

Les grandes
décisions
de la jurisprudence
française
de droit
international public

2015

Sous la direction de

Alain Pellet

Professeur émérite de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,
ancien membre et ancien président de la CDI,
ancien directeur du CEDIN

Alina Miron

Docteure en droit,
chercheuse au CEDIN

DAJLOZ

CONSEIL D'ÉTAT

Constitution (article 55) – Constitution (suprématie de la –) – Contrôle de constitutionnalité des normes conventionnelles – Contrôle de conventionnalité Dualisme/Monisme – Hiérarchie des normes Incorporation des normes internationales dans l'ordre interne – UE (droit dérivé de l'–)

CE ass., 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*

(*Lebon* 190, concl. Patrick Frydman, p. 191-199 ; *JCP* 1989. II. 21371 ; *RFDA* 1989. 812 et p. 813 ; *RTD eur.* 1989. 771 ; *RGDIP* 1989. 1043, concl. P. Frydman ; *Rev. crit. DIP* 1990. 125 ; *RUDH* 1989. 262, concl. P. Frydman ; *RFDA* 1989. 824-833, note B. Genevois ; p. 993-999, note L. Favoreu ; p. 1000-1008, note L. Dubouis ; *Dr. adm.* 1989-12, p. 788-792, chron. D. Simon ; *AFDI* 1989. 91, note P. Rambaud ; *RFDA* 1990. 267, obs. D. Ruzié ; *JCP* 1990. I. 3429, note H. Calvet ; *RGDIP* 1990. 91, note J. Boulouis ; *Gaz. Pal.* 12 nov. 1989, p. 24-25, note D. Chabanol ; *JDI* 1990. 5-33, comm. J. Dehaussy ; *AJDA* 1989. 756-763, note E. Honorat et E. Baptiste ; *RTD eur.* 1989. 787-797, note G. Isaac ; *D.* 1990. 57, note R. Kovar, p. 136-141, note Sabourin ; *AFDI* 1990. 945, note F. Lachaume ; *RMC* 1990. 384, note F. Lachaume ; *Rev. crit. DIP* 1990. 139-143, note P. Lagarde ; *RD publ.* 1990. 767, note E. Negrier et J.-P. Touchard, p. 801-811, note J.-P. Touchard ; *CJEG* mars 1990, p. 73, note Y. Galmot ; *RGDIP* 1990. 91-102, comm. J. Boulouis ; *AJIL* 1990. 765-768, note S. Riesenfeld ; *CMLR* 1991. 499-519, comm. P. Manin)

ARRÊT

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

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

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

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les personnes ayant, en vertu des dispositions du chapitre 1^{er} du titre 1^{er} du livre 1^{er} du code électoral, la qualité d'électeur dans les départements et territoires d'outre-mer ont aussi cette qualité pour l'élection des représentants au Parlement européen ; qu'elles sont également éligibles, en vertu des dispositions de l'article L.O. 127 du code électoral, rendu applicable à l'élection au Parlement européen par l'article 5 de la loi susvisée du 7 juillet 1977 ; que, par suite, M. Nicolò n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et territoires d'outre-mer à l'élection des représentants au Parlement européen, ni que la présence de certains d'entre-eux sur des listes de candidats auraient vicié ladite élection ; que, dès lors, sa requête doit être rejetée.

OBSERVATIONS

- 1 L'arrêt *Nicolo* est, assurément, une « grande décision de la jurisprudence française de droit international public ». Unanimement salué par la doctrine – avec quelques réserves de la part des communautaristes (v. not. R. Kovar, « Le Conseil d'État et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », *D.* 1992. Chron. 207) – il tire les conséquences inévitables de la funeste décision *IVG** du Conseil constitutionnel (I). Bien qu'il constitue une anomalie en rupture avec la logique générale de la hiérarchie des normes telle qu'elle résulte de la Constitution de la V^e République, il a ouvert la voie à une riche jurisprudence qui consacre et clarifie en partie la place des normes d'origine internationale dans le droit français (II).

I. – Une décision inévitable

- 2 On le sait, c'est, bien souvent, à l'occasion d'une décision de rejet que se font les grands revirements de jurisprudence. L'arrêt *Nicolo* le confirme.
- 3 Son adoption par la formation la plus solennelle du Conseil d'État a été, en quelque sorte, « mise en scène » par le vice-président d'alors de la Haute Juridiction, M. Marceau Long, qui, dans la foulée de la décision *Alitalia* (CE, ass., 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, n 74052, *Lebon* 44), a eu « l'idée d'initier l'évolution de la décision *Nicolo* ». Après s'être assuré « qu'il n'y avait pas d'opposition de la part des présidents les plus importants qui siègeraient à l'assemblée du contentieux », il a convoqué celle-ci pour se prononcer sur le recours formé contre les élections européennes du 18 juin 1989 par un chicaneur patenté, dont le rejet était acquis d'avance (v. « *Genèse de la décision Nicolò* », p. 100). Mais il n'en allait pas de même de la motivation, qui prend le contrepied de la solution fermement maintenue jusqu'alors par le Conseil d'État, selon

laquelle il ne lui appartenait pas de faire prévaloir un traité sur une loi postérieure. Pourtant, bien que les participants à cette assemblée historique eussent tous « conscience de rendre un grand arrêt, dont la portée dépassait la simple technique contentieuse, et qui aurait un retentissement international », celui-ci, comme le rapporte M. Long, fut adopté « en douceur. Cela n'a pas donné lieu à des débats épiques, l'assemblée du contentieux a été presque unanime », exception faite « d'un président qui était très estimé et considérable, et qui resta jusqu'au délibéré même sur sa position souverainiste » (*ibid.*, p. 101). C'est que le contexte, tant interne qu'international, rendait le maintien du *statu quo* intenable.

A. – Un fondement juridique fragile

- 4 Le recours de M. Nicolo prétendait à l'annulation des élections européennes de 1989 au prétexte (futile) de l'incompatibilité de la loi du 7 juillet 1977 organisant ce scrutin avec le Traité de Rome créant la Communauté économique européenne. Alors que, pour le rejeter, elle aurait pu se borner à réitérer sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle, « [e]n l'état actuel du droit public français, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux » (CE 6 nov. 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, n° 41221, *Lebon* 966 ; v. aussi D. Labetoulle, p. 585), l'assemblée du contentieux va suivre les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Patrick Frydman, qui, tout en qualifiant d'« évident » le refus du Conseil de contrôler la constitutionnalité des lois (*Lebon* 191), l'invitait à revenir sur une jurisprudence ferme et constante et à admettre qu'il lui appartient de tirer les conséquences de l'article 55 de la Constitution, aux termes duquel :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

- 5 Il le fait à sa manière, concise et elliptique pour ne pas dire, ici, absconse. La solution est annoncée par les deux premiers visas : « Vu la Constitution, notamment son article 55 ; Vu le Traité en date du 25 mars 1957, instituant la communauté économique européenne ». Elle tient en une phrase sybilline, sinon dans son énoncé, du moins dans sa portée :

« 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 ».

- 6 Heureusement l'oracle est éclairé par les conclusions Frydman, qualifiées de remarquables et brillantes par la quasi-totalité des commentateurs. Commenter l'arrêt *Nicolo*, c'est, en réalité, commenter ces conclusions.
- 7 D'emblée, le commissaire du gouvernement rappelle la solution traditionnellement retenue par le Conseil d'État qui trouve sa manifestation la plus claire dans la décision de section du 1^{er} mars 1968, *Syndicat*

général des fabricants de semoules de France, conforme aux conclusions de Mme Nicole Questiaux (CE, sect., 1^{er} mars 1968, n° 62814, *Lebon* 149 ; v. aussi CE, ass., 23 nov. 1984, *Roujansky et al.*, n° 60106, *Lebon* 383, qui, comme l'arrêt *Nicolo*, concerne les élections européennes ; ou CE 8 févr. 1985, *Association des centres distributeurs Leclerc*, n° 47810, *Lebon* 26, qui prend délibérément le contrepied de la solution retenue par la CJCE à propos de la conformité au Traité de Rome de la « loi Lang » sur la vente des livres du 10 août 1981 ; 27 avr. 1988, *Société Bernard Carant*, n° 63772, *Lebon* 171 et, encore plus proche dans le temps de l'arrêt *Nicolo*, 20 janv. 1989, *Van der Plassche*, n° 88098, inédit au *Lebon*) et dont il résultait – la solution n'est qu'implicite – que le juge administratif n'avait pas compétence pour apprécier la conformité d'un texte de nature législative à un traité antérieur (alors que, sous les IV^e et V^e République en tout cas, il avait toujours admis sans difficulté de faire prévaloir un traité sur une loi antérieure – cf. CE 23 déc. 1949, *Sté Cominfi*, n° 98924, *Lebon* 570 ; CE 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, n° 80242, *Lebon* 213 ; CE, ass., 7 juill. 1978, *Croissant*, n° 10079, *Lebon* 292). Cette thèse trouvait, à vrai dire, un fondement convaincant dans des principes constitutionnels solidement établis à commencer par celui de la séparation des pouvoirs et la conséquence qu'en tire l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790, interdisant aux tribunaux de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif » (théorie de la « loi-écran »). L'institution par la Constitution de 1958 d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois, confié au Conseil constitutionnel, renforce l'argument : l'existence de cet organe et l'exclusivité de sa compétence bannissent *a fortiori* toute tentative des juges administratifs ou judiciaires de se substituer à lui pour assurer le respect de la Constitution. C'est pourtant ce qui résulte de la jurisprudence *Nicolo* puisque le Conseil d'État s'érige en garant de l'application de l'article 55 de celle-ci – à l'image de la position prise par la Cour de cassation quatorze ans auparavant dans l'arrêt *Société « Cafés Jacques Vabre »**.

- 8 Comme l'avait fait le procureur général Touffait dans ses conclusions sur cette affaire (*Gaz. Pal.* 13-15 juill. 1975, p. 5-6), M. Frydman s'efforce de contourner l'objection en proposant une « autre lecture de l'article 55, infiniment souhaitable en opportunité » (p. 192). Que cette autre lecture s'imposât ne fait aucun doute ; qu'elle soit « tout autant concevable en droit », voilà qui paraît plus discutable.
- 9 Le commissaire du gouvernement lui-même écarte, à très juste titre, l'un des arguments avancés à son appui – et qu'avait retenu le Conseil constitutionnel dans sa décision *IVG** pour ne pas exercer de contrôle de la conformité des lois aux traités sur le fondement de l'article 55, selon lequel la « la supériorité des traités sur les lois » en vertu de cette disposition « 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 » (Cons. const. 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *IVG**, *Rec. Cons. const.* 19, cons. 4). Or, d'une part, celle-ci ne trouve à s'appliquer que lorsque le traité lui-même implique une application réciproque (ce qui n'était, précisément, pas le cas de la Conv. EDH, en cause dans l'affaire *IVG*) et, d'autre part, comme le soulignait M. Frydman, « [l]a constitutionnalité ou la légalité d'un acte s'apprécie (...) *ab initio* » (p. 193).

- 10 On ne peut également que le rejoindre lorsqu'il se refuse à se rallier au raisonnement, qu'il qualifie de « spécieux », « selon lequel le juge, en faisant prévaloir le traité sur la loi pour résoudre un litige, se bornerait en réalité à *choisir une norme applicable*, sans opérer par là-même une censure, même implicite, du texte qu'il écarte. (...) 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 » (p. 193, italiques dans le texte).
- 11 Moins convaincante est l'approbation « sans réserve » que donne le commissaire du gouvernement à l'affirmation selon laquelle « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » (p. 193) : cette affirmation repose sur une conception singulièrement étroite de la notion de constitutionnalité, que l'on pouvait juger à l'époque démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant les lois organiques ou les règlements des assemblées parlementaires (v. A. Pellet, note sous Cons. const. 15 janv. 1975, *IVG**, *Gaz. Pal.*, 14-15 janv. 1976, p. 10-11 ; dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, P. Frydman mentionne d'ailleurs les lois organiques comme faisant partie du bloc de constitutionnalité (p. 193) ; mais même si l'on tient compte de la « matérialisation » de la notion de bloc de constitutionnalité (v. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien-Lextenso, Paris, 10^e éd., 2013, p. 123), il n'en reste pas moins que le principe de la supériorité du traité sur la loi – posé par l'article 55 – a, évidemment, valeur constitutionnelle ; dès lors, « contrôler son respect par le législateur implique nécessairement de vérifier la conformité d'une loi au traité pour éviter la promulgation d'une loi contraire à un principe constitutionnel » (*ibid.*, p. 112 ; v. aussi L. Favoreu, p. 995) et c'est bien d'un contrôle de constitutionnalité qu'il s'agit. Ceci est d'autant plus certain que le Conseil constitutionnel a reconnu que le principe *pacta sunt servanda* avait valeur constitutionnelle dans sa décision du 9 avril 1992 relative au *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)** (cons. 7).
- 12 En logique juridique pure, on peut se montrer tout aussi dubitatif sur l'habilitation implicite donnée aux juges de contrôler la conformité des lois aux traités, qui découlerait de l'article 55. Cette intention que prête M. Frydman aux constituants ne résulte ni du texte même de cette disposition, ni de ses travaux préparatoires. Et l'on pourrait tout aussi bien voir dans les dispositions dont découle la supériorité des lois organiques sur les lois ordinaires (les articles 34, 39, 44 à 47-1, 65, 68, 72-1 et 2,

73, etc), une invitation lancée aux juges administratif ou judiciaire d'en assurer le respect. Il reste que le commissaire du gouvernement semble avoir trouvé dans cette habilitation supposée l'interprétation rassurante permettant « de résoudre l'ensemble des difficultés juridiques » rencontrées par la Haute Juridiction. « Sans doute y a-t-il bien ici contrôle de conformité des lois, mais cette atteinte au principe constitutionnel de séparation pouvoirs trouve alors son fondement dans la Constitution même. Et la théorie de la loi-écran n'est, dans ce raisonnement, aucunement remise en cause » (p. 194). C'est donc sur ce fondement juridique fragile qu'il demande au Conseil « de faire désormais prévaloir les traités sur les lois postérieures » (p. 194).

Il n'en n'a pas moins été suivi – et à fort juste titre, tant des considérations d'opportunité impérieuses, excellemment mises en lumière par M. Frydman, imposaient l'abandon de la jurisprudence traditionnelle.

B. – Une décision opportune

- 13 En s'y résignant, le Conseil d'État aligne sa jurisprudence sur celles du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation et la rend compatible avec les exigences du droit communautaire.

Il ne fait aucun doute que c'est la distinction faite par le Conseil constitutionnel entre contrôle de la constitutionnalité d'une part et de la conventionnalité d'autre part, aussi discutable qu'elle soit, et son refus de s'acquiescer du second, qui a poussé la Cour de cassation d'abord, le Conseil d'État ensuite à reconnaître leur compétence pour faire respecter la supériorité du traité sur la loi, même postérieure. Certains commentateurs ont été jusqu'à affirmer que, comme avant lui la Cour de cassation, le Conseil d'État était tenu de respecter la décision du Conseil constitutionnel ou même aurait été « habilité » à appliquer l'article 55 par cette décision (L. Favoreu, p. 994 et 996). Ce n'est pas exact : aucune des trois juridictions suprêmes n'a prééminence sur les autres (v. J. Dehaussy, p. 12 ou A. Derrien, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003-2, p. 41-52). Mais, faute de cette rupture jurisprudentielle, le non-respect de l'article 55 serait resté sans sanction possible au mépris des exigences de l'État de droit. Il fallait donc combler le « vide juridictionnel » ouvert par la décision du Conseil constitutionnel (concl. Frydman, p. 194).

- 14 Moyennant quoi, le commissaire du gouvernement, respectueux du texte et de l'esprit de l'article 55, s'est refusé à opérer une distinction entre les traités communautaires et les autres, « jugement de Salomon » qu'il qualifie comme « la pire des solutions » (p. 198), alors qu'en 1975 le procureur général Touffait avait demandé à la Cour de cassation de ne pas mentionner cette disposition « pour ne fonder [son] argumentation que sur la nature même de l'ordre juridique institué par le Traité de Rome », faute de quoi, disait-il, on « laisserait admettre que c'est de notre Constitution et d'elle seulement que dépend le rang du droit com-

munautaire dans notre ordre juridique interne » (concl. préc. p. 7). N'en déplaise à la doctrine européeniste la plus engagée, tel est pourtant bien le cas. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée qui, tout en reconnaissant que le Traité de Rome avait institué « un ordre juridique propre intégré à celui des États membres », a rappelé que cet instrument tenait son autorité supérieure à celle des lois de l'article 55 précisément (*Société « Cafés Jacques Vabre »**)).

- 15 Il n'y a dès lors nulle contradiction entre les positions initiales des deux juridictions suprêmes : les traités – tous les traités, y compris, cela va de soi, les traités communautaires – ont « une autorité supérieure à celle des lois » fussent-elles postérieures. Et cela n'empêche nullement d'ailleurs que les traités communautaires produisent les effets particuliers qu'ils envisagent (effet direct, rôle régulateur de la Cour de Justice) (*cf.* CE 30 oct. 2009, *Mme Perreux**) ; mais il en est ainsi parce qu'ils sont intégrés dans l'ordre juridique français en vertu de l'article 55 de la Constitution, norme suprême qui est à l'origine même de l'office du juge en France. À cet égard, l'ajout, en 1992, de l'article 88-1 n'a fait que confirmer le fondement constitutionnel de la supériorité relative des normes communautaires dans l'ordre juridique français (*v. infra*, § 38).
- 16 Se fondant sur ce raisonnement, le commissaire du gouvernement Frydman, visant expressément les arrêts *Costa c/ ENEL* (15 juill. 1964, aff. 6/64, *Rec.* 1141) et *Simmenthal* (9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec.* 629), égratigne au passage la jurisprudence de la CJCE qui « reconnaît au droit communautaire une suprématie absolue sur les règles de droit interne » (p. 198). On peut partager ces réticences à l'encontre de cette jurisprudence militante (*cf.* A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des cours* (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, p. 261-264) ; mais force est de reconnaître qu'au fond, *mutatis mutandis*, le raisonnement du juge européen est le même que celui du juge administratif français : chacun applique sa loi suprême, celui de Luxembourg le Traité de Rome, celui du Palais Royal, la Constitution de 1958. Il n'en reste pas moins qu'en permettant au Conseil d'État de faire prévaloir le traité sur la loi, le principe enfin concrètement reconnu par l'arrêt *Nicolo* de la supériorité du traité sur la loi même postérieure est de nature à limiter les risques de contradiction entre les jurisprudences française et communautaire. Il y avait là aussi un puissant argument d'opportunité auquel s'ajoutait la nécessité d'éviter des divergences avec les positions des juridictions des autres pays membres de la Communauté (*cf.* concl. Frydman, p. 194-195).

II. – Une décision fondatrice

- 17 Libéré de ses inhibitions antérieures, le Conseil va, dès lors, pouvoir tirer toutes les conséquences du principe posé par l'article 55 de la Constitution en précisant tant la place des normes d'origine internatio-

nale dans l'ordre juridique français (A) que les moyens d'assurer la primauté du droit conventionnel sur les lois (B).

A. – La place des normes conventionnelles dans le droit français

- 18 Le verrou de la « souveraineté de la loi » ayant sauté, le Conseil d'État (comme d'ailleurs la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel) va s'employer à clarifier, « en aval » si l'on peut dire, le sens qu'il convient de donner au mot « loi », et à énoncer « en amont » la portée et les limites de la supériorité reconnue aux traités (1°), en même temps que, sous l'impulsion du constituant, il reconnaîtra une place particulière aux normes européennes (2°).

1° La hiérarchie normative

- 19 La première, et la plus évidente, des conséquences de la jurisprudence *Nicolo* est que le traité se voit reconnaître en droit français une place intermédiaire entre la loi – à laquelle il est supérieur conformément aux termes mêmes de l'article 55 – et la Constitution, devant laquelle il s'incline puisque c'est en vertu de celle-ci qu'il voit sa supériorité reconnue. Cela a été affirmé de la manière la plus claire par le Conseil d'État dans son arrêt d'assemblée *Sarran** du 30 oct. 1998 : « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » (v. aussi : CE 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique**), formule que reprendra un peu plus tard la Cour de cassation (Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse**). Et, pour sa part, le Conseil constitutionnel a pris soin de rappeler la « place [de la Constitution] au sommet de l'ordre juridique interne » y compris par rapport au droit de l'Union européenne (décision du 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe**, cons. 10 ; v. aussi Cons. const. 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, n° 2012-653 DC, *Rec. Cons. const.* 453).
- 20 C'est que, comme l'a expliqué M. Ronny Abraham : « dans l'ordre interne, tout procède de la Constitution. Toutes les autorités publiques – qu'elles soient législatives, administratives ou juridictionnelles – tiennent leurs compétences et leur existence même, directement ou indirectement, de la Constitution. Toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'État procèdent de la Constitution, soit qu'elles figurent explicitement ou implicitement dans celle-ci, soit qu'elles soient contenues dans des actes édictés suivant les procédures et conformément aux règles de compétence prévues par la Constitution : conventions internationales, lois et règlements. La suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne est donc (aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des États) une vérité première et incontournable » (R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette supérieur, Paris, 1989, p. 35-36 ; dans le même sens : G. Bachelier, « Les règles non écrites du droit

international public et le juge administratif », in P.-M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, éd. Panthéon-Assas (LGDJ), Paris, 2001, p. 42). Faute d'une telle appropriation, les règles d'origine internationale demeureraient de « simples faits » pour les juges français (cf. CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Série A, n° 7, p. 12) et ce n'est que parce que l'article 55 enjoint de faire prévaloir le traité sur la loi qu'ils peuvent non seulement appliquer les normes conventionnelles mais faire abstraction des normes législatives contraires. « [C]ette habilitation [de l'article 55] fait défaut pour la norme non écrite du droit international » (*ibid.*, p. 41), ce qui explique que les normes coutumières internationales aient une valeur égale mais non supérieure à celle des lois (v. CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone**; v. aussi CE 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 76867, *Lebon* 175, qui, visant sans doute les normes non écrites du droit international, mentionne les « règles du droit international ayant force de loi sur le territoire national » - italiques ajoutées). C'est au contraire en se fondant sur l'habilitation constitutionnelle de l'article 55 que le juge du fond s'estime autorisé à faire prévaloir le traité sur la loi. Comme l'a relevé le Conseil d'État, qui fait ainsi explicitement sien le raisonnement suivi par le commissaire du gouvernement Frydman dans ses conclusions sur l'affaire *Nicolo*, « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article » (CE 2 janv. 2005, *Mlle Deprez*, n° 257341, *Lebon* 1).

21 Certes, c'est en vertu de la Constitution qu'il s'estime habilité à contrôler la conformité de la loi au traité – et c'est un contrôle de « conventionnalité » – mais le juge (qu'il soit judiciaire ou administratif) se défend de procéder à un contrôle de constitutionnalité en examinant la conformité du traité à la Constitution, laissant ceci au seul Conseil constitutionnel. Moyennant quoi, force est de constater que la frontière entre les deux formes de contrôle n'est pas toujours évidente et, dans certaines hypothèses, on ne peut s'empêcher de penser qu'elle est assez abusivement définie voire clairement transgressée. En effet, bien que, progressivement, le Conseil d'État eût spécifié les limites, les modalités et la portée de son contrôle de la conventionnalité, certaines incertitudes demeurent.

22 Il ne fait aucun doute qu'il n'appartient pas davantage au juge administratif qu'« aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi » (Crim. 27 févr. 1990, *Touvier*, n° 89-86.692, *Bull. crim.* n° 96, p. 251). Ni l'un ni les autres n'ont donc compétence pour apprécier la conformité d'un traité aux normes de référence dont l'appartenance au bloc de constitutionnalité n'est pas discutable. Il en va ainsi :

- de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (v. CE 2 juill. 2002, *Commune de Porta**), dont, au contraire, le Conseil constitutionnel

fait usage fréquemment en tant que norme de référence pour apprécier la constitutionnalité des traités (v. not. 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* préc. ; 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe** ; 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale**) ;

- du préambule de 1946 (v. les décisions du Cons. const. citées au tiret précédent) ; et surtout :

- des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (CE, ass., 3 juill. 1996, *Koné*, n° 169219, *Lebon* 255) ou des « principes constitutionnels » (Cons. const., *Traité portant statut de la Cour pénale internationale**).

En revanche, l'incertitude demeure en ce qui concerne les lois organiques ou référendaires. Dans l'un comme dans l'autre cas, le problème ne s'est jamais posé devant le Conseil d'État lui-même ; toutefois on peut trouver des éléments de réponse dans la jurisprudence – il est vrai ambiguë – de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel.

23 Les quelques décisions concernant les lois organiques peuvent donner à penser qu'elles relèvent du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel et échappent en conséquence au contrôle de leur conventionnalité par les juges judiciaires ou administratifs. En effet, dans l'affaire *Fraisse**, la Cour de cassation a semblé les inclure dans le bloc de la constitutionnalité pour en tirer la conclusion de leur non-subordination aux traités :

« la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté » (Cass., ass. plén., 2 juin 2000).

Au contraire, par sa décision du 20 mai 1998 sur le *Droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens aux élections municipales*, le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité d'une loi organique au Traité CEE (20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens européens résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales*, n° 98-400, *Rec. Cons. const.* 251 ; dans le même sens v. par exemple la décision n° 2013-668 DC du 16 mai 2013, *Loi organique relative à l'élection des conseillers municipaux, des conseillers communautaires et des conseillers départementaux*). Toutefois, à y regarder de plus près, ces décisions, qui semblent exclure la soumission des lois organiques à un contrôle de conventionnalité, ont été prises sur le fondement d'un « renvoi constitutionnel » : c'est *parce qu'*une disposition constitutionnelle (l'article 77 de la Constitution concernant l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie ou l'article 88-3 sur le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales) confère une « valeur constitutionnelle » à ces

dispositions organiques qu'elles sont incluses dans le bloc de constitutionnalité et échappent dès lors à tout contrôle de conventionnalité ; mais en l'absence d'un tel renvoi, rien ne s'opposerait à un tel contrôle comme l'avait d'ailleurs souligné l'avocat général Louis Joinet dans ses conclusions dans l'affaire *Fraïsse* : « les lois organiques étant par nature infra-constitutionnelles, elles peuvent être soumises au contrôle de conventionnalité » (*RGDIP* 2000. 1069).

- 24 L'incertitude demeure également en ce qui concerne la soumission des lois référendaires au principe posé par l'article 55. Toutefois, l'on peut peut-être tirer un argument *a contrario* de l'arrêt *Sarran** du 30 octobre 1998 dans lequel le Conseil d'État précise que « seuls les référendums par lesquels le peuple français exerce sa souveraineté, soit en matière législative dans les cas prévus par l'article 11 de la Constitution, soit en matière constitutionnelle comme le prévoit l'article 89, sont soumis au contrôle du Conseil constitutionnel », ce qui semble impliquer qu'en dehors de ces hypothèses, les lois référendaires sont soumises à un contrôle de conventionnalité par le juge administratif (v. les conclusions C. Maugué sous l'arrêt *Sarran**, *RFDA* 1999. 112).
- 25 Au-delà de ces incertitudes, il faut constater que la constitutionnalité des traités ne peut être appréciée qu'*a priori*, directement dans le cadre de l'article 54 de la Constitution et, indirectement, dans celui de l'article 61, lorsqu'est déférée au Conseil constitutionnel une loi autorisant la ratification d'un traité (v. le commentaire de la décision du 17 juill. 1980 relative à la *Loi autorisant la ratification de la Convention franco-allemande additionnelle**).
- 26 En conséquence, « [u]ne fois qu'ils sont introduits dans l'ordre juridique interne, les engagements internationaux ne peuvent plus donner lieu à un contrôle de constitutionnalité » (C. Maugué, p. 56) – non plus d'ailleurs qu'à un contrôle de conventionnalité puisqu'« il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur (...) sur [la] validité [d'un engagement international] au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France » (CE 2 juill. 2002, *Commune de Porta** ; v. aussi CE, ass., 23 déc. 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva**). Deux éléments contribuent à figer davantage encore la situation :
- d'une part, « la constitutionnalité d'un traité ne peut plus être remise en cause, même au travers du contrôle de constitutionnalité d'un traité modificatif » (C. Maugué, p. 60 ; v. en ce sens Cons. const., *Traité sur l'Union européenne* (1992)*, en particulier les cons. 7 et 8) ;
 - d'autre part, toute QPC concernant la compatibilité d'un traité à la Constitution est exclue. Comme l'a bien montré le Conseil d'État :
 - « il résulte des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution que leur application ne peut conduire à saisir le Conseil constitutionnel que d'une question portant sur une disposition législative ; que par suite, la question soulevée [qui portait sur la compatibilité de l'article 1 F de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 avec le principe constitutionnel de la présomption d'innocence et au droit d'asile] est irrecevable » (CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305, *Lebon*

165 ; v. aussi, concernant le TFUE : Cass., ass. plén., 18 juin 2010, *Total Réunion SA*, n° 09-72655, *D.* 2010. 1701 ; Civ. 2^e, 19 sept. 2012, *M. et Mme X*, n° 12-40.054, inédit au *Bull.*).

Il en va de même s'agissant de QPC portant sur la compatibilité de lois autorisant la ratification d'un traité avec la Constitution qui ne peuvent être regardées comme « applicables au litige » et sont insusceptibles par leur nature même « de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution » (CE, *Rujovic* préc. ou CE 16 mai 2014, n° 377655).

- 27** En d'autres termes, le contrôle de constitutionnalité hypothétique, dépendant de l'initiative aléatoire des autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel au titre des articles 54 et 61, constitue en principe l'unique et incertaine garantie de la supériorité de la Constitution sur les traités. La situation n'a, au demeurant, pas que des désavantages : elle est conforme à l'inspiration moniste qui imprègne le système français de réception des normes d'origine internationale et elle évite de mettre la France en porte-à-faux à l'égard de ses partenaires étrangers : une fois le traité intégré dans l'ordre juridique français aucun obstacle d'ordre juridique (ou juridictionnel) ne doit plus être mis à son application par la République qui limite ainsi le risque de voir sa responsabilité engagée au plan international pour non-respect de ses obligations conventionnelles.
- 28** De son côté, le contrôle de conventionnalité s'étend à toutes les lois, ordinaires évidemment et, *a fortiori*, aux textes réglementaires (cf. CE, ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, n° 16690, *Lebon* 291 et CE 11 déc. 1987, *Danielou*, n° 56645, *Lebon* 408), y compris lorsque le Conseil constitutionnel se prononce en tant que juge électoral (Cons. const. 21 oct. 1988, *5^e circonscription du Val d'Oise*, n° 88-1082/1117 AN, *Rec. Cons. const.* 183). Et « la juridiction compétente pour connaître d'un moyen tiré de ce qu'une disposition législative serait incompatible avec un traité "régulièrement ratifié ou approuvé" peut être invitée à rechercher, non seulement si cette incompatibilité existait dès l'intervention de cette disposition législative mais aussi si elle est apparue postérieurement » (CE 2 juin 1999, *Meyet*, n° 207752, *Lebon* 160).
- 29** Il reste que les lignes séparant contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité sont parfois incertaines. Plusieurs phénomènes viennent en brouiller la clarté.
- 30** Tel est le cas, en premier lieu de la consubstantialité matérielle entre la source constitutionnelle et certains traités internationaux, que le rapporteur public, M. Julien Boucher, a décrite dans ses conclusions sous l'arrêt *Kandyrine** : « vous vous refusez également à contrôler la constitutionnalité des lois, et n'est-ce pas pourtant, en pratique, ce que vous faites tous les jours lorsque vous examinez un moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec les stipulations matériellement constitutionnelles d'une convention internationale, et notamment de la Convention EDH et des autres grands instruments internationaux en matière de protection des droits de l'homme ? » (*RFDA* 2012. 10). M. Frydman avait, dans ses conclusions de 1989, pressenti que la « constitutionnalisation » des

principes du droit international conventionnel amènerait les deux conseils à exercer des contrôles concurrents (pour un exemple de cette constitutionnalisation, v. par ex. : Cons. const. 25 févr. 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC, *Rec. Cons. const.* 48), tout en minimisant les risques de divergence de jurisprudence (p. 197). Des divergences peuvent cependant survenir, comme le montre l'affaire des « tableaux d'amortissement » dans laquelle une loi de validation déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (9 avr. 1996, n° 96-375 DC, *Rec. Cons. const.* 60 fut ensuite jugée contraire aux dispositions de l'article 6, § 1, de la Conv. EDH par les tribunaux judiciaires (v. TGI Saintes, 21 févr. 1997, *D.* 1999, *Somm.* 23). « La Cour de cassation a mis un terme à cette incohérence hiérarchique, estimant que "l'intervention du législateur, dans l'exercice de sa fonction normative, n'a eu pour objet que de limiter, pour l'avenir, la portée d'une interprétation jurisprudentielle et non de trancher un litige dans lequel l'État aurait été partie" (Civ. 1^{re}, 20 juin 2000 (deux arrêts), *JCP* n° 27 du 5 juill. 2000. *Actu.* 1305 ; *JCP* 2000. IV. 2383 et 2384) » (P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, § 25).

- 31** Il existe, à l'inverse des formes non avouées de contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel. Ainsi, recourant à une formule assez ésotérique, le Conseil constitutionnel dit s'assurer que « la loi respecte le champ d'application de l'article 55 » (cf. Cons. const. 3 sept. 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 86-216 DC, *Rec. Cons. const.* 135 ; ou 29 déc. 1989, *Loi de finances pour 1990*, n° 89-268 DC, *Rec. Cons. const.* 110 ; *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, 5 mai 1998, n° 98-399 DC, *Rec. Cons. const.* 245), ce qui semble signifier que le Conseil pourrait censurer une loi visant à, ou ayant pour effet d'apporter une modification à un traité en vigueur. Mais si tel est le cas, n'est-ce pas d'un véritable contrôle de conventionnalité qu'il s'agit ? (Il est vrai que, ajoutant à la confusion, le Conseil semble se reprendre en ajoutant aussitôt qu'« il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de la loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »). De même, lorsque le Conseil constitutionnel impose une réserve d'interprétation et déclare « qu'à défaut, la loi méconnaîtrait les dispositions de l'article 55 de la Constitution » (Cons. const. 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.* 224) le juge du Palais-Royal ne fait pas autre chose qu'imposer le respect de l'article 55 – introduisant ainsi un élément de désordre additionnel dans la situation qui avait résulté de sa jurisprudence *IVG**.
- 32** Il en est un autre : pratiquant ce que l'on a appelé le contrôle de « constitutionnalité par renvoi » (Agnès Roblot-Troizier, p. 198-199), le Conseil constitutionnel a érigé en normes de référence soit « des dispositions constitutionnelles renvoyant explicitement à des conventions internationales, soit (...) des dispositions constitutionnelles plus générales

marquant une certaine adhésion au droit international et au droit communautaire » (*ibid.*, p. 199). « Ainsi, peuvent se voir intégrés aux normes de référence, non seulement le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne sur le fondement des articles 88-2 et 88-3 de la Constitution, mais également le traité portant statut de la Cour pénale internationale que vise l'article 53-2 de la Constitution » (*ibid.*, p. 199) et les accords à conclure par la France « avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, (...) déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées ». Dans tous ces cas, le Conseil constitutionnel peut s'assurer que les lois qui lui sont déférées ne sont pas incompatibles avec les normes internationales ainsi « constitutionnalisées » (*cf.* la longue série de décisions s'abritant derrière le renvoi que fait l'article 88-1 au Traité sur l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du Traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 pour, en réalité, contrôler le respect des dispositions de ces instruments, citées dans le commentaire relatif à la décision du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique** ; v. aussi la décision du 1^{er} juill. 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC, *Rec. Cons. const.* 107).

- 33** Le Conseil constitutionnel est allé jusqu'à se référer au quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la République française « se conforme aux règles du droit public international » « au nombre desquelles figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », pour préserver l'immunité juridictionnelle des traités déjà incorporés dans l'ordre interne (9 avr. 1992, *Traité sur l'Union européenne**, cons. 7 ; v. aussi 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale**). S'il en venait à faire produire à ce raisonnement toutes ses conséquences logiques – ce qu'il s'est gardé de faire jusqu'à présent – il pourrait revenir sur sa jurisprudence *IVG* par un biais « internationaliste » inattendu : puisque le respect des traités constitue un principe de valeur constitutionnelle, les lois ne peuvent y déroger et... il appartient au Conseil constitutionnel de s'en assurer...
- 34** Tel n'est assurément pas le cas actuellement. C'est même plutôt le contraire qui se produit puisque le Conseil se refuse, par exemple, à exercer le contrôle de constitutionnalité d'une loi transposant une directive européenne dans l'ordre interne au prétexte que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » (10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique** – italiques ajoutées). Cela signifie nécessairement que lorsque les juges du fond s'assurent de la régularité de cette transposition, ils mettent en œuvre, du même coup, cette « exigence constitutionnelle ». Conventionalité ou contrôle déguisé de la constitutionnalité ?
- 35** La même question se pose lorsque l'on constate que, pour leur part, les juridictions administratives et judiciaires exercent un contrôle tou-

jours plus poussé sur la régularité procédurale de la conclusion des engagements internationaux de la France et de leur introduction dans l'ordre juridique national. Les principales étapes qui ont marqué ce renforcement du contrôle sont les suivantes :

- CE 5 février 1926, *Dame Caraco** : un décret de ratification d'un traité constitue un acte de gouvernement non-susceptible de recours contentieux (v. aussi Civ. 1^{re}, 25 janv. 1977, *Reyrol c/ Office de la jeunesse d'Emmendingen*, n° 74-13437, *Bull.* n° 43, p. 32) ;

- CE 16 novembre 1956, *Villa* : contrôle de l'existence de l'acte de ratification ou d'approbation (n° 25627, *Lebon* 433) ;

- CE, ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator** : contrôle de la compétence de l'auteur de la ratification ou de l'approbation ;

- CE, ass., 18 décembre 1998, *SARL Parc d'activités de Blotzheim** : respect des conditions constitutionnelles d'introduction du traité dans le droit français et, en particulier des formalités imposées par l'article 53 de la Constitution (v. aussi : Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA)*, n° 99-16673, *Bull.* n° 149, p. 97) ; mais à l'exclusion de tout contrôle de la constitutionnalité de la loi autorisant la ratification ou l'approbation du traité (CE, sect., 8 juill. 2002, *Commune de Porta**) ; et

- CE, ass., 5 mars 2003, *Aggoun* : contrôle de la régularité de la ratification par voie d'exception (n° 242860, *Lebon* 77).

36 Cette évolution est dans la logique de l'arrêt *Nicolo* : dès lors que la juridiction administrative s'estime habilitée à faire prévaloir un traité sur une loi en vertu de l'article 55 de la Constitution, il est naturel qu'elle s'assure du respect des conditions mises à cette supériorité par cette disposition elle-même : le traité ou accord en cause doit avoir été « régulièrement ratifié et publié » et avoir fait l'objet d'une publication. Mais on s'éloigne alors de la conception moniste, au profit d'une vision plus strictement dualiste qui ne laisse pas de créer des risques de remise en cause des engagements internationaux de la France – surtout dans les cas où ce contrôle de régularité procédurale (dont on a du mal à considérer qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de constitutionnalité à peine déguisé) s'exerce par la voie de l'exception d'illégalité (v. B. Genevois, p. 826). Il en va d'ailleurs également ainsi lorsque le Conseil d'État annule un acte nécessaire à l'application d'un traité ou accord dans l'ordre juridique français (cf. CE 16 juin 2003, *M. Cavaciuti*, n° 246794, *Lebon* T. 614 : dans cette affaire, le Conseil d'État a annulé « le décret du 26 avril 1947 relatif à l'exécution de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies [au motif qu'il était] intervenu sans que la ratification de cette convention ait été autorisée par la loi » ce qui a conduit le gouvernement à régulariser la situation, d'une manière pour le moins cavalière, en introduisant, dans le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, un article 2 prévoyant : « Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée ayant statué au fond, est validé le décret du 26 avril 1947 relatif à l'exécution de la convention

sur les privilèges et immunités des Nations Unies en tant que sa légalité serait contestée par le moyen tiré de ce que la ratification de ladite convention devait être autorisée par la loi ».

2° Une exception européenne ?

- 37** Les développements « européens » de la jurisprudence *Nicolo* ne conduisent pas à des conclusions radicalement différentes. On l'a vu (v. § 14 et 16 *supra*), plus sagement que la Cour de cassation, le Conseil d'État a endorsed la position de son commissaire du gouvernement Patrick Frydman qui l'exhortait à ne pas sacrifier au tropisme communautariste, et qui, tout en reconnaissant que « les rares conflits de normes que vous rencontrerez concerneront surtout, précisément, des réglementations communautaires », ajoutait : « On ne voit (...) guère quel intérêt pratique s'attacherait (...) à ce que vous excluez du champ d'application de votre nouvelle jurisprudence les autres catégories de normes internationales. Nous vous proposerons donc de fonder votre décision sur l'article 55 de la Constitution et d'en étendre la portée à l'ensemble des conventions internationales » (p. 198-199). Et cela suffit, en effet, pour assurer la supériorité du droit issu des traités établissant les Communautés européennes sur les normes législatives ou réglementaires françaises – ce que le Conseil d'État, tirant « les conséquences de l'arrêt *Nicolo* » (conclusions M. Laroque, non publiées) reconnaîtra peu après, d'abord, dans l'arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990, sans fonder sa décision sur une disposition constitutionnelle quelle qu'elle soit (n° 58657, *Lebon* 251 ; pour un arrêt comparable de la Cour de cassation, v. Civ. 3^e, 15 déc. 1975, *Von Kempis*, n° 74-12.457, *Bull.* n° 439, p. 340), puis en visant expressément l'article 55 (CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France**).
- 38** En revanche, les exigences de la construction européenne ne sauraient prévaloir par elles-mêmes sur la Constitution, notamment dans les cas où les traités européens nouvellement adoptés « portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Et c'est après que le Conseil constitutionnel eut constaté des contrariétés entre ces conditions essentielles et, successivement, le Traité de Maastricht (9 avr. 1992*), celui établissant une Constitution pour l'Europe (19 nov. 2004*) et le Traité de Lisbonne (20 déc. 2007, n° 2007-560 DC), que fut adopté (par referendum en 1992) puis modifié (en 2004 et 2008) l'article 88-1 de la Constitution, qui dispose dans sa rédaction actuelle : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Comme le relève le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004, « la portée du principe de primauté du droit de l'Union résulte de l'article 88-1 de la Constitution » par lequel « le constituant a (...) consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de

l'ordre juridique international » (*Traité établissant une Constitution pour l'Europe**). À vrai dire, l'ajout de cette disposition avait été rendu nécessaire par la déclaration d'inconstitutionnalité de 1992 (et ses modifications par les décisions subséquentes du Conseil) mais le nouvel article n'était nullement nécessaire pour que soit reconnue et consacrée l'existence distincte de l'ordre juridique communautaire : comme l'avait fort bien vu la Cour de cassation dans l'arrêt *Société « Cafés Jacques Vabre »**, « le traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article [55] susvisé de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres » et la Haute Juridiction en avait déduit à juste titre « qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ». La démonstration était impeccable – et parfaitement compatible avec le raisonnement du commissaire du gouvernement Frydman dans l'affaire *Nicolo*. Et ceci confirme qu'il est parfaitement possible de préserver la « spécificité » du droit de l'UE tout en reconnaissant le fondement constitutionnel (et l'article 55 suffit) de l'incorporation de ses normes dans l'ordre juridique français.

- 39 Progressivement les juges français ont cependant saisi tout le parti qu'ils pouvaient tirer de la nouvelle disposition dans laquelle ils ont vu la possibilité d'une meilleure prise en compte de la spécificité communautaire tout en préservant la suprématie de la Constitution. Jusqu'en 2005, le nouvel article semble n'apparaître dans aucun visa des arrêts du Conseil d'État relatifs à la mise en œuvre du droit communautaire, qui, en revanche, continuent à mentionner l'article 55 (v. par exemples : CE 3 juin 2009, *Arcelor*, n° 287110, *Lebon* 214 ; 16 mai 2014, n° 377655). Et il faut attendre 2010 pour que la Cour de cassation vise l'article 88-1 (cf. 16 avr. 2010, *Abdeli et Melki**). Comme le relevait le commissaire du gouvernement Yann Aguila, « le Conseil constitutionnel a en quelque sorte "activé" cette disposition, en estimant qu'il en résultait une exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires » (concl. sur CE, ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, *RFDA* 2008. 1147).
- 40 Dans les années récentes, cette disposition a joué, au regard du droit européen dérivé – qu'il exonère par avance de toute anticonstitutionnalité – le rôle que jouait l'article 55 vis-à-vis et du droit international général et du droit européen conventionnel jusqu'à ce que le Conseil d'État et la Cour de cassation, reprenant une formule du Tribunal des conflits (T. confl., 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c/ INAPORC et Cherel et a. c/ CNIEL*, n° 3828, *Lebon* 698), s'enhardissent à combiner ce fondement constitutionnel avec un autre, qui serait constitué par les traités communautaires eux-mêmes et considèrent que le droit de l'Union européenne constitue « un cas particulier » « dont le respect constitue une obligation tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution » (CE 23 mars 2012, *Fédération SUD santé sociaux*, n° 331805, *Lebon* 102 ; Soc. 30 sept. 2013, *Fédération du spectacle SUD*, n° 12-14.752, *Bull.* n° 222, p. 247).

- 41 En tout cas, il est clair que les juges français se sont montrés de plus en plus réceptifs au droit européen dérivé, comme en témoignent les grands arrêts qui jalonnent la reconnaissance et le contrôle de sa supériorité sur la loi :
- l'arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990 (préc.) dans lequel le Conseil d'État tire les conséquences de la jurisprudence *Nicolo*, en étendant aux règlements communitaire le bénéfice de la primauté sur les lois postérieures ;
 - l'arrêt *SA Rothmans et Philip Morris**, du 28 février 1992, par lequel cette jurisprudence est étendue aux directives ;
 - la décision de 2004 du Conseil constitutionnel, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique**, qui érige l'obligation européenne de transposition des directives en « exigence constitutionnelle », et l'arrêt *Arce-lor** de 2007, qui tire la conséquence de cette décision, en élargissant cette jurisprudence aux actes réglementaires de transposition ; et
 - l'arrêt *Perreux** de 2009, qui clôt la saga jurisprudentielle relative à l'invocabilité devant le juge national des directives non transposées, en consacrant leur pleine efficacité interne, faute d'une transposition dans les délais requis.
- 42 Simultanément, les trois hautes juridictions (le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel) affirment plus nettement la spécificité de « l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne » (CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine**) et en tirent plus librement les conséquences, notamment en adaptant les compétences juridictionnelles aux exigences propres de l'ordre juridique de l'UE. Ainsi,
- dans son arrêt *Abdeli et Melki** de 2010 la Cour de cassation tente, conformément aux vœux de la CJUE (v. Grande chambre, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. C-188 et 189/10, *Rec. Cons. const.* I-5667), de concilier les exigences propres du contrôle de conventionnalité (d'aucuns diraient de « communautarité ») et celles du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de la loi par le biais d'une QPC ;
 - pour sa part, le Tribunal des conflits a considéré que « s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, (...) il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions [du TUE et du TFUE], telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de Justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union (...) doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de Justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne » (T. confl., 17 oct. 2011, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC et Cherel et al. c/ CNIEL*, préc. ; v. dans le même sens : CE 23 mars 2012, *Fédération SUD santé sociaux*, préc. et Soc. 30 sept. 2013, *Fédération du spectacle SUD*, préc.) ;
 - plus généralement, les juges français s'attachent à préserver la spécificité de l'ordre juridique de l'Union pour la détermination de l'effet direct

de ses règles (*cf.* CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL**) et en reconnaissant qu'il n'appartient qu'à la Cour de Luxembourg de constater l'incompatibilité entre un acte européen et une norme supérieure de cet ordre juridique, d'où il résulte que les actes internes qui tirent les conséquences inconditionnelles des actes européens sont inattaquables (v. Cons. const., *Loi pour la confiance dans l'économie numérique** et CE, *Arcelor** préc.).

- enfin, la très symbolique décision *Jeremy** de 2013, marque l'entrée du Conseil constitutionnel dans le dialogue institutionnalisé entre l'ordre national et l'ordre européen puisqu'il a, pour la première fois, saisi la CJUE d'une question préjudicielle. Cette décision, pour l'instant isolée, se situe dans le contexte particulier de l'article 88-2 de la Constitution, qui constitutionnalise par renvoi les règles européennes relatives au mandat d'arrêt.

43 Il y a là autant d'illustrations de la « coopération sincère et loyale qui est l'un des principes cardinaux de l'organisation des pouvoirs publics en Europe. » que le vice-président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé appelait de ses vœux. « Ce principe véritablement constitutionnel implique un dialogue, horizontal et vertical, des juges et des cours elles-mêmes, l'écoute et la pédagogie réciproque des jurisprudences, l'anticipation et la prévention des divergences, mais aussi le respect des solutions définitivement adoptées par les formations solennelles des cours européennes. » (Discours de J.-M. Sauvé, 31 mai 2014, « À l'ère du pluralisme juridique : les rapports entre les cours nationales, internationales et celles de l'Union et les interactions entre les multiples sources du droit », www.conseil-etat.fr).

44 Il reste que, comme celle du droit international général, la supériorité du droit de l'Union européenne se heurte au mur infranchissable de la Constitution. Ainsi, le « principe de primauté, (...) ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution » (CE 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique**; v. aussi, par exemple : CE 3 mai 2004, *Mme Dogan épouse Antil*, n° 258085, *Lebon* 854 ; ou CE 6 janv. 2014, *M. et Mme Manukyan*, n° 374383 ; et la jurisprudence citée *supra*, § 20).

B. – La garantie de la prééminence du traité sur la loi

45 Au demeurant, sous réserve de la possibilité de renvois préjudiciels à la CJUE (v. *supra* § 42), la spécificité de la réception du droit de l'Union dans l'ordre juridique français n'a pas de conséquences particulières s'agissant des techniques mises en œuvre pour assurer la primauté des normes dont l'origine est extérieure à l'ordre juridique français. Comme l'a écrit Ronny Abraham, « [à] cet égard, la jurisprudence administrative applique les mêmes règles pour le droit international non communautaire et pour le droit communautaire. Ceci concerne aussi bien le principe de la primauté lui-même que les techniques juridictionnelles permettant d'assurer cette primauté » (« Les normes du droit communautaire et du

droit international devant le juge administratif français », in *SFDI Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 287 – note de bas de page omise).

- 46 Dans l'un et l'autre cas, il ne s'agit pas d'un contentieux de l'annulation : le juge du fond (en principe seul compétent pour procéder à un contrôle de conventionnalité) ne déclare pas la loi incompatible avec un traité invalide, il se borne à n'en point faire application dans le cas d'espèce qui lui est soumis, « ce qui différencie ce contrôle du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel » (M. Verpeaux, § 101). C'est au Parlement seul qu'il appartient d'abroger ou, selon les cas, de modifier la loi en cause pour la rendre compatible avec les engagements conventionnels – ce qui ne laisse pas d'ailleurs de poser parfois des problèmes pratiques difficiles.
- 47 Conformément aux « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » (v. par exemple les arrêts CE 24 févr. 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, n° 195354, *Lebon* 29 ; 2 juin 1999, *Meyet*, préc. ; 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, n° 164789, *Lebon* 379, ou CE, ass., 7 nov. 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, n° 282920, *Lebon* 399, qui utilisent la formule), le Conseil d'État écarte donc l'application de la loi contraire à un traité (ou à un acte de droit dérivé de l'UE).
- 48 Ces mêmes exigences imposent des obligations à l'Exécutif : « l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle ; » (CE 28 juill. 2000, *Association France nature environnement*, n° 204024, *Lebon* 322). Ainsi, le Conseil d'État a estimé qu'il incombait au Premier ministre de tirer les conséquences de l'incompatibilité d'une loi avec une directive communautaire et de procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative se rattachant à l'exercice d'un pouvoir réglementaire lui appartenant (CE 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, préc.). À l'inverse, « les autorités nationales ne peuvent légalement prendre des mesures d'application d'une loi qui serait elle-même incompatible avec un traité » (CE, *Étude* 2000, p. 51, qui renvoie à la solution implicite découlant de l'arrêt du Conseil d'État du 20 mars 1992, *Séguéla*, n° 108088, *Lebon* 12 ; v. aussi CE 20 févr. 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, préc.).
- 49 Cela étant, selon le Conseil d'État, la contrariété d'un texte législatif ou réglementaire national avec le droit international conventionnel n'est pas un moyen d'ordre public que le juge serait appelé à soulever d'office (v. CE 11 janv. 1991, *SA Morgane*, n° 90995, *Lebon* 9, ou CE, ass., 6 déc. 2002, *Maciolak*, n° 239540, *Lebon* 426), sauf si l'Administration oppose à tort un texte international au requérant (v. CE 10 janv. 2003, *Joorawan*, n° 223395, *Lebon* 1 ou, 30 juill. 2003, *Chatin-Tsai*, n° 248954, *Lebon* 365). Toutefois, la pratique de la Cour de cassation

est contraire – en tout cas pour ce qui est du droit de l'UE (v. Cour de cassation, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », *Rapport annuel 2006*, p. 139-146).

- 50 Ce très rapide panorama de la postérité de l'arrêt *Nicolo* est loin d'épuiser la richesse. Il suffit sans doute à montrer combien la trilogie *IVG/Cafés Jacques Vabre/Nicolo* a introduit un bouleversement profond dans le contrôle de la hiérarchie des normes instituée par la Constitution de 1958. Peut-être serait-il plus juste de considérer qu'elle a (enfin) permis un tel contrôle – encore imparfait et perfectible, mais de plus en plus efficace malgré les incertitudes persistantes qui marquent la division entre contrôle de constitutionnalité – qui devrait être l'apanage du Conseil constitutionnel – et celui de la conventionnalité que celui-ci a, en principe, abandonné aux juges administratifs et judiciaires par la très discutée décision *IVG*.
- 51 L'article 61-1 introduit dans la Constitution par la réforme du 23 juillet 2008 a cependant permis de remédier en partie aux inconvénients en résultant. Jusqu'à l'instauration des QPC, une loi contraire à la Constitution qui n'avait pas été soumise à la censure du Conseil constitutionnel au titre de l'article 61 de celle-ci pouvait rester efficace dans l'ordre juridique français, faute de toute possibilité pour les juridictions d'exercer un contrôle *a posteriori* (cf. CE 6 nov. 1936, *Arrighi*, n° 41221, *Lebon* 966 et Civ. 2^e, 20 déc. 1956, *Toutain*, n° 8836, *Bull.*, n° 714), alors qu'elle se voyait priver d'effet pour cause d'inconventionnalité. Bel accroc à la suprématie de la Constitution ! Depuis l'introduction de la procédure de la QPC, ce paradoxe a en grande partie disparu. Toutefois, un angle mort demeure : si un traité n'a pas été déclaré inconstitutionnel par le Conseil constitutionnel saisi en vertu des articles 54 ou 61, il n'y a plus aucun moyen de faire prévaloir la Constitution (v. *supra*, § 26) ; les internationalistes et les européanistes peuvent s'en féliciter, il n'en reste pas moins qu'un élément fondamental de l'ordre constitutionnel se trouve dépourvu de toute sanction.
- 52 Une autre évolution fondamentale s'est produite : à l'indifférence déléguée marquée par le Conseil d'État à l'égard de la « spécificité communautaire » a succédé une volonté, encouragée par le constituant de traiter le droit de l'Union européenne différemment du droit international général. On pourrait s'en réjouir si cette particularisation était la condition d'une coopération plus harmonieuse entre les juridictions françaises et celles de Luxembourg. Mais tel n'est pas le cas : après tout, c'est l'article 55 qui a constitué le fondement de la formidable avancée *Nicolo* ; cette disposition aurait pu, tout aussi bien, justifier la prise en compte des spécificités du droit communautaire que l'article 88-1 ne fait qu'explicitier. Le décrochage que cette disposition semble justifier aux yeux des juges français entre le droit de l'Union d'une part et le droit international général d'autre part n'a pas lieu d'être. Les admonestations, aujourd'hui ignorées, du commissaire du gouvernement Frydman demeurent d'actualité (v. *supra*, § 37) : il n'y a aucune raison de ne pas faire bénéficier l'ensemble du droit international général (écrit en tout cas) et le droit dérivé des organisations internationales non européennes

du traitement que les juges français ont, aujourd'hui, trop tendance à réserver au droit de l'Union. Celui-ci n'y perdrait rien ; celui-là y gagnerait beaucoup.

Alain Pellet

Bibliographie

J.-P. Markus, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999. 99-112 (sur les conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité) ; Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, Paris, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 2000, 190 p. ; Christine Maugué, « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs* vol. 105, 2003-2, p. 53-71 ; K. Michelet, « La loi inconstitutionnelle », *RFDA* 2003. 23-34 ; A. Roblot-Troizier, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », *Cah. Cons. const.* 2007, n° 22, p. 198-210 ; S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2008, en particulier p. 327-540 ; E. Picard, « Droit international et contentieux administratif (rapports entre droit international et droit interne) », *Rép. cont. adm.*, mise à jour 2010, § 1-346 ; G. Bachelier, « La norme internationale et le droit interne devant le juge administratif : où en sommes-nous ? », *Rev. crit. DIP* 2010. 1-27 ; J.-F. Lachaume, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. internat.*, mise à jour 2013, spéc. § 86-120 ; « Genèse de la décision Nicolo », Entretien avec Marceau Long, *AJDA* 2014. 100-101 ; D. Labetoulle, « Des *Semoules* à *Nicolo* », *RFDA* 2014. 585-587 ; M. Verpeaux, « Contrôle de conventionnalité », *Rép. cont. adm.*, 2014, § 93-110 (sur les similitudes et différences entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité).

Traductions :

Traduction en anglais de l'arrêt *in A. Oppenheimer* (ed.), *The Relationship between European Community Law and National Law. The Cases*, CUP Cambridge, 1994, p. 335 et des conclusions p. 337- 355 ; *Common Market Law Reports*, 1990, vol. 1, p. 173-191.

Traduction en allemand *in 17 Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1990, vol. 17, p. 99.

Voir aussi dans cet ouvrage :

CE 5 févr. 1926, *Dame Caraco*, v. comm. n° 3 ; CE, ass., 13 juill. 1965, *Société Navigator*, v. comm. n° 6 ; Cons. const. 15 janv. 1975, *Loi IVG*, v. comm. n° 8 ; Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société « Cafés Jacques Vabre »*, v. comm. n° 9 ; Cons. const.

17 juill. 1980, *Loi autorisant la ratification de la Convention franco-allemande additionnelle*, v. comm. n° 13 ; CE, ass., 29 juin 1990, *GISTI*, v. comm. n° 17 ; CE, ass., 28 févr. 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, v. comm. n° 18 ; Cons. const. 9 avr. 1992 *Traité sur l'Union européenne (Maastricht I)* et 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, v. comm. n° 19 ; CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, v. comm. n° 23 ; CE 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, v. comm. n° 24 ; CE, ass., 18 déc. 1998, *SARL Parc d'activités de Blotzheim*, v. comm. n° 25 ; Cons. const. 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, v. comm. n° 26 ; Cass., ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, v. comm. n° 28 ; CE 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, v. comm. n° 30 ; CE 2 juill. 2002, *Commune de Porta*, v. comm. n° 31 ; Cons. const. 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, v. comm. n° 33 ; CE, ass., 8 févr. 2007, *Arcelor*, v. comm. n° 40 ; CE 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, v. comm. n° 44 ; Cass., 16 avr. 2010, *Abdeli et Melki*, v. comm. n° 46 ; CE, ass., 23 déc. 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, v. comm. n° 54 ; CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, v. comm. n° 55 ; Cons. const. 14 juin 2013, *Jeremy F.*, v. comm. n° 58.