

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXIV

1993

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR JORGE MIRANDA

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL

Prof. DOUTOR DUARTE NOGUEIRA

Mestre RUI CARLOS PEREIRA

Mestre TERESA LUSO SOARES

Mestre LUÍS MÁXIMO

Mestre JORGE BACELAR GOUVEIA

I. Estudos

ANTONIO LA PERGOLA — <i>L'unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione</i>	9
JEAN-CLAUDE GAUTRON — <i>Remarques sur une discontinuite historique: La jurisdiction entre le droit revolutionnaire et le droit europeen</i> ...	39
LOURIVAL VILANOVA — <i>Política e direito — relação normativa</i>	53
JORGE MIRANDA — <i>Les fondements constitutionnels de l'organisation economique</i>	63
SÉRVULO CORREIA — <i>Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal</i>	87
ANTÓNIO VITORINO — <i>Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: Concorrência ou complementaridade</i>	111
JORGE BACELAR GOUVEIA — <i>A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal</i>	181
SÉRGIO GONÇALVES DO CABO — <i>A delimitação de sectores na jurisprudência da comissão e do tribunal constitucional</i>	239

II. Vida da Faculdade

Nos 80 anos da Faculdade

— INOCÊNCIO GALVÃO TELLES.....	341
— JORGE MIRANDA	351
ARMANDO MARQUES GUEDES — <i>Doutoramento honoris causa de Antonio la Pergola</i>	361

PEDRO SOARES MARTÍNEZ — <i>Doutoramento honoris causa de Maurice Allais</i>	365
JORGE MIRANDA — <i>Apreciação do curriculum vitæ do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho</i>	372
ANTÓNIO LUCIANO PACHECO DE SOUSA FRANCO — <i>Relatório curricular sobre a actividade económica exercida como Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	387
JORGE MANUEL MOURA LOUREIRO DE MIRANDA — <i>Relatório da actividade pedagógica e científica no período de 1988 a 1993</i>	412
<i>No 10.º aniversário da morte do Prof. Doutor João de Castro Mendes</i>	436
<i>Protocolo relativo ao apoio à Faculdade de Direito de Bissau</i>	438
<i>Convénio entre as Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Eduardo Mondlane</i>	443
<i>Regulamento de doutoramentos da Universidade de Lisboa</i>	447
<i>Normas relativas à concessão do grau de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa</i>	460
<i>Regulamentos do mestrado</i>	462
<i>Plano de desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa até ao final da década</i>	477
JORGE MIRANDA — <i>Mestrados em ciências jurídico-criminais e em ciências jurídico-civilísticas</i>	482
JORGE MIRANDA — <i>Sobre as propinas universitárias</i>	484
JORGE MIRANDA — <i>Carta ao reitor</i>	501
<i>Regime de prescrições</i>	503
<i>Revisão de provas escritas</i>	506
<i>Revisão de provas escritas</i>	508

ÍNDICE	519
<i>Intervalo entre os resultados das provas escritas e as provas orais.....</i>	509
<i>Aulas teóricas suplementares.....</i>	510
JORGE MIRANDA — <i>Declaração de voto.....</i>	511

REMARQUES
SUR UNE DISCONTINUITÉ HISTORIQUE:
LA JURIDICTION ENTRE LE DROIT RÉVOLUTIONNAIRE
ET LE DROIT EUROPÉEN

Par *Jean-Claude Gautron* (*)

Il ne s'agit en aucune manière de dégager la marque des incidences politiques ou constitutionnelles de la Révolution française dans le droit européen contemporain, mais bien de dégager une zone de confrontation entre l'héritage révolutionnaire et le droit public européen contemporain. Nous avons choisi d'illustrer ce propos à travers une analyse des ambiguïtés de la juridiction.

Pour bien interpréter l'apport spécifique des Communautés européennes, et notamment de la Cour de justice des Communautés, à la juridiction, il convient de retracer les incertitudes qui ont pesé, dans des sens parfois contradictoires, sur la conception révolutionnaire de la juridiction. De ces ambiguïtés découle dans l'ordre interne français une tradition juridictionnelle dont l'élément principal a été la constante dépendance à l'égard de la loi,

(*) Jean-Claude Gautron, professeur da Universidade de Bordéus. Presidente da Comissão pour l'étude des Communautés européennes (C.E.D.E.C.E.).

étayée par la faiblesse des conceptions constitutionnelles dominantes relatives au pouvoir judiciaire. De manière paradoxale, les exigences du droit communautaire contemporain et la jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg ont provoqué une relecture du rôle des juridictions françaises et une rupture des conceptions en usage chez le juge au regard de la loi et des traités internationaux.

I. Les incertitudes de la conception révolutionnaire de la juridiction

La tradition constitutionnelle française, héritée de la Révolution, est de ne contenir que de prudentes références à la notion de «pouvoir judiciaire», voire même au mot «juridiction». Cette longue tradition est confirmée par le texte de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui comporte un titre VIII intitulé «De l'autorité judiciaire». Un siècle et demi auparavant, la Constitution des 3 et 14 septembre 1791 comportait 27 articles sur le pouvoir judiciaire mais aucune référence textuelle à la «juridiction». Et si la loi des 16 et 24 août 1790 se réfère à deux reprises à la «juridiction», le terme désigne beaucoup plus les tribunaux que la fonction juridictionnelle proprement dite. Il est donc très difficile de soutenir, comme cela fut écrit à maintes reprises dans des traités de droit constitutionnel au XIX^e et même au XX^e siècle, que le droit révolutionnaire a reçu la leçon de Montesquieu par qui — il convient de le rappeler — il existe trois pouvoirs distincts dont l'un est intitulé «puissance de juger». Au contraire, le droit révolutionnaire institue une dépendance étroite des juges à l'égard de la loi, assurant ainsi la primauté de la conception héritée de Jean-Jacques Rousseau sur celle de Montesquieu. Il est vrai, notons-le au passage, que Montesquieu, désignant le pouvoir judiciaire, écrivait surtout pour les gens de sa caste.

Les incertitudes de la conception révolutionnaire de la juridiction revêtent un double aspect: fonction juridictionnelle ou pouvoir juridictionnel? quel rapport du juge à la loi?

Fonction juridictionnelle ou pouvoir juridictionnel?

S'il est vrai que le titre III de la Constitution de 1791 indique que «le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le Roi», il est également admis dans l'article 1^{er} de la loi des 16 et 24 août 1790 que la justice sera administrée au nom du Roi, suivant les principes de la Constitution. Le problème constitutionnel qui s'est posé est donc celui de savoir si la Constitution de 1791 institua deux ou trois pouvoirs constitutionnels.

Selon certains constituants (Clermont-Tonnerre, Cazalès) il n'existe que deux pouvoirs constitutionnels fondamentaux, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, puisque la fonction judiciaire consiste à appliquer purement et simplement la loi. Selon Clermont-Tonnerre: «Le pouvoir judiciaire est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier: ce n'est donc, en dernière analyse, que l'exécution de la loi». Ainsi, la justice est-elle rendue au nom du Roi.

Cette conception découle de l'hostilité suscitée par le Parlement de l'Ancien Régime qui, sous couvert de l'exercice de la fonction juridictionnelle, prenait des règlements de juge, décisions ayant certaines des qualités de la loi au sens révolutionnaire du mot.

D'autres constituants ont préféré mettre l'accent sur les analogies de structure entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif lui-même. Ainsi Roederer disait dans une séance du 7 mai 1790: «Le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'appliquer les lois est le plus voisin du pouvoir de les faire: il y touche de si près qu'il ne peut jamais être aliéné par le peuple».

Pour les tenants de cette seconde conception, la fonction juridictionnelle n'équivaut pas à la seule exécution de la loi. Le pouvoir judiciaire doit être donc distingué du pouvoir exécutif, lequel ne représente qu'une puissance matérielle et non point conceptuelle ou normative comme le précédent. Cette deuxième approche a influencé pour partie les rédacteurs de la loi des 16 et 24 août 1790 dont l'article 13 interdit au juge de troubler les opérations des corps administratifs. La tradition juridique française en a fait

le point de départ de la théorie de la séparation de l'administrateur et du juge.

Le juge français et la loi

S'il est indéniable qu'aucun des constituants n'envisageait de remettre en cause la primauté de la loi, il revenait au juge d'appliquer, en quelque sorte de manière mécanique, la volonté générale, à la foi auteur et produit de la loi. Le droit public révolutionnaire est hostile au gouvernement des juges. Il semble, selon les travaux de Michel Verpeaux, que les constituants aient été fortement influencés par la pensée de Beccaria telle qu'elle fut exprimée dans son traité «Des délits et des peines». Selon cette conception, le juge a pour seule fonction de rapprocher le fait qui lui est soumis de la loi précédemment écrite en fonction d'un syllogisme judiciaire, la majeure étant la loi, la minère l'acte soumis au juge, la conclusion étant la décision du juge. Cette théorie dominante chez les constituants conduit bien sûr à faire du juge un instrument sinon passif, du moins subordonné à la loi. Cependant, certains constituants, notamment Thouret, diront devant l'Assemblée que la combinaison des lois anciennes et des lois nouvelles entrainera un effet de complexité tel que la fonction juridictionnelle ne saurait être durablement une simple fonction d'application de la loi. Cette observation permet d'induire l'existence d'un pouvoir normatif chez le juge, en rupture avec la philosophie juridique dominante de la Révolution française.

Les conséquences de la conception révolutionnaire de la juridiction dans l'ordre juridique interne français ont été profondes et durables. La première conséquence est que la Révolution va s'opposer à tout contrôle de constitutionnalité de la loi puisque la Nation est souveraine. Jusqu'au XX^e siècle, hormis la proposition de Sieyès (le 2 thermidor An III) de constituer une Jurie constitutionnelle, aucune Constitution ne prévoit le contrôle de constitutionnalité à l'exception des Constitutions impériales qui confient ce contrôle à un organe politique, le Sénat conservateur. Il faudra attendre la Constitution de 1958, et plus précisément la jurispru-

dence du Conseil constitutionnel postérieure à la décision du 16 juillet 1971 relative au projet de loi sur la liberté d'association, pour qu'une loi inconstitutionnelle puisse être écartée avant promulgation pour contrariété au regard de la Constitution, du préambule de 1946 ou de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Encore faut-il noter que l'émergence en droit français contemporain d'une juridiction constitutionnelle a été favorisée par l'extension du mode de saisine du Conseil constitutionnel, intervenue en 1974, à l'opposition parlementaire, ou plus exactement un groupe de 60 députés ou sénateurs. Le droit public français s'est borné à assurer l'indépendance politique de la justice par rapport aux autres pouvoirs publics essentiellement par des mesures d'ordre technique (inamovibilité des magistrats du siège, collégialité des jugements, interdiction faite aux instances parlementaires et gouvernementales de s'immiscer dans les affaires judiciaires en cours).

II. Les apports du droit européen à la tradition juridictionnelle française

Les développements qui allaient intervenir, à compter des années 1950, dans l'ordre communautaire européen ont constamment tendu vers un affermissement du rôle de la Cour de Justice des Communautés et un renforcement de sa jurisprudence dans le sens d'une intégration juridique plus poussée entre les Etats membres. Dès l'origine la Cour de Justice, héritière de la Cour de la C.E.C.A., se vit confier des attributions étendues. Elle agit en effet en premier lieu comme une cour internationale réglant des différends susceptibles de surgir entre Etats à l'occasion d'un manquement de l'un des Etats à ses obligations communautaires; on sait que le contentieux des manquements d'Etat (articles 169, 170, 171 du traité C.E.E.) s'est d'autant mieux développé que la Commission, agissant en fonction de «gardien du traité», a pris l'initiative de nombreux recours afin de sanctionner les défaillances, positives ou négatives, des Etats membres au regard de leurs

obligations communautaires. En outre, la Cour de Justice exerce un compétence d'annulation, calquée sur le modèle du recours pour excès de pouvoir du droit administratif français, à l'encontre des actes illégaux pris par les institutions communautaires; dans cette hypothèse le requérant peut être un Etat membre, une autre institution que l'institution ayant commis l'illégalité ou encore, sous certaines conditions très strictes de recevabilité, toute personne physique ou morale relevant du champ fonctionnel des traités. De plus — et nous y reviendrons — la Cour de Justice procède sur la demande des tribunaux nationaux soit à une interprétation d'une règle communautaire considérée comme obscure ou contestée, soit à une appréciation de la légalité des actes communautaires du droit dérivé pris par une institution (article 177 du traité C.E.E.). Dans l'exercice de ses attributions contentieuses et par sa jurisprudence, la Cour a constamment étendu son influence à tel point que de nombreux commentateurs ont pu à son propos évoquer «le gouvernement des juges». Ainsi, cour internationale par certains de ses aspects, s'est-elle rapprochée du modèle des tribunaux internes de type fédéral. A cet égard, on citera les éléments suivants:

— la Cour fait prévaloir les principes généraux du droit communautaire sur les principes généraux du droit international public auquel elle ne se réfère qu'à titre résiduel;

— elle a donné à l'ordre juridique communautaire son plein effet en tant qu'ordre juridique autonome. Pour y parvenir, elle a posé deux principes jurisprudentiels de base qui commandent tout l'édifice, l'effet direct de certaines règles de droit communautaire (c'est-à-dire la possibilité pour un particulier de les invoquer sans attendre que soient pris ou abrogés des actes juridiques internes de l'Etat) et le grand principe de la primauté de toute norme communautaire sur toute règle interne de sens contraire en cas de contradiction ou de conflit entre ces deux règles;

— plus récemment encore, soit depuis le début des années 1980, elle s'est comportée comme une juridiction de type constitutionnel: elle a accepté et jugé des recours déposés par le Parle-

ment ou à son encontre, ce qui la rapproche des cours constitutionnelles en vigueur dans les États membres.

La question qui se pose est bien de savoir dans quelle mesure la Cour de Justice de Luxembourg a pu modifier les pratiques juridictionnelles en vigueur notamment en France et, dans quelle mesure encore, son statut et sa jurisprudence lui ont permis de modifier les traditions juridictionnelles issues en France du droit public révolutionnaire.

La coopération judiciaire

La coopération judiciaire entre la Cour de Luxembourg et les juridictions internes découle du mécanisme de l'article 177 du traité C.E.E. Un tel mécanisme n'ayant pas été institué dans le cadre du traité C.E.C.A., les juridictions nationales n'étaient pas habilitées à saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle en interprétation de la règle communautaire. Cette possibilité de saisine, expressément formulée par les rédacteurs du traité C.E.E., s'est avérée très féconde et a occupé progressivement une place prépondérante dans la statistique des arrêts rendus par la Cour. Ainsi en 1988, la Cour a-t-elle rendu 108 arrêts préjudiciels sur 238 décisions, elle a en outre accueilli 179 recours préjudiciels sur un total de 372, évolution très significative de l'amplitude et de l'intensité des relations de coopération judiciaire entre la Cour et les juridictions qui la saisissent. Rappelons d'un mot que, si le juge interne d'une instance inférieure a la faculté de poser une question en interprétation à la Cour, sans qu'il s'agisse pour lui d'une obligation au sens du traité, inversement le juge interne de dernière instance — disons dans le cas français le Conseil d'État et la Cour de cassation — est tenu de poser une question préjudicielle en interprétation lorsque le litige laisse encore place à un doute raisonnable sur le contenu et la portée pratique d'une norme du droit communautaire. L'interprétation rendue par la Cour s'impose à la juridiction qui la saisit; il s'agit d'une interprétation unique, homogène, applicable à l'ensemble de la Com-

munauté. Il ne reste plus dès lors à la juridiction qu'à en tirer les conséquences dans le procès pendant devant elle, et notamment, s'il y a lieu, à faire prévaloir la norme de droit communautaire sur toute norme nationale de sens contraire. Ce mécanisme très original est aujourd'hui le principal régulateur de la vie juridique communautaire. Il comporte, comme nous venons de le dire, une véritable division du travail judiciaire entre deux juridictions qui, l'une et l'autre, participent selon des modalités différentes à la solution définitive du litige. Paradoxalement, ce mécanisme de coopération entre deux juges est à l'origine d'un véritable pouvoir judiciaire européen qui, dans la tradition française, est en rupture avec les pratiques juridictionnelles admises jusque là.

Un pouvoir judiciaire européen?

Si la notion de pouvoir judiciaire européen peut surprendre, voire irriter, elle a été présentée par le professeur Jean-Victor Louis dans ses travaux et enseignements à l'Université libre de Bruxelles. Elle est admise par une large partie de la doctrine.

Le pouvoir judiciaire européen a un caractère fonctionnel puisqu'il découle directement des relations de coopération judiciaire dont il a été fait mention plus haut. En effet, la question préjudicielle de l'article 177 a conduit le juge français à prendre ses distances à la fois vis-à-vis du pouvoir exécutif, en ce qui concerne l'interprétation des règles communautaires, et vis-à-vis du pouvoir législatif en ce qui concerne la traditionnelle primauté de la loi.

S'agissant des traités internationaux ordinaires, le juge français était conduit, face à une disposition non claire d'un traité, à demander une interprétation officielle au ministre des affaires étrangères. Ce mécanisme reposait sur plusieurs fondements techniques et juridiques, notamment le fait que le ministre des affaires étrangères est par nature l'autorité la mieux informée des négociations internationales qui s'attachent à un traité et par conséquent du sens et de la portée des clauses qui y sont inscrites, qu'en outre il est le mieux à même d'apprécier si l'Etat partenaire applique effectivement le traité come l'exige l'article 55 de la Constitution

française: «Les traités régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve de leur application par l'autre partie».

Cette tradition d'auto-censure judiciaire, dans le cas où le juge ne retenait pas l'hypothèse de la clarté, comportait donc un double aspect. D'une part le juge renonçait au pouvoir d'interpréter les traités internationaux en cas de difficulté substantielle, d'autre par il se désaisissait au profit d'un organe du pouvoir exécutif. Cette prudence des juridictions françaises avait suscité bien des critiques: ainsi, en droit hollandais, chaque juridiction est amenée à procéder par elle-même à une interprétation des clauses contestées d'un traité. Dans l'ordre juridique communautaire, la pérennisation d'un tel comportement aurait ouvert la voie à des interprétations divergentes d'un Etat à l'autre de la même règle et aurait sans aucun doute ruiné l'unité et l'autonomie de l'ordre juridique communautaire au regard des droits internes. Le nouveau mécanisme issu de l'article 177 du traité C.E.E. a ruiné également le méthode judiciaire qui consistait pour le juge français, dans tous les cas où il constatait un conflit entre la norme conventionnelle et une norme interne de sens contraire, à procéder à une interprétation restrictive du traité telle que le juge puisse déclarer applicables concomitamment la règle légale française et les normes contenues dans le traité. Cette technique, dite de l'interprétation restrictive des traités, touchait à la conception même que le juge se faisait de son rôle et à son refus de faire prévaloir une norme internationale conventionnelle sur toute norme légale de sens contraire dès lors que celle-ci avait été mise en vigueur postérieurement à la règle conventionnelle. Cette tradition jurisprudentielle trouve certains fondements doctrinaux dans la doctrine de Carré de Malberg pour qui les traités internationaux et les lois ont une force juridique égale dès lors que ceux-ci sont introduits dans l'ordre interne à la suite d'une loi autorisant la ratification desdits traités. Faisant ainsi prévaloir en toute circonstance l'égalité de la loi et du traité, le juge se refusait donc à toute censure du législateur face à une loi postérieure au traité. Cette attitude était encore renforcée par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui refusait de procéder à tout contrôle de constitutionnalité de la loi, soit qu'un tel contrôle

n'existât pas (tel fut le cas jusqu'en 1958), soit qu'un tel contrôle existât mais au profit d'un organe politico-juridictionnel qui lui était extérieur, à savoir le Conseil constitutionnel créé par la Constitution d'octobre 1958. Cette attitude du Conseil d'État se rattache aussi à une théorie plus générale du contentieux administratif français, la théorie de la loi-écran, appliquée dans les rapports entre le droit international et le droit interne comme dans les rapports entre les normes de niveau constitutionnel et le droit réglementaire.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés a incité, dans des affaires célèbres (*Costa c/ Enel* 1964, *Simmenthal* 1978), le juge interne à s'affranchir de toute attitude d'auto-censure vis-à-vis du législateur. La Cour de Justice a invité le juge interne, notamment dans les réponses aux questions préjudicielles qu'il lui posait, à considérer qu'en toute circonstance la norme communautaire devait l'emporter sur toute norme légale de sens contraire y compris toute norme légale postérieure à la norme communautaire. Mieux, dans l'arrêt *Simmenthal* la Cour indique au juge interne, en l'espèce le prétoire de Susa, juge italien, de faire prévaloir la norme communautaire sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'élimination, par un moyen constitutionnel ou tout autre procédé, de la norme légale postérieure et de sens contraire.

La juridiction française

La plupart des juridictions européennes ont suivi les indications donnés par la Cour de Luxembourg, notamment la Cour de Cassation française et l'ensemble des tribunaux judiciaires. Seul le Conseil d'État français a marqué une réticence très forte (1^{er} mars 1968, *Syndicat des Fabricants de Semoule de France*, 22 octobre 1979, *Election des Représentants à l'Assemblée des Communautés Européennes*) et continué à affirmer la prévalence de la loi postérieure. Cette position contredisait sans doute l'article 55 de la Constitution dont le juge administratif français n'a pas voulu tirer la leçon qu'il comporte en ce qui concerne la hiérarchie des normes. Elle contredisait aussi la jurisprudence du Conseil constitu-

tionnel qui, dans sa décision du 15 janvier 1975 rendue à propos de l'interruption volontaire de grossesse, a indiqué qu'il ne lui appartient pas d'examiner en toute circonstance la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité international. Cette prise de position du Conseil constitutionnel ouvrait cependant la voie à une révision de la position du juge judiciaire et du juge administratif dans le sens d'une affirmation de la primauté de la norme internationale. On pouvait considérer que, par la conception qu'il avait de la loi, le conseil d'Etat était l'héritier du droit public révolutionnaire français et le garant d'une stricte séparation des pouvoirs.

Si, dès 1975, la Cour de cassation avait sans tarder tiré les conséquences de la décision d'incompétence prise par le Conseil constitutionnel quant à l'appréciation de la conformité des lois aux traités internationaux — en l'espèce le traité C.E.E. — il fallut attendre l'arrêt d'assemblée du 20 octobre 1989 (*Nicolo*) pour que le Conseil d'Etat s'y résolve à son tour. Bien que la décision ait été prise dans un recours de pleine juridiction, le requérant ayant mis en cause l'incompatibilité de la loi électorale française du 7 juillet 1977 (sur l'élection du Parlement européen) avec l'article 227 du traité C.E.E., la solution englobe sans nul doute le contentieux de l'excès de pouvoir. Bien que sa formulation soit très laconique au regard des conclusions du commissaire du gouvernement, la référence que fait le conseil d'Etat à l'article 55 de la Constitution indique que la solution nouvelle devrait s'appliquer à l'ensemble des traités internationaux, qu'ils soient communautaires ou non. Il convient de rappeler à cet égard que la Cour de cassation dans l'affaire «*Société des cafés Jacques VABRE*» n'avait pas suivi non plus la position de son procureur général qui prétendait assurer la primauté de la norme communautaire sur la seule base des caractères spécifiques du droit communautaire plutôt que sur l'article 55 de la Constitution. Le Conseil d'Etat s'estime aujourd'hui habilité à refuser l'application de la loi, même postérieure, dès lors qu'elle contredit la norme conventionnelle internationale, écartant ainsi la contrainte issue d'une conception rigide de la séparation des pouvoirs.

Le revirement jurisprudentiel découle donc bien du jeu combiné de la description textuelle contenue dans l'article 55 et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pré-citée. Admettre la prévalence des doctrines et des techniques juridiques internes ne saurait masquer le fait que, *sur le plan historique*, ce sont bien les engagements communautaires qui ont conduit à une modification profonde de l'attitude des juges français. Après l'arrêt *Nicolo* d'autres développements sont prévisibles analogiquement en ce qui concerne les rapports des règlements, et peut-être des directives communautaires, avec les lois internes, y compris les lois postérieures. Le 29 juin 1989, dans l'arrêt *GISTI*, le Conseil d'Etat a rompu avec la pratique constante qui consiste à soumettre au ministre des affaires étrangères l'interprétation d'un accord international comportant des dispositions obscures ou présumés contredites par un acte administratif d'application. Le commissaire du gouvernement, M. Abraham, a indiqué que si le juge peut avoir intérêt à solliciter auprès du ministre un éclairage sur le contexte de la négociation de l'accord, il ne doit pas pour autant renoncer à procéder à une interprétation juridictionnelle de manière autonome. Il s'agissait en l'espèce d'un accord franco-algérien sur le séjour des algériens en France. Le commissaire du gouvernement, qui a été suivi par l'assemblée du contentieux, avait soulevé plusieurs arguments très différents, tirés du droit international. Le premier est que le traité de Rome consacre l'abandon au profit d'une juridiction du monopole gouvernemental de l'interprétation. Le second très général et qui concerne l'ensemble des traités internationaux, découle de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: «Toute personne a droit de ce que sa cause soit entendue équitablement publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant». Il en résulte, bien que l'article 6 ne soit pas applicable dans le litige présent, que si l'administration, partie au procès, peut influencer décisivement sur son issue par le jeu de l'interprétation, le tribunal n'apparaît plus comme indépendant et l'égalité entre les parties n'est pas respectée. L'arrêt *GISTI* s'inscrit, sans aucun doute, dans la ligne de l'arrêt *Nicolo* puisque désormais l'interposition d'une loi interne n'empêchera pas le juge d'examiner la conformité d'un acte admi-

nistratif d'application au traité international, suscitant la nécessité plus fréquente encore, de procéder à son interprétation.

On serait tenté de conclure que le droit européen a globalement renforcé le pouvoir du juge en l'incitant à une double indépendance, vis-à-vis du pouvoir exécutif (interprétation des normes internationales), et vis-à-vis du pouvoir législatif (application et hiérarchie des normes). Cette constatation rompt avec de nombreux commentaires, faits parfois avec légèreté, sur la fonction de l'article 177 et sur la présumée soumission à un juge étranger qu'il engendre. D'une certaine manière, la construction juridique communautaire a donnée des bases nouvelles, essentiellement fonctionnelles, au pouvoir judiciaire. C'est l'illustration que le droit communautaire, ordre juridique autonome, revêt aussi par ses structures et ses implications un caractère constitutionnel inédit au regard des constructions internationales en vigueur. Cependant, la rupture avec le droit public révolutionnaire n'est pas aussi totale qu'il y paraît puisque, en définitive, la Cour de Luxembourg tend à prêter aux normes communautaires les caractères que le Constituant révolutionnaire avait accordés à la loi.