Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 85
herausgegeben
von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

Georges VEDEL
Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques
de Paris
Membre du Conseil Constitutionnel

L'ATTITUDE DES JURIDICTIONS FRANÇAISES ENVERS LES TRAITES EUROPEENS

87-VI-879,3
EF 1-101

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
im Rahmen der Reihe
"DEUTSCH-FRANZÖSICHER DIALOG"

Saarbrücken, 18. Februar 1987

L'ATTITUDE DES JURIDICTIONS FRANÇAISES ENVERS LES TRAITES EUROPEENS

Le libellé du sujet appelle deux observations préliminaires.

1. *La première* concerne l'expression "Les juridictions françaises". Il faut indiquer que cette expression englobe trois ordres juridictionnels.

Il faut tout d'abord prendre en compte le *Conseil constitutionnel* qui, en France, a compétence exclusive pour connaître de la constitutionnalité de diverses normes juridiques, notamment la loi et les traités ou accords internationaux.

Il faut ensuite faire état de la *juridiction administrative* qui, du point de vue de notre sujet, comprend essentiellement les tribunaux administratifs entre les ressorts desquels est réparti le territoire national et le Conseil d'Etat qui est juge d'appel à l'égard des tribunaux administratifs ou, en certains cas, juge d'attribution en premier et dernier ressort (par exemple à l'égard des décrets du Président de la République ou du Premier Ministre). En fait, aucune solution en matière de contentieux administratif n'étant acquise qu'autant que le Conseil d'Etat l'a posée ou acceptée, on ne retiendra que la jurisprudence du Conseil d'Etat malgré le rôle non négligeable que jouent les tribunaux administratifs dans la formation des précédents.

Enfin, *l'ordre judiciaire* est composé des juridictions relevant de l'autorité de la Cour de Cassation. Il s'agit des juridictions civiles, commerciales, pénales, sociales dont la plupart relèvent, par la voie de l'appel d'une cour d'appel. Mais toutes les décisions rendues en dernier ressort par les cours d'appel ou par d'autres juridictions judiciaires relèvent du contrôle de la Cour de Cassation.

2. *La seconde observation* à placer en exergue de cette étude concerne l'expression "traités européens". On entendra par là les traités de C.E.C.A., de C.E.E. et de C.E.A. bien qu'en fait ce soit essentiellement la Communauté économique qui ait fait l'objet des décisions de la jurisprudence. On laissera de côté l'Europe non communautaire tout en notant que, curieusement, c'est à propos de deux décisions intéressant la convention européenne des droits de l'homme que le Conseil constitutionnel a pris position sur son rôle en ce qui regarde la supériorité des traités sur la loi interne [1].

3. On bornera là ce préambule. En effet, il serait tentant d'éclairer cette étude par des considérations générales qui, par avance, essaie-

---

[1] Infra Nos. 9 et 12

raient de dégager à quelle philosophie répondent les positions prises par les divers juridictions françaises sur le sujet qui nous occupe ou qui, du moins, à défaut d'accord entre celles-ci, indiqueraient les principaux points de divergence.

Si l'on a préféré une autre présentation, c'est que chacun des trois ordres juridictionnels a ses compétences propres, ses modes de saisine particuliers et que ces singularités entraînent des solutions qui ne sont pas exactement comparables entre elles. On en aura un exemple à propos du problème de la validité ou de l'invalidité des lois contraires aux traités ou aux décisions communautaires sur lequel, comme on le verra, chacune des juridictions saisies est appelée à se prononcer dans des conditions et même dans un environnement juridique qui lui est spécifique.

C'est donc au cours de notre étude que nous rechercherons si, de l'ensemble des décisions juridictionnelles françaises se dégagent des vues communes ou si certaines contradictions sont radicales. Pour l'instant il est plus sage d'étudier tour à tour dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puis dans celle du Conseil d'Etat, enfin dans celle de la Cour de cassation les données qui intéressent la mise en oeuvre des traités européens. Il est inutile de préciser que, compte tenu de l'ampleur du sujet, on n'en traitera que les points essentiels.

I. L'ATTITUDE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ENVERS LES TRAITES EUROPEENS

4. Le Conseil constitutionnel est une création de la Constitution française du 4 octobre 1958. Il n'existait pas dans le droit constitutionnel antérieur d'institution comparable.

Cette remarque de caractère chronologique n'est pas purement anecdotique. En effet, elle montre que la loi autorisant la ratification des traités européens signés à ROME a été votée sans que le Conseil constitutionnel ait eu à se prononcer sur sa conformité à la Constitution. Il s'ensuit, comme on le dira plus loin, que cette loi régulièrement promulguée a fait entrer les traités dans l'ordre juridique français sans que, désormais, aucune contestation sur sa régularité constitutionnelle ou sur celle des traités puisse s'élever.

Rappelons aussi, pour ne pas avoir à y revenir, que le Conseil constitutionnel se compose des anciens Présidents de la République qui en sont membres à vie et de neuf membres dont trois sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée Nationale, trois par le président du Sénat.
Actuellement aucun ancien Président de la République ne siège au Conseil constitutionnel, le seul ancien Président vivant étant M.Valéry GISCARD D'ESTAING qui a la qualité de député de l'Assemblée Nationale, incompatible avec les fonctions de membre du Conseil constitutionnel. Les mandats des neuf membres sont de neuf ans et, dans chacune des catégories, il y a un renouvellement triennal. Le Président du Conseil constitutionnel est nommé parmi les membres de celui-ci par le Président de la République: c'est actuellement M. Robert BADINTER.

Le Conseil constitutionnel a des fonctions diverses, dans certains cas à titre consultatif, mais le plus souvent avec autorité de décision souveraine, notamment avec force de chose jugée. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution dispose:

> "Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles."

Il est très important de noter que le Conseil constitutionnel n'a pas, notamment en matière juridictionnelle, de compétence de droit commun. Il ne peut être saisi qu'autant qu'une disposition de la Constitution le permet. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas qu'un problème appelle une interprétation de la Constitution ou intéresse l'application de celle-ci

pour que le Conseil constitutionnel puisse intervenir. Il faut encore qu'un texte de valeur constitutionnelle ait prévu cette intervention. Il existe des cas assez nombreux où une question qui se pose sous l'angle de la constitutionnalité échappe complètement à la compétence du Conseil constitutionnel [1], ce qui peut étonner des juristes non français et notamment allemands habitués à voir leur Cour constitutionnelle investie de compétences beaucoup plus étendues. Non moins importante est une autre remarque qui met en lumière une singularité du système français: le contrôle de la constitutionnalité des lois et éventuellement le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux est un contrôle totalement *a priori*. Le Conseil constitutionnel doit être saisi après le vote de la loi par le Parlement et avant la promulgation de la loi par le Président de la République. Une fois la loi promulguée sa constitutionnalité ne peut plus être discutée devant aucune juridiction. Le Conseil constitutionnel ne peut pas être saisi par une juridiction quelconque ou par qui que ce soit d'une contestation sur la constitutionnalité d'une loi promulguée. De plus ni devant les juridictions administratives ni devant les juridictions judiciaires une exception d'inconstitutionnalité n'est recevable.

6. Que l'on pardonne ces développements concernant le statut et les attributions du Conseil constitutionnel. Mais elles sont nécessaires pour comprendre sa jurisprudence relative aux traités européens.

Il faut limiter maintenant ce qui reste à dire sur le Conseil lui-même au point de savoir dans quelles conditions et avec quels pouvoirs il peut être amené à rendre des décisions de caractère juridictionnel intéressant la mise en oeuvre des traités européens. *La première voie*, la plus habituelle, est celle du *contrôle de la constitutionnalité des lois*. Pour les *lois organiques*, c'est-à-dire les lois portant sur certaines matières définies par la Constitution et obéissant à des règles de procédure particulières (qui les placent à un niveau hiérarchique intermédiaire entre la Constitution et les lois ordinaires), le contrôle est automatique même si aucune contestation n'est élevée. Pour les lois "ordinaires", les plus nombreuses, le Conseil peut être saisi, après le vote et avant la promulgation, par le Président de la Répu-

---

[1] Cf. p.ex. 14 septembre 1961, Rec. p.55; Louis FAVOREU et Loïc PHILIP: Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 4ème éd. Paris 1986, No. 13 (p.145 ss.)
6 novembre 1962 62-20 DC, Rec. p.27; FAVOREU/PHILIP No. 15 (p.172 ss.)

blique, le Premier Ministre, le président de l'Assemblée Nationale, le président du Sénat ou, depuis la révision constitutionnelle de 1974, par soixante députés ou soixante sénateurs. Or, ces lois peuvent intéresser la mise en oeuvre de traités et spécialement des traités européens. On notera principalement deux cas de figure: la constitutionnalité d'une loi autorisant la ratification d'un engagement international; la constitutionnalité d'une loi taxée de contrariété à un engagement international.

D'autre part, l'article 54 de la Constitution dispose:

> "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 la révision de la Constitution."

On notera, car c'est un point qui a une certaine importance pratique que, lorsque le Conseil est saisi du problème de la constitutionnalité d'une loi (y compris une loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international) il dispose pour statuer du délai d'un mois ou, s'il y a urgence, de huit jours. Sur le point de savoir de quel délai il dispose lorsqu'il est saisi, dans les termes de l'article 54, de la validité d'un engagement international, il existe une discussion doctrinale que la jurisprudence n'a pas tranchée. En fait, dans les cas où il a été saisi sur cette base, le Conseil a statué dans un délai inférieur à un mois - mais sans relever que c'était par obligation.

6. Il n'est pas facile de cerner la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les traités européens. Sans doute, d'un point de vue arithmétique, relève-t-on qu'à ce jour sept décisions du Conseil se rapportent, d'une façon ou d'une autre, à ces traités. Mais c'est à propos d'autres traités que le Conseil a été amené à poser certains principes dont la teneur a ou aurait la plus grande importance pour les traités européens. Pour y voir clair, il faut donc faire un amalgame en observant que certaines décisions intéressant directement les traités européens offrent un intérêt mineur, tandis que d'autres, étrangères à ces traités, sont fort importantes par leurs implications au regard des institutions et du droit européens.

7. Le point de départ de cet ensemble jurisprudentiel se subdivise en deux propositions.

La première est que les traités européens ont été signés, ratifiés et publiés selon les règles constitutionnelles adéquates et que, dès lors, aucun grief d'inconstitutionnalité ne peut être élevé contre leurs dispositions. Ceci est impliqué par toute la jurisprudence du Conseil que l'on retrouvera plus loin, mais a été affirmé avec une force particulière dans des décisions du 30 décembre 1977[1]. S'agissant de la constitutionnalité de dispositions budgétaires concernant l'application des règlements du Conseil des Communautés du 17 mai 1977 relatifs à l'isoglucose et au lait, le Conseil a relevé que les prétendues atteintes que l'exécution de la décision communautaire porteraient à l'exercice des compétences du législateur national "ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrites par la France, qui sont entrés dans le champ d'application de l'article 55 de la Constitution." L'article 55, comme on verra, proclame la supériorité des engagements internationaux sur les lois internes. Dans la même décision d'ailleurs, le Conseil se réfère à l'article 189, alinéa 2, du traité C.E.E. qui confère aux règlements communautaires force obligatoire et effet direct: «la force obligatoire qui s'attache aux dispositions qu'ils comportent n'est pas subordonnée à une intervention des Etats membres.» Et l'on verra que le Conseil, malgré diverses incitations, n'a jamais mis obstacle au jeu des normes communautaires.

La seconde proposition est qu'aucune des décisions du Conseil constitutionnel ne fait allusion au particularisme ou à la spécificité des traités européens. Ceux-ci sont des engagements internationaux comme les autres n'ayant ni plus ni moins de force obligatoire que n'importe quel traité. Jamais le Conseil n'a évoqué un ordre communautaire ni relevé les caractères originaux de la construction européenne par rapport à d'autres agencements internationaux.
A cet égard l'on relèvera que le Conseil a accepté d'examiner au titre des "engagements internationaux" la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976 relative à l'élection de l'Assemble au suffrage universel[2]. C'est faire prévaloir l'aspect "contractuel" de la décision (prise à l'unanimité) sur son aspect institutionnel d'acte pris par un organe communautaire.
Ces deux propositions étant mises en exergue, on remarquera tout de suite qu'aucune décision du Conseil constitutionnel n'a censuré ou contrarié l'application du droit communautaire. Au contraire, on l'a dit, la force obligatoire et l'effet direct des règlements ont été

---

[1] 77-89 DC, Rec. p.44; 77-90 DC, Rec. p.46
[2] Infra No.11

pleinement acceptés. Et dans les deux occasions, en 1970[1] et 1976, où le Conseil constitutionnel a été saisi de décisions communautaires concernant la structure, l'organisation et le fonctionnement des Communautés, il n'a pas fait obstacle à ces décisions.

8. C'est pourtant une opinion assez répandue que le Conseil constitutionnel aurait témoigné sinon de la méfiance, du moins de la réserve à l'égard de la construction européenne. S'il en est ainsi, c'est d'abord parce que les juristes sont souvent plus attentifs aux motifs des jugements qu'à leur dispositif. Il est vrai -on va le voir- que la rédaction des "Considérant" de certaines décisions et notamment de celle des 29/30 décembre 1976[2] sur l'élection de l'Assemblée européenne paraissent lourdes de réticences à l'égard des entraves qui peuvent être portées à la souveraineté nationale. Il est également regrettable, aux yeux des juristes pro-européens, que les traités de Rome soient regardés comme de banales conventions internationales et que le caractère institutionnel de la Communauté n'ait mérité aucune mention particulière dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est vrai. Mais si, oubliant pour un instant les motifs des décisions, on considère les dispositifs, l'on constate que, toutes les fois qu'il a été saisi d'une question se rapportant à la mise en oeuvre des traités européens, le Conseil constitutionnel a finalement oeuvré dans un sens positif et en faveur de l'application des décisions communautaires. Paradoxalement on peut se demander si, de toutes les cours constitutionnelles d'Europe, ce n'est pas le Conseil constitutionnel qui a le moins gêné l'application du droit communautaire.

Mais, cette mise au point faite, il faut reconnaître que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans la matière qui nous occupe comporte deux autres données. La première est qu'apparemment du moins le Conseil, en dépit de la supériorité des traités sur la loi, proclamée par la Constitution française, refuserait de regarder comme non conforme à la Constitution une loi contraire à telle ou telle disposition des traités européens. La seconde est que, si le Conseil constitutionnel place hors de toute contestation les traités eux-mêmes, il semble que de futurs progrès dans l'intégration européenne soulèveraient de sa part, à moins d'un changement de doctrine, des objections de constitutionnalité fondées principalement sur l'idée de souveraineté nationale.
Ces deux constatations ont une importance inégale. La première n'a qu'une signification procédurale: le Conseil estime en somme que ce n'est pas à lui, juge constitutionnel, de faire prévaloir les traités sur les lois internes, mais aux juridictions de fond qui ont en charge les litiges concrets. C'est une position qui n'implique pas en elle-même de minoration

---

[1] 19 juin 1970 70-39 DC, Rec. p.15

[2] 29/30 décembre 1976 76-71 DC, Rec. p.15; FAVOREU/PHILIP No. 26 (p.332 ss.)

de la portée des traités. Au contraire, l'accent mis sur la souveraineté nationale a une signification plus pesante.
On va exposer ces deux points tour à tour.

9. L'article 55 de la Constitution énonce:

> "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."

La question qui s'est posée en France, comme dans d'autres pays, est de savoir par quelles procédures et devant quelles juridictions pouvait être assurée la supériorité des engagements internationaux sur les lois internes.
Ce n'est pas à propos des traités de Rome que le Conseil constitutionnel a eu à répondre à cette question, mais à propos de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, en 1975, le Parlement français vota une loi autorisant, sous certaines conditions, l'interruption volontaire de grossesse. A l'initiative de soixante députés cette loi fut déférée au Conseil constitutionnel. Au nombre des moyens invoqués à l'appui de l'allégation d'inconstitutionnalité figurait la prétendue violation par la loi de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil s'est refusé à examiner au fond cette objection, estimant qu' "une loi, contraire à un traité, ne serait pas pour autant contraire à la Constitution."[1] Les motifs donnés à l'appui de cette affirmation n'ont pas convaincu nombre de commentateurs. En effet, ils reposent essentiellement sur l'idée que les traités ne posent pas de véritables règles de droit objectif; que leurs dispositions, par leur nature conventionnelle, ont un effet relatif alors que la loi dispose *erga omnes*; que leur force dépend, comme l'énonce l'article 55 de la Constitution, de la condition de réciprocité. A tout cela l'on peut objecter que cette argumentation est bien mal choisie s'agissant d'un traité portant reconnaissance de droits de l'homme dont l'existence ne saurait être limitée par la relativité des conventions et dont l'application n'est suspendue à aucune condition de réciprocité: ce n'est pas parce qu'un pays A pratique la torture que le pays B est autorisé à en faire autant.
Pourtant, la solution donnée en 1975 est, dans la généralité des cas, la plus sage et la plus conforme au sens véritable de l'article 55.
En effet, le contenu direct de l'article 55 de la Constitution est celui d'une norme régissant un conflit de normes. Ce que ce texte veut dire est non qu'une loi contraire à un traité ou accord dûment ratifié ou

---

[1] 15 janvier 1975 74-54 DC, Rec. p.19 ; FAVOREU/PHILIP No. 24 : (p.291 ss.)

approuvé serait inconstitutionnelle, mais que le juge ou l'autorité compétente devrait, en cas de contrariété entre la loi et le traité, appliquer celui-ci et écarter la loi. En réalité l'article 55 crée une obligation directe à la charge du juge compétent pour connaître d'une espèce où le conflit de normes apparaîtrait.

Le juge du fond est en effet le mieux placé pour apprécier s'il existe une contradiction entre la loi et le traité. Il est saisi de cas concrets et peut mieux que le juge constitutionnel déceler des conflits entre la loi et le traité qu'un examen abstrait ne ferait pas apparaître.
De plus le juge du fond a le temps pour lui. Dans le système français, le juge constitutionnel ne peut être saisi que par un nombre restreint de personnes et, s'il n'est pas saisi, la loi une fois promulguée est réputée irréfragablement conforme à la Constitution. Admettre que la censure des lois contraires aux engagements internationaux est réservée au juge constitutionnel, c'est admettre que nombre de lois, faute de lui avoir été déférées en temps utile seraient réputées ne pas comporter de contrariété avec la règle internationale. En bref -et ceci apparaîtra plus loin quand on comparera la différence de position de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat sur l'application par les juges du fond de l'article 55- c'est la thèse qui réserve au juge constitutionnel l'appréciation de la conformité de la loi aux engagements internationaux qui conduit aux résultats les moins efficaces et c'est la thèse contraire, à savoir que c'est au juge de fond de résoudre au profit du traité le conflit de normes dans le sens de l'article 55 qui assure le plus d'efficacité à ce texte. Il existe encore une raison, plus directement liée au droit communautaire, d'admettre la solution de la décision du Conseil constitutionnel de 1975, même si on peut l'appuyer de motifs meilleurs et différents:
Supposons que, saisi d'un conflit entre une loi et un engagement communautaire au titre du contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel éprouve la nécessité d' une interprétation du droit communautaire. Va-t-il, en vertu de l'article 177 du traité C.E.E., s'adresser à la Cour de justice des communautés? En théorie la question se discute notamment parce que, si la doctrine admet de plus en plus que le Conseil constitutionnel a des fonctions juridictionnelles, ce point de vue n'a rien d'"officiel" et est encore combattu. Mais surtout, d'un point de vue pratique, le délai strict dans lequel, le plus souvent, le Conseil doit statuer ne laisserait pas de place pour une procédure de renvoi à la Cour de Luxembourg selon l'article 177.

10. Au total, le Conseil constitutionnel laisse aux juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif le soin de connaître des conflits entre les engagements internationaux et les lois internes. S'agissant des traités communautaires ou des décisions communautaires en conflit avec des lois internes, il applique cette solution, fidèle en cela à son idée selon laquelle les traités européens sont des traités "comme les autres".

Les inconvénients de cette solution tiennent, comme on le verra, à ce que, si la Cour de cassation applique intégralement l'article 55 de la Constitution en donnant la primauté aux traités et aux décisions communautaires sur les lois, même postérieures, le Conseil d'Etat se refuse à préférer la norme communautaire à la loi postérieure. Mais cette conception des effets de l'article 55 procède d'un autre juge et parait contraire au point de vue du Conseil constitutionnel qui, au moins implicitement, fait de la conformité de la loi à la norme internationale une condition non de sa constitutionnalité mais de son application.
Il reste pourtant à réserver le cas où une loi, non seulement ne répondrait pas aux exigences de conformité à la norme internationale découlant de l'article 55 de la Constitution, mais tendrait à dénier la force juridique de cette disposition constitutionnelle. En ce cas, le Conseil proclamerait, semble-t-il, l'inconstitutionnalité de la loi. C'est ce qu'il a fait récemment à propos d'une loi intéressant les étrangers et réservant le bénéfice de certains traitements à ceux qui peuvent se prévaloir de "traités dûment ratifiés et non dénoncés". Le Conseil a censuré cette disposition car elle excluait du bénéfice en question les étrangers pouvant se réclamer d'"accords" non en forme de traités et donc soumis à simple approbation (et non à ratification). Dès lors elle n'était pas conforme aux termes de l'article 55 de la Constitution.[1]

11. Si la position prise par le Conseil constitutionnel sur les effets de l'article 55 est, à tout prendre, et du moins à mon avis, favorable à la mise en oeuvre du droit communautaire,la position prise par ce même Conseil, notamment en 1976, sur les exigences de la souveraineté nationale, appelle une autre appréciation.
Indiquons d'un mot, en négligeant nombre de points secondaires, quels sont les deux textes constitutionnels en cause.

Le premier est un alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, maintenu en vigueur avec valeur constitutionnelle par la Constitution de 1958:

> "Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécéssaires à l'organisation et à la défense du paix."

Selon les uns ce texte permet que, sans recourir à une révision constitutionnelle, la loi ordinaire autorise la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux comportant des *limitations de souveraineté*. Mais il ne permet pas que, sans révision constitutionnelle, soient réalisées des *transferts de souveraineté*. A quoi l'on répond de l'autre côté que la distinction entre limitations et transferts de souveraineté est fallacieuse en pratique; que, historiquement, les rédacteurs du Préambule, ont entendu par "limitations" toutes les restrictions à la souve-

---

[1] 3 septembre 1986 86-216 DC, voir LE MONDE 5.9.1986, p. 8

raineté nécéssaires à l'organisation et à la défense de la paix. La Constitution habilite donc par avance le législateur à autoriser la ratification ou l'approbation de tels engagements qui portent nécéssairement atteinte aux compétences définies par la Constitution au profit des organes étatiques, sans distinguer selon que l'exercice de ces compétences est seulement supprimé (par exemple renonciation aux armes chimiques) ou qu'il est remis à un organisme international (par exemple acceptation d'une juridiction non nationale).

Le second texte est celui qui, dans les deux Constitutions, fonde le régime démocratique français sur la *souveraineté nationale*. Si l'on met l'accent sur l'épithète "nationale" il s'ensuit qu'un pouvoir légitime doit avoir une base exclusivement nationale et que toute souveraineté de type "métanational" est illégitime ou du moins, tant que la Constitution demeure ce qu'elle est, inconstitutionnelle. De telle sorte que, si les transferts de compétence des organes nationaux à des organisations plus vastes exigent une révision constitutionnelle, les limitations de souveraineté elles-mêmes obéissent à la même règle quand elles comportent des atteintes substantielles à la souveraineté nationale. A quoi les contradicteurs répondent que, historiquement, l'expression souveraineté *"nationale"* s'oppose à souveraineté *"monarchique"* ou *"dynastique"*. Le terme a été employé pour signifier que, désormais, le pouvoir vient non d'un homme ou d'une famille mais des citoyens eux-mêmes. C'est une simple formulation du principe démocratique engendrée par les circonstances historiques. Elle ne s'oppose pas à ce que des organismes plus vastes que les Etats nationaux reçoivent des compétences substantielles pourvu qu'au sein de ces organismes, le pouvoir soit démocratique.

Tel est le fond trentennaire de controverses[1] sur lequel est intervenue la décision du Conseil constitutionnel[2] sur l'élection au suffrage universel de l'Assemblée des communautés. Cette décision est curieuse. D'une part elle fait droit presque totalement à la thèse "nationaliste", mais admet que l'élection au suffrage universel de l'Assemblée n'est pas contraire à la Constitution française. La rédaction est faite de "Considérant" contrastés, les uns solennels et sévères pour rappeler les principes, les autres expliquant que, dans le cas particulier, ces principes ne sont pas méconnus.

---

[1] Sur l'ensemble de cette controverse qui remonte historiquement à la tentative avortée de la Communauté européenne de défense dans les années 50 cf. G. VEDEL, Les racines de la querelle constitutionnelle, *Pouvoirs No. 2 (1977), p.23 ss.; voir aussi* A. de LAUBADERE/ A. MATHIOT/ J. RIVERO/ G. VEDEL, Pages de doctrine, Paris 1980 Tome II, p. 503 ss.

[2] 29/30 décembre 1976 76-71 DC, Rec. p.15; FAVOREU/PHILIP No. 26 (p. 332 ss.)

En effet, l'on trouve dans l'arrêt le principe de l'interdiction de tout transfert de la souveraineté nationale "à quelque organisation internationale que ce soit", l'affirmation que la souveraineté *"ne peut être que nationale"*; mais d'autre part, l'arrêt relève que l'élection au suffrage universel de l'Assemblée ne modifie pas les compétences reconnues à la Communauté et ne comporte donc aucun transfert de souveraineté; que les députés à cette Assemblée n'ont pas qualité pour exercer la souveraineté nationale, en bref que l'élection au suffrage universel est, au moins du point de vue juridique, sans importance. On observera que c'est par une démarche analogue -fermeté sur les principes, analyse minorante de l'engagement contesté- qu'en 1970 le Conseil constitutionnel avait donné le feu vert aux décisions communautaires concernant le traité du 22 avril 1970 sur le budget communautaire[1].

12. Telle est, dans sa complexité la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard des traités européens. Elle a deux faces.

D'une part, elle énonce des principes en apparence peu favorables à l'intégration européenne et selon lesquelles, semble-t-il, les traités de Rome auraient été condamnés s'ils avaient été, sans révision constitutionnelle préalable, soumis à son contrôle. D'autre part, on l'a déjà dit, depuis sa naissance, il y a trente ans, le Conseil constitutionnel n'a jamais rendu un arrêt susceptible de contredire ou de gêner les décisions des institutions communautaires ou les engagements pris par la France à l'égard de l'Europe. La raison, on l'a vu, est d'abord que le Conseil n'a jamais remis en cause la validité des traités qui sont entrés dans l'ordre juridique français et n'a jamais chicané sur les obligations qui en découlaient notamment en ce qui concerne le respect des décisions communautaires. D'autre part, on l'a également dit, les analyses minorantes de la portée des innovations communautaires ont permis de les regarder comme ne méconnaissant ni la souveraineté nationale ni l'interdiction des transferts de compétence.
Il reste l'avertissement figurant dans les décisions des 29/30 décembre 1976: qu'une réelle modification des traités serait susceptible de donner lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité.
Plus de dix années ont passé depuis 1976 et, si le Conseil a, depuis lors rendu quatre autres décisions dont la dernière est de 1980[2], aucune d'entre elles n'a rencontré les problèmes de principe de 1976.

Avec plus d'intérêt, l'on peut relever, dans une matière "européenne" bien que non communautaire, que le Conseil constitutionnel dans une décision du 22 mai 1985[3] a admis la constitutionnalité de l'adhésion de la France au Protocole No. 6 de la Convention européenne des droits

---

[1] 19 juin 1970 70-39 DC, Rec. p. 15
[2] 30 décembre 1977 77-89 DC, Rec. p.44 et 77-90 DC, Rec.p.46
[3] 85-188 DC, Rec. p.15

de l'homme, relatif à l'abolition de la peine de mort. Cette adhésion soulevait deux difficultés: d'une part, le Parlement est privé par le Protocole d'une compétence essentielle relevant de la souveraineté nationale et que lui réserve l'article 34 de la Constitution, à savoir la détermination des infractions et des peines; d'autre part l'adhésion au Protocole a privé le chef de l'Etat, lorsque l'article 16 de la Constitution lui confère une dictature temporaire (en cas de menace grave et immédiate pour les institutions ou pour l'intégrité du territoire), du pouvoir d'instituer un régime répressif rigoureux. On peut voir dans cette décision une sérieuse inflexion de la jurisprudence du Conseil car la renonciation à la peine de mort par un engagement international qui n'est pas révocable *ad nutum* constitue apparemment une atteinte substantielle à la souveraineté nationale et aux compétences des organes nationaux. Mais -toujours dans le style de 1976- le Conseil relève que l'adhésion au Protocole "ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale", ce qui indique au moins une conception plus souple de la souveraineté nationale. Il est vrai que la renonciation à la peine de mort est une limitation et non un transfert de souveraineté.

La vraie pierre de touche d'une évolution possible de la jurisprudence du Conseil aurait été dans la décision que celui-ci aurait rendue s'il avait été saisi de l'Acte unique européen. Pourtant, en dépit de contestations dans la presse et dans les couloirs du Parlement, il ne s'est trouvé ni soixante députés ni soixante sénateurs pour saisir le Conseil. Et c'est peut-être la réponse à la question de savoir où en est la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans un pays qui connaît des luttes politiques extrêmement vivaces, la France, il existe un consensus national de haut niveau sur la construction européenne, au point que les oscillations électorales entre la droite et la gauche ne peuvent, dans ce domaine, avoir une grande influence. Le problème de la constitutionnalité des engagements faisant progresser la construction européenne a des chances sérieuses, à vue d'homme de ne plus être posé au juge constitutionnel - sauf une révision fondamentale des traités à laquelle il serait d'ailleurs souhaitable que fût donnée dans les divers pays une consécration constitutionnelle. D'autre part, si d'aventure le Conseil constitutionnel pensait que tel ou tel engagement nouveau même plus modeste mérite une révision de la Constitution, celle-ci pourrait être opérée rapidement.

II. L'ATTITUDE DU CONSEIL D'ETAT ENVERS LES TRAITES EUROPEENS [1]

13. Il serait juridiquement approprié de parler de l'attitude de la juridiction administrative dans son ensemble, mais comme on l'a dit plus haut, l'essentiel du sujet se trouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Notons, pour commencer, deux points, nécéssaires à la compréhension de cette jurisprudence.
La compétence de la juridiction administrative, dont le principe de "séparation des autorités administratives et judiciaires" est le fondement, obéit à des règles complexes. Mais on peut énoncer une règle qui ne connaît que peu d'exceptions: le juge administratif a seul compétence pour annuler ou déclarer illégaux les décisions administratives depuis les décrets du Président de la République ou du Premier Ministre jusqu'au plus modeste arrêté municipal.

Le second point à indiquer est que le juge administratif a compétence pour censurer les actes administratifs contraires à une règle de droit d'un degré plus élevé dans la hiérarchie des normes. C'est ainsi qu'il peut annuler un décret contraire à la loi ou à la Constitution. Mais il n'est juge, ni par voie d'action ni par voie d'exception, de la constitutionnalité des lois et il en déduit qu'un décret, argüé d'inconstitutionnalité, ne peut être censuré par lui s'il a été pris en vertu d'une loi car, nécéssairement, reconnaître l'inconstitutionnalité du décret serait déclarer inconstitutionnelle la loi sur la base de laquelle le décret a été pris.

14. Cela dit, la remarque générale que l'on peut faire est que le juge administratif, contrairement à ce que l'on a cru pouvoir parfois écrire, n'a pas manifesté de défiance systèmatique à l'égard des traités européens, ce qui serait peu conforme à sa tradition de neutralité politique. En revanche, il semble être demeuré fidèle à une autre tradition qui s'est formée à l'occasion des mutations législatives ou même constitutionnelles sur le plan national: maintenir des principes jurisprudentiels forgés progressivement et éprouvés par l'expérience sans se laisser impressioner à l'excès par des innovations qui, peut-être, ne sont pas promises à un avenir certain.

---

[1] Sur l'ensemble du sujet on se reportera à l'article fondamental de B. GENEVOIS: Le Conseil d'Etat et l'ordre juridique communautaire, Etudes et documents du Conseil d'Etat (EDCE) 1979/1980 pp. 73 ss. Nous avons également pu consulter du même auteur le texte malheureusement non publié d'un rapport à l'A.P.E.U.R. de 1985

A cette première indication il faut ajouter que l'on ne doit pas oublier que, s'il existe quelques "zones sensibles" dans la jurisprudence du Conseil d'Etat en notre matière, notamment en ce qui concerne ses rapports avec la Cour de Luxembourg, de nombreuses décisions font purement et simplement application des stipulations des traités.

15. La première "zone sensible" dans la jurisprudence que nous étudions concerne l'application par le Conseil d'Etat de l'article 177 du traité C.E.E.

C'est en 1964 que l'affaire commença. Dans une espèce "Société des pétroles Shell Berre", l'assemblée du contentieux, formation la plus solennelle du Conseil d'Etat, jugea le 19 juin 1964[1], que le renvoi d'interprétation du Traité à la Cour de justice, requis par l'article 177 si la question d'interprétation a été soulevée devant une cour suprême nationale, ne doit être prononcé que s'il existe un doute sur le sens ou la portée d'une ou plusieurs clauses du Traité. Il n'y a pas lieu à renvoi quand le juge national estime qu'un tel doute ne saurait exister. L'émotion soulevée par cet arrêt se manifesta à deux niveaux. D'abord, dans l'espèce jugée, la disposition communautaire à interpréter prêtait véritablement à un doute; d'autre part, le principe posé par le Conseil d'Etat offrait au juge national un moyen quelque peu discrétionnaire d'échapper à l'application de l'article 177.

Il faut pourtant noter que la théorie de l' "acte clair" ainsi formulée par le Conseil d'Etat pour justifier le refus d'admettre qu'une contestation sur l'interprétation ou la validité d'un texte pût donner lieu à question préjudicielle, n'avait pas été forgée pour les besoins de la cause. Elle est traditionnelle dans le contentieux national, notamment pour les renvois de questions préjudicielles d'interprétation ou d'appréciation de validité du juge administratif au juge judiciaire et réciproquement. Mais la question était de savoir si le Traité n'avait pas, dans l'intérêt de l'unité du droit communautaire, entendu beaucoup plus strictement l'obligation de renvoi à la Cour de justice.

Que, pourtant, il n'y eut pas là un refus systématique de faire droit à l'article 177 du Traité, la suite de la jurisprudence devait le prouver: en 1970, le Conseil d'Etat en fit une première application[2], suivi de plusieurs autres.
Le 6 octobre 1982, la Cour de justice dans l'espèce C.I.L.F.I.T. rendit un arrêt duquel il résultait qu'il n'y avait pas lieu pour le juge national d'appliquer l'article 177 ni si la question prétendument préjudicielle n'est pas pertinente ni si la disposition à interpréter a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ni si "l'appli-

---

[1] Société des Pétroles SHELL BERRE (et autres), Rec. p.344
[2] 10 juillet 1970 Syndicat national du commerce extérieur des céréales (Synacomex), Rec. p.477

cation correcte du droit communautaire *s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.*" Cette prise de position a été interprétée tantôt comme une approbation nuancée de la théorie de "l'acte clair", tantôt comme une "modulation" de l'obligation de renvoi. De toute manière elle a rapproché les points de vue des deux juridictions.

16. Mais la divergence ainsi particulièrement atténuée entre la jurisprudence de la Cour et celle du Conseil d'Etat s'est accompagnée d'une autre relative aux pouvoirs respectifs du juge communautaire et du juge national dans le jeu de l'article 177.
Dans divers arrêts et notamment dans les arrêts du 13 mai 1981 (International Chemical Corporation) et du 27 février 1985 (Société des produits de maïs) la Cour, saisie de recours au titre de l'article 177, s'est reconnu le pouvoir, dans le cas où elle constate l'illégalité d'un acte communautaire, de fixer la date à laquelle cette déclaration d'illégalité produira effet. Le Conseil d'Etat a pris une position contraire dans une décision du 26 juillet 1985[1]. La doctrine du Conseil d'Etat est que la décision de la Cour n'a autorité de chose jugée au regard du juge national que dans les limites de la question posée à celle-ci. Si la décision renvoyant à la Cour l'appréciation de la validité d'un acte communautaire ne comporte pas de question sur la date de prise d'effet de cet acte, la Cour, en fixant cette date, commet une sorte d'"ultra petita" qui ne saurait bénéficier de l'autorité de chose jugée.

On remarquera que le Conseil d'Etat ne conteste pas directement la jurisprudence de la Cour qui donne à celle-ci le pouvoir de déterminer la date de prise d'effet des déclarations d'illégalité au titre de l'article 177 par analogie avec le même pouvoir qui lui est reconnu -mais cette fois expressément- par l'article 174 à propos des décisions d'annulation. Il se fonde en revanche sur le mécanisme des questions préjudicielles qui n'établit aucun rapport hiérarchique entre le juge "renvoyant" et le juge de renvoi et dans lequel le premier n'est lié par le second que dans le cadre strict de la question qui lui est soumise.

17. Un autre point de divergence avec la jurisprudence de la Cour de justice -mais cette fois étranger au jeu de l'article 177- devait apparaître à propos de l'effet en droit national des directives communautaires. La Cour de justice admet dans divers arrêts que, si les directives ne produisent pas l'effet direct attaché aux règlements dans les droits nationaux, elles créent du moins, dans le cas où un Etat ne s'y est pas conformé, un droit à tout particulier intéressé à s'en prévaloir car "l'Etat-membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte" (5 avril 1979 - Ratti).

---

[1] O.N.I.C., A.J.D.A. 1986 p.615 concl. B. GENEVOIS

Au contraire, dans sa décision COHN-BENDIT du 22 décembre 1978[1], le Conseil d'Etat a considéré que, quelle soit leur précision, les directives ne peuvent produire d'effet direct et que, faute de mesures d'exécution d'ordre interne s'y conformant, les particuliers ne peuvent, à l'appui d'un recours pour illégalité porté devant leur juge national, invoquer le contenu de ces directives.

On pourrait relever -mais la place nous manque- d'autres questions sur lesquelles existe un divergence entre la Cour de justice et le Conseil d'Etat: par exemple à propos des "discriminations à rebours", à propos de la notion d'emploi dans l'administration publique. Mais il s'agit ici des questions relativement mineures.

18. Beaucoup plus importante -et dans une certaine mesure grave- est la position prise par le Conseil d'Etat sur le problème de la hiérarchie des normes selon le droit interne français par opposition au droit communautaire.
L'article 55 de la Constitution française proclame, on l'a dit, la supériorité sur la loi des traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, sous la seule réserve de la réciprocité. La Cour de cassation, on le verra plus loin, a puisé dans cet article le moyen de résoudre, au profit du droit communautaire, toute contradiction entre la loi nationale et le droit communautaire.

Mais, selon un arrêt du Conseil d'Etat du 1er mars 1968[2], dont la doctrine a été confirmée à plusieurs reprises, si le juge français doit préférer le traité postérieur à la loi antérieure dans la mesure où il lui est contraire et l'a donc abrogée, il ne saurait faire prévaloir le traité antérieur sur la loi postérieure qui le contredit. Ce faisant, en effet, il invaliderait l'effet d'une loi non en vertu d'un conflit de règles dans le temps, ce qui entrerait dans sa mission, mais en vertu d'une disposition constitutionnelle, ce qui revient à dire qu'il se ferait juge de la constitutionnalité de la loi et commettrait ainsi une usurpation de pouvoir à la fois sur le législateur et sur le Conseil constitutionnel.

Cette doctrine est evidemment contraire à la jurisprudence de la Cour de justice qui, dans l'arrêt SIMMENTHAL du 9 mars 1978, déclare: "Le juge national, chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, des dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de sa législation nationale, *même postérieure*."

---

1) Rec. p.524; M. LONG/ P. WEIL/ G. BRAIBANT: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 8ème éd. 1984, No. 113 (p.596 ss.)

2) Syndicat national des fabricants de semoule de France, Rec. p.149

Le Conseil d'Etat ne s'estime pas lié par la jurisprudence de la Cour sur ce point. Il se réfère au seul droit constitutionnel français qui exige l'application inconditionnelle de la loi en vigueur *ratione temporis* et interdit aux juges autres que le Conseil constitutionnel tout contrôle de la constitutionnalité des lois.
Le Conseil d'Etat ne se juge pas davantage lié par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, comme on l'a vu, considère que le problème de la conformité de la loi au traité ne concerne pas la constitutionnalité de la loi, mais qui, au moins implicitement, considère que la Constitution règle un conflit de normes et qu'il revient au juge de fond de déterminer la règle de droit applicable au litige qui lui est soumis, conformément à la règle de conflit.

La doctrine qui, en général, ne se rallie pas à la solution retenue par le Conseil d'Etat, a tendance en dernière analyse à proposer le raisonnement suivant: à supposer que la contrariété de la loi postérieure et du traité antérieur s'analyse en une inconstitutionnalité de la loi, l'article 55 de la Constitution a précisément pour objet d'habiliter, à titre exceptionnel, le juge du fond à constater l'inconstitutionnalité et en tirer ses conséquences logiques, à savoir la non-application de la loi.[1] Malgré ces critiques et ces efforts des commentateurs la jurisprudence du Conseil d'Etat paraît fermement établie et aucune autorité ne peut la faire changer. En effet, le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême. Il n'a pas qualité pour censurer les décisions du Conseil d'Etat. Il ne pourrait pallier les conséquences de la position prise par celui-ci qu'en renversant sa propre jurisprudence et, dès lors, en déclarant contraires à la Constitution les lois méconnaissant les dispositions d'un traité. Mais cette position aurait de graves inconvénients dont le principal serait -on le sait- que, faute d'une saisine mettant à même le Conseil de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, celle-ci serait promulguée et, dès lors, échapperait à tout reproche. En outre, le Conseil constitutionnel condamnerait l'attitude, pourtant conforme à sa jurisprudence actuelle et au respect du droit communautaire qu'adopte, comme on le verra, la Cour de cassation et, avec elle, la juridiction judiciaire.

19. Cela dit, il ne faut pas oublier qu'il en va du droit comme du journalisme ou de la médicine. Les journaux annoncent les accidents de chemin de fer; ils ne disent rien des trains qui arrivent à l'heure sans accident. La médicine parle beaucoup des malades; elle dit peu de choses sur les gens bien portants. De même, les difficultés que, sur certains points, le droit communautaire rencontre au Conseil d'Etat ne doivent

---

[1] M. le Procureur général TOUFFAIT dans ses conclusions sur l'espèce Jacques VABRE (infra No.23) a magistralement démontré qu'il n'y aurait eu aucune raison d'écrire l'article 55 de la Constitution s'il n'avait pas précisément pour objet d'obliger le juge du fond de faire prévaloir le traité sur la loi postérieure.

pas faire oublier tous le domaines dans lesquels le juge administratif est au service du droit communautaire.
Tout d'abord, le juge administratif est sensible au besoin d'unité dans l'application du droit communautaire. Tantôt, pour adopter la solution du juge communautaire, le Conseil d'Etat ou du moins son commissaire du gouvernement fait référence à l'interprétation de la Cour. Tantôt, sans opérer une telle référence, il reproduit une solution déjà adoptée par la Cour de justice.

20. Ensuite -et ceci est beaucoup plus important- dès lors que la contradiction existe entre les règles communautaires et une norme interne qui n'a pas le caractère législatif, il fait prévaloir la règle communautaire. Il annule des mesures administratives francaises contraires à l'article 30 du traité C.E.E.; il annule semblablement des mesures administratives contraires à des directives du Conseil des communautés.[1] Autrement dit, lorsqu'il n'est pas obligé de mettre en cause la régularité de la loi, le Conseil d'Etat n'hésite pas à consacrer la supériorité du droit communautaire sur le droit national.

21. Si l'on essaie de faire un bilan d'ensemble de la jurisprudence que l'on vient d'évoquer (à défaut d'une analyse complète qui aurait exigé un cadre plus vaste) on est conduit aux conclusions suivantes:

-Le conflit sur l'application par le juge administratif de l'article 177 du Traité C.E.E. pourrait s'apaiser. Entre le système de l'"acte clair" retenu par l'arrêt du Conseil d'Etat de 1964 et qui fait la part vraiment trop belle au pouvoir d'appréciation du juge national et le système du renvoi automatique à la Cour en cas de contestation même aventurée sur l'interprétation ou sur la validité du droit communautaire, un terrain de conciliation pourrait être trouvé à l'aide de la notion de "doute raisonnable" suggérée par l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 1982.

-Il ne faut pas condamner trop sévèrement la résistance du Conseil d'Etat sur deux points à propos desquels la Cour de justice a fait preuve d'une extrême hardiesse. Il n'est pas évident que la Cour ne se soit pas trompée en se donnant le pouvoir de répondre "ultra petita" aux questions préjudicielles que lui renvoie le juge national, particulièrement en prétendant pouvoir fixer la date de prise d'effet d'une déclaration d'invalidité alors qu'elle n'était pas consultée sur ce point. De même on peut comprendre l'attitude du Conseil d'Etat quand il résiste à la theorie de l'effet direct des directives au profit des particuliers, construction pour le moins audacieuse.

---

[1] C.E. 13 décembre 1985 Société International Sales, A.J.D.A. 1986,174

stratif, a été qu'en raison de leur jurisprudence à l'égard des traités européens, les tribunaux judiciaires coopèreraient plus facilement dans ce domaine aves les institutions et les juges européens. Comme on l'a déjà dit, le Conseil d'Etat a largement contribué à l'application du droit communautaire. S'il reste une zone d'ombre celle-ci se réduira sans doute plus ou moins rapidement d'une façon ou d'une autre. Il serait contraire au génie propre du Conseil d'Etat, attesté par son histoire, de vouloir ne rien changer dans un monde juridique en mutation rapide.

III. L'ATTITUDE DE LA COUR DE CASSATION A L'EGARD DES TRAITES EUROPEENS

23. Si l'on doit chercher dans des décisions diverses les éléments de la philosophie du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat touchant les traités européens en revanche, il suffit presque de citer un seul arrêt de la Cour de Cassation pour répondre à la même recherche en ce qui la concerne. C'est qu'en effet, comme on va le voir, dans l'arrêt fondamental du 24 mai 1975[1] la Cour de cassation a non seulement pris, sur la hiérarchie des normes, une position de principe contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat mais encore à cette occasion, elle a -contrairement au Conseil constitutionnel et au Conseil d'Etat- considéré que le traité C.E.E. n'était pas un "traité comme les autres" et, de cette spécificité, déduit, en rejoignant la jurisprudence de la Cour de justice, les conséquences de l'existence d'un ordre juridique communautaire.

L'arrêt est né d'un recours en cassation formé par l'Administration des douanes contre un arrêt de la cour d'appel de Paris refusant d'appliquer la taxation douanière établie par le législateur français contrairement à l'article 95 du Traité. Si l'on passe sur certains points de discussion d'intérêt mineur, le pourvoi posait directement la question de savoir si à l'instar du Conseil d'Etat dans son arrêt de 1968 sur lequel s'appuyait l'Administration des douanes - la Cour de cassation allait renoncer à faire prévaloir l'autorité du traité sur la loi postérieure ou si, au contraire, elle allait faire droit à la primauté absolue du droit communautaire. A vrai dire les juridictions civiles inférieures s'étaient déjà dans d'autres occasions prononcé en faveur de cette primauté et l'on pouvait même citer dans le sens de la force supérieure des traités un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.[2]

---

[1] Administration des Douanes c. Jacques VABRE, D. 1975, 497, concl. TOUFFAIT

[2] Cass.comm. 21 novembre 1957, D. 1958, 58

-En revanche, la persistance de la thèse selon laquelle le juge national doit, sous peine d'usurper le contrôle de la constitutionnalité, préférer la loi interne postérieure au traité ou au droit communautaire antérieurs, est regrettable. Regrettable du point de vue français car elle contredit la jurisprudence de la Cour de cassation et, en un certain sens, celle du Conseil constitutionnel. Regrettable du point de vue communautaire pour des raisons évidentes.

22. Les explications de ce qui précède sont de divers ordres. La première est de caractère historico-sociologique. Le Conseil d'Etat est une institution séculaire et stable qui a survécu à tous les changements politiques et constitutionnels. De là de sa part une tendance certaine, on l'a déjà dit, à n'accepter qu'avec beaucoup de réserves les innovations dans l'agencement juridictionnel. Son "pouvoir normatif" est beaucoup plus étendu et beaucoup plus profond que celui de n'importe quel juge. Il a forgé l'essentiel des grandes théories du droit administratif français en dehors de toute référence à des textes législatifs. A l'instar de la common law ou du droit romain, le droit administratif construit par le Conseil d'Etat est, pour nombre de pays, une "ratio non scripta". Il ne s'incline que devant le législateur français. D'où un certain nationalisme, non politique, mais juridique qui crée une certaine réticence à l'égard d'un système de règles et d'institutions, notamment judiciaires, dérangeant cet ordonnancement. Pour être juste, disons que d'autres cours ou tribunaux dans d'autres pays ont connu, en face des traités européens, des réactions comparables.

PARIS ne s'est pas fait en un jour dit un proverbe français. Le temps est galant homme, disent nos amis italiens. Les générations se renouvellent sur le siège des juges. Et surtout l'air du temps fait son oeuvre. Aucun juge ne peut longtemps s'arc-bouter pour résister à l'évolution des esprits. On a vu plus haut que cette évolution n'a même pas permis en 1986 de vérifier si le Conseil constitutionnel maintenait intégralement les positions de principe énoncées en 1975. La question qui aurait permis cette vérification (à savoir celle de la constitutionnalité de l'Acte unique) a cessé d'être litigieuse dans les convictions de la classe politique et de l'opinion, ce qui supprimait l'office du juge. De même il se pourrait que la question du conflit entre le droit communautaire et la loi nationale devienne mineure si les Etats, sous le coup d'ailleurs des condamnations de la Cour de justice, renoncent à faire des lois contraires au droit communautaire.

Enfin, comme on va le voir, l'attitude du juge administratif contraste avec celle du juge judiciaire beaucoup plus ouvert à l'ordre communautaire. Or, c'est tout de même, du point de vue du commerce quotidien et de la vie des affaires, le juge civil ou commercial qui intervient le plus fréquemment. L'une des raisons pour lesquelles le législateur français, à propos du droit de la concurrence, a voulu unifier aux mains des tribunaux judiciaires tous les litiges relatifs à l'applications de ce droit, y compris ceux qui seraient revenus normalement au juge admini-

Mais c'est la première fois que la Cour de cassation se voyait poser avec une telle netteté le problème à propos du traité de Rome. Aussi voulut-on donner à la décision à intervenir la plus grande solennité possible. L'affaire fut renvoyée devant la chambre mixte composée de juges venant de toutes les formations de la Cour (civile, penale, commerciale, sociale) et ce fut le Procureur général, M. TOUFFAIT, qui présenta lui-même des conclusions qui sont, à juste titre, demeurées classiques.

Essayons de résumer trop rapidement la démonstration de M.TOUFFAIT. S'attachant au point de savoir quelle doit être l'attitude du juge français lorsque lui est demandé l'application d'une loi nationale postérieure au Traité ou à la règle communautaire mais contraire à l'un ou à l'autre, le Procureur général commence par réfuter l'analyse faite, sur le même sujet, par le Conseil d'Etat. Il ne s'agit pas de savoir si la loi est ou non conforme à la Constitution. La preuve en est, dit l'éminent magistrat, que quelques mois plus tôt[1], le Conseil constitutionnel a estimé que la contrariété de la loi et du traité ne posait pas un problème de constitutionnalité relevant de sa juridiction. De quoi s-agit-il donc? D'un conflit de normes que l'article 56 de la Constitution oblige le juge à resoudre au profit du Traité quelle que soit la date de la loi. Autrement dit l'article 55 est applicable avec force constitutionnelle, mais son application relève du juge saisi du litige qui en donne l'occasion. Ce juge peut et doit trancher tout conflit de normes. Mais -et ce point est tout à fait nouveau- M. TOUFFAIT montre que, si l'article 55 n'est pas superfétatoire, il n'est pas le coeur du débat. En effet, ce qui le plus décisif, c'est la nature même du traité de Rome qui incite à raisonner non pas dans les termes classiques des rapports entre un droit interne et le droit international. Dans une analyse serrée il montre ce que le traité de Rome a de spécifique. Il analyse les exigences de la création d'un ordre juridique communautaire en s'apuppyant sur la jurisprudence de la Cour de justice. Il montre aussi que, par des chemins plus ou moins tourmentés (et à cet égard, les juridictions allemandes ont connu un certain embarras) les divers pays du Marché commun ont fini par accepter les exigences de la primauté de l'ordre communautaire sur les divers ordres nationaux. Le Procureur général en vient à souhaiter que l'arrêt à intervenir ne s'appuie pas sur l'article 55 de la Constitution, mais sur la spécificité du Traité et de l'ordre juridique communautaire.

24. L'arrêt fait droit aux conclusions du Procureur général. Sans doute ne peut-il éviter de se référer à l'article 55 de la Constitution, ne serait-ce que parce que toute l'argumentation du demandeur au pourvoi portait sur la question du contrôle de constitutionnalité, mais l'arrêt "débouche" aussitôt sur la spécificité du Traité de Rome et du droit

---

[1] Conseil constitutionnel 15 janvier 1975 74-54 DC, Rec. p.19; FAVOREU/PHILIP No. 26 (p. 332 ss.)

communautaire: "... le Traité du 25 mars 1957 qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres; en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions..."

A cette déclaration de principe s'ajoute une précision. Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir admis l'application de l'article 95 du Traité sans vérifier si la condition de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution était remplie. M. TOUFFAIT avait fait valoir, à l'encontre de cette thèse, que la condition de réciprocité était sans signification s'agissant d'un traité comportant la possibilité pour chaque Etat participant d'agir devant la Cour de justice pour faire réparer ou cesser le manquement d'un de ses partenaires. Et il avait rappelé que, sur la condition de reciprocité, telle est la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. L'arrêt énonce: "... dans l'ordre juridique communautaire, les manquements d'un Etat membre de la Communauté économique européenne aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité du 25 mars 1957 étant soumis au recours prévu par l'article 170 dudit traité, l'exception tirée du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales...".

25. On a dit plus haut quels problèmes avait posés devant le Conseil d'Etat l'application de l'article 177 du traité C.E.E. tant en ce qui regarde l'obligation pour les juridictions suprêmes de saisir la Cour de justice qu'en ce qui concerne l'autorité de la réponse de la Cour de justice. Sur cette matière la Cour de cassation et, dans leur ensemble, les tribunaux judiciaires ont adopté une attitude beaucoup plus proche de la jurisprudence de Luxembourg que celle du Palais-Royal.

Les juridictions de l'ordre judiciaire autres que la Cour de cassation elle-même recourent très volontiers au renvoi à la Cour de justice pour interprétation ou appréciation de validité que leur offre l'article 177. La Cour de cassation a appliqué sans problème le même article en ce qui concerne le renvoi obligatoire. L'on ne trouve dans la jurisprudence de la Cour, à ma connaissance du moins, ni de recours à la théorie de l'"acte clair" ni d'excès d'optimisme quant à l'évidence de telle interprétation nationale. La Cour de cassation, pour tenir en échec les exceptions de caractère dilatoire, n'admet pourtant le renvoi que si la difficulté est "sérieuse"[1], c'est-à-dire non fantaisiste. La Cour admet d'autre part que, quand la question posée a déjà fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour de justice, il suffit de s'en tenir à cette interprétation ou cette appréciation de validité.

---

[1] Cass.soc. 11 janvier 1984, Bull.civ. 1984 V No.9

Sur un autre point intéressant le jeu de l'article 177, la Cour de cassation s'est écartée des solutions retenues par le Conseil d'Etat et s'est ralliée à la jurisprudence de Luxembourg. Il s'agit de l'étendue de l'autorité qui doit s'attacher à la décision d'interprétation ou d'appréciation de validité rendue par la Cour de justice. On a montré plus haut que le Conseil d'Etat limite cette autorité à la partie de l'arrêt correspondant exactement à la question posée par le juge national et la refuse au contraire à ce qui lui paraît une sorte d'"ultra petita", par exemple quand la Cour de justice, après avoir déclaré un acte communautaire invalide, précise – alors que cette précision ne lui a pas été demandée – quelle doit être la date de prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Une cour d'appel ayant repris à son compte cette solution a été censurée par un arrêt de principe de la Cour de cassation[1]. Ladite Cour d'appel avait, à propos d'une demande de restitution de montants compensatoires indûs, estimé d'une part que la Cour de justice avait à tort usé au titre de l'article 177 du pouvoir que l'article 174 lui reconnaît quant à la fixation de la date d'effet de l'annulation d'un acte communautaire et, d'autre part, que le juge national n'ayant pas, dans sa décision de renvoi, soumis à la Cour la question de la date de prise d'effet d'une éventuelle déclaration d'invalidité, avait sur ce point réservé sa propre compétence. Comme on va le lire, l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation condamne tout à la fois la tentative du juge national d'opposer sa propre interprétation à celle de la Cour de justice et l'argument selon lequel la Cour de justice aurait statué hors du cadre de sa saisine par une sorte d'"ultra petita" : "... en interprétant ainsi le traité instituant la Communauté économique européenne, alors que la Cour de justice, seule compétente pour limiter les effets dans le temps de la non-validité des règlements en cause, avait dans le cadre de sa saisine, précisé au juge national les conséquences de la non-validité des règlements communautaires... la Cour d'appel n'a pas tiré des énonciations d'arrêt du 15 octobre 1980 de la Cour de justice les conséquences qui devaient en résulter..."

26. Ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation diverge sur des points essentiels de celle du Conseil d'Etat. Si l'on ajoute que la Cour de cassation non seulement reconnaît pleinement l'autorité des arrêts de Luxembourg dans les espèces qu'ils concernent, mais encore est extrêmement attentive, là même où elle n'est pas liée par la chose jugée, à ne pas créer de divergences entre sa jurisprudence et celle de la Cour de justice.

En réalité, l'opposition qui existe, dans certaines zones sensibles entre le juge administratif et le juge judiciaire n'est pas anecdotique ou occasionnelle, mais a des racines plus profondes. Si l'on peut se servir du

---

[1] Cass.com. 10 décembre 1985, A.J.D.A. 1986, 269

langage psychologique, la Cour de cassation a "intériorisé" -ce que le Conseil d'Etat n'a pas encore fait- deux données essentielles des traités européens.

La première concerne, comme on l'a déjà dit, la spécificité des traités européens et l'originalité de l'ordre juridique communautaire. Alors que le Conseil d'Etat considère que les questions posées au juge national par l'application des traités européens ne diffèrent pas par nature de celles que peut poser la mise en oeuvre de tout traité international, la Cour de cassation relève l'originalité de la construction juridique européene et estime que, par sa nature, l'intégration ainsi réalisée appelle pour les problèmes qui en naissent des solutions propres allant dans le sens des objectifs des traités.

La seconde donnée que retient la Cour de Cassation et qui paraît étrangère au Conseil d'Etat est que le juge national est, notamment en raison de l'effet direct d'une bonne partie du droit communautaire, *juge communautaire*. Les traités n'ont pas voulu instituer une séparation du juge national et du juge communautaire, mais une répartition des compétences entre deux sortes de juridictions communautaires: d'une part la Cour de justice, d'autre part les juges qui, dans chaque Etat et dans le cadre juridictionnel de cet Etat, doivent appliquer le droit. Ce droit est le droit communautaire et il l'applique pour le compte de la communauté. De là l'importance du rôle de la Cour de justice qui, par l'article 177 C.E.E., est, à travers la variété des juridictions chargées d'appliquer le droit communautaire, gardienne de l'unité de celui-ci. En dépit de certains "signes" dans des conclusions de commissaires du gouvernement on ne peut pas dire que cette analyse soit présente à l'esprit du Conseil d'Etat qui voit, dans l'aménagement des compétences respectives des juridictions nationales et de la Cour de justice, un cas particulier des rapports entre le juge national et le juge international.

27. Les raisons de ces divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne doivent pas être cherchées dans la "couleur" ou la "sensibilité" politique de l'un et de l'autre, notion qui n'a pas de sens dans le cas des deux hautes juridictions.

C'est plutôt à une "sensibilité" *judiciaire* qu'il faudrait penser.

On a noté plus haut ce que l'histoire et la tradition du Conseil d'Etat peuvent expliquer de son attitude. Un juge qui, délivré des textes de principe, a forgé au long des décennies et bientôt des siècles, un droit public autonome, éprouve une difficulté plus grande qu'un autre à s'intégrer dans un nouvel ensemble coordonné et hiérarchisé et a tendance à défendre les principes jurisprudentiels dont il est l'auteur et qui, bien plus que les lois, sont la substance du droit qu'il applique. Or, quelle que soit l'importance de la jurisprudence de la Cour de cassation, elle s'est coulée dans le cadre des codes et notamment du code civil. La Cour de cassation a créé beaucoup moins de normes juridiques que le Conseil

d'Etat; elle n'a pas opéré, comme celui-ci, dans de vastes "no man's land" législatifs. Elle est donc plus habituée à ce qu'une jurisprudence doive changer quand les textes changent et elle a mesuré le changement qu'apportaient les traités européens.

Tenons compte aussi de ce que la vocation fondamentale de la Cour de cassation, héritée de ses origines, est *l'unité du droit* . Si l'on pouvait risquer une outrance on dirait que, dans la conception française, *l'exactitude* de l'interprétation de la loi a moins d'importance que son *unité*. C'est moins vrai du Conseil d'Etat qui a été longtemps juge de droit commun en matière administrative, qui est resté directement compétent dans les litiges les plus importants et qui est juge d'appel à l'égard des tribunaux administratifs. Il a eu les moyens les plus directs d'assurer l'unité du droit administratif et cette tâche, quasi-automatique, n'est pas pour lui spécifique. Au contraire, la Cour de cassation n'a de raison d'être -à la limite- que cette unification du droit et elle doit réaliser cette tâche par des jugements de droit pur, car elle n'est pas juge du fait. Aussi a-t-elle un souci extrême, à l'intérieur d l'ordre communautaire, d l'unité du droit qui le régit. C'est sans doute l'une des clés de son attitude de coopération avec la Cour de justice gardienne de l'unite du droit "européen" comme le notait avec force M. TOUFFAIT dans des conclusions précitées.

Faut-il ajouter que la tendance au particularisme national est sans doute plus forte chez le juge de droit public? Le droit public est par vocation celui que l'Etat national marque le plus fortement de son empreinte. Au contraire, le juge civil et surtout commercial, dans l'Europe et le monde actuels peut être plus sensible à la nécessité d'espaces juridiques plus vastes que la nation. On vient de voir que la Cour de cassation française et les juges qui sont placés sous son contrôle ont vigoureusement oeuvré dans ce sens.

CONCLUSION

28. Je me suis efforcé de tracer un tableau sommaire de l'attitude des divers ordres juridictionnels français à l'égard des traités européens et, en fait exclusivement à l'égard du traité C.E.E. On n'a pas dissimulé que les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sont loin d'être convergentes - encore qu'il ne faille pas oublier de larges zones de concordance. On ne cachera pas davantage que, chacune de ces trois juridictions étant souveraine dans son ordre, il n'existe pas de Cour suprême omni-compétente pouvant unifier les solutions sur lesquelles les hautes juridictions ne sont pas concordantes.

Peut-être d'ailleurs le cas français n'est-il pas unique et je ne pense pas que la France ait eu le monopole des inévitables difficultés que pouvait susciter une révolution juridique et judiciaire aussi importante que celle apportée par le traité de Rome.

On l'a déjà dit, ce n'est pas exclusivement le juge national qui peut réduire ces difficultés. C'est d'une part l'oeuvre persévérante et toujours efficace de la Cour de justice qui surmontera ces difficultés. C'est aussi et peut-être surtout la croissance dans l'opinion publique de la conscience européenne.

29. On me permettra d'ajouter à cette conclusion un codicille plus spécifiquement juridique et l'on me pardonnera si je fais une remarque que j'avais déjà notée dans un autre écrit.

La multiplication de systèmes et d'ordres juridiques est, dans le monde présent, accélérée. Outre les juridicions traditionnelles, les Etats démocratiques sont de plus en plus pourvus de juridictions ayant en charge le contrôle de constitutionnalité. En Europe, les traités de Rome et la Convention européenne des droits de l'homme ont suscité des ordres juridiques ayant chacun leur juge. Dans un autre sens, l'organisation fédérale de certains Etats entraîne des superpositions internes d'ordres juridiques et de juridictions. Pour régler ces relations, qu'un graphique ferait apparaître comme s'entrecroisant verticalement, horizontalement et obliquement (si même il ne fallait pas utiliser plusieurs dimensions spatiales) une logique normative est nécessaire.

Il se trouve que les prolégomènes d'une telle logique ont été énoncés par Hans KELSEN. De ce grand juriste l'on a surtout retenu l'apport philosophique et théorique. Mais il arrive, comme cela s'est souvent passé dans l'histoire des sciences, qu'une théorie abstraite, apparemment peu opératoire, devient, à un moment donné, un instrument pratique. Ainsi en fût-il, dans l'histoire des mathématiques, des nombres dits imaginaires, des espaces non euclidiens, de la théorie des ensembles. Le même destin

pourrait être un jour celui d'une partie de l'oeuvre de KELSEN qui n'a pas une moindre importance que la "Reine Rechtslehre". Je veux parler de l'étude des rapports de système entre le droit international et les droits internes [1]. KELSEN a, à l'occasion de ce travail, dégagé une méthode déniant toute légitimité aux conflits prétendus entre systèmes de normes et donnant les clés qui permettent, conformément à ces prémisses, de dénouer les fausses contradictions. A partir de cet acquis, on pourrait généraliser pour les rapports entre plusieurs ordres juridiques et judiciaires, les théorèmes établis par KELSEN dans la perspective de rapports binaires entre droit international et droit interne. Un tel travail, théorique dans sa formulation, mais pratique par ses applications n'entre pas dans la tache des juges ou des avocats. Il revient normalement à la recherche universitaire. Mon voeu est qu'un jour -car il s'agit d'une oeuvre de longue haleine- la science du droit puisse apporter à la pratique quelques règles de méthode rendant plus facile et plus efficace la solution des problèmes engendrés par la richesse et la complexité des systèmes normatifs qui traduisent l'heureux développement des valeurs et des instruments juridiques dans une Europe enfin sortie de l'adolescence.

---

[1] H. KELSEN, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in: Académie de Droit international, Recueil des cours T. 14 (1926), p. 231 ss.