

CONFLITS DE SENTENCES
ENTRE LES JUGES DE LA LOI

QU'ON LE VEUILLE OU NON, DANS L'ESPACE EUROPÉEN, cinq catégories de juges se disputent aujourd'hui le pouvoir de contrôler la loi française : 1. le Conseil constitutionnel, qui a reçu l'office d'en examiner la constitutionnalité par voie d'action ; 2. les juges judiciaires et administratifs, qui se sont l'un et l'autre reconnu la compétence utile pour en examiner la conventionnalité internationale, originaire et dérivée, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution¹ ; 3. la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, qui peuvent être amenées de manière plus ou moins immédiate à en examiner l'adéquation aux traités dont elles ont respectivement la garde.

107

Qu'on s'en accommode ou pas, cette situation ouvre sur l'éventualité de jugements discordants sur la même loi. Et il s'ensuit, non pas une simple divergence d'appréciation jurisprudentielle, dans l'absolu, sur le sens ou la portée de telle ou telle disposition, mais bien un conflit entre des obligations juridiques directement imposées à l'État par les dispositions normatives des sentences rendues contre lui par un tribunal investi du pouvoir de le condamner² : une disharmonie des « choses jugées », pour parler précisément³.

1. C'est l'effet bien connu des jurisprudences « Jacques Vabre » (C.cass. 24 mai 1975) et « Nicolo » (CE, 20 octobre 1989) que d'avoir consacré, à l'avantage successif du juge judiciaire et du juge administratif, le pouvoir d'examiner par voie d'exception la conventionnalité internationale de la loi dont l'application est querellée devant eux.

2. Sur l'appréhension de ce problème par les tribunaux français, voir Joël Andriant-Simbazovina, *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998.

3. Hans Kelsen avait limpidelement montré qu'un jugement crée par lui-même, à l'adresse de ses destinataires, une norme distincte de celle dont il tend à assurer le respect

Que cela plaise ou non, ce phénomène inédit de concurrence objective pose à nos démocraties une série de problèmes de toute première importance⁴ : jusqu'où admettre la banalisation intégrale de la loi parlementaire ? Jusqu'où tolérer que le pouvoir de la juger puisse s'acquiescer par des voies plus ou moins purement prétoriennes ? Jusqu'où accepter le trouble en ces matières ? Jusqu'où laisser aux juges le soin d'agencer eux-mêmes le règlement de ce désordre et dénouer à leur guise les difficultés inhérentes à leur cohabitation ? Sur quelles bases se substituer à eux ? Par quels moyens ? Au bénéfice de qui ? Au service de quelle forme d'État ou d'organisation politique ? Pour quelle forme d'Europe, puisque c'est aussi de cela qu'il s'agit ?...

108 Parce que ces problèmes sont fondamentalement politiques et qu'ils appellent sans doute un débat du même bois, il importe de mettre en évidence leur réalité actuelle dans l'ordre – juridique – où ils ont cours. C'est pourquoi on cherchera ici à comprendre en quoi ce conflit des sentences est effectivement possible, et jusqu'où il ne semble pas soluble avec les moyens dont dispose, pour la minute, notre système de droit.

(*Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1962, réimpr. LGDJ 1999). La condamnation à payer une amende en conséquence de l'excès de vitesse que vous avez commis « norme » votre comportement au-delà de ce que prescrit l'obligation générale de respecter les limitations de vitesse : vous devez payer ou restituer votre permis de conduire, et non plus seulement rouler en deçà de telle allure. L'action juridique de juger met ainsi en scène, selon la formule inaugurée d'Alexandre Kojève, un « tiers désintéressé et impartial », appréciant la conformité d'une norme ou d'une action matérielle à une règle juridique (supérieure), mais seulement lorsque cette appréciation s'exprime dans un acte *d'autorité*, unilatéral et impératif : la prescription d'une norme juridictionnelle.

4. L'espace d'une recherche sociologique devrait également s'ouvrir dans ce domaine, qui concerne la manière dont les corps de juges vivent *subjectivement* cette concurrence, et les raisons pour lesquelles leur vécu individuel et collectif peut se vérifier émotionnellement très chargé à ce propos comme au sujet de tout ce qui touche aux questions de compétition entre des institutions. Réelle ou fantasmée, la perspective de la « guerre des juges » constitue un terrain de réflexion passionnant parce qu'elle met forcément en question de nombreuses et profondes *ambivalences* chez les intéressés : par exemple, celle qui existe entre la fierté d'appartenir à une institution d'autant plus enthousiasmante à servir que ses choix sont souverains, et la conscience ou le sentiment de ce que des *limites* (juridiques, linguistiques, mais aussi fonctionnelles, de cohérence, d'intérêt général, etc.) s'opposent et doivent s'opposer à un déploiement trop direct ou trop complet de cette autonomie dans un univers juridique de plus en plus lourdement marqué par l'interdépendance. Mais il faudrait y mettre en œuvre une méthodologie particulièrement subtile si l'on voulait avoir une chance de sortir d'une vulgate par trop grossière à ce propos.

EN QUOI LE CONFLIT EST POSSIBLE

L'impression de relative quiétude qui semble régner parfois sur la perspective d'une guerre des sentences provient d'une sorte de conviction ambiante selon laquelle ce conflit des choses jugées ne peut pas avoir lieu parce les conditions de sa survenance ne sont jamais susceptibles de se trouver réunies. En bonne orthodoxie juridique, l'autorité de la chose jugée n'apparaît en effet qu'à l'intérieur d'un espace strictement défini par un certain nombre d'identités. Ainsi, s'agissant de jugements portant sur une loi – et donc, sauf exception, sur une norme de portée générale et impersonnelle –, cette autorité ne saurait se heurter qu'à celle d'un autre jugement possédant à la fois la même cause⁵ et le même objet. Or, postule-t-on, cela ne saurait exister. Mais c'est précisément ce postulat qu'il importe ici de révoquer en doute.

109

Identité de cause

L'identité des causes juridiques des divers procès mettant en jeu la loi semble à première vue ne pas pouvoir se rencontrer. La notion classique de cause juridique a en effet trait à la norme de référence du jugement, c'est-à-dire celle dont on allègue la violation. Or, si l'on se limite à comparer la situation des jugements rendus par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés, il faut convenir qu'aucun d'eux ne censure la violation du même groupe de règles. Le Conseil constitutionnel s'interdit de connaître de la conventionnalité internationale des lois⁶, la Cour de Strasbourg voit son office limité à la protection de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels, et la Cour de justice, jusqu'à plus ample informé, ne reçoit de compétence utile que pour sanctionner les manquements au droit *lato sensu* de l'Union européenne. L'intersection formelle de ces champs n'est donc pas possible : chaque juge contrôle le respect d'une classe singulière d'actes juridiques. La chose jugée ici n'est donc pas susceptible d'être remise en cause là.

Reste que cette présentation, scolastiquement exacte, si l'on peut

5. Il ne fait guère de doute que, pour autant que la loi contrôlée possède une portée générale et impersonnelle, le jugement qui la déclare licite ou illicite possède lui-même une portée générale et non pas relative à la seule personne du requérant. Dans les catégories ordinaires (et mal adaptées) du droit civil, la situation tend donc nécessairement du côté de ce qu'il est convenu d'appeler une autorité *absolue* de chose jugée.

6. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975 IVG, *Rec. CC*, p. 19.

dire, fait eau de toute part. Pour au moins deux raisons. La première tient à sa dimension exagérément formaliste. Les actes juridiques – ou les « sources », si l'on tient à ce terme – sont sans nul doute distincts, mais les normes qui sont véhiculées par ces actes et constituent les droits et les obligations protégés ne le sont pas forcément⁷. Chacun sait par exemple que, au moins nominalement, les droits prescrits par le Préambule de la Constitution française recourent la plupart de ceux que proclame la Convention européenne des droits de l'homme. Et l'on sait *a fortiori*, sur le terrain pratique, que si rien n'exclut que l'égalité, la sûreté ou la liberté reconnues çà et là fassent l'objet d'interprétations différenciées de la part des juges qui sont appelés à en connaître, rien n'exclut non plus que tel ne soit pas le cas⁸. En outre, le développement assez intensif d'une politique de défense des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés s'opère forcément sur la base de normes très proches de celles que garantissent et le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme⁹. Sur le fond – où se situe l'essentiel –, l'espace sécant des droits gardés par les divers juges à l'intérieur de l'Europe est proprement gigantesque.

La deuxième raison d'entretenir beaucoup de défiance vis-à-vis d'une vision trop formaliste de la question des normes imposées au législateur tient à l'évolution même du droit européen et à l'apparition d'un brouillage croissant entre les champs de compétence respectifs des Cours de Strasbourg et de Luxembourg. La possible signature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne irait tout droit dans ce sens. Surtout si elle conserve le type d'architecture que lui confère le projet définitif transmis le 28 juillet 2000 par le présidium de la Convention *ad hoc*¹⁰. Car celui-ci prévoit (art. 49) sa propre applica-

7. Sur la distinction entre l'acte et la norme, que l'on doit notamment à Hans Kelsen et à Charles Eisenmann, on se permettra de renvoyer à Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

8. On ne voit d'ailleurs pas très bien pourquoi cela devrait être le cas vu les liens historiques et philosophiques qui unissent ces deux temps et ces deux espaces de l'affirmation des droits de l'homme.

9. Sur la question, voir les travaux de Frédéric Sudre, « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, p.100, Frédéric Sudre, Sabrina Quélien, Nicolas Rambion, Caroline Salviejo, *Droit communautaire des droits fondamentaux. Recueil de décisions de la CJCE*, Bruxelles, Bruylant, 1999, et la chronique annuelle de droit communautaire des droits fondamentaux à la *RTDH*, 1998, p. 676, 1999, p. 487, 2000, p. 504.

10. Le projet, « accepté comme définitif » au sommet de Biarritz des 13-14 octobre 2000 et « approuvé » par le Parlement européen le 14 novembre 2000, est disponible sur le site www.legifrance.org.

bilité aux États membres, bien que ce soit « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (ce qui ne restreint pas grand-chose). Et il prescrit en outre (art. 50), que les droits proclamés « qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par celui-ci » – ce qui semble, en soi, imposer la pleine justiciabilité de ces droits devant la Cour de justice même si ce point reste officiellement suspendu à une prochaine décision politique – peut-être lors du Conseil européen de Nice. Si l'on ajoute à cela que ladite Charte s'avance profondément dans certains domaines à haute densité constitutionnelle (droits sociaux, questions de citoyenneté, d'administration publique, etc.), on comprend vite à quel point la dynamique actuelle pousse dans le sens d'une compénétration de plus en plus forte, en Europe, des droits protégés et/ou des domaines faisant l'objet d'une garantie juridique.

111

Si, sous le bénéfice d'un inventaire auquel il n'est pas possible de se livrer ici, l'on admet que cette correspondance (ou à tout le moins cette proximité) matérielle des « causes juridiques » n'a rien d'une vue de l'esprit, il reste, pour avérer le conflit potentiel des choses jugées, à s'assurer de l'identité d'objet des procès en question, et donc à s'interroger sur l'existence partagée d'un pouvoir de juger la loi. Et cela crée finalement moins de difficulté qu'il n'y paraît à première vue.

Identité d'objet

Juge-t-on la loi ailleurs qu'au Conseil constitutionnel ? Il n'est pas douteux qu'on le fasse devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire. L'exception d'inconventionnalité qui se déroule devant eux n'annule pas la loi exceptée, mais elle en interdit bel et bien l'application au terme d'une démarche visant à établir sa contravention à l'engagement international mis en cause. Ainsi ces procès reposent sur le pouvoir que détient le juge ordinaire de réprimer, par une voie d'autorité qui lui appartient en propre, une violation de la hiérarchie des normes : ils prononcent, sans la moindre équivoque, un jugement sur la loi. Examinons s'il en va de même du côté des Cours européennes.

C'est d'emblée le cas des arrêts de la Cour de justice statuant sur un manquement de la France¹¹. Le recours en manquement, qui peut être

11. Au sein des nombreux recours possibles devant la CJCE, le recours en manquement nous intéresse ici au premier chef, puisque c'est lui qui vise à réprimer, à l'instigation de la Commission ou d'un autre État membre, la violation des règles communautaires par les États

défini comme celui visant à sanctionner « le fait pour un État membre d'édicter ou de maintenir une législation ou une réglementation incompatible avec le traité ou le droit communautaire dérivé, soit l'inexécution par cet État, voire l'exécution incomplète ou tardive, d'obligations qui lui sont imposées par les règles communautaires¹² », aboutit en effet à réprimer effectivement l'action ou l'abstention illicite de l'un quelconque des organes normatifs de l'État.

Pour la compréhension de cet état du droit, le problème vient de ce que l'autorité de l'arrêt de manquement peut paraître sujette à caution. Bien que l'ancien article 187 CEE attribue une pleine « force exécutoire » à l'ensemble des arrêts de la CJCE, la sanction spécifique du manquement semble en effet rester assez platonique¹³. C'est en tout cas ce que l'on est tenté de déduire du fait que l'arrêt se voit reconnaître dans ce cas une portée simplement déclaratoire¹⁴.

Mais il ne faut pas s'arrêter là. Pour au moins deux raisons. D'une part, ce concept d'effet « déclaratoire » ne signifie en rien que la sentence serait dépourvue d'autorité normative, mais simplement qu'elle n'a pas pour conséquence d'annuler l'acte interne situé à l'origine du manquement. L'illicéité fait sans doute l'objet d'une simple « constatation », mais l'État n'en est pas moins « tenu » de « prendre les mesures » utiles à l'exécution de l'arrêt (ex-art. 171). En théorie tout au moins, il dispose donc seulement du choix des moyens utiles pour assurer la correcte application de la sentence et faire cesser l'irrégularité, mais la fin de son action demeure hors de son empire. Ainsi l'obligation d'exécuter l'arrêt de manquement est-elle, depuis le début, inscrite au cœur du droit communautaire, même si, au moins jusqu'au traité de Maastricht, elle était entachée d'une infirmité procédurale grave : aucune sanction spécifique n'étant associée à l'irrespect du jugement, la violation de l'arrêt de la Cour ne pouvait déboucher que sur l'engagement, par la Commission, d'une nouvelle procédure de manquement justifiée par

eux-mêmes, dans leurs activités matérielles comme dans leurs activités normatives. C'est donc dans ce contexte procédural que la correction juridique de la loi parlementaire est susceptible de se trouver le plus directement placée sur la sellette.

12. Conclusions de l'avocat général Mayras s/CJCE, aff. 69/72, 8 février 1973, « Commission c. Italie », *Rec.*, p. 117.

13. Art. 171 : « Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. »

14. Selon la formule même de la Cour : CJCE, 16 décembre 1960, « Humblet », aff. 6/60, *Rec.*, VI, p. 1145.

cette violation d'une obligation communautaire. Nul doute qu'il s'agisse là d'une forte carence de l'effectivité internationale de ce mécanisme. Mais, outre qu'elle a en partie pris fin comme on va le voir ci-après, elle ne nie pas le caractère obligatoire de la sentence. Bien au contraire, elle le renforcerait plutôt ; mais dans le for interne cette fois.

C'est en effet dans le domaine de son application par les juges nationaux que ce caractère impératif de la sentence européenne est normalement le plus accusé. La chose est parfaitement logique si l'on entend bien que la mise en conformité du droit national aux dispositions normatives de l'arrêt de la Cour est largement conçue comme une affaire d'État. À partir du moment où le manquement affecte la bonne application d'une règle communautaire directement applicable, ce sont surtout les nationaux de l'État blâmable qui se voient illicitement privés des effets de ladite règle. En tant qu'ils avaient droit à son application, ils ont donc vocation à faire respecter les dispositions de l'arrêt qui révèlent et condamnent cette violation. La jurisprudence de la Cour de justice va d'ailleurs dans ce sens. L'arrêt « Commission c. Italie » pose ainsi que, « s'agissant d'une règle communautaire directement applicable, la thèse selon laquelle il ne saurait être mis fin à sa violation que par l'adoption de mesures constitutionnellement appropriées pour abroger [la disposition incriminée] reviendrait à l'affirmation que l'application de la règle commune est subordonnée au droit de chaque État membre [...]. Qu'en l'occurrence, l'effet du droit communautaire tel qu'il a été constaté avec autorité de chose jugée [...] impliquait pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité, et, le cas échéant, obligation de prendre toutes mesures pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire¹⁵ ». Et l'on retrouve la même idée dans un arrêt plus récent : « Tous les organes de l'État membre concerné ont l'obligation d'assurer, dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution de l'arrêt de la Cour. Dans le cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives d'un État membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause [...]. Les juridictions de l'État concerné ont, de leur côté, l'obligation d'assurer le respect de l'arrêt dans l'exercice de leur mission [...] au cas où la Cour a établi un man-

15. Aff. 48-71, 13 juillet 1972, *Rec.*, p. 536.

quement de l'État membre [...], il incombe au juge national, en vertu de l'autorité qui s'attache à l'arrêt de la Cour, de tenir compte, s'il y a lieu, des éléments juridiques fixés dans celui-ci en vue de déterminer la portée des dispositions du droit communautaire qu'il a mission d'appliquer¹⁶. » D'où s'ensuivent deux enseignements. En premier lieu, la Cour prône ouvertement une applicabilité de substitution, voire d'exclusion des règles internes illicites au profit du droit communautaire directement applicable lorsque sa violation est révélée par un arrêt de manquement. En second lieu, c'est bien l'arrêt de la Cour qui fait autorité, et pas seulement la norme communautaire dont il sanctionne la violation¹⁷. Il a pour effet de prohiber l'application ou le maintien de l'acte juridique reconnu illicite, et d'indiquer en quel sens la règle communautaire doit être mise en œuvre¹⁷. L'irrespect de ses prescriptions prive ainsi les sujets d'un droit, et pourrait constituer une faute si un préjudice en résultait¹⁹.

La deuxième raison de ne pas douter que l'arrêt de manquement opère un jugement de la loi tout à fait respectable tient à l'évolution même du droit communautaire. La rédaction de l'article 171 issue du traité de l'Union (actuel art. 228) dote en effet la Cour du pouvoir de condamner l'État au paiement d'une astreinte en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son arrêt. Il reste acquis, bien sûr, qu'aucune voie d'exécution internationale n'existe à l'appui de cette disposition²⁰, mais la Communauté européenne se veut tout de même un univers de

16. CJCE, 14 décembre 1982, « Procureur de la République c. Alex Waterkeyn et autres » (aff. 314, 315, 316/ 83, 83/82, *Rec.*, 1982, p. 4337).

17. La décision « Waterkeyn », précitée, est ainsi très explicite à considérer que les « éléments juridiques » de la sentence, en tant qu'ils déterminent par eux-mêmes la portée du droit communautaire, sont directement applicables par le juge national.

18. La Cour ne se prive d'ailleurs pas de renforcer cette « orientation » très directive lorsque, saisie d'un renvoi préjudiciel sur l'interprétation d'un arrêt de manquement, elle indique la marche à suivre de façon très détaillée (voir là-dessus, Denys Simon, *op. cit.*, p. 446).

19. Par voie de conséquence, c'est dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique que le juge national est le plus facilement amené à assurer le respect de l'arrêt de manquement. Cela se déduit tout autant d'une bonne logique que de la jurisprudence de la Cour depuis son arrêt CJCE, 19 novembre 1991, « Francovitch et Bonifaci », C-6/90 et C-9/90. De même, dans l'arrêt « Commission c. Allemagne », 12 juillet 1983 (aff. 70/72, p. 183), la Cour renvoie-t-elle aux autorités nationales le soin « d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées ou futures ».

20. Pour une étude détaillée de l'état actuel du mécanisme, voir le commentaire de l'article 171 par Dominique Ritleng, dans Vlad Constantinesco, Robert Kovar et Denys Simon (dir.), *Traité sur l'Union européenne*, Économica, 1995, p. 571, Denys Simon, *Le Système juridique communautaire*, PUF, 1997, p. 445 *sq.* Jean Boulouis, et Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 1997, p. 285, etc.

droit, où l'on affecte de ne pas considérer comme forcément souhaitable de chiffonner les jugements rendus contre soi. L'expérience a d'ailleurs montré que la menace de ces condamnations sous astreinte emportait de très bons effets prophylactiques²¹. La transposition forcée, par le biais d'un substantiel enrichissement du Code civil, de la directive « produits défectueux », tient même lieu à cet égard d'un exemple saisissant.

Au total, la sanction juridictionnelle d'un manquement communautaire imputable au législateur français peut se résoudre en une pure et simple obligation juridique d'abroger ou de modifier la loi, et, le cas échéant, de reconstruire les situations juridiques antérieurement affectées par ce manquement²². Nous sommes loin de la recommandation : en pleine chose jugée.

Certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme possèdent un effet comparable. Mais il faut accepter de passer un peu au-delà des premières apparences – et un peu au-delà aussi de la dogmatique usuelle – pour en prendre la mesure.

La finalité du recours devant la Cour de Strasbourg est au moins similaire à celle des recours en manquement devant la CJCE en ceci que l'un comme l'autre tendent à avérer une violation de la règle internationale par un organe de l'État, quelles que soient les modalités – matérielles ou juridiques – de cette violation.

L'effet du recours n'est pas très éloigné non plus. Les États membres se voient assujettis à l'obligation « de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties » (art. 53), étant bien entendu que l'arrêt se présente « déclaratoire pour l'essentiel²³ », là aussi, et donc inapte à abroger ou à modifier par lui-même une règle nationale.

21. Pour une évaluation de cette efficacité, voir le Rapport sur le contrôle de l'application du droit communautaire par les États membres annuellement présenté au Parlement européen et publié au *JOCE*, et la synthèse du rapport 1998, par Denys Simon, *Europe*, janvier 2000, n° 16.

22. En ce sens, Denys Simon, *Le Système juridique communautaire*, op. cit. p. 449.

23. Selon l'élégante terminologie de la Cour européenne dans son célèbre arrêt « Marckx » du 13 juin 1979 (§ 58). L'article 50 de la Convention emploie expressément cette notion de « déclaration ». Quant au correctif « essentiel », il s'explique, dans l'économie de la décision, par un souci de réalisme de la part de la Cour : les États ont sans doute le choix des moyens pour satisfaire à l'obligation qui est la leur, mais il n'en reste pas moins que « la décision produira fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et donc dans les mesures individuelles d'exécution » (id.). En clair, la liberté de choix des moyens est limitée : il faudra bien faire cesser l'illicéité à sa racine.

C'est quant à sa portée que la décision de la CEDH montre une spécificité plus accusée, tout au moins si l'on s'en tient à considérer ses sentences rendues sur requête individuelle. À la lettre, l'autorité de l'arrêt se veut en effet plus strictement relative aux parties en litige²⁴. Dans ce cas, la Cour de Strasbourg a fondamentalement reçu mission de juger un cas d'espèce, et donc de sanctionner *intuitu personae* la violation d'un droit subjectif²⁵, et cela semble éloigner la perspective d'un jugement de la loi. Mais c'est précisément sur ce point qu'il faut à nouveau s'affranchir un peu d'une lecture trop scolastique de l'état du droit. Pour deux types de raisons.

116 La première tient au terrain conquis par la Cour dans le domaine. Y compris dans le cas des sentences sur requête individuelle, ses arrêts sont de plus en plus clairs à mettre en cause les normes générales de l'État, et non seulement l'application dont elles font l'objet²⁶. Cela peut être parfaitement explicite²⁷, ou ne l'être pas totalement²⁸, mais il n'en reste pas moins que l'État voit assez souvent condamner sa propre législation lorsque c'est elle qui induit ou constitue une violation de la Convention.

La deuxième raison de douter que l'arrêt de la Cour soit cantonné à la satisfaction d'un intérêt strictement subjectif, insusceptible de déboucher sur la mise en cause directe de la loi, tient à l'impossibilité, logique et empirique, d'un tel cantonnement. Par cela même que la Cour a reçu mandat pour connaître de toutes les violations, matérielles et normatives, de la Convention, elle a forcément été investie du pouvoir d'examiner le point d'origine de l'illicéité commise par l'État. Cela emporte donc qu'elle dispose d'un titre égal pour pointer l'inconventionnalité d'un comportement (policier, par exemple), l'inconvention-

24. Voir Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 4^e éd. 1999, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 1989, p. 206, et, de ce même auteur, le fascicule 6510 du juriscasseur *Europe*, etc.

25. Pour une analyse détaillée, voir Frédéric Sudre, *op. cit.*, p. 407, Johan Callewaert, art. 53, dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 2^e éd., 1998.

26. Pour un exemple récent et très parlant relativement au sort successoral que le Code civil réserve à l'enfant adultérin, et à sa mise en cause très directe par la Cour, voir CEDH, 1^{er} février 2000, « Mazurek c. France », req. 34406/97.

27. Voir, par exemple, la rédaction de l'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire linguistique belge (série A, n° 5) ou de l'arrêt « Dudgeon c. Royaume-Uni », 22 octobre 1981 (série A, n° 45), où il est dit que c'est « l'article 11 de la loi [...] qui viole par lui-même le droit au respect de la vie privée [et que c'est] par son maintien en vigueur que la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice [de ce droit] ».

28. Voir les exemples cités par Gérard Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 210.

nalité d'une norme d'application concrète (acte administratif ou jugement) ou l'inconventionnalité primaire d'une loi ou d'un acte administratif général.

L'obligation d'exécuter l'arrêt « de bonne foi²⁹ » emporte ainsi nécessairement que l'on doive : 1. considérer, comme y invite la Cour, que les motifs de la sentence qui forment le « soutien nécessaire » du dispositif soient armés d'une pleine autorité de chose jugée, et 2. admettre qu'une obligation d'abroger ou de modifier la norme viciée – si c'est bien une norme qui porte ce vice – puisse parfaitement résulter desdits motifs. Cela va de soi pour la plupart des jugements rendus sur requête étatique : à partir du moment où un État en attaque victorieusement un autre, motif pris de l'inconventionnalité de l'une de ses règles de portée générale, il va presque sans dire que la régularisation de sa situation passe par les fourches caudines d'une modification de cette règle. Mais la situation n'est pas fondamentalement différente s'agissant de certaines sentences sur requête individuelle : à partir du moment où la Cour y pointe que la situation faite au requérant n'est illicite que parce que l'État lui a fait application d'une loi ou d'un règlement illicites, l'exécution de son arrêt ne sera jamais ni totale, ni correcte, ni menée de bonne foi tant que la norme en cause n'aura pas été modifiée. Pour autant que la Cour ait effectivement été amenée, par la situation, à statuer *in abstracto*, il faut convenir qu'une sorte d'autorité absolue de chose jugée doit abstraitement appuyer son arrêt, lequel devient opposable à tous, fût-ce à l'intérieur du for étatique³⁰. Il s'ensuit donc à nouveau que l'exécution valable d'un tel arrêt rendu « contre » la loi appelle, à la charge du législateur, une obligation de la modifier, et à la charge des autorités d'application de cette loi, une obligation de ne pas l'appliquer.

117

Multiplication des jugements sur la loi il y a bien, et avec elle, concurrence d'obligations juridiques virtuellement incompatibles. Il faut donc se demander jusqu'où ce conflit peut se résoudre.

29. Selon la Cour, « il s'ensuit qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci », 24 juin 1993, « Papamichalopoulos ».

30. L'État conserve le choix des moyens pour parvenir à cette fin. Mais, en bonne logique, les sujets nationaux doivent, en cas d'inertie de sa part, pouvoir tirer d'une telle sentence le droit d'exiger sinon l'abrogation, tout au moins la mise à l'écart de la règle reconnue inconventionnelle dans les litiges les opposant à ce sujet à la puissance publique. Le respect de la sentence, imposé par le traité, passe sans doute par cette issue.

EN QUOI LE CONFLIT N'EST PAS SOLUBLE

Il faut partir d'un constat simple : considéré selon l'angle de vue d'un pays dont l'obédience moniste étatique peut difficilement se discuter³¹, le fondement de l'application interne du droit international réside dans la Constitution, et nulle part ailleurs. Sur ces bases, c'est aussi dans la Constitution que l'on doit chercher à fonder l'autorité des jugements rendus directement applicables et obligatoires par le traité qui les institue et les rend possibles : l'irrespect des dispositions pertinentes d'une sentence internationale doit s'analyser comme une violation du traité qu'elle protège, dès lors que ce traité prescrit lui-même à l'État de respecter cette sentence, y compris dans les rapports qu'il entretient avec ses propres sujets de droit interne³². Le statut juridique et, pour ainsi dire, la possibilité d'un jugement européen de la loi française apparaissent donc entièrement déterminés par l'article 55 de la Constitution.

118

Du côté français, ce même article 55 fonde l'autorité des sentences judiciaires ou administratives françaises qui, par voie d'exception, déclareraient une loi inconstitutionnelle. Quant au Conseil constitutionnel, il faut chercher sa situation à l'article 62-2 : postulant « qu'aucune disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application », ses décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Cela admis, une première question se pose sur le point de savoir ce qu'il doit advenir d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, mais dont un autre juge, français ou européen, relèverait l'inconstitutionnalité internationale sur le fondement d'une disposition matériellement très proche de celle dont le juge du pavillon

31. Entendons par là que la Constitution y prévaut toujours sur le traité, notamment parce qu'une exigence de type logique y semble exclure que des autorités publiques créées et investies par la Constitution puissent se placer au-dessus de ladite Constitution en la soumettant, sans aucun titre exprès pour ce faire, à des règles qu'elles auraient elles-mêmes édictées sur la scène internationale. Sur ce point, on se permettra de renvoyer à notre ouvrage, *Hiérarchie des normes et Hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Économica, 1996. Il est à peine nécessaire de rappeler, en outre, que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation, refuse aujourd'hui toute idée de dérogation internationale à une règle constitutionnelle. La considérable littérature qu'a suscitée la jurisprudence « Koné/Sarran » en tient lieu de démonstration.

32. Sans cela, le jugement devrait être tenu pour facultatif, ce qui, au regard de la notion juridique d'un jugement, constitue une pure contradiction dans les termes.

Montpensier aurait explicitement dit ne pas avoir été violée³³. Et elle revient à se demander ce que doivent juridiquement faire les citoyens et les autorités publiques françaises à l'heure de mettre en œuvre une loi dont l'application est dite ici obligatoire, et là impossible³⁴. Une deuxième interrogation porte sur la manière de gérer la difficulté qui naîtrait d'une éventuelle autre discordance, entre la CEDH et la CJCE, cette fois, sur la correction juridique de la même loi, de nouveau considérée en regard de normes de référence matériellement similaires³⁵.

Or l'on ne voit pas bien comment, ici ou là, une solution juridiquement heureuse pourrait être trouvée. Le premier cas de figure – celui d'un conflit entre sentences internes et/ou entre sentences internes et européennes – met en contradiction au moins deux exigences constitutionnelles³⁶ : celle, prescrite à l'article 55, qui impose de respecter les traités et donc les jugements européens rendus directement applicables et obligatoires par ces traités, et celle, prévue à l'article 62.2, qui commande l'obéissance aux décisions du Conseil constitutionnel – décision de conformité comprises³⁷. Or on ne conçoit rien qui permette de hiérarchiser ces prescriptions, ni même de régler leur friction en supposant leur égalité de rang hiérarchique : il s'agit de deux normes pourvues du

119

33. Pour aller vite, cette présentation passe sur plusieurs difficultés : le caractère décidable, ou non, de l'identité matérielle des normes de référence de ces jugements, par exemple, ou encore le point de savoir si, et dans quelle mesure, la décision de conformité du Conseil constitutionnel doit aussi valoir brevet implicite de conformité de la loi aux dispositions de la Constitution dont le respect n'est pas expressément discuté, etc.

34. Faute de place, on traitera aussi par préterition le thème de l'étendue exacte, c'est-à-dire du nombre de destinataires, d'une déclaration d'inconventionnalité internationale de la loi par le juge ordinaire français.

35. À qui voudrait voir dans tout cela quelque hypothèse de science-fiction, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire « Zielinski, Pradal et Gonzalez c. France », du 28 octobre 1999 (req. 24846/94, 34165/96 et 34173/96), a récemment conclu à l'inconventionnalité d'une loi de validation dont le Conseil constitutionnel avait pourtant dit la parfaite correction juridique.

36. Toujours faute de place, on ne s'avancera pas non plus à mettre sur la table le thème du fondement de l'autorité propre des sentences du juge « ordinaire » français. Tout au plus conviendra-t-on quand même que ce fondement n'est pas étranger, lui non plus, à la Constitution, le statut comme l'environnement – constitutionnels – de l'action desdits juges imposant assez clairement qu'il en aille ainsi.

37. Il suffit de broder un petit scénario de prolongement d'une affaire du type « Zielinski/Pradal » pour se convaincre de la plausibilité du problème : à supposer que le législateur ne refasse pas sa loi de validation et qu'elle demeure en vigueur, une administration ou un juge saisis à cet effet doivent-ils continuer à l'appliquer, ou doivent-ils, au contraire, se saisir de sa déclaration européenne d'inconventionnalité (en plus de cette inconventionnalité elle-même) pour écarter son application et/ou reprendre les choses dans l'état où elles étaient avant que cette loi ne soit promulguée ?

même statut constitutionnel, à quoi aucune différenciation chronologique (*lex posterior*) ou logique (*lex specialis*) ne peut raisonnablement s'appliquer. De même n'est-il pas vraiment concevable d'invoquer la suprématie de la Constitution sur le traité pour régler le problème : au premier plan tout au moins, la question qui se pose ici n'est justement pas de savoir si l'on doit, ou non, préférer la Constitution, mais de savoir en vertu de quoi un choix de faveur pourrait être effectué *entre deux prescriptions constitutionnelles*, au surplus très comparables, dans leur nature comme dans leur contenu. Or l'on sait bien que, pour un juriste positiviste conséquent – c'est-à-dire allergique à la notion d'une supra-constitutionnalité –, cette question ne reçoit tout simplement pas de réponse générale.

120 Le second cas de figure – celui du conflit matériel de deux sentences européennes – n'est pas beaucoup plus confortable : jusqu'ici, tout a été fait, ou presque, pour que le problème ne se pose pas, et c'est même un des effets induits par la non-adhésion de la communauté à la Convention EDH que d'avoir entretenu l'idée d'une telle impossibilité³⁸. Au surplus, il faut compter avec le fait que les deux traités en question obligent, à peu près exactement dans les mêmes termes et avec la même intensité, les États membres à respecter les jugements rendus contre eux. Quadrature du cercle, *ipso facto*, car l'État peut se retrouver pareillement obligé au respect de deux sentences contradictoires.

Les voies théoriques d'une résolution proprement dite de cette double équation tiennent toutes du bricolage. *De lege ferenda*, les enthousiastes de la défense orthodoxe du droit pourraient, par exemple, songer à préférer par principe les jugements de non-conformité aux jugements de conformité, postulant que ceux-ci ont su déceler un vice que ceux-là n'aurait pas eu la présence d'esprit ou la justesse de vue de savoir mettre en évidence. Mais les plus cyniques objecteront, non sans quelque raison, que rien de bon ne se profile à l'horizon de la course à l'activisme qu'un tel système de préférence ne manquerait pas d'entraîner, et préféreront la solution inverse. Et puis, un moment viendra tou-

38. Il n'est aucunement certain, par-dessus le marché, que la possible Charte européenne des droits fondamentaux, qui, dans son actuel article 50, envisage de manière expresse un aménagement des contrariétés entre la CJCE et la CEDH sous la forme d'une invitation faite à la CJCE de conférer aux droits de la Charte un sens et une portée similaires à ceux que leur donne la CEDH, parvienne à une résolution du problème. Même pour le plus dogmatique des rebelles à la théorie réaliste de l'interprétation, la « contrainte » dont il s'agit apparaît en effet comme dérisoire, tant il est loisible à la Cour de Luxembourg de jouer comme elle l'entendra sur cette idée de similitude, voire de dénier l'existence même du conflit de normes.

jours où l'on devra dire qui l'on veut élever au pinacle, et non pas quoi. La porte s'ouvrira alors à la manifestation la plus pure des grandes oppositions idéologico-politiques applicables à ce genre d'embrouillamini, à savoir notamment : nationalisme c. européenisme, et solidarité ouest-européenne c. pan-européanisme³⁹. Autant dire qu'on aura à peu près renoncé à argumenter juridiquement l'affaire à ce moment précis⁴⁰, CQFD.

La même conclusion s'applique à la « solution » consistant à traiter le problème de telle manière qu'il ne se pose pas. Car – l'espoir aidant à vivre – on peut effectivement envisager que le conflit soit aboli ou dénié, soit par un effet d'autolimitation du juge statuant en second – qui s'arrangerait pour ne jamais contrarier les termes ou l'esprit des sentences déjà rendues sur la même loi –, soit par la généralisation, entre les mains des autorités d'application de ces sentences (et donc aussi des juges internes), de pratiques de conciliation, plus ou moins systématique, de leurs significations comme de leurs impacts.

121

Certains, on le sait, envisagent ces voies avec d'autant plus de facilité qu'elles s'inscrivent dans la perspective, évidemment souhaitable, d'une harmonie générale des rapports entre les juges. L'option fait en outre l'objet d'une certaine faveur doctrinale sous les espèces du progrès que représenterait, en soi, la prise de distance avec l'imaginaire réputé trop hiérarchique du droit moderne au bénéfice de principes plus horizontaux d'aménagement des conflits⁴¹.

De nouveau, cependant, il importe de ne pas minorer les enjeux et la portée de ce problème général des rapports de bon voisinage entre les

39. Il est également concevable, bien sûr, que l'on choisisse de faire triompher un jugement sur un autre au titre d'un choix stratégique. Ce serait le cas, par exemple, d'une décision du gouvernement français tendant à ne pas exécuter une sentence européenne, le cas échéant en acceptant les risques, politiques et éventuellement financiers de cette option. Pratiquée, certes, cette manière de faire excède au demeurant les limites de la présente réflexion : nul ne disconvient que les choses puissent se passer ainsi en fait, mais la « solution » dont il s'agit ne s'en présente pas moins comme illicite. Or c'est bien l'identification d'une technique juridiquement correcte qui nous intéresse ici, et non la connaissance des pratiques plus ou moins déviantes auxquelles se livrent les États.

40. Une exception relative pourrait concerner le divorce entre les systèmes de contrôle *concret*, c'est-à-dire déclenchés par un *cas* individuel litigieux, et les systèmes de contrôle *abstrait*, où le procès est directement fait à la loi, la plupart du temps à l'instigation d'une autorité publique. Mais, pour juridiquement argumentable qu'elle soit, la préférence à donner à l'une ou à l'autre de ces options n'en reste pas moins beaucoup trop discutée pour apparaître comme franchement décidable *a priori*.

41. Voir, par exemple, en ce sens Mireille Delmas-Marty, *Vers un droit commun*, Seuil, 1994, p. 223 *sq.*

juges. À qui veut bien prendre acte, ne serait-ce qu'à la marge, de ce qu'apporte la théorie contemporaine du langage à la compréhension du droit⁴², il apparaîtra en effet que l'action de concilier des normes ne se conçoit que dans le contexte d'une opération purement herméneutique, très créative, qui requiert *sine qua non* que le conciliateur veuille concilier. Elle repose sur une (bonne) volonté, s'analyse en une décision, et possède par-là l'exacte nature d'un choix politique. Il n'existe, de ce point de vue, aucune différence de nature entre la décision de concilier (ou de choisir, lorsqu'on est juge en second, de ne pas entrer en conflit avec celui qui a statué avant soi – tout cela revenant au même), et la décision ne pas le faire, qui suppose la manifestation plus ou moins brutale d'une revendication d'autorité et surtout d'autonomie dont on sait qu'elle est en quelque sorte inscrite au cœur de l'idée même de juger. Et c'est précisément cela qui nous ramène à notre point de départ : puisque la question du primat de tel ou tel ne peut se poser autrement que dans les termes d'un choix politique, il faut choisir politiquement de laisser ou de ne pas laisser aux juges le soin de la résoudre eux-mêmes. Et si, fort d'une volonté banale de s'en tenir aux plus grosses branches de l'idée démocratique, l'on pense que cela ne doit pas être leur affaire, il devient vital – *a fortiori* en regard des enjeux européens du sujet – que le politique se charge, seul, de dire à qui doit être laissé le dernier mot : la souveraineté, en d'autres termes.

42. Voir les travaux de Michel Troper et de Olivier Cayla.

R É S U M É

Un postulat assez répandu veut que les Cours européennes ne soient pas juges de la loi française. Un examen critique montre que, d'un strict point de vue juridique, il n'en va pas ainsi et qu'une rude concurrence oppose, au moins potentiellement, les diverses classes de juges français et européens sur cet objet. Par-dessus le marché, le droit français semble ne pas offrir les ressources utiles à la résolution d'un tel conflit des sentences. Pour cette raison, mais aussi en considération des enjeux politiques, théoriques et symboliques d'une discordance des jugements sur la loi, cet article veut plaider contre l'abandon aux seuls juges du pouvoir de décider ce qu'il convient de faire dans ce domaine, et donc en faveur d'une complète re-politisation de la discussion à ce propos.