai d'Orsay nous paraît prêter le flanc à la critique.

Il ne repose sur aucun fondement théorique sûr à partir du moment où la Constitution de 1946 a permis de reconnaître aux traités, en dépit de leur caractère contractuel d'origine, un effet direct dans l'ordre interne.

Il ne correspond guère à la pratique suivie par le juge administratif *qui applique et interprète* la Convention européenne des droits de l'Homme, la Convention de Genève sur le statut de réfugié et les conventions d'extradition. Le Conseil d'Etat a même été jusqu'à déduire l'existence d'un principe général du droit à partir d'une convention internationale (cf. nos obs. sous Cons. d'Et., Ass., 1^{er} avr. 1988, *Bereciartua Echarri*, cette *Revue* 1988.505).

Par ailleurs, le renvoi préjudiciel au ministre pour une question relevant du pouvoir d'appréciation du juge, n'est pas sans soulever des interrogations au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, spécialement dans l'hypothèse où l'Etat est partie à un litige (cf. D. Ruzié, cette *Revue* 1987.310).

En réalité, la seule justification du renvoi préjudiciel au ministre est d'être propice à une application uniforme des traités tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international (cf. J. Basdevant, « Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques », *Travaux de l'Association Capitant*, t. V, p. 107).

Mais ce résultat peut être atteint en laissant au juge le soin de solliciter dans le cadre de l'instruction, l'avis du ministre des Affaires étrangères sur

Lachaume; M. Puech, *Grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. I, p. 45) et du Conseil d'Etat (Cons. d'Et., Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 220; *Act. jur. D.A.* 1981, p. 485, chron. Tiberghien et Lasserre; *Journ. dr. internat.* 1982, p. 440, note J. Chappaz; *Rev. gén. dr. internat. publ.* 1982, p. 410, note C. Blumann, D. 1982.137, note G. Calonec; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982, p. 78, note P. Lagarde; *Ann. fr. dr. internat.* 1982, p. 979, chron. Lachaume).

la portée à donner aux stipulations d'une convention internationale. Plus l'avis sera argumenté au regard des règles d'interprétation des traités posées par la Convention de Vienne et plus il aura de chances d'emporter la conviction du juge.

De même qu'a été supprimé le « référendum législatif », il n'y aurait que des avantages à ce que le Conseil d'État abandonne le « référendum diplomatique ».

L'évolution du droit international vers des « traités lois » implique que le juge se reconnaîsse compétent pour interpréter le traité à l'égal de la loi, sous réserve des règles d'interprétation fixées par un traité ou de l'interprétation donnée par voie conventionnelle d'un précédent traité.

B. Par voie de conséquence, le Conseil d'État disposerait d'une grande latitude dans la façon de concevoir le contrôle de la constitutionnalité indirecte de la loi.

Deux questions viennent immédiatement à l'esprit. Comment ce contrôle s'insérera-t-il dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois? Quels résultats pratiques peut-on attendre de la jurisprudence *Nicolo*?

1. La première question peut être envisagée en fonction de l'expérience passée comme des perspectives résultant de la création éventuelle d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité.

a) Le fondement juridique de la décision commentée — à savoir le texte de l'article 55 de la Constitution — en montre les limites, en l'état actuel des textes.

Ainsi que le commissaire du gouvernement l'a justement fait observer, le devoir qu'a le juge de veiller au respect de la hiérarchie des normes résultant de l'article 55 ne postule nullement qu'il se reconnaîse compétent pour juger de la constitutionnalité de la loi par la voie de l'exception.

Postérieurement à larrêt *Jacques Vabre*, la Cour de cassation a su faire le départ entre les deux types de compétences en rappelant qu'elle n'est pas juge de la constitutionnalité des lois (Civ. 1^{re},

(20) En Belgique, la Cour de cassation, après avoir consacré la supériorité des traités sur la loi (27 mai 1971, *Société Fromagerie Le Ski, Rev. trim. dr. europ.* 1971, p. 423, concl. Ganshof Van der Meersch; *Cah. dr. europ.* 1971, p. 561, note Pescatore) a été invitée à écarter l'application d'une loi contraire à la Constitution (cf. concl. Ganshof Van der Meersch sur Cass., 3 mai 1974, citées par J. Velu, *Droit Public*, Bruylants, t. I, p. 252). Cette tentative n'a pas été renouvelée, sans doute en raison de la création de la Cour d'arbitrage.

1^{er} oct. 1986, J.C.P. 1987.II.20.894, note Agostini; Crim. 22 déc. 1987, *Bull. crim.* no 482; Crim. 6 mars 1989, *Bull. crim.* no 104; Crim. 12 juin 1989, *Gaz. Pal.* 27-28 oct. 1989, p. 8, note Marchi) (20).

Il est arrivé que dans un même arrêt elle examine au fond un moyen tiré de ce qu'une loi violerait l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme prohibant les discriminations, tout en refusant de se reconnaître compétente pour statuer sur un moyen arguant, à l'encontre de la même loi, de la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité (Crim., 7 mai 1987, *Schleicher, Bull. crim.* no 186).

L'habitude prise par le juge pénal de se référer à la Convention européenne des droits de l'Homme l'a même conduit à soulever d'office à l'encontre d'un jugement un moyen pris de la violation de la présomption d'innocence en visant, non l'article 9 de la Déclaration des droits de 1789 mais l'article 6-2 de la Convention (Crim. 19 mars 1986, *Gardeil, D.* 1988.568, note crit. Vallansan).

Ces exemples confirment que, dans certains cas, le contrôle de la non-contrariété de la loi par rapport à un traité n'est guère éloigné d'un contrôle de constitutionnalité.

b) Au vu de cette constatation ne convient-il pas d'envisager, à la faveur d'une révision de la Constitution, de donner compétence au Conseil constitutionnel pour statuer sur la « conventionnalité de la loi » (21) tout en ressuscitant au besoin, à l'encontre des juridictions ordinaires les dispositions de l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 (22).

Nous ne sommes pas convaincu du mérite de cette solution.

Il a déjà été indiqué qu'en l'état actuel des textes, le Conseil constitutionnel n'était pas bien armé pour assurer le respect des traités par la loi.

Si une procédure d'exception d'inconstitutionnalité voit le jour, le fait d'inclure dans les questions relevant de la compétence du juge constitutionnel le contrôle de la « conventionnalité » de la loi n'irait pas sans soulever des difficultés.

(21) Avant l'intervention de la décision *Nicolo* notre collègue R. Abraham s'est prononcé en ce sens (cf. *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, p. 122).

(22) M. Michel Aurillac vient de proposer (cf. *Le Monde*, 3 nov. 1989, p. 11) de réaliser par voie constitutionnelle un objectif qu'il avait tenté d'atteindre en 1980 par voie législative, dans des conditions très controversées (cf. G. Isaac, « A propos de l'amendement Aurillac », *Gaz. Pal.* 21-23 déc. 1980 et nos obs. in *Droit public approfondi*, Cours I.E.P. 1980-81, p. 214).

Une telle procédure irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci a déjà eu l'occasion de condamner un mécanisme analogue que la Cour constitutionnelle italienne avait mis sur pied (C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc.).

En outre, on peut craindre un allongement très sensible de la durée des instances dans tous les cas où l'interprétation du droit communautaire nécessite un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg. Il est préférable que le renvoi soit décidé par le juge compétent au principal conformément à l'article 177 du Traité de Rome plutôt que de devoir transiter par le Conseil constitutionnel.

Ajoutons que si l'on situe dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité une affaire comparable à celle qui a donné lieu à l'arrêt *Schleicher*, il est possible de dégager une solution. Lorsque la contestation portée devant le juge ordinaire mettra en jeu au regard de principes voisins ou identiques, et la constitutionnalité de la loi et sa « conventionnalité », il sera loisible au juge d'écartier cette double argumentation si elle lui paraît dénuée de pertinence. Dans le cas contraire, il lui appartiendra, dès lors que la « conventionnalité » de la loi lui semble pouvoir être admise, de décider ou non de saisir le juge constitutionnel du problème de constitutionnalité.

2. Une dernière interrogation concerne *les effets* que l'on peut attendre de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État.

a) La jurisprudence *Jacques Vabre* n'a pas eu chez le juge judiciaire la même incidence suivant qu'il s'agit du droit communautaire ou du droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme.

En matière de droit communautaire le juge, en s'appuyant sur la Cour de justice, a été conduit à

(23) Cf. G. Cohen-Jonathan et autres, *Droits de l'homme en France, Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme devant les juridictions judiciaires françaises*, Engel, 1985; M. A. Eissen, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme devant les juridictions françaises », in *L'avocat et l'Europe* des 12 et des 21; G. Azibert, « L'application jurisprudentielle de la Convention européenne de cassation, 1^{er} oct. 1988; A. Varinard et J. Pradel, *Les Grands arrêts du droit criminel*, t. I, 2^e éd., p. 51 à 60; M. Delmas-Marty p. 173 et s.

(24) A propos de l'article L. 122-14-4 du code du travail relatif au remboursement par l'employeur à l'A.S.S.E.D.I.C. des indemnités de chômage versées à un salarié irrégulièrement congédié, V. le jugement du Trib. grande inst. de Paris, du 27 janv. 1987, concluant à la violation du droit au procès

plusieurs reprises, a écarté l'application de la loi nationale au profit de la norme communautaire (cf. dans la période récente : Trib. grande inst. Angers, 3 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 3-4 avr. 1987; Com. 5 mai 1987, *Bull. civ.* IV, n° 109; Trib. grande inst. Chambéry, 11 juin 1987, *Gaz. Pal.* 17-19 janv. 1988; Com. 22 nov. 1988, *Société les fils de Jules Bianco*).

Le résultat est tout différent s'agissant de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme (23).

Sans doute peut-on relever plusieurs cas dans lesquels le juge a annulé des procédures pour violation de la Convention en matière disciplinaire (Cour d'appel Nîmes, 16 févr. 1988, *Gaz. Pal.* 1^{er}-2 juin 1988, note A. D.; Civ. 1^{re}, 25 avr. 1989, D. 1989.I.R.153; Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, D. 1989.I.R.241), comme en matière pénale (cf. par ex. : Crim. 12 janv. 1989, *Randhawa*; Crim. 19 juin 1989, *Grayo*, J.C.P. 1989.IV.341).

De même peut-on recenser des décisions des juges du fond concluant à la contrariété de certaines lois à la Convention (24).

Mais dans tous les cas qui lui ont été soumis, la Cour de cassation a toujours admis la conformité de la loi française à la Convention aussi bien en matière civile (25) que pénale (26).

Des conclusions analogues peuvent être tirées du cas de la Belgique où aucune loi belge n'a été déclarée contraire à la Convention (cf. *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruylants, p. 282; M. Delmas-Marty et autres, *Raisonner la raison d'État*, p. 151-172; Civ. 1^{re}, 10 mai 1985 et 6 mars 1986, *Journ. dr. internat.* 1989, p. 721).

La tendance naturelle d'un juge national est donc de chercher à légitimer sa propre législation.

b) Le Conseil d'État n'aura-t-il pas tendance à procéder pareillement? Son commissaire du gou-

équitable (*Dr. soc.* 1987, p. 469, note X. Prétot); Ce jugement a été infirmé en appel (Paris, 14 oct. 1987, *Gaz. Pal.* 20-21 nov. 1987, concl. Lupi); Comp. sur le même sujet, *Soc.* 18 janv. 1989 (D. 1989.320, note Jeammaud). A propos de la loi du 10 juillet 1964 sur les associations communales de chasse, cf. le jugement du Trib. grande inst. de Périgueux du 13 déc. 1988 concluant à la violation par cette loi de l'article 11 de la Convention sur la liberté d'association (*Gaz. Pal.* 3-4 févr. 1989; *Quot. Jur.* 13 mai 1989, comm. R. Romi; *Rev. trim. dr. com.* 1989, p. 489).

(25) Civ. 2^e, 25 mars 1987, *Mme L.*; Com. 26 mai 1987, *Bull. civ.* IV, n° 125; *Soc.* 18 janv. 1989, préc. *supra*, note 24.

(26) Cf. par ex. : Crim. 6 mars 1986, *Bull. crim.* n° 94; Crim. 10 févr. 1987, *Bull. crim.* n° 68; Crim. 4 nov. 1987, D. 1988, Somm. Comm. 195; Crim. 10 mars 1988, D. 1988.I.R.105; Crim. 4 nov. 1988, *Gaz. Pal.* 14-15 avr. 1989, p. 11, note J.-P. Doucet; D. 1989, Somm. Comm. 171; Crim. 13 mars 1989, n° 86-93-846).

vernement a paru l'y inciter en faisant état de la possibilité de rejeter certaines contestations de façon elliptique.

Si l'on conçoit qu'il en aille ainsi pour des moyens dilatoires, il serait regrettable que le lachisme devienne systématique.

Au demeurant, le juge est à même d'utiliser des modes de raisonnement qui lui permettent d'assurer la suprématie de la norme internationale sans heurter de front le législateur.

Ainsi peut-il trouver appui dans une référence à la jurisprudence dégagée par la Cour de justice, pour le droit communautaire, par la Cour européenne des droits de l'Homme, pour la Convention, et par le Comité des droits de l'Homme, pour le Pacte sur les droits civils et politiques (27).

Il est loisible également au juge national de procéder à une *interprétation* de sa législation qui permette de la rendre conforme, si besoin est, à la

norme internationale. Une orientation en ce sens est perceptible dans la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation (Soc. 18 janv. 1989, préc. *supra*, note 24; Crim. 30 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 33). Dans cette optique, le recours au principe de proportionnalité peut s'avérer très utile (cf. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n° 47).

**

La décision *Nicolo* marque donc un tournant. Elle montre que désormais la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution (28) et des engagements internationaux de la France. Mais cette nouvelle jurisprudence ne tirera toute son importance que des prolongements que la juridiction administrative, dans son ensemble, sera en mesure de lui donner.

Bruno GENEVOIS

(27) Cf. J. Dhommeaux, « Le Comité des droits de l'Homme : 10 ans de jurisprudence », *Ann. fr. dr. internat.* 1987, p. 447, et l'avis en date du 3 avril 1989 de ce comité qui précise la notion de « discrimination » au sens de l'article 26 du pacte

sur les droits civils et politiques.

(28) Suivant la formule employée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.