
NOTES

La Primauté du droit communautaire européen sur le droit français : histoire d'un revirement du Conseil d'État

Marie-Françoise Labouz*

Avec l'arrêt *Nicolo*, rendu le 20 octobre 1989, le Conseil d'État français rompt avec une jurisprudence constante en vertu de laquelle il refusait de contrôler la conformité aux traités internationaux et communautaires des lois nationales, postérieures et contraires. La décision confirme le principe de la primauté du droit communautaire.

Dans le présent article, l'auteur analyse l'histoire du conflit loi-traité en France. Le refus initial de la primauté communautaire se fondait sur une conception dualiste du droit, malgré l'inspiration moniste de l'article 55 de la Constitution de 1958. Le Conseil d'État faisait ainsi primer le principe de la séparation des pouvoirs sur celui de la hiérarchie des sources. Cette position était contestée par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, la Cour de justice des Communautés européennes et les juridictions suprêmes d'Italie et d'Allemagne Fédérale.

L'auteur analyse la conjonction de facteurs favorables au revirement de la jurisprudence du Conseil d'État, entre autres, une incitation par le Premier Ministre Rocard au respect du droit communautaire. Elle conclut que l'arrêt *Nicolo* s'insère dans une évolution de l'intégration juridique communautaire, tout en reconnaissant l'autonomie résiduelle des juridictions internes.

With the *Nicolo* decision, rendered on October 20, 1989, the French Conseil d'État broke with its precedents, under which it refused to pronounce on the conformity of national laws with international and European Community treaties. The decision confirms the principle of the supremacy of community law over national law.

In this article, the author analyses the history of the conflict between national laws and treaties in France. The initial refusal to recognize the supremacy of community law was based on a dualist conception of law, despite the monist inspiration of Article 55 of the 1958 Constitution. By taking this position, the Conseil d'État gave primacy to the principle of separation of powers over the principle of the hierarchy of sources of law. This position was contested by the Conseil constitutionnel, the Cour de cassation, the Court of Justice of the European Communities and the supreme courts of Italy and the Federal Republic of Germany.

The author analyses the factors which favoured a change in the direction of the jurisprudence of the Conseil d'État, including statements by Prime Minister Rocard urging respect of community law. She concludes that the *Nicolo* decision is representative of an evolution toward legal integration in the European Community, while still recognizing the residual autonomy of national jurisdictions.

* Université de Paris-X, U.F.R. de Sciences juridiques, administratives et politiques.

Sommaire

Introduction

- I. Les raisons du refus ancien de la primauté
 - A. *Au commencement était l'arrêt du 1er mars 1968*
 - B. *La conception française de la séparation des pouvoirs*
- II. « *Perseverare diabolicum est* »
 - A. *La thèse de l'habilitation constitutionnelle*
 - B. *La soumission de la Cour de Cassation*
 - C. *La jurisprudence absolutiste de la Cour de Luxembourg*
 - D. *Le revirement de jurisprudence en Italie et en R.F.A.*
 - E. *L'invitation implicite du Gouvernement français*
- III. Les mobiles de l'acceptation nouvelle de la primauté
 - A. *Les conclusions nuancées de Patrick Frydman devant le Conseil d'État*
 - B. *L'étendue incertaine du revirement par l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989*

Conclusion

* * *

Introduction

À l'ombre du Marché intérieur européen de 1993 qui se profile¹, l'intégration du droit communautaire dans les droits internes des États membres² a franchi une nouvelle étape en France avec l'arrêt rendu en Assemblée du

¹Voir M.F. Labouz, « Le grand marché européen de 1993 » dans *Le Canada et l'Europe : une relation en constante évolution*, Travaux du XVII^e Congrès annuel du Conseil canadien de droit international, Ottawa, 1988, 15 ; M.F. Labouz, *Le système communautaire européen*, 2^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1988 [ci-après Labouz, *Système*] aux pp. 63-68 ; A. Mattera, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, 1^{re} éd., Paris, Jupiter, 1988 ; E. Gaillard, D. Carreau et W.L. Lee, *Le marché unique européen*, Paris, Pedone, 1989 ; C. Gavalda et G. Parléani, *Droit communautaire des affaires*, Paris Litec, 1988 ; J. Schapira, G. Le Tallec et J.-B. Blaise, *Droit européen des affaires*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1990 ; J.M. Beneyto, *Europa 1992 : El Acta unica europea : mercado interior y cooperación política europea*, Madrid, Civitas, 1989.

²Voir J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, 3^e éd., Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1985, 19 ; Labouz, *Système*, *ibid.*, à la p. 374.

Contentieux par le Conseil d'État, le 20 octobre 1989³. La décision de la Haute Juridiction Administrative est relative à une banale affaire de contentieux électoral, survenue après les troisièmes élections directes de juin 1989 au Parlement européen.

Elle abandonne pourtant une jurisprudence constante, vieille de vingt et un ans dans son application très contestée au droit européen et de bien plus encore, s'agissant de l'application du droit international public par le juge administratif français. Suivant cette jurisprudence ancienne et bien établie, en dépit des controverses qu'elle suscitait pour y remédier, le Conseil d'État s'interdisait de contrôler la conformité aux traités internationaux y compris aux traités de base des Communautés Européennes, des lois nationales, *postérieures et contraires*. Mais le revirement de jurisprudence du 20 octobre 1989 bien qu'unanimement souhaité par la doctrine⁴, a surpris par sa soudaineté, dans la mesure où la logique juridique suivie jusque ici par le Conseil d'État le rendait improbable en dehors d'une révision constitutionnelle, et par l'absence de motivation explicite : les raisons de la décision n'apparaissant que dans les *visas* et un *considérant* laconique. L'arrêt *Nicolo* a connu immédiatement un grand retentissement dans les médias. Cette publicité exceptionnelle n'est pas justifiée par le rejet du pourvoi en l'espèce⁵ mais par la solution, en rupture avec les traditions constitutionnelles, donnée aux rapports conflictuels du traité et de la loi⁶. Le débat politico-juridique s'était à vrai dire élevé en France dès la III^e République mais il avait pris, avec la création des Communautés européennes, sous la IV^e puis la V^e République, une dimension nouvelle. Un éminent représentant de la doctrine européenne de droit communautaire, théoricien de l'intégration, le juge Pescatore ne qualifiait-il pas la règle de primauté du droit communautaire sur les droits internes d'« exigence existentielle » ? La règle de droit communautaire « doit prévaloir sous peine de cesser d'être commune. Or à défaut d'être commune, elle cesse d'exister et il n'y a plus de Communauté »⁷.

³Texte publié dans (1989) 5 R.F.D.A. 823, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Patrick Frydman, 813, et la note de B. Genevois, 824.

⁴Qu'il s'agisse de spécialistes de droit interne (administratif et constitutionnel), de droit international et de droit communautaire européen, enfm d'universitaires ou de juges.

⁵Selon D. Simon,

[...] la technique classique du revirement de principe à l'occasion d'un rejet d'espèce prend ici un relief particulier, quand elle s'accompagne d'une substitution de motifs de rejet par rapport à des affaires analogues, et alors même que le détour par l'examen de validité de l'acte contesté au regard du traité de Rome n'était pas nécessaire pour parvenir à une solution identique du litige.

[1989] A.J.D.A. 788 à la p. 789. Il suffisait en effet de se fonder sur la loi électorale pour écarter le moyen du requérant.

⁶B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel, principes directeurs*, Paris, éd. S.T.H., 1988 aux pp. 372-377.

⁷Cité par R. Kovar dans *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communauté européennes, 1982 à la p. 118.

La toile de fond de la discussion, est donc l'intégration juridique communautaire. Celle-ci repose sur trois axiomes dont le rappel est nécessaire à la compréhension de la présente étude. D'abord, l'applicabilité directe des normes communautaires sur le territoire de chaque État membre⁸ et l'effet individuel dans le chef des opérateurs économiques⁹ supposent la primauté sur le droit interne, en cas de contrariété *irréductible* de normes¹⁰. Puis cette règle de conflit qui n'est pas inscrite expressément dans les traités institutifs des Communautés européennes, a été dégagée dès 1964 par la Cour de Justice de Luxembourg¹¹ dans son célèbre arrêt *Costa c. Enel*. Elle est depuis, formulée en termes absolus et inconditionnels : n'importe quelle règle de droit communautaire, primaire ou dérivé, l'emporte sur n'importe quelle règle nationale, fut-elle constitutionnelle ou législative¹². Enfin, et toujours selon cette construction prétorienne de la C.J.C.E., le respect de la règle de primauté ainsi entendue, incombe au juge interne, quelque soit l'ordre constitutionnel des États membres : autrement dit, le juge interne est la juridiction communautaire de droit commun. Dans ces conditions, la publicité exceptionnelle donnée en France à l'arrêt *Nicolo* et aux conclusions du Commissaire du gouvernement Patrick Frydman qui « éclairent » ce revirement « spectaculaire »¹³, fait écho au caractère fondamental du principe de primauté. Or celui-ci a été longtemps combattu par le Conseil d'État au nom de sa jurisprudence des « semoules », inaugurée par un arrêt du 1er mars 1968¹⁴. Mais pour reprendre l'expression imagée de Denys Simon, cette « résonance médiatique » qui rappelle les trompettes de l'ancien régime monarchique et les « arrêts de règlement », contraste fortement avec la manière « presque clandestine » par laquelle le Conseil d'État opère cette révolution juridique¹⁵ le 20 octobre 1989.

I. Les raisons du refus ancien de la primauté

L'expression de ce refus dans l'arrêt *Syndical général des fabricants de semoules* a fait l'objet en son temps de très nombreux commentaires qui dis-

⁸C.-à-d. sans réception en droit interne et sans délai pour les règlements communautaires.

⁹Labouz, *Système*, *supra*, note 1 aux pp. 375-378.

¹⁰R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989 aux pp. 108-123.

¹¹Aff. (no. 6/64), [1964] C.J.C.E. Rec. 1141.

¹²*Simmenthal*, aff. (No 106/77) C.J.C.E. [1978] Rec. 629.

¹³Les commissaires du gouvernement, devant les formations de jugement administratif, sont chargés en France d'exposer leur conviction juridique et de proposer aux juges, une solution au litige.

¹⁴Conseil d'État, section 1/3/1968 *Syndicat général des fabricants de semoule en France*, Rec. p. 149.

¹⁵Simon, *supra*, note 5 à la p. 791. En ce sens, voir G. Isaac, « Traité et loi postérieure : le revirement du Conseil d'État » (1989) 25 R.T.D.E. 787. L. Dubouis, Commentaire dans [1989] 5 R.F.D.A. 1000, s'interroge à la p. 1000 « Le culte de l'ellipse poussé à ce degré ne nuit-il pas au rayonnement de la jurisprudence ? ».

pensent aujourd'hui d'en faire une longue analyse (A). Ce refus de la primauté communautaire se fondait sur une conception rigide du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, dont la doctrine a sous-estimé longtemps la portée (B).

A. *Au commencement était l'arrêt du 1er mars 1968*

Dans cet arrêt, le Conseil d'État se fondait sur la nature de ses attributions juridictionnelles (il est le censeur du Gouvernement mais le serviteur du Législateur) pour faire prévaloir une loi interne sur un règlement communautaire antérieur¹⁶. Ce refus de prévalence du droit communautaire, que la C.J.C.E. avait pourtant jugé spécifique¹⁷, s'ancrait dans un raisonnement rigoureux dont seules les prémisses reposant sur une analogie entre le droit communautaire et le droit international public, pouvaient être contestées : le droit communautaire, estimait alors le Conseil d'État comme le Commissaire du gouvernement Nicole Questiaux¹⁸, procède toujours d'obligations interétatiques. Il ne diffère donc pas formellement du droit international public. Or la compétence juridictionnelle du Conseil d'État ne s'étend pas au contrôle du respect par le Législateur des traités internationaux y compris donc des traités communautaires. Loin d'afficher, disait-il, comme la doctrine le lui reprochait, un mépris du droit international et particulièrement du droit communautaire européen, le Conseil d'État n'aurait fait que reconnaître « ses propres limites »¹⁹, en refusant pareillement de sanctionner la méconnaissance par le Législateur français, aussi bien du droit communautaire que du droit international public, ce que confirme une jurisprudence constante jusqu'au 20 octobre 1989²⁰.

B. *La conception française de la séparation des pouvoirs*

La solution traditionnelle se heurtait certes à l'inspiration moniste de la Constitution du 4 octobre 1958 qui s'illustre dans l'article 55 : « Les traités et 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 »²¹. En revanche, cette jurisprudence du Conseil

¹⁶Voir commentaires de C. Constantinides-Mégret, [1968] R.T.D.E. 399 et C. Rousseau, [1968] R.G.D.I.P. 1128.

¹⁷Sur la jurisprudence *Costa c. Enel*, voir l'étude de B. de Witt, « Retour à « Costa », la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international » [1984] R.T.D.E. 425.

¹⁸[1968] A.J.D.A. 235.

¹⁹N. Questiaux, « L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'État » dans *L'application du droit international par le juge français*, collectif, Paris, A. Colin, 1972, 63. Voir aussi *Droit Communautaire et droit français, Étude du conseil d'État, Notes et Études Documentaires*, Paris, La Documentation Française, 1982 à la p. 35 notamment.

²⁰Simon, *supra*, note 5 à la p. 789 ; Isaac, *supra*, note 15 à la p. 790 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1988 à la p. 85.

d'État pouvait s'appuyer, à la fois sur l'absence de reconnaissance par le constituant français de l'autonomie naissante du droit communautaire et sur toute l'histoire du contentieux administratif. Ainsi, comme s'en expliquait en 1972 Nicole Questiaux :

le juge administratif a depuis toujours renforcé son autorité sur le Gouvernement en l'étayant sur celle du Législateur. L'équilibre atteint, qui n'est jamais acquis, y trouve une partie de sa force : pour cette raison, au stade actuel de cette expérience d'application du droit international, il faut, croyons-nous, donner leur chance aux règles traditionnelles²².

Quelles étaient donc ces « traditions juridiques françaises » si fortement « enracinées »²³ qu'elles aient pu s'opposer, des décennies durant, au contrôle par la plus haute juridiction administrative du respect de la hiérarchie des sources formelles, expressément posée à l'article 55 de la Constitution et même retarder l'intégration du droit communautaire européen dans l'ordre juridique de la France ?

Le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est consacré par la loi révolutionnaire des 16-24 août 1790 dont l'article 10 est ainsi rédigé :

Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture²⁴.

Or c'est bien ce principe « quasi-constitutionnel »²⁵ de la séparation des pouvoirs²⁶ qui a placé le Conseil d'État dans l'obligation d'appliquer la loi interne,

²¹Parmi de nombreux commentaires, S. Regoud, « L'article 55 de la Constitution et les juges : de la vanité de la clause de réciprocité » [1983] R.G.D.I.P. 780. Voir aussi J. Dehaussy, « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989 : *Nicolo* » [1990] J.D.I. 6. Selon l'auteur, l'article 55 ne pose pas la règle de supériorité des traités internationaux mais la « reconnaît ».

²²Questiaux, *supra*, note 19 à la p. 73.

²³Abraham, *supra*, note 10 à la p. 119.

²⁴Cité par Abraham, *ibid.* à la p. 110.

²⁵Genevois, *supra*, note 6 aux pp. 282-283, sur la décision no 86-224 du 23 janvier 1987 du Conseil constitutionnel qui affirme que les principes inscrits dans la loi des 16-24 août 1790 n'ont pas *per se* valeur constitutionnelle mais qui retient la conception française de la séparation des pouvoirs, source des principes fondamentaux à valeur constitutionnelle comme celui de la compétence propre de la juridiction administrative.

²⁶Une partie de la doctrine de droit administratif distingue la séparation des autorités de la séparation des pouvoirs. La séparation des autorités est une règle d'origine monarchique, reprise par la législation de 1789 et qui consacre la dévolution de compétences à des autorités judiciaires distinctes. La séparation des pouvoirs, principe nouveau proclamé par le législateur de la Révolution Française signifie, outre la division du pouvoir, la protection des libertés fondamentales confiée à un juge indépendant de l'administration ; suivant cette distinction, il vaudrait mieux qualifier la loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, de règle de séparation des autorités. En ce sens,

qu'elle entre ou non en contradiction avec la Constitution ou le traité, deux sources formelles qui lui sont pourtant supérieures. L'assimilation du traité à la Constitution, dans le raisonnement du juge, s'expliquait par la difficulté d'affirmer le principe de la supériorité du traité sur la Constitution elle-même. Comme le rappelle Bruno Genevois, lui-même Conseiller d'État et l'un des meilleurs exégètes de la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel²⁷, le principe de l'examen de conformité par le Conseil constitutionnel, du traité international signé mais non encore ratifié, à la Constitution, sur la base de l'article 54, a pu être qualifié par la doctrine de droit international de « non sens », dans le cadre d'un système moniste avec supériorité déclarée des traités, voire même être considéré par certains auteurs, comme la preuve de « la prééminence matérielle » du traité sur la Constitution, une fois la contrariété entre les textes dûment constatée par le Conseil constitutionnel et la Constitution, dans ce cas, devant être révisée pour satisfaire au traité²⁸.

Mais l'argumentation évoquée ne rallia pas la doctrine dominante de droit constitutionnel et de droit administratif. La contrariété entre une norme internationale et une norme interne cachait donc en France une contradiction entre deux principes à valeur constitutionnelle. Comme l'expliquaient plusieurs membres du Conseil d'État, s'exprimant au nom d'une partie de la doctrine, le Conseil d'État avait fait prévaloir le principe de la séparation des pouvoirs sur le principe de la hiérarchie des sources, non par refus du principe de primauté des traités mais par respect scrupuleux de ses propres compétences. Comment dès lors lui faire grief, de ce qui est depuis ses origines, sa « raison d'être » à savoir ne pas empiéter sur le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif, en rendant des « arrêts de règlement » comme sous « l'Ancien régime » ? Ainsi écrira Ronny Abraham, « ... S'il refuse d'écarter la loi au profit du traité antérieur, c'est moins qu'il méprise le traité que parce qu'il respecte la loi »²⁹. Tous les efforts de résolution du conflit au profit de l'un des deux principes rivaux furent voués à l'échec. L'on tenta bien en 1987, mais par la voie législative seule-

C. Goyard, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, Paris, Montchrestien, 1962 aux pp. 69-81.

²⁷Bruno Genevois, Conseiller d'État, est depuis 1986 Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Il est l'auteur de plusieurs études de contentieux sur le Conseil d'État (Études et Documents du C.E. 1979-1980,73) et sur le Conseil constitutionnel (La jurisprudence du Conseil constitutionnel, *supra*, note 6). Voir aussi « Le droit international et le droit communautaire » dans colloque des 21 et 22 janvier 1988 : *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, L.G.D.J. Montchrestien, 1988 à la p. 211 et s.

²⁸Selon l'article 54 de la Constitution française :

Si, le Conseil constitutionnel saisi par le Président de la République, par le Premier ministre ou par le Président de l'une ou l'autre Assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

²⁹Abraham, *supra*, note 10 à la p. 119.

³⁰Chapus, *supra* note 20 aux pp. 86-87.

ment³⁰, de faire prévaloir effectivement la supériorité des traités sur les lois postérieures contraires. Mais l'histoire de la controverse « franco-française » retiendra plutôt une autre tentative ; celle de faire prévaloir le principe de la séparation des pouvoirs sur celui de la supériorité des traités. Un amendement parlementaire connu sous le nom d'amendement Aurillac, fut déposé et voté par l'Assemblée Nationale en 1980, avant d'être finalement écarté de la discussion au Sénat, pour constitutionnalité douteuse :

les juridictions ne pourront directement ou indirectement, prendre aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois régulièrement promulguées, pour quelque raison que ce soit³¹.

Cette « version rajeunie » de la loi de 1790 comme la désigne un spécialiste du droit communautaire européen, Guy Isaac³², visait à « conforter la position du Conseil d'État » en obligeant la Cour de Cassation, plus haute juridiction judiciaire, à s'y rallier. L'amendement Aurillac témoignait d'un nationalisme juridique ombrageux et dépassé, dont les derniers partisans tenteront un baroud d'honneur lors des débats parlementaires d'autorisation de ratification de l'Acte unique européen en 1986³³. Surtout, cet amendement invoquait une logique juridique contestable, celle de la lutte contre des supposés « abandons de souveraineté » à la Communauté européenne. Cette logique, il est vrai, paraissait être alors celle du Conseil constitutionnel³⁴. Mais elle devait être fortement nuancée dans une importante décision rendue par cette même juridiction en 1985. Depuis cette date, il apparaît que la contrariété d'un engagement international à la Constitution de 1958, ne peut être constatée par le Conseil constitutionnel qu'en cas d'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Or celle-ci, observe encore Bruno Genevois³⁵, se déduit plus difficilement des critères énoncés par le Conseil constitutionnel : « L'incompatibilité avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens ». Aujourd'hui encore pourtant, un courant doctrinal minoritaire persiste, notamment chez quelques spécialistes français de droit constitutionnel, autour du professeur François Gognel³⁶. Au surplus, et de

³¹G. Isaac, « À propos de l'amendement Aurillac, vers une obligation pour les juges d'appliquer les lois contraires aux traités », *Gaz. Pal.* 2e éd. 1980, 177-178.

³²G. Isaac, *Droit Communautaire Européen*, 2e éd., Paris, Masson, 1989 aux pp. 177-178.

³³M.F. Labouz, « L'acte unique européen », [1986] *R.Q.D.I.* 165. Pour Dubouis, *supra*, note 15, le Conseil d'État donnait « l'image d'un juge arc-bouté sur un nationalisme juridique désuet ».

³⁴Voir Genevois, *supra*, note 6 aux pp. 364-365, sur la décision du Conseil constitutionnel no 76-71 du 30 novembre 1976 relative au principe de l'élection de l'Assemblée Européenne au suffrage universel direct et à la distinction opérée entre les « limitations de souveraineté » autorisées et les « transferts » prohibés par la constitution.

³⁵Genevois, *ibid.* à la p. 369 et le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel no 85-188 du 22 mai 1985 relative au protocole no 6 à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (abolition de la peine de mort).

manière quelque peu paradoxale, compte tenu de l'origine révolutionnaire du principe de la séparation des pouvoirs, cette hostilité irréductible et anachronique à la construction communautaire, se retrouve aussi chez les partisans d'un nationalisme politique « d'extrême droite ». Il s'est ainsi trouvé un euro-député français ultra-nationaliste, Jean Claude Martinez, professeur de droit public, pour se livrer dans des philippiques d'une autre époque, à la dénonciation de « la destruction du droit national », « la déclaration de guerre contre les souverainetés », « l'impérialisme eurofédéraliste » de la Cour de Luxembourg, en des termes inacceptables :

tout se passe comme si la norme européenne était un virus bloquant. Elle s'introduit dans le patrimoine juridique français, parasite les cellules judiciaires et leur fait fabriquer du droit européen, alors qu'elles sont normalement programmées pour créer du droit français. En ce sens l'Europe est une maladie virale. Elle crée une déficience des systèmes immunologiques que constituent les droits nationaux. Elle s'apparente en quelque sorte à un sida normatif. Avec ses populations à risques, dans la magistrature, et la Cour de Justice des Communautés européennes, comme foyer majeur de pandémie³⁷.

Cette citation ne saurait mieux démontrer la réalité du danger même infime, que fait courir à la « Communauté de droit », de telles dérives extrémistes, perversions du nationalisme juridique.

³⁶Pour une expression récente de ces positions, voir F. Goguel dans *Valeurs actuelles* (24 avril 1989) 30-31 et M. Aurillac, « Le dernier verrou de la souveraineté » *Le Monde* (3 novembre 1989) 11.

³⁷J.-C. Martinez, *Autant en emporte l'Europe*, Paris, J.C. Godefroy, 1989 aux pp. 44-54.

II. « *Perseverare diabolicum est* »

Dans le consensus européen de la fin du siècle, à peine troublé par ces déviations, « l'acharnement du juge administratif » français à défendre la loi interne « expression de la souveraineté nationale », au besoin contre la Constitution et le traité, au motif que contrôler le respect du principe de supériorité des traités sur les lois, et donc le principe de primauté du droit communautaire sur le droit interne, reviendrait implicitement à exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi dont le Conseil constitutionnel a le monopole en France, a conduit le Conseil d'État à un isolement dommageable pour la France et la Communauté. Loué par les uns pour son légalisme et sa noble résistance, fustigé par les autres pour son combat d'arrière-garde, le Conseil d'État ne pouvait plus longtemps tenir cette position inconfortable d'assiégé, contredit et contesté par toutes les autres juridictions, qu'il s'agisse des hautes juridictions françaises comme le Conseil constitutionnel (A) et la Cour de Cassation (B), de la Cour de Justice des Communautés Européennes à Luxembourg (C), des juridictions suprêmes d'Italie et d'Allemagne Fédérale (D), au moment même où le gouvernement français veille de plus près au respect du droit communautaire par les administrations nationales et les juridictions internes (E).

A. *La thèse de l'habilitation constitutionnelle*

Le 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel rendait une décision relative à la loi portant interruption volontaire de grossesse (I.V.G.). La Haute juridiction, tout en jugeant qu'une « loi contraire au traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution » parait inviter, sous forme d'« habilitation implicite » les juridictions ordinaires, administratives et judiciaires, à assurer effectivement le respect du principe de supériorité des traités, sauf à faire de l'article 55 de la Constitution, comme l'observaient alors de nombreux auteurs, une disposition « lettre morte », « privée d'effectivité » ou encore « d'effet utile »³⁸. Le refus d'inscrire les traités dans le « bloc de constitutionnalité » se trouvait alors compensé, du moins en principe, par le renvoi supposé aux autres juridictions nationales. La doctrine contesta bien sûr l'argumentation de fond retenue par le Conseil constitutionnel selon laquelle la supériorité des traités :

présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition »³⁹.

³⁸Sur le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel no 74-54 du 15 janvier 1975 relative à la loi I.V.G., voir Genevois, *supra*, note 6 aux pp. 372-373. Voir aussi Isaac, *supra*, note 15 à la p. 789.

³⁹Pour une critique de la motivation par des membres du Conseil d'État, voir Abraham, *supra*, note 10 aux pp. 112-113. Voir aussi Genevois, *supra*, note 6 aux pp. 372-373.

Mais elle parut se rallier aux « raisons pratiques » du Conseil constitutionnel. Au delà des critiques adressées pour ignorance des spécificités du droit communautaire ainsi que de la protection européenne des droits de l'homme, où la réciprocité ne trouve pas application, ces motifs pouvaient raisonnablement fonder un « vide juridictionnel » provisoire : nombre élevé de conventions conclues par la France, très court délai d'examen (un mois voire huit jours), rigueur excessive d'un contrôle *a priori* risquant d'être contredit par un contrôle communautaire *a posteriori*⁴⁰. Et surtout ces raisons techniques se trouvaient confortées par l'interprétation dominante sur l'habilitation implicite donnée aux juridictions ordinaires de statuer sur un problème constitutionnel. Certains membres du Conseil d'État s'exprimant à titre personnel y virent : « une dérogation implicite au principe de séparation des pouvoirs, qui autoriserait le juge à écarter la loi contraire au traité »⁴¹ tout en reconnaissant le caractère aléatoire de ce renvoi : « on peut y voir une consigne implicite adressée aux juridictions, mais c'est difficile », écrivait Ronny Abraham dans un ouvrage publié en 1989, six mois avant le prononcé de l'arrêt *Nicolo*, au regard sans doute du principe d'interprétation restrictive des textes constitutionnels.

Pour la plupart des auteurs, la thèse de l'« habilitation implicite » pouvait aussi s'appuyer sur la distinction faite par la décision du 15 janvier 1975, entre le rappel du principe de la supériorité du traité sur la loi posée à l'article 55 de la Constitution et le contrôle de la conformité de la loi au traité que le Conseil constitutionnel s'interdisait seul d'exercer. La résistance prolongée du Conseil d'État, sourd aux appels du Conseil constitutionnel, devait inciter la juridiction constitutionnelle à formuler expressément son renvoi aux juridictions ordinaires, dans une décision du 3 septembre 1986 : « Il appartient aux organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions dans le cadre de leurs compétences respectives »⁴². La doctrine s'empressait alors d'y lire une référence « selon toute vraisemblance » aux autres juridictions nationales⁴³. Poursuivant sa pédagogie à l'adresse du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel estimait en 1988 qu'en sa qualité de juge électoral, il s'autorisait à statuer « comme une juridiction ordinaire », pour contrôler la conformité de la loi à un traité « s'appliquant à lui-même sa jurisprudence » de 1975⁴⁴.

⁴⁰L'on a pu remarquer la relative complaisance de la Commission européenne à l'égard de la loi française du 6 août 1986 sur les privatisations dont l'article 10 limitait à 20 % du capital, les titres susceptibles d'être cédés à des acquéreurs tiers.

⁴¹Abraham, *supra*, note 10 à la p. 116.

⁴²Décision du Conseil constitutionnel no 86-216 du 3 septembre 1986 relative à la loi sur les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers à l'encontre de laquelle était invoquée la *Convention de 1951 sur le statut des réfugiés* et son *Protocole de New-York*. Isaac, *supra*, note 38 à la p. 792 y voit « des incitations répétées », des « appels du pied » adressés au Conseil d'État.

⁴³B. Genevois, *supra*, note 3 à la p. 827 ; Simon, *supra*, note 5 à la p. 790.

⁴⁴L. Favoreu, note, (1989) 5 R.F.D.A. 995 sur la décision du Conseil constitutionnel du 21 octobre 1988, ([1988] R.F.D.A. 908). Le Conseil constitutionnel accepte par ailleurs de sanctionner la

B. *La soumission de la Cour de Cassation*

Alors que le Conseil d'État s'obstinait dans son refus d'abandonner sa jurisprudence des « semoules », la Chambre mixte de la Cour de Cassation faisait prévaloir dès le 24 mai 1975 dans l'arrêt *Cafés Jacques Vabre*⁴⁵, comme l'y invitait alors l'habilitation implicite à statuer donnée par le Conseil Constitutionnel, le traité de Rome sur une loi postérieure contraire. Sans fonder son arrêt exclusivement sur la spécificité du droit communautaire, comme le lui demandait le procureur général Adolphe Touffait⁴⁶, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, rompant avec sa jurisprudence des années trente — « la doctrine Matter » — comblait pour sa part « le vide juridique créé par l'abstention du Conseil constitutionnel »⁴⁷. S'exposant au grief de méconnaître la soumission du juge à la loi, la Cour de Cassation maintient depuis lors sa jurisprudence, favorable à l'intégration du droit communautaire européen dans l'ordre juridique français⁴⁸.

Le raisonnement suivi par la Cour de Cassation épouse en partie celui du Conseil constitutionnel. Il peut être rappelé avec Dominique Carreau et préfigure l'arrêt *Simmenthal* de la Cour de Luxembourg.

... elle pouvait écarter une loi nationale postérieure contraire à une norme communautaire antérieure, parce que, ce faisant, il ne lui était pas demandé de déclarer la loi interne contraire à la Constitution (ce qu'elle n'avait pas compétence pour faire et ce qui avait constitué l'argument majeur — mais faux — pour interdire aux tribunaux français de faire triompher le droit international sur la loi postérieure contraire) ; mais la Cour de Cassation estima à juste titre, qu'il lui était seulement demandé de trancher un conflit entre deux normes possédant une nature juridique différente : placée devant un tel conflit de normes juridiques la Cour de Cassation fit triompher la norme supérieure ...⁴⁹.

C. *La Jurisprudence absolutiste de la Cour de Luxembourg*

La Cour de Justice des Communautés Européennes, soucieuse de dégager les conditions d'une application uniforme du droit communautaire a consacré une primauté absolue des normes communautaires sur les normes internes. Dans le retentissant arrêt *Simmenthal*, rendu le 9 mars 1978,⁵⁰ la Cour tient le juge

violation directe de l'article 55 par la loi dont les dispositions seraient contraires au traité (décision no 86-216 du 3 septembre 1986).

⁴⁵Parmi de nombreux commentaires, D. Ruzié, (1975) 102 J.D.I. 805 ; R. Kovar, [1975] C.D.E. 636.

⁴⁶Texte des conclusions Touffait dans Gazette du Palais 1975-2-470.

⁴⁷Conclusions Frydman, *supra*, note 3 à la p. 818. L'analyse de la « doctrine Matter » (1931) reprise par Nicole Questiaux dans ses conclusions dans l'affaire des semoules (1968) figure au commentaire de l'arrêt *Nicolo* par Isaac, *supra*, note 15.

⁴⁸Pour un exemple récent cité dans les conclusions Frydman, voir Cass. Crim., 3 juin 1988, *Klaus Barbie*, Bull. Crim. 1988 246.

⁴⁹D. Carreau, *Droit International*, Paris, Pedone, 1986 à la p. 464.

interne pour destinataire de la règle de primauté, en sa qualité de juridiction communautaire de droit commun. Elle limite en même temps, le respect du principe de prévalence à la non application de la loi nationale postérieure contraire au droit communautaire. Il incombe donc au juge interne de faire respecter la norme communautaire « *de plein droit* » dit la Cour de Luxembourg : « en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, la norme législative contraire, même postérieure ». La doctrine française de droit communautaire dirigea alors ses griefs contre le maintien d'une fiction, celle d'un juge interne statuant à la fois comme organe d'État et comme organe communautaire⁵¹. Quant à la doctrine de droit administratif, contrairement à une partie de la doctrine de droit constitutionnel et européen, elle dénonça un raisonnement spécieux estimant que : « lorsque les deux normes ont le même objet et disent le contraire, ne pas appliquer la plus récente, c'est nécessairement la tenir pour nulle »⁵².

D. *Le revirement de jurisprudence en Italie et en R.F.A.*

Une étape décisive devait être franchie par les Cours suprêmes de deux États membres, l'Italie et l'Allemagne Fédérale, deux pays de tradition dualiste, qui connaissaient le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception⁵³. En

⁵⁰C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal* Rec. 1978-629, Commentaires D. Carreau « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? » [1978] R.T.D.E. 381, Boulouis, [1978] A.J.D.A. 323.

⁵¹Labouz, *Système*, *supra*, note 1 à la p. 378 ; Isaac, *supra*, note 32 à la p. 170, qui fait remarquer que si un doute pouvait subsister avant l'arrêt *Simmenthal*, sur l'inapplicabilité de plein droit des normes internes postérieures et contraires, l'arrêt de 1978 traduit un « net durcissement » dans la mesure où la Cour refuse de plus toute efficacité juridique à ces normes internes écartées, la non application se rapprochant alors de l'invalidité.

⁵²Abraham, *supra*, note 10 à la p. 116 ; B. Genevois, *supra*, note 3 à la p. 826. Selon Chapus, *supra*, note 20, no 151,

on ne voit pas très bien comment la spécificité du droit communautaire (qui n'est pas irréaliste), peut autoriser une juridiction à tenir une loi pour non avenue. Mais il est vrai qu'il peut arriver, dans la matière en cause, que la rectitude de l'analyse juridique soit affecté par certaines convictions supranationalistes,

tout en notant que la jurisprudence *Simmenthal* vise une loi postérieure contraire écartée et non annulée, pour concéder finalement « qu'on peut penser qu'il n'est pas impossible de considérer que l'article 55 habilite exceptionnellement les juridictions à écarter, pour cause de contrariété à la Constitution, l'application des lois contraires à des normes internationales antérieures ». Sur la position des constitutionnalistes, par exemple Favoreu, *supra*, note 44 à la p. 998, se fonde sur l'intervention préalable du législateur, appelé à autoriser la ratification ou l'approbation des traités et accords internationaux, selon la Constitution de 1958 et donc à donner son accord par anticipation à la mise à l'écart des lois postérieures au traité et contraires à celui-ci. (Voir en ce sens sur les travaux préparatoires de la Constitution, le texte cité par Favoreu).

⁵³Pour l'arrêt *Granital*, note Tizzano, [1984] I Il Foro Italiano 2063 ; G. Gaja, « Note » (1984) 21 *Common Market L. Rev.* 756 ; A. Barav, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : Le fantôme de *Simmenthal* » [1985] R.T.D.E. 313 ; A. La Pergola et P. Del Duca, « Community Law, International Law and The Italian Constitution » [1985] A.J.I.L. 598 ; Olmi, « Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire » dans *Liber Amicorum*,

Italie tout d'abord, la Cour Constitutionnelle s'est « alignée sur la jurisprudence *Simmenthal* »⁵⁴, dans l'arrêt *Granital* du 8 juin 1984⁵⁵, au terme d'une évolution remarquable, qu'analyse Enrico Traversa : « Revirement d'importance fondamentale ... révolutionnant le système politico-institutionnel italien »⁵⁶. Bien que la Cour Constitutionnelle italienne ait conservé une problématique dualiste (la distinction de deux ordres juridiques) et refusé en conséquence l'idée d'une insertion du droit communautaire (en l'espèce des règlements) en droit italien — ce que la Cour de Luxembourg a toujours affirmé au contraire, raisonnant dans le cadre d'une intégration — l'arrêt *Granital* se fonde sur « une autonomie coordonnée » des deux ordres juridiques. Elle permet d'appliquer le règlement communautaire, « toujours et immédiatement applicable par le juge italien, même en présence de dispositions incompatibles de droit interne ».

En Allemagne Fédérale cette fois, le Tribunal Constitutionnel dans un arrêt du 10 octobre 1986⁵⁷, opérant revirement de jurisprudence, permet désormais la prévalence du droit communautaire : « aussi longtemps que durera la protection des droits fondamentaux par l'ordre juridique communautaire, d'un degré comparable, pour l'essentiel, à celui de la loi Fondamentale »⁵⁸.

Comme l'explique en 1988, l'Avocat Général Darmon auprès de la C.J.C.E. dans une étude remarquée parue à la Revue Trimestrielle de Droit Européen⁵⁹ :

Au delà des spécificités, l'observation de ces jurisprudences permet de révéler la présence de deux tendances : la tendance à l'expression de principes permettant l'insertion des normes communautaires — la tendance au maintien de limites potentielles à cette insertion⁶⁰.

Mélanges en hommage à Pierre Pescatore, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1987, 499 et s. ; J.-V. Louis, « Droit communautaire et loi postérieure : un revirement de la Cour Constitutionnelle italienne » [1986] C.D.E. 194. Pour l'arrêt de 1986 de la Cour allemande, V. Constantinesco « Note — Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire : une musique nouvelle sur un air ancien... » [1987] R.T.D.E. 545, C. Tomuschat, « Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande » [1989] C.D.E. 163.

⁵⁴Louis, *supra*, note 2 à la p. 135.

⁵⁵Texte aussi reproduit dans M.F. Labouz, *Le Système Communautaire européen*, 1ère éd., Paris, Berger-Levrault, 1986 aux pp. 260-67.

⁵⁶E. Traversa, « La jurisprudence italienne concernant le droit européen, 1984-1987 » [1988] 318 Revue du marché commun 341.

⁵⁷Texte reproduit dans Labouz, *Système, supra*, note 1 aux pp. 400-411.

⁵⁸Voir Constantinesco, *supra*, note 53.

⁵⁹M. Darmon, « Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de République fédérale d'Allemagne et de France, relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnement juridique interne) » [1988] R.T.D.E. 217.

⁶⁰Darmon, *ibid.* à la p. 221.

Au nombre de ces limites, figurent dans les trois États les « réserves de constitutionnalité » ainsi que « l'effectivité encore incertaine du principe de primauté en France ». Cette dernière observation formulée avant l'arrêt *Nicolo*, garde son intérêt au regard des interrogations suscitées par le revirement du Conseil d'État. La lente évolution de la jurisprudence des Cours des États membres de 1971 à 1986, si elle a suivi une voie nationale, selon qu'il y a ou non reconnaissance constitutionnelle ou législative de l'autonomie communautaire, par exemple l'*European Communities Act* de 1972, dans un système de type moniste ou dualiste, a donc finalement isolé la Haute juridiction administrative française⁶¹, seule à refuser jusqu'à l'arrêt *Nicolo*, la prévalence du droit communautaire sur la loi interne, postérieure et contraire.

E. L'invitation implicite du gouvernement français

Cette conjonction impressionnante de facteurs favorables au revirement de jurisprudence du Conseil d'État, doit aussi beaucoup, au titre cette fois des raisons d'opportunité, à l'invitation non ambiguë bien qu'implicite, faite par le Premier Ministre Michel Rocard à l'adresse des juridictions, dans une importante circulaire du 22 septembre 1988 relative aux « politiques européennes de la France »⁶². Après un rappel opportun du « contexte européen », celui de la préparation du grand marché de 1993, la circulaire enjoint aux ministres, secrétaires d'État et à leurs services de respecter le droit communautaire, qualifié de manière inédite « d'exigence constitutionnelle » et de « partie intégrante de l'État de droit ». Ce que donc, le Conseil constitutionnel se refuse toujours de faire — l'insertion des traités internationaux y compris des traités communautaires dans le « bloc de constitutionnalité » qu'il contrôle — la circulaire l'accomplit symboliquement, compte tenu de son rang inférieur dans la hiérarchie

⁶¹Sur la jurisprudence belge, voir J.-V. Louis, « La primauté du droit international et du droit communautaire, l'arrêt « *Le Ski* », *Mélanges Fernand Dehousse*, t. 2, Paris, Bruxelles, Nathan, Labor, 1979, 235 ; sur l'insertion du droit communautaire dans l'ordre juridique espagnol, Foraster Serra (1988) 315 *Rev. du marché commun* 163 et surtout l'analyse de A. Remiro Brotons, *Derecho internacional publico*, t. 2, *Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987 aux pp. 346-351. (L'auteur suggère un renvoi préjudiciable en interprétation par le Tribunal Constitutionnel devant la Cour de Luxembourg). Voir aussi D. Noguera et J.R. Barberos, « Crónica sobre la aplicación judicial del derecho comunitario en España », *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1989 885. (Un arrêt du Tribunal Supérieur du 17 avril 1989 consacre le principe de la primauté de la norme communautaire sur le droit espagnol, sans lever le doute sur les rapports de la loi fondamentale et de l'ordre juridique communautaire. Voir aussi R. Pinder et Perez Santos, *Introducción al derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1985 aux pp. 57-66 ; D. Vasquez, M.S. de Baranda, G.A. de Haro et J.I. Iglesias, *Derecho comunitario*, Madrid, I.C.A.I., 1989 aux pp. 46-48. Quant au Royaume-Uni, une décision de l'English Court of Appeal du 22 mars 1989, *R. v. Secretary of State for Transport*, souligne à propos de la primauté, que la loi britannique n'est plus inviolable comme autrefois, cité par Calvet, *J.C.P. doct.* 1990-3429 ; sur l'ensemble des réactions nationales au principe de primauté (supremacy of community law), voir T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1988 aux pp. 219-245.

⁶²J.O., 15 octobre 1988, 13007-13008.

des normes internes. Mais l'invitation prend tout son relief si l'on considère cette fois, le comportement déviant de l'administration centrale, plus encline à respecter une circulaire qu'une loi, *a fortiori* une norme internationale. Les juges sont donc implicitement conviés à adapter le contrôle juridictionnel qu'ils sont censés exercer sur l'Administration, voire sur le Législateur s'agissant du contrôle constitutionnel *a priori*. D'autant, que la circulaire Rocard détaille pour la première fois ce bloc de légalité européenne, à insérer dans le bloc de constitutionnalité : « traités, droit communautaire dérivé, jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg ». L'on ne saurait mieux montrer aux juridictions, « le bon choix », preuve s'il en est de l'inanité d'une conception rigide de la séparation des pouvoirs, dans une construction juridique vouée à l'intégration. La contre-épreuve en est donnée dans une seconde circulaire du Premier Ministre, du 25 janvier 1990 relative au renforcement de la politique de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne⁶³, dans laquelle est expressément visée la « récente décision *Nicolo* du Conseil d'État consacrant la supériorité du droit international, plus particulièrement de la règle communautaire sur les lois internes même postérieures ». Cette mention de satisfaction ne signifie-t-elle pas que le message a été compris « cinq sur cinq » ? L'on objectera sans doute que le Conseil d'État n'est pas aux ordres du gouvernement, surtout lorsqu'il statue au contentieux⁶⁴, il n'empêche que la Haute juridiction administrative garde toujours en mémoire ses origines et qu'elle s'est constamment efforcée dans sa jurisprudence de ne gêner en rien ni l'activité législative ni l'activité politique du Gouvernement qui échappe à sa compétence.

III. Les mobiles de l'acceptation nouvelle de la primauté

Comment dès lors ne pas s'étonner avec Denys Simon, de ce que le Conseil d'État ait « asséné sans aucune explication ni justification ... une décision aussi fondamentale » ?⁶⁵, se contentant au second considérant de l'arrêt *Nicolo* d'indiquer :

qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en date du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne « le présent traité s'applique ... à la République française » ; que les règles ci-dessus rappelées définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 précité du traité de Rome.

Le laconisme de la motivation s'éclaire quelque peu par le « visa » initial de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Indication certes des bases juridiques du dispositif mais non du raisonnement qui a permis au Conseil

⁶³J.O., 1 février 1990, 1345-1346.

⁶⁴Le Conseil d'État exerce aussi une compétence consultative, Chapus, *supra*, note 30 aux pp. 303-306.

⁶⁵Simon, *supra*, note 5 à la p. 790.

d'État de s'appuyer sur l'article 55, pour « articuler » enfin les ordres juridiques communautaire et français⁶⁶. La publicité accordée aux conclusions du commissaire du gouvernement Patrick Frydman dès avant leur publication, donne à penser que le Conseil d'État renvoie à celles-ci, tant il est vrai qu'elles ont emporté la conviction de la Haute Assemblée du Palais-Royal. Selon le mot de Bruno Genevois, elles permettent de « reconstituer » le raisonnement, probablement suivi par le Conseil d'État.

A. *Les conclusions nuancées de Patrick Frydman devant le Conseil d'État*

Elles invoquent expressément « une véritable habilitation constitutionnelle qui, pour n'être qu'implicite, ne (nous) paraît pas moins intrinsèquement contenue dans le texte »⁶⁷ de l'article 55 de la Constitution de 1958, (tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel ? s'interrogent aujourd'hui les commentateurs de l'arrêt). Mais elles approuvent aussi, de manière quelque peu paradoxale, l'argumentation passée du Conseil d'État. Les cinq décisions du Conseil d'État en ce domaine, rendues de 1968 à 1984, écrit-il, sont « en tous points conformes à la rigueur des principes et à l'orthodoxie traditionnelle ». Séparation rigide des pouvoirs et exclusivité du contrôle de constitutionnalité ne semblent donc point récusés et l'on voit mal comment dès lors le Conseil d'État, à la suite de son commissaire du gouvernement, a pu se résoudre à fonder le contrôle de conformité de la loi au traité sur la seule base d'une « habilitation implicite » à déroger à ces mêmes principes, sauf à considérer, l'intérêt d'une nouvelle politique jurisprudentielle et à privilégier un raisonnement en opportunité. Les conclusions de Patrick Frydman semblent en effet presser le Conseil d'État d'évoluer sans se renier, au nom des nécessités internationales et européennes. Même si la spécificité du droit communautaire est mentionnée, l'opportunité d'un revirement favorable à l'ensemble du droit international conventionnel paraît bien l'emporter : « une autre lecture de l'article 55 infiniment souhaitable en opportunité et certainement tout autant concevable en droit »⁶⁸.

⁶⁶Le Conseil d'État a commencé son évolution jurisprudentielle sur ces questions en reconsidérant sa théorie de « l'écran législatif ». Comme la définit V. Coussirat-Coustère, « la loi-écran prévaut ... la loi transparente ne paralyse pas l'application du droit communautaire : la loi forme un écran quand elle prédétermine les actes de l'administration » dans « Le juge administratif et le droit communautaire » (1988) 46 *Pouvoirs* 92 ; voir aussi J.-C. Bonichot, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de Justice de Communautés européennes » (1989) 25 *R.F.D.A.* 592.

⁶⁷Texte reproduit dans *R.F.D.A.*, *supra*, note 3 à la p. 825.

⁶⁸*Ibid.* à la p. 818 ; pour Favoreu, éminent spécialiste de droit constitutionnel français, voir *supra*, note 44 à la p. 994, c'est à tort que les conclusions Frydman et peut-être le Conseil d'État à sa suite, ont retenu le principe d'une « auto-habilitation » par interprétation directe de l'article 55 au lieu et place du Conseil Constitutionnel, seul compétent pour délivrer une interprétation authentique de la Constitution. Selon l'interprétation du Conseil d'État, l'habilitation vise-t-elle aussi les administrations centrales et les collectivités locales, tenues comme « organes de l'État » au respect du principe de primauté ?

Les conclusions de Patrick Frydman soulignent tout à la fois l'ambiguïté de l'article 55 de la Constitution et la motivation retenue en 1975 par le Conseil constitutionnel. Elles reposent en revanche sur une double certitude : celle de l'habilitation constitutionnelle (mais donnée ou par l'article 55 ou le Conseil Constitutionnel ?) et celle d'une application effective devenue d'une « rare opportunité » pour le Conseil d'État ; en raison du « vide juridictionnel », de ses « conséquences pratiques absurdes », ou encore de « ses effets pervers » voire « illogiques » sur l'application des normes internationales, de plus en plus nombreuses dans les secteurs de « l'économie, du travail, de la protection des droits de l'homme ». Surtout, soutiendra Patrick Frydman :

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 communautaire⁶⁹

Il y a là certes, prise en compte de la spécificité européenne mais celle-ci est présentée autant comme une nécessité de fait que comme une raison de droit. Qui plus est, cette spécificité pour être communautaire, est avant tout européenne. Les conclusions Frydman précisent d'abord qu'il est opportun de contrôler la conformité des lois aux traités, compte tenu de la rareté relative des cas de contrariété entre un traité et une norme législative postérieure. C'est bien ce que montre la jurisprudence mais aussi, peut-on ajouter, l'effort d'adaptation auquel vont répondre d'ici 1993, d'une part les administrations centrales étroitement coordonnées par le Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (S.G.C.I) et le Secrétariat général du gouvernement (S.G.G) depuis les circulaires du premier ministre Michel Rocard, et d'autre part le législateur, plus soucieux de conformité avec le droit communautaire⁷⁰.

Contrôler la conformité des lois aux traités dira Patrick Frydman, compte tenu aussi de la nécessité pour le Conseil d'État de se charger « occasionnellement » de cette tâche, pour ne pas en laisser le monopole aux instances de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, dans le cadre cette fois du système de garanties offert sous les auspices du Conseil de l'Europe par la Commission européenne des Droits de l'Homme et la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁷¹. Encore

⁶⁹*Ibid.* à la p. 819.

⁷⁰Cf. la création en 1987 par le député français d'opposition, Alain Lamassoure, d'un intergroupe parlementaire, pour promouvoir la prise en compte dans les textes législatifs des normes communautaires européennes. L'intergroupe se prénomme P.E.N.E.L.O.P.E, sigle signifiant « Pour l'entrée des normes européennes dans les lois ordinaires des parlements d'europe », *Le Monde* (13 décembre 1989).

⁷¹Conclusions Frydman, R.F.D.A., *supra*, note 3 aux pp. 821-822.

reste-t-on perplexe devant l'argument du contrôle occasionnel, soulevé par les conclusions Frydman, dès lors qu'est évoqué aussi le cas du règlement communautaire et par conséquent, pourrait-on observer, l'inflation de la production normative communautaire : plus de 3 000 règlements en vigueur en 1989.

Ainsi se présente l'arrêt *Nicolo*, éclairé par les conclusions Frydman. Finalement, celles-ci insistent paradoxalement sur la question de la constitutionnalité et du contrôle juridictionnel par voie d'exception, pour minimiser la portée de l'innovation alors qu'elles reconnaissent avec Ronny Abraham notamment, dont les écrits sont cités, qu'écarter la loi contraire au traité revient bien à en apprécier la validité, en rupture avec toutes les traditions juridiques françaises :

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 ordinaires⁷².

Les implications du changement sont telles au vu de cette révolution juridique que Patrick Frydman tente d'en évaluer certaines, en suggérant au Conseil d'État de limiter la portée du revirement par la technique de la retenue judiciaire : ainsi note-t-il d'abord : « 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 »⁷³ alors même, qu'une telle loi a été déclarée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, avant sa promulgation ; mais pour aussitôt se situer dans les rapports traités/lois, seuls visés par l'article 55, et considérer que le risque de contrariété de jurisprudences entre les deux juridictions est faible, compte tenu du pouvoir d'interprétation du droit communautaire par le juge administratif, en sa qualité de juridiction communautaire de droit com-

⁷²*Ibid.* à la p. 817. Comme l'explique alors le Commissaire du gouvernement Frydman : 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.

En ce sens, voir Abraham, *supra*, note 10 à la p. 116.

⁷³*Supra*, note 3 à la p. 817 ; Favoreu, *supra*, note 44 à la p. 995, en retenant la thèse erronée de l'auto-habilitation, le Conseil d'État

s'expose à la critique suivante : dès lors que le Conseil d'État interprète la Constitution comme lui donnant la possibilité d'écarter une loi contraire à un traité, rien ne l'empêche désormais d'interpréter cette même Constitution comme l'autorisant à écarter une loi contraire à la Constitution, car le principe de la supériorité de la Constitution est incontestablement inscrit dans le texte fondamental,

alors que le Conseil constitutionnel, a seulement autorisé les juridictions ordinaires « par interprétation de la Constitution, à écarter une loi contraire à un traité » et non une loi contraire à la Constitution, « la constitutionnalité d'une loi promulguée ne pouvant être remise en question par qui que ce soit », selon la jurisprudence même du Conseil constitutionnel.

mun. C'est là, à n'en pas douter pour tous les spécialistes de droit communautaire, donner une nouvelle jeunesse à la théorie très contestée dite de « l'acte clair », par laquelle le Conseil d'État à partir de 1964⁷⁴ s'est abstenu, devant « d'obscures clartés » des dispositions du droit communautaire, de surseoir à statuer sur le fond et de saisir par renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour de Justice des Communautés Européennes, comme lui en fait pourtant obligation l'article 177 CEE⁷⁵. Verra-t-on renaître « la guerre des juges » qu'avait semblé apaiser la jurisprudence CILFIT (1982) de la Cour de Luxembourg, consacrant le critère du renvoi obligatoire des Cours suprêmes, comme celui du doute raisonnable⁷⁶ ? Evoquant « l'allusion » à la clarté de l'article 227-I CEE faite par l'arrêt *Nicolo* dans son second considérant, en relais des conclusions Frydman, Denys Simon estime avec lucidité qu'

on peut craindre que cette mention ne soit pas seulement un réflexe rituel, mais vise ici à annoncer une possible orientation jurisprudentielle, consistant pour le Conseil d'État à se réserver l'interprétation du droit communautaire au nom de l'acte clair, pour limiter les effets, grâce aux techniques d'interprétation conciliaires, de sa supériorité sur la loi interue⁷⁷.

B. L'étendue incertaine du revirement par l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989

Même si l'atteinte au mythe de la toute puissance de la loi est réelle, si la constitutionnalité de l'habitation elle-même est peut-être douteuse et si ses suites logiques sont contestables pour certains (l'inauguration d'un contrôle par voie d'exception), il est sans doute concevable de s'accomoder de ce nouveau *statu quo* sans réviser la Constitution. En revanche, les justiciables français et la doctrine à nouveau unanime, ne devraient pas s'accomoder, fait remarquer le Conseiller Genevois qui a aussi inspiré les conclusions Frydman

des éventualités et non des certitudes qu'il s'agisse des retombées de la décision au regard du régime juridique des traités dans l'ordre interue, ou de la manière dont s'exercera le contrôle de constitutionnalité indirect de la loi⁷⁸.

C'est dire que l'arrêt *Nicolo* même éclairé par les conclusions Frydman qui ont été suivies, ne lève pas un nombre appréciable d'incertitudes. Un doute plane d'abord sur le sort du droit dérivé communautaire.

⁷⁴Commentaires et bibliographie dans Labouz, *Système*, *supra*, note 1 aux pp. 246, 275 ; Coussirat-Coustère, *supra*, note 66 à la p. 85 ; Bonichot, *supra*, note 66.

⁷⁵Selon l'article 177 CEE, le renvoi préjudiciel en interprétation du droit communautaire devant la Cour de Justice des Communautés Européennes est facultatif pour les juridictions nationales statuant à charge d'appel ou de cassation et obligatoire pour toutes juridictions statuant à titre définitif, voir Labouz, *Système*, *supra*, note 1 aux pp. 244-249 ; Isaac, *supra*, note 32 aux pp. 278-295.

⁷⁶C.J.C.E 6 octobre 1982 Aff. 283/82, Rec 1982 — 3415.

⁷⁷Simon, *supra*, note 5 à la p. 791. En ce sens voir Isaac, *supra*, note 15 à la p. 796 qui vise « l'hypothèse de la théorie de l'acte clair ».

⁷⁸Genevois, *supra*, note 43 à la p. 829.

Bénéficie-t-il, pour le Conseil d'État et à l'instar des traités, de la règle de primauté sur la loi interne postérieure et contraire ?

Les conclusions Frydman semblaient le suggérer tout en raisonnant en opportunité et en privilégiant dans l'analyse le contrôle de conformité de la loi aux *traités*, posée par le cas d'espèce⁷⁹. L'arrêt *Nicolo* vise le traité CEE invocable dans ce litige et sa motivation sibylline ne renseigne pas sur l'étendue du revirement. L'on peut certes arguer logiquement que les traités communautaires fondent des « compétences quasi-législatives » des institutions communes et le droit d'édicter les sources formelles du droit dérivé des traités que sont les règlements, les directives, les décisions, pour s'en tenir à la nomenclature des actes CEE, des actes qui s'imposent à leurs destinataires (art. 189 CEE). Dès lors que le Conseil d'État a franchi l'obstacle majeur du contrôle indirect de la loi, il lui importerait peu de soumettre le législateur français au droit dérivé comme au droit primaire, communautaire ou non. Ainsi le pense notamment Denys Simon :

l'on peut sans grand risque d'erreur présumer que la solution ne se limite pas aux dispositions conventionnelles mais devrait être étendue aux actes unilatéraux des organisations internationales pris sur la base d'un traité⁸⁰.

Malgré la rectitude communautaire de ce raisonnement, est-ce-là une conclusion envisagée par le Conseil d'État et pleinement acceptée par lui alors qu'il tait délibérément l'autonomie du droit communautaire, à l'abri de l'article 55 de la Constitution ? Sauter ainsi, et d'une seule enjambée, le pas du contrôle de

⁷⁹Conclusions Frydman, *supra*, note 3 à la p. 823.

⁸⁰Simon, *supra*, note 5 à la p. 791. Pour Isaac, *supra*, note 15 à la p. 795, « il est inconcevable que le Conseil d'État ait pris le risque de maintenir une telle discordance au moment où il la faisait disparaître pour les traités », d'ailleurs, poursuit-il s'il n'en était pas ainsi, l'article 55 de la Constitution de 1958 ne serait pas cette disposition « providentielle » pour P. Frydman qui évite de fonder le revirement sur la spécificité communautaire en « banalisant » l'ordre juridique communautaire. Dubouis, dans son commentaire, *supra*, note 15 à la p. 1006, évoque « l'imbroglio juridique » que risque de susciter le cas de la directive communautaire, avec la coexistence d'une part d'une jurisprudence *Alitalia* (arrêt d'Assemblée du Conseil d'État français du 3 février 1989, (1989) 5 R.F.D.A. 391, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Chahid-Nourai), qui prend soin d'écarter en l'espèce la théorie de l'écran-législatif, et d'autre part la nouvelle jurisprudence *Nicolo* qui abandonne la théorie de l'écran législatif et permet désormais de contrôler directement la conformité d'une loi de transposition d'une directive communautaire et non plus seulement les règlements internes dont l'abrogation est obligatoire en cas de contrariété avec les objectifs de la directive communautaire depuis l'arrêt *Alitalia*. (On notera que l'invocation directe d'une directive à l'appui d'un recours en annulation contre un acte individuel n'est toujours pas admise par le Conseil d'État). Voir note L. Dubouis, 5(3) mai-juin 1989, 417-422 et Calvet, J.C.P. doct. 1990 — 3429 qui étudie l'éventuel prolongement de la jurisprudence *Nicolo* (« écarter ... la loi de transposition et ... annuler un règlement pourtant conforme à celle-ci »). Sans aller jusqu'à reconnaître « l'invocabilité de substitution » des directives communautaires, le Conseil d'État pourrait prochainement élargir l'actuelle « invocabilité d'exclusion », selon les termes retenus par Y. Galmot et J.-C. Bonichot, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national » (1988) 4 R.F.D.A. 1.

conformité de la loi au traité et à tous les actes unilatéraux dérivés du traité, spécialement aux actes du droit dérivé communautaire par lesquels se réalise la libération du marché intérieur européen, constituerait sans doute la plus importante contribution juridique d'un État membre à l'édifice d'intégration. Bruno Genevois, autre orfèvre de l'interprétation contentieuse, artisan du revirement du Conseil d'État et commentateur de l'arrêt *Nicolo*, se garde bien de signaler ce point à l'attention de ses lecteurs au titre des « éventualités » plus haut évoquées⁸¹. Faut-il alors en conclure que ce qui va sans dire n'a pas besoin de s'énoncer ou au contraire que ce qui ne s'énonce pas, ne va pas sans dire ? Un revirement d'une telle amplitude en faveur du législateur communautaire s'accorderait avec la réalité statistique : d'ici à la fin du siècle, 80 % de la législation économique des États membres sera d'origine communautaire, comme l'a rappelé en 1989 le président de la Commission européenne, Jacques Delors. Mais le ralliement subit du Conseil d'État à une législation élaborée par la Commission et depuis l'Acte unique européen, par le Parlement européen⁸², même si elle est finalement édictée pour l'essentiel par le Conseil des ministres de la Communauté, ne laisserait pas d'étonner heureusement. Ainsi le visa de l'article 55, fondant d'abord le contrôle de conformité de la loi au traité *international*, sans faire obstacle à un contrôle étendu à *tous* les actes, dérivés des traités, témoignerait de la « répugnance » du juge à l'égard de la spécificité du droit communautaire⁸³, encore qu'il soit spécieux de soutenir que le Conseil d'État s'appuie sur l'article 55, *à la fois* pour taire la spécificité et concevoir un contrôle étendu. Reste l'ignorance délibérée de la jurisprudence « absolutiste » de la Cour de Luxembourg.

Enfin c'est le contrôle par le Conseil d'État des conditions de forme et de fond de l'article 55 de la Constitution française, qui risque de faire difficulté. Si le Conseil d'État a eu aussi en vue, comme le lui suggérerait le commissaire du gouvernement, l'intérêt d'un examen de conformité de la loi à la Convention européenne des droits de l'homme, le visa de l'article 55 signifie-t-il qu'il contrôlera désormais la condition de réciprocité ? Or les objections doctrinales ont été nombreuses dès la décision du Conseil Constitutionnel en 1975. Les auteurs qualifiaient le raisonnement d'alors sur le caractère relatif et contingent des trai-

⁸¹B. Genevois, *supra*, note 43 à la p. 829. Sur d'autres incertitudes relatives à la soumission de toutes les lois (organiques et référendaires) au traité ou encore au champ d'application *ratione temporis* (avant ou après 1958) du principe de primauté, voir Favoreu, *supra*, note 44 à la p. 999.

⁸²C.-à-d. une procédure dite de coopération législative (art. 149 CEE), voir commentaires et bibliographie dans Labouz, *Système*, *supra*, note 1 aux pp. 209-212 et du même auteur, « Le Parlement européen, mythes et réalités » dans (1989) 4 *Le Trimestre du Monde* 91 ainsi que R.H. O'Toole, « La Commission et l'exercice du pouvoir législatif, les rapports avec le parlement européen » dans *La Commission au coeur du système institutionnel des communautés européennes*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, 31.

⁸³En ce sens, voir R. Abraham, *supra*, note 10 dans sa mise à jour 1990 « Les effets des conventions internationales en droit interne, fondements et portée de la jurisprudence *Nicolo* » (20 octobre 1989) à la p. VIII. Pour une discussion, voir Dehaussy, *supra*, note 21 à la p. 6.

tés de « porte à faux »⁸⁴, eu égard « aux obligations générales » des États et au système de recours juridictionnel. À supposer que le Conseil d'État retienne cette exigence constitutionnelle, ne lui faudrait-il pas demander l'appréciation *politique* de cette condition par le ministère des affaires étrangères⁸⁵ ? Et que dire alors du contrôle de la réciprocité en droit communautaire, limitée ou non aux traités de base, que le Conseil d'État s'est gardé d'exercer dans l'affaire *Nicolo* ? Le caractère absolu et inconditionnel du principe de primauté est un leitmotiv de la Cour de Luxembourg⁸⁶. L'intégration du droit communautaire primaire et dérivé, l'applicabilité directe et immédiate des règlements, l'existence d'un « système complet de voies de recours juridictionnels »⁸⁷ écartent l'idée même de la réciprocité dans l'application du droit. Quant aux directives communautaires soumises elles, à la transposition en droit interne, leur mise en oeuvre par les États membres reste sous contrôle de la Commission européenne et de la Cour de Justice, voire des juridictions nationales.

Conclusion

Il convient d'évoquer une cause finale du revirement du Conseil d'État liée aux bienfaits à retardement de l'intégration institutionnelle communautaire. Depuis 1980, ce sont des membres du Conseil d'État (Conseillers et Maîtres des requêtes) qui sont choisis par la France⁸⁸ pour siéger à Luxembourg, en qualité de juges à la Cour de Justice des Communautés Européennes⁸⁹ ou pour exercer au titre de l'aide à la décision, avec cette fois d'autres magistrats français de l'ordre judiciaire, les fonctions de référendaire auprès des juges et des avocats généraux de la C.J.C.E.⁹⁰. La qualité de ces magistrats français, leur connais-

⁸⁴J. Rivero, [1975] A.J.D.A. 136.

⁸⁵Genevois, *supra*, note 43 à la p. 830 et Genevois, *supra*, note 6 à la p. 373, sur tous ces points. Par un nouvel arrêt rendu en Assemblée du contentieux le 29 juin 1990, le Conseil d'État renverse une jurisprudence née au XIX^e siècle et s'autorise à faire primer son interprétation des accords internationaux sur celle du ministère des affaires étrangères, *Le Monde* (7 juillet 1990) 7.

⁸⁶Voir D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales : morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981 aux pp. 234-236 ; J.V. Louis, *supra*, note 2 aux pp. 120-139 ; Isaac, *supra*, note 51 aux pp. 161-171 ; pour ce dernier auteur, note *supra*, note 15 aux pp. 795-796, il est possible que le Conseil d'État n'ait pas vérifié la condition de réciprocité dans l'affaire *Nicolo* parce que cette condition n'étant pas d'ordre public, elle ne peut être soulevée d'office ou encore parce qu'elle est entendue dans un sens restrictif par le Conseil d'État qui la limiterait aux traités bilatéraux.

⁸⁷L'expression figure dans la motivation de l'arrêt du 23 avril 1986 rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes (aff. 294/83 *Association Parti écologique Les verts c. Parlement européen* [1986] R.T.D.E. 492 et texte reproduit dans Labouz, *Système*, *supra*, note 1 aux pp. 317-324.

⁸⁸Voir Labouz, *ibid* à la p. 226.

⁸⁹Fernand Grévisse puis Yves Galinot et à nouveau F. Grévisse.

⁹⁰Ainsi de Jean-Claude Bomichot et de Jacques Biancarelli, ce dernier est actuellement juge au nouveau tribunal de première instance près la C.J.C.E. Sur la création et son fonctionnement depuis 1989, M. Darmon et D. Ludet, *La Semaine Juridique* (47) 1989, 3418 ; Joliet et Vogel, (1989) 329

sance approfondie des jurisprudences des deux juridictions, ont incontestablement contribué en une décennie, au travers des conclusions rendues par certains, en leur qualité de commissaires du gouvernement, devant le Conseil d'État, au changement attendu⁹¹. Enfin l'on retiendra l'incertitude qui pèse sur l'exacte raison juridique du revirement au delà de la politique jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel avait considéré en 1975, sur la base d'une différence de nature entre la norme internationale conventionnelle — à laquelle est toujours assimilée la norme communautaire — et la norme constitutionnelle, que le contrôle de la conformité de la loi au traité n'était pas un contrôle de constitutionnalité et qu'il ne pouvait donc l'exercer, conviant les autres juridictions à le faire. Le Conseil d'État semblait lui, s'appuyer sur un raisonnement inverse pour décliner sa compétence. Examiner la conformité de la loi au traité, revenait bien à apprécier la constitutionnalité de la loi, dont il n'est pas chargé. Seule la Cour de Luxembourg développait un argumentaire moniste, conduisant à écarter la loi postérieure contraire à la norme communautaire, supérieure en toute hypothèses. L'arrêt *Nicolo* « éclairé » par les conclusions Frydman, signifie-t-il que le Conseil d'État abandonne l'équation contestée : contrôle de conformité de la loi au traité = contrôle de constitutionnalité de la loi, formule précisément combattue par le Conseil constitutionnel ? Il ne le semble pas, bien que les conclusions Frydman retiennent la thèse de l'habilitation constitutionnelle, dans la mesure en effet où a été évoqué devant le Conseil d'État le contrôle constitutionnel par voie d'exception⁹², d'ailleurs soumis aujourd'hui dans son principe à reconnaissance par le constituant⁹³.

Revue du marché commun 423 ; Y. Galmot [1989] R.F.D.A. ; A. Barav, « The Court of first instance of The European Communities » [1989] *New Law Journal* 136.

⁹¹Pour une défense argumentée de la distinction de 1975 entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de la supériorité du traité sur la loi lorsque les traités ne sont pas incorporés au « bloc de constitutionnalité » (cf. cas autrichien), sans référence aux normes communautaires qui ne sont pourtant ni précaires ni intermittentes comme les normes conventionnelles, voir Favoreu, *supra*, note 44 à la p. 927.

⁹²En ce sens Isaac, *supra*, note 15 aux pp. 792-793 (le visa par l'arrêt de l'art. 55 de la Constitution de 1958 limite le champ du revirement jurisprudentiel aux « relations traités/lois ») et Abraham, *supra*, note 10, p. x de la mise-à-jour 1990, selon lequel « il s'agirait d'un aspect particulier du contrôle de constitutionnalité que l'art. 55 aurait confié, par dérogation au mécanisme général de l'art. 61, au juge ordinaire et non au Conseil constitutionnel ».

⁹³Le Conseil des ministres a adopté le 28 mars 1990 un projet de révision de la Constitution française. Il introduit le droit de saisine du Conseil constitutionnel sous forme d'exception d'inconstitutionnalité des lois pour violation des droits fondamentaux, soulevée par les justiciables devant une juridiction, à charge pour le Conseil d'État ou la Cour de Cassation saisis par la juridiction inférieure, de saisir le Conseil constitutionnel si la question est sérieuse. La révision est soumise à la procédure de l'art. 89 de la Constitution de 1958. Elle exige le vote en termes identiques par les deux chambres du Parlement puis soit un référendum, soit un vote du Congrès (les deux chambres réunies) des 3/5 des suffrages exprimés, sans amendement. Comme la presse l'a noté, « l'arithmétique parlementaire » (539 voix sur 898) exige le ralliement d'une grande partie de l'opposition qui dispose d'une minorité de blocage, T. Bréhier, « Les embûches politiques d'une réforme de la Constitution » *Le Monde* (29 mars 1990) 7. Voir aussi L. Favoreu « Un vaste champ

Dès lors, ne faut-il pas considérer que le Conseil d'État s'est rallié à une conception plus souple de la séparation des pouvoirs, qui s'accommode d'un tel contrôle de la loi, longtemps inconcevable. Le revirement jurisprudentiel s'inscrit aussi dans une évolution sensible des rapports du Conseil d'État et de la Cour de Luxembourg, relevés par un observateur privilégié, Jean-Claude Bonichot, Maître des requêtes au Conseil d'État et Référendaire à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Longtemps « ressentis et présentés comme conflictuels » en maints domaines : la primauté, mais aussi le renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité du droit communautaire, ou encore l'application des directives, ces rapports sont aujourd'hui bien moins contrastés, au point de dresser, quelques mois avant le prononcé de l'arrêt *Nicolo*, le bilan des « convergences et divergences » entre les deux juridictions⁹⁴. Sans tarir les craintes tenaces d'un gouvernement des juges de Luxembourg⁹⁵, cette lente évolution montre à l'envie, la part finalement acceptée des renoncements aux traditions nationales, exigés par l'intégration juridique⁹⁶, l'achèvement du marché unique de 1993 et celle d'autonomie résiduelle des juridictions internes, juges communautaires de droit commun.⁹⁷

d'application » *Le Figaro* (29 mars 1990) 5 ; et « L'intérêt des politiques contre l'intérêt des citoyens », *Le Monde* (25 avril 1990) ainsi que F. Luclaire, « Le droit de se plaindre », *Le Monde* (10 mai 1990). Sur la procédure de révision, Assemblée Nationale, 2e session ordinaire de 1989-1990, no. 1204, (2 avril 1990) (exposé des motifs et projet de loi organique) et Assemblée Nationale, no. 1289 (19 avril 1990) (Rapport Michel Sapin).

⁹⁴Bonichot, *supra*, note 66 aux pp. 579-604.

⁹⁵Prétot, note sous Cassation, cli. soc., 19.11 1987 *Pinna c. Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie*, Dalloz-Sirey, 1988, 66.

⁹⁶Pour une analyse compréhensive du rapport dialectique original entre la souveraineté et l'intégration communautaire européenne, voir P. Soldatos, *Le Système institutionnel et politique des Communautés Européennes dans un monde en mutation*, Bruxelles, Bruylant, 1989, aux pp. 25-26 (« ... à côté de ce que l'on perd par transfert, il y a ce que l'on gagne par la mise en commun... »).

⁹⁷Voir J. Boulouis, À propos de l'arrêt *Nicolo*, (1990) 1 R.G.D.I.P. 96 (« un progrès plus rétrospectif que prospectif »).