

Ein Sieg für Europa? – Anmerkung zum Urteil des Conseil d'État vom 20. Oktober 1989, Fall *Nicolo*

*Clemens Lerche**

I. Einleitung

In einer aufsehenerregenden Entscheidung vom 20. Oktober 1989, Fall *Nicolo*¹, brach der französische Conseil d'État in einem wichtigen Punkt mit seiner bisherigen Rechtsprechung, indem er zum ersten Mal die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit einem früher in Kraft getretenen völkerrecht-

* Assessor, wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: A.J.D.A. = Actualité Juridique. Droit Administratif; Ass. = Assemblée du Contentieux; C. E. = Conseil d'État; D. = Recueil Dalloz Sirey; Droit communautaire et Droit français = La Documentation française, n° 4679–4681, Droit communautaire et Droit français – Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 3 décembre 1981; Droit international et Droit français = La Documentation française, n° 4803, Droit international et Droit français – Etude adoptée par la section du Rapport et des Etudes du Conseil d'État le 25 avril 1985; EG = Europäische Gemeinschaften; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGRZ = Europäische Grundrechte-Zeitschrift; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; GG = Grundgesetz; J.C.P. = Juris-Classeur Périodique. La Semaine Juridique; J.D.I. = Journal de Droit International (Clunet); R.D.P. = Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger; Rec. = Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au Contentieux, du Tribunal des Conflits et des jugements des Tribunaux administratifs; Recueil C.C. = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel; req. = requête; Rev. Trim. Dr. Europ. = Revue Trimestrielle de Droit Européen; R.F.D.A. = Revue Française de Droit Administratif; R.G.D.I.P. = Revue Générale de Droit International Public; Rs. = Rechtssache; Sect. = Section; Slg. = Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

¹ C.E., Ass., 20.10.1989, req. n° 108243, *Nicolo*. Das Urteil ist zusammen mit dem Schlußantrag des commissaire du gouvernement im Anhang zu dieser Anmerkung abgedruckt. Eine Übersetzung sowohl des Urteils wie des Schlußantrags in das Deutsche findet sich in EuGRZ 17 (1990), 99 ff.

lichen Vertrag überprüfte. In der Literatur fand das Urteil breite Zustimmung². Die Meinungen der Politiker waren dagegen geteilt. Während manche das allmähliche »Verschwinden der innerstaatlichen Rechtsordnung« beklagten, begrüßten andere das Urteil als einen »Sieg für Europa«³.

Der Kläger, Monsieur Nicolo, hatte die Nichtigerklärung der am 18. Juni 1989 abgehaltenen Wahl der französischen Abgeordneten zum Europäischen Parlament begehrt. Er hatte u. a. geltend gemacht, daß das Gesetz Nr.77-729 vom 7. Juli 1977 über die Wahl der Abgeordneten zur Versammlung der Europäischen Gemeinschaften⁴, falls es in der Weise auszulegen sei, daß auch die überseeischen Departements und Hoheitsgebiete zu dem im Gesetz näher bestimmten Wahlgebiet gehörten, dem EWG-Vertrag widerspräche. Der Conseil d'Etat gab dem Gesetz vom 7. Juli 1977 die genannte Auslegung und stand im Anschluß daran vor der Frage, ob er die Vereinbarkeit dieses Gesetzes mit dem EWG-Vertrag zu prüfen hatte. Seine Entscheidung, dies zu tun⁵, bedeutete einen Wendepunkt in seiner Rechtsprechung. Im Ergebnis wurde ein Verstoß gegen den EWG-Vertrag allerdings verneint⁶ und die Klage abgewiesen.

² Siehe B. Genevois, Note, R.F.D.A. 1989, 824ff.; L. Favoreu, L'interprétation de l'article 55 de la Constitution, R.F.D.A. 1989, 993ff.; L. Dubouis, L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français, R.F.D.A. 1989, 1000ff.; E. Honorat/ E. Baptiste, Note, A.J.D.A. 1989, 756ff.; D. Simon, Note, A.J.D.A. 1989, 788ff.; H. Calvet, Le Conseil d'Etat et l'article 55 de la Constitution: une solitude révolue, J.C.P. 1990 I, 3429; J. Boulois, A propos de l'arrêt Nicolo, R.G.D.I.P. 94 (1990), 91ff.; J. L. Dewost, Vorrang internationaler Verträge auch vor nachfolgenden Gesetzen – Zum Urteil Nicolo des französischen Staatsrats vom 20.10.1989, *Europarecht* 25 (1990), 1ff.; J. Dehaussy, La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989, Nicolo, J.D.I. 117 (1990), 5ff.; D. Ludet/R. Stotz, Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge, *EuGRZ* 17 (1990), 93ff.

³ *Le Monde* vom 21.10.1989.

⁴ Durch die Einheitliche Europäische Akte wurde die Versammlung der Europäischen Gemeinschaften umbenannt in Europäisches Parlament.

⁵ Die entscheidende Passage des Urteils lautet:

«(...) 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 Nach den Ausführungen des commissaire du gouvernement (siehe Anhang) bedurfte es im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 10.10.1978 in der Rechtssache *Hansen*, Rs.148/77, Slg.1978, 1787, in der klargestellt worden war, daß der Anwendungsbereich des EWG-Vertrages auch die überseeischen Departements betrifft, keiner Vorlage an den EuGH.

II. Zentrale Problemstellungen

Aus zwei Gesichtspunkten heraus war eine Befugnis des Gerichts in Betracht gekommen, das oben bezeichnete Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag zu überprüfen: zum einen aufgrund des in Art.55 der Verfassung statuierten Vorrangs völkerrechtlicher Verträge vor einfachen Gesetzen, zum anderen infolge der besonderen Natur des EG-Rechts als einer supranationalen Rechtsquelle entstammend. In diesem Abschnitt sollen die sich daraus ergebenden zentralen Problemstellungen beleuchtet werden, i.e. die Reichweite des Art.55 der Verfassung und die Frage, ob die französische Verfassung die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen zuläßt.

1. Die Reichweite des Art.55 der Verfassung

Die grundlegende Vorschrift über die Rangordnung völkerrechtlicher Verträge ist Art.55 der Verfassung. Danach gehen ordnungsgemäß zustandegekommene und verkündete völkerrechtliche Verträge, sofern sie auch von der anderen Seite angewendet werden, den innerstaatlichen Gesetzen vor⁷:

«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».

⁷ Üblicherweise wird hier von einer monistischen Konzeption gesprochen, da völkerrechtliche Verträge ab dem Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung Anwendung finden, ohne daß es eines weiteren Transformationsaktes bedürfte, vgl. *Droit international et Droit français*, 27, sowie den Schlußantrag des commissaire du gouvernement zu dieser Entscheidung (vgl. Anhang). Siehe darüber hinaus etwa: D. Nguyen Quoc, *La Constitution de 1958 et le droit international*, R.D.P. 1959, 515ff. (550f.); C. Constantinidès-Mégret, *Note sous Conseil d'Etat*, 1. mars 1968, *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1968, 396ff. (399); E.-M. Bey, *Note sous C.C.*, 15. janvier 1975, *J.C.P.* 1975 II, 18030; G. Ress, *Der Rang völkerrechtlicher Verträge nach französischem Verfassungsrecht – Überlegungen zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 15. Januar 1975 über den Rang der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nach Art.55 der französischen Verfassung*, *ZaöRV* 35 (1975), 445ff. (495); Simon (Anm.2), 791; Calvet (Anm.2), Ziff.12; Ludet/Stotz (Anm.2), 94; Dewost (Anm.2), 8. (Ein strenger Monismus liegt jedenfalls nicht vor, da immerhin die ordnungsgemäße Veröffentlichung der völkerrechtlichen Verträge als staatlicher »Zwischenakt« erforderlich ist. Siehe allgemein zum Monismus A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* [3. Aufl. Berlin 1984], §§ 72ff.)

Unabhängig von der Tatsache, daß ordnungsgemäß zustandegekommene (und von der anderen Seite beachtete) völkerrechtliche Verträge außer der Veröffentlichung keines weiteren innerstaatlichen Umsetzungsaktes bedürfen, ordnet Art.53 der Verfassung vor der Ratifikation bestimmter völkerrechtlicher Verträge die vorherige Zustimmung des Parlaments in Form eines Gesetzes an.

In Verbindung mit Art.54⁸ der Verfassung folgt daraus, daß völkerrechtliche Verträge eine Zwischenstellung zwischen den Rechtsnormen mit Verfassungsrang und einfachen Gesetzen einnehmen⁹. Die Tatsache an sich, daß völkerrechtlichen Verträgen (unter den in Art.55 der Verfassung näher bezeichneten Voraussetzungen) der Vorrang vor innerstaatlichen Gesetzen zukommt, ist auch vom Conseil d'Etat niemals in Abrede gestellt worden. Umstritten war bisher jedoch, ob es in der Kompetenz der Verwaltungsgerichte liegt, für die Einhaltung dieses Rangverhältnisses Sorge zu tragen, d. h. eine Gesetzesbestimmung nicht anzuwenden, die im Widerspruch zu einer Norm des Völkervertragsrechts steht. Diese Fragestellung ist vor dem Hintergrund der in Frankreich herrschenden Auffassung vom Gewaltenteilungsprinzip zu sehen.

Die französische Rechtstradition ist von einer sehr konsequenten Verwirklichung des Gewaltenteilungsprinzips geprägt¹⁰. Ausfluß dieser Haltung, die sich etwa auf die Formulierung «La loi est l'expression de la volonté générale» der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 26. August 1789 gründet¹¹, ist u. a. Art.10 des Gesetzes vom 16. und 24. August 1790, wonach die Gerichte die Gültigkeit eines Gesetzes weder in Frage stellen noch sich ihrer Anwendung widersetzen dürfen¹². Zwar

⁸ Art.54 der Verfassung bestimmt:

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

⁹ Allgemeine Meinung, vgl. etwa Ress (Anm.7), 456.

¹⁰ Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative. So gibt es im französischen Verwaltungsrecht (abgesehen von einigen Spezialbereichen, insbesondere im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen) keine Verpflichtungs- oder allgemeine Leistungsklage. Dieses Fehlen beruht auf der Vorstellung, das Gewaltenteilungsprinzip verböte es den Gerichten, direkte Anweisungen oder Aufforderungen an die Verwaltung zu richten. Auch die – trotz erheblicher Fortschritte gerade in neuerer Zeit – noch immer häufig zu beobachtende vergleichsweise eingeschränkte gerichtliche Überprüfung administrativer Gestaltungsfreiräume findet ihre Ursache in einer verhältnismäßig strengen Konzeption des Gewaltenteilungsprinzips. Siehe dazu ausführlich C. Lerche, Landesbericht Frankreich, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung (Vorabdruck, Heidelberg 1990), 3–40.

¹¹ Vgl. Ludet/Stotz (Anm.2), 94. Siehe allgemein zur französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte C. Faure, Les déclarations des droits de l'homme de 1789 (Paris 1988).

¹² Art.10 des Gesetzes vom 16. und 24. 8.1790 besagt:

«Les juridictions ne pourront, directement ou indirectement, prendre aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois régulièrement promulguées».

kommt dieser Bestimmung als solcher nach der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel nicht Verfassungsrang zu¹³, wohl aber dem sich darin ausdrückenden Gewaltenteilungsgrundsatz¹⁴. Dieser wird zusätzlich abgesichert durch Art.127 des Code pénal¹⁵. In ständiger Rechtsprechung lehnen es daher sowohl die ordentlichen Gerichte wie die Verwaltungsgerichte ab, die anzuwendenden Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu kontrollieren¹⁶.

Eine Relativierung erfuhr das Gewaltenteilungsprinzip durch das in Art.61 der (vom 4. Oktober 1958 datierten) Verfassung eingeführte Verfahren der abstrakten Normenkontrolle vor dem Conseil constitutionnel. Danach hat der Conseil constitutionnel vor der Verkündung eines Gesetzes auf Antrag binnen eines Monats über dessen Verfassungsmäßigkeit zu befinden¹⁷. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nach dessen Verkündung ist nach geltender Verfassungslage dagegen nicht möglich¹⁸.

¹³ Décision n° 86–224 DC, 23.1.1987, Recueil C.C., 8.

¹⁴ Allgemeine Ansicht, vgl. nur commissaire du gouvernement, P. Frydman, in seinem Schlußantrag zu der hier behandelten Entscheidung (siehe Anhang), sowie Dubouis (Anm.2), 1001.

¹⁵ Art.127 des Code pénal lautet:

«Seront coupables de forfaiture (...): les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts (...), qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées».

¹⁶ Vgl. nur die Grundsatzentscheidungen Cour de cassation, 24.7.1946, J.C.P. 1946 IV, 150; 28.5.1959, J.C.P. 1959 II, 11152, sowie das richtungweisende Urteil des Conseil d'Etat vom 6.11.1936, *Arrighi*, Rec., 966. Der Conseil d'Etat unterläßt es im übrigen auch, dem Einwand nachzugehen, daß die an sich korrekte Anwendung eines Gesetzes verfassungswidrig ist, vgl. C.E., 8.5.1964, *Société «La verrerie cristallerie d'Arques»*, Rec., 279. Siehe dazu auch *Ress* (Anm.7), 495.

¹⁷ Darüber hinaus gibt Art.54 der Verfassung (zitiert in Anm.8) dem Staatspräsidenten, dem Premierminister und den Präsidenten der beiden Parlamente die Möglichkeit, sich an den Conseil constitutionnel zu wenden, um feststellen zu lassen, ob eine geplante völkerrechtliche Vereinbarung der Verfassung widerspricht. Ist das der Fall, kann die Ratifikation bzw. der völkerrechtlich verbindliche Zustimmungsakt nur nach einer Verfassungsänderung erfolgen. Die Unterschiede zwischen Art.54 und 61 der Verfassung im Zusammenhang mit Gesetzen, welche die Erlaubnis zur Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages aussprechen, liegen zum einen darin, daß Art.54 der Verfassung eine Anrufung des Conseil constitutionnel bereits vor der Verabschiedung des Gesetzes ermöglicht. Andererseits ist die Antragsbefugnis in Art.61 der Verfassung weiter gefaßt. Sie kommt hier auch 60 Mitgliedern der Nationalversammlung sowie 60 Mitgliedern des Senats zu.

¹⁸ Zu den aktuellen Bestrebungen, die Kompetenzen des Conseil constitutionnel zu erweitern, und eine Vorlagepflicht der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen einzuführen, siehe noch unter V.2.

Angesichts der Existenz zweier schwer miteinander zu vereinbarenden Verfassungsbestimmungen (Gewaltenteilungsgrundsatz einerseits, Vorrang völkerrechtlicher Verträge gegenüber einfachen Gesetzen andererseits) fragt es sich, welcher Verfassungsnorm im Rahmen der vorliegenden Problematik das Übergewicht zukommt. Zentrales Problem ist somit, ob Art.55 der Verfassung als eine Sonderregelung anzusehen ist, die zu einer Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes führt, indem sie eine Kompetenzzuweisung an den Richter zur (begrenzten) Überprüfung der Gültigkeit von Gesetzen enthält.

Keine Schwierigkeiten bereitet dagegen der Widerspruch zwischen einem Gesetz und einem späteren völkerrechtlichen Vertrag. Zeitlich vorangehende Gesetze wurden schon bisher in ständiger Rechtsprechung des Conseil d'Etat¹⁹ wie auch der Cour de cassation²⁰ nicht angewendet, wobei allerdings umstritten ist, ob der spätere Vertrag das frühere Gesetz stillschweigend aufhebt oder dieses lediglich unanwendbar macht²¹.

Weitgehend geklärt ist heute auch die Rechtslage bei Konflikten zwischen innerstaatlichen Rechtsnormen unterhalb der Ebene formeller Gesetze und völkerrechtlichen Regelungen (in der Praxis zumeist EWG-Richtlinien). Nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat²² kann gegenüber einer innerstaatlichen Rechtsverordnung die Nichtbeachtung der Ziele einer EWG-Richtlinie vor dem Verwaltungsrichter unmittelbar eingewendet werden²³. In seiner neuesten diesbezüglichen Entscheidung stellte der Conseil d'Etat klar, daß nach Ergehen einer EWG-Richtlinie eine deren Zielen widersprechende Verordnung nicht erlassen werden

¹⁹ C.E., 24.10.1952, *Geimer*, Rec., 461; 11.12.1959, *Banque des Pays de l'Europe Centrale*, R.D.P. 1960, 877; 15.3.1972, *Dame veuve Sadok Ali*, Rec., 213; 20.10.1972, *Kenniche*, Rec., 666; C.E., Ass., 7.7.1978, *Klaus Croissant*, Rec., 292; Ass., 15.2.1980, (*Gabor Winter*, Rec., 87; Ass., 22.1.1982, *Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables*, Rec., 28.

²⁰ Siehe dazu die Hinweise in *Droit international et Droit français*, 24.

²¹ Siehe zu dieser Streitfrage die Darstellung in *Droit communautaire et Droit français*, 47 ff., sowie die Ausführungen von commissaire du gouvernement, Frydman, im Schlußantrag zu der hier besprochenen Entscheidung (vgl. Anhang).

²² C.E., 9.3.1984, *Beaudroit et autres*, Rec., 513; 7.12.1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Rec., 410; 1.7.1988, *FF SPN*, req. n° 91602; 7.10.1988, *Fédération française des sociétés de protection de la nature et Ligue française pour la protection des oiseaux*, req. n° 92193, A.J.D.A. 1989, 34.

²³ Das gilt sowohl im Rahmen von Klagen gegen Individualakte, die auf eine Rechtsverordnung gestützt sind als auch bei Klagen gegen Rechtsverordnungen selbst. Für beide Rechtsschutzbegehren ist in Frankreich die Anfechtungsklage (*recours pour excès de pouvoir*) statthaft.

dürfe und daß die zuständigen Behörden verpflichtet seien, entgegenstehende frühere Rechtsverordnungen von sich aus aufzuheben²⁴.

Die nachfolgenden Ausführungen zu Art.55 der Verfassung beschränken sich daher auf die Problematik der Nichtvereinbarkeit eines formellen Gesetzes mit einem früher in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrag.

2. Frage der Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen nach der französischen Verfassung

Bezogen sich die oben angestellten Betrachtungen auf die Befugnis des Richters, generell dem Vorrang völkerrechtlicher Verträge zur Durchsetzung zu verhelfen, so fragt sich weiterhin, ob aus der besonderen Natur des EG-Rechts ein spezifischer, ausschließlich diesen Rechtsnormen zukommender Anwendungs- oder Geltungsvorrang abgeleitet werden kann. Das Gemeinschaftsrecht könnte infolge seines supranationalen Charakters nicht nur den einfachen Gesetzen, sondern auch – zumindest im Prinzip – den innerstaatlichen Normen mit Verfassungsrang vorgehen²⁵.

Nach der bekannten Entscheidung des EuGH vom 15. Juli 1964, Rechtssache *Costa/ENEL*²⁶, entspringt das Recht der Europäischen Gemeinschaften einer autonomen Rechtsquelle. Aufgrund dieser Eigenständigkeit könnten dem EG-Recht keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften entgegengehalten werden. In seinem Urteil vom 9. März 1978, Rechtssache *Simmmenthal*²⁷, führte der EuGH weiter aus, daß ein staatliches Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit für die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu sorgen habe, indem es erforderli-

²⁴ C.E., Ass., 3.2.1989, *Compagnie Alitalia*, R.F.D.A. 1989, 415 (mit Schlußantrag von commissaire du gouvernement, N. Chahid-Nourai, 391 ff., und Anmerkungen von L. Dubouis, 417 ff., und O. Beaud, 422 ff.).

²⁵ Siehe insbesondere die Darstellungen in R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français* (Paris 1989), 185 ff., B. Genevois, *Le droit international et le droit communautaire*, in: *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat – Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Salle Médicis, Palais du Luxembourg* (Paris 1988), 191 ff. (insbes. 200 ff.); *Droit communautaire et Droit français*, 32 ff.; sowie *Constantinides-Mégret* (Anm.7).

²⁶ Rs.6/74, Slg. 1964, 1251 ff. (1269).

²⁷ Rs.106/77, Slg. 1978, 629 ff. (645). Vgl. dazu auch jüngst die Entscheidung vom 19.6.1990 im Verfahren C-213/89, *Regina vs. Secretary of State for Transport*, nach welcher der mit einem das EG-Recht betreffenden Streitfall befaßte nationale Richter verpflichtet ist, ein innerstaatliches Gesetz nicht anzuwenden, das ihm die ansonsten gebotene Einstweilige Anordnung zu erlassen verbietet.

chenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lasse, ohne daß es der vorherigen Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren bedürfe.

Die Annahme einer originären, auch der französischen Verfassung vorgehenden Rechtsquelle des Gemeinschaftsrechts setzt allerdings voraus, daß die französische Verfassung die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf internationale Organisationen zuläßt. Im Text der Verfassung von 1958 findet sich keine dem Art.24 Abs.1 GG entsprechende Vorschrift. Vielmehr wird in den Art.3 und 4 das Prinzip der nationalen Souveränität unterstrichen²⁸. Immerhin verweist Abs.1 der Präambel dieser Verfassung auf die Präambelbestimmungen der Verfassung vom 27. Oktober 1946, die dadurch in die Präambel der Verfassung von 1958 inkorporiert werden²⁹. Abs.15 der Präambel der Verfassung von 1946 sieht »Souveränitätsbeschränkungen« zur »Organisation und zur Verteidigung des Friedens« vor: «Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix».

Seit seiner Entscheidung vom 19. Juni 1970³⁰ vertritt der Conseil constitutionnel in ständiger Rechtsprechung³¹ die Auffassung, daß sich die Präambelbestimmungen nicht nur, wie dies früher zumeist angenommen worden ist, an die Exekutive wenden³². Diese Ansicht über den Rechtscharakter der Präambel konnte sich inzwischen allgemein durchsetzen³³. Die Beantwortung der Frage, ob in Frankreich dem Recht der Europäi-

²⁸ Siehe insbesondere Art.3 Abs.1 der Verfassung:

«La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum».

²⁹ Abs.1 der Präambel der Verfassung von 1958 lautet:

«Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par la Préambule de la Constitution de 1946».

³⁰ Décision n° 70–39 DC, 19.6.1970, Recueil C.C., 15.

³¹ Vgl. die Entscheidungen vom 16.7.1971, décision n° 71–44 DC, Recueil C.C., 29; vom 28.11.1973, décision n° 73–80 L, Recueil C.C., 45; vom 27.12.1973, décision n° 73–51, Recueil C.C., 25; vom 15.1.1975, décision n° 74–54 DC, Recueil C.C., 19; vom 30.12.1976, décision n° 76–71, Recueil C.C., 15; vom 12.1.1977, décision n° 76–75 DC, Recueil C.C., 33; vom 20.7.1977, décision n° 77–83 DC, Recueil C.C., 39; und vom 16.1.1982, décision n° 81–132, Recueil C.C., 18.

³² Wie der Conseil constitutionnel in der oben (Anm.30) zitierten Entscheidung vom 19.6.1970 ausführte, hat dieser Umstand zur Folge, daß dem Conseil constitutionnel im Rahmen des Verfahrens nach Art.61 der Verfassung die Befugnis zusteht, ein Gesetz auch auf seine Vereinbarkeit mit der Präambel der Verfassung zu überprüfen.

³³ Siehe nur etwa F. Luchaire/G. Conac, La constitution de la république française (2. Aufl. Paris 1987), 89.

schen Gemeinschaften aufgrund seiner besonderen Natur der Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht (d. h. – jedenfalls grundsätzlich – unter Einbeziehung der Verfassungsnormen) einzuräumen ist, hängt somit entscheidend davon ab, ob und ggf. in welchem Maße der Begriff »Souveränitätsbeschränkungen« in Abs.15 der Präambel der Verfassung von 1946 die Übertragung von Hoheitsrechten an internationale Organisationen einschließt.

III. Die bisherige Rechtsprechung des Conseil d'Etat

In seiner Grundsatzentscheidung vom 1. März 1968, *Syndicat général des Fabricants de semoules*³⁴, entschloß sich der Conseil d'Etat, eine innerstaatliche Rechtsverordnung mit Gesetzesrang anzuwenden, die im Widerspruch zu einer (früher erlassenen) EWG-Verordnung stand. Der commissaire du gouvernement, Mme N. Questiaux, hatte in dem Schlußantrag³⁵ zunächst den aus Art.55 der Verfassung folgenden Vorrang völkerrechtlicher Verträge betont und auf die Forderung in der Literatur hingewiesen, daß diese Bestimmung kein »toter Buchstabe« bleiben dürfe. Im Anschluß daran führte Mme Questiaux jedoch aus, daß sich die Befugnis des Richters infolge der ihm zugewiesenen untergeordneten Stellung gegenüber dem Gesetzgeber auf die Anwendung der Gesetze beschränke, ohne diese auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung oder sonstigem höherrangigem Recht überprüfen zu dürfen. Zwar sei durch Art.61 der Verfassung die absolute Oberhoheit des Gesetzes eingeschränkt worden, doch gelte diese Einschränkung nur für diesen speziellen Fall. Die untergeordnete Stellung des Richters gegenüber dem Gesetzgeber bleibe im übrigen unverändert:

«Mais le juge administratif ne peut faire l'effort qui lui est demandé sans modifier, de sa seule volonté, sa place dans les institutions.

Il ne peut ni censurer ni méconnaître une loi. Cette considération l'a toujours conduit à refuser d'examiner les moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'une loi (...). Et ce qui est vrai du contrôle d'une loi par rapport aux règles, en principe supérieures, contenues dans la Constitution l'est également par rapport à tout texte dont il serait dit expressément comme du traité international qu'il a valeur supérieure à la loi. Certes, il est soutenu que la traditionnelle abstention du juge devant les actes du législateur serait moins justifiée, dès le moment où notre Constitution ne reconnaît plus la suprématie du Parlement. Mais la Constitution

³⁴ C.E., Sect., Rec., 149.

³⁵ Wiedergegeben in A.J.D.A. 1968, 235; Rev. Trim. Dr. Europ. 1968, 388.

a précisément traité du contrôle de la constitutionnalité des lois pour en retenir une conception limitée et le confier au Conseil Constitutionnel; surtout, modifiant l'équilibre du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire, elle n'a pas jugé bon de définir d'une nouvelle manière les pouvoirs du juge; la mission de celui-ci reste, subordonnée, d'appliquer la loi.

Le juge n'est pas habilité (...) à faire une hiérarchie entre les lois.

Et il ne peut se fonder sur l'obligation d'appliquer un texte dit de valeur supérieure pour ignorer en quelque sorte la loi postérieure».

Auf die Möglichkeit, daß das EG-Recht aufgrund seiner originären Rechtsquelle auch der Verfassung vorgehen könnte und deshalb vom Richter in jedem Fall anzuwenden wäre, wurde in dem Schlußantrag nicht näher eingegangen.

Diese Rechtsprechung, die nicht zwischen Normen des Gemeinschaftsrechts und gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen unterschied, wurde in zahlreichen Entscheidungen bestätigt³⁶. Dem Bestreben, Art.55 der Verfassung nicht zu einem »toten Buchstaben« werden zu lassen, versuchte der Conseil d'Etat im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nachzukommen. Wo immer möglich, wurde dem Gesetzgeber unterstellt, daß es nicht in seiner Absicht gelegen hätte, sich in Widerspruch zu einem völkerrechtlichen Vertrag zu setzen. Ein strittiges Gesetz wurde daher in aller Regel so interpretiert, daß es den Anwendungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrages nicht einschränkte³⁷. Im Falle eines durch Auslegung

³⁶ C.E., 194.1968, *Heid et autres, Pasche et autres, Jeuneux et autres*, Rec., 243; Ass., 22.10.1979, *Union démocratique du travail*, Rec., 384; 22.10.1979, *Election des représentants à l'Assemblée des Communautés Européennes*, Rec., 385; Ass., 31.10.1980, *Lahache*, Rec., 403; Ass., 13.5.1983, *S.A. «René Moline»*, Rec., 191; Ass., 23.11.1984, *Roujansky et autres*, Rec., 383; 8.2.1985, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, Rec., 26; 13.12.1985, *Société internationale Sales and Import Corporation*, Rec., 377; 11.12.1987, *Daniélou*, Rec., 408; 27.4.1988, *Société «Bernard Carant»*, req. 63–772.

Wie der commissaire du gouvernement, Frydman, in seinem Schlußantrag zum Fall *Nicolo* (siehe Anhang) zutreffend bemerkt, finden sich erste, wenn auch nur sehr vage, Ansätze einer Auflockerung dieser Rechtsprechung in den Entscheidungen *Société internationale Sales and Import Corporation* vom 13.12.1985 (Rec., 377) und *Société «Smanor»* vom 19.11.1986 (Rec., 260). In beiden Fällen prüfte der Conseil d'Etat unmittelbar die Vereinbarkeit einer Verwaltungshandlung mit einem völkerrechtlichen Vertrag, obwohl jeweils ein später ergangenes Gesetz einschlägig war. Diese Gesetze hatten den Verordnungsgeber zum Tätigwerden ermächtigt, ohne jedoch inhaltliche Ausgestaltungen vorzugeben.

³⁷ Vgl. C.E., 7.4.1965, *Hurni*, Rec., 226; Ass., 2.5.1975, *Mathis*, Rec., 279; 20.5.1977, *Syndicat national des infirmiers et infirmières diplômés d'Etat*, Rec., 229; Sect., 27.5.1977, *Pagoaga Gallastegui*, Rec., 244; Ass., 27.1.1978, *Association «France Terre d'Asile»*, Rec., 33; Sect., 22.6.1979, *Fasbender et Ding*, Rec., 284; 4.2.1981, *Fédération C.F.T.C. des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autre*, Rec., 45.

nicht überwindbaren Gegensatzes setzte sich aber stets das spätere Gesetz durch.

Die Haltung des Conseil d'Etat stieß in der Literatur ganz überwiegend auf Kritik³⁸. Diese basierte vielfach auf der mehr oder weniger deutlich vorgebrachten Argumentation, daß den Gerichten die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen verwehrt sei. Daher stelle sich die Frage, ob die Nichtvereinbarkeit mit einem zuvor in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrag das Gesetz wegen Verstoßes gegen Art.55 verfassungswidrig mache³⁹. Wäre das der Fall, läge es in der (ausschließlichen) Kompetenz des Conseil constitutionnel, jenen Verfassungsverstoß im Verfahren nach Art.61 der Verfassung zu rügen. Führe dagegen der Widerspruch zu einem völkerrechtlichen Vertrag nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, könnten die Gerichte die entsprechende Überprüfung selbst vornehmen und dadurch dem Vorrang des völkerrechtlichen Vertrages zur Geltung verhelfen⁴⁰.

Der Conseil d'Etat nehme die Verfassungswidrigkeit eines solchen Gesetzes an. Zu unterscheiden sei jedoch zwischen einem »direkten« und einem »indirekten« Verfassungsverstoß⁴¹. Die Unvereinbarkeit zwischen völkerrechtlichem Vertrag und späterem Gesetz stelle allenfalls eine »indirekte« Verfassungswidrigkeit dar, während im Rahmen des Art.61 der Verfassung nur die »direkte« Verfassungswidrigkeit vom Conseil constitutionnel nachgeprüft werde. Aus diesem Grunde besäßen die Gerichte die Kompetenz, die fragliche Kontrolle selbst durchzuführen.

³⁸ Vgl. nur die Urteilsanmerkungen zu der soeben zitierten Entscheidung *Syndicat général des Fabricants de semoules* von R. Kovar, *Revue Critique de Droit International Privé* 1968, 516; C. Rousseau, *R.G.D.I.P.* 1968, 1128; Constantinidès-Mégret (Anm.7). Siehe ferner etwa M. Luchaire, *Le Conseil d'Etat et la Constitution*, *Revue Administrative* 1979, 144.

³⁹ Der commissaire du gouvernement, Frydman, setzt sich in seinem Schlußantrag zur Nicolò-Entscheidung ausführlich mit dieser Frage auseinander und kommt zu dem Ergebnis, daß es im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes geht. In der Erörterung dieser Problematik liegt eine gewisse Inkonsistenz, da der commissaire du gouvernement im Anschluß daran – sehr zu Recht, wie noch gezeigt werden wird – feststellt, daß diese Frage nur für die mögliche Annahme einer Prüfungscompetenz des Conseil constitutionnel bedeutsam ist.

⁴⁰ Siehe in diesem Zusammenhang auch die in Anm.56 angegebenen Literaturhinweise, da die Einschätzung, daß die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 15.1.1975, *décision n° 74-75 DC*, *Recueil C.C.*, 19, der soeben dargestellten Rechtsprechung des Conseil d'Etat diametral entgegenlaufe, auf genau diesem Argumentationsmuster aufbaut, vgl. unter VI.1.b).

⁴¹ Siehe allgemein zur Konzeption des »indirekten« Verfassungsverstoßes etwa Genevois (Anm.2), 831. Dagegen lehnen Favoreu (Anm.2), 997, Constantinidès-Mégret (Anm.7), 399, und M. Lagrange, *Rev. Trim. Dr. Europ.* 1975, 44 (50), auch eine nur indirekte Verfassungswidrigkeit ab.

Diese Argumentation geht jedoch am Kernpunkt der Problematik vorbei. Zu untersuchen ist nicht, ob entweder der Conseil constitutionnel oder stattdessen die Gerichte für die Überprüfung der Vereinbarkeit von Gesetzen mit früheren völkerrechtlichen Verträgen zuständig sind, sondern die Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Judikative, d. h. die Frage, ob durch Art. 55 der Verfassung eine eingeschränkte gerichtliche Gesetzeskontrolle ausnahmsweise zugelassen wird⁴². Die genannte Auffassung setzt dagegen implizit als Prämisse fest, daß den Gerichten – nur – eine Prüfung der Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung untersagt ist, nicht aber eine Verifikation der Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit sonstigem höherrangigem Recht. Aus welchem Rechtsgrund die Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, wonach dem Richter jede Gesetzesüberprüfung prinzipiell vorenthalten ist, zulässig sein soll, wird zumeist nicht erörtert, sondern als Faktum vorausgesetzt.

Zu Unrecht wird dem Conseil d'Etat unterstellt, er stütze seine bisherige Rechtsprechung auf die Annahme, daß der Verstoß gegen einen völkerrechtlichen Vertrag ein Gesetz *per se* im Hinblick auf Art. 55 verfassungswidrig mache und daß er aus diesem Grund nicht zuständig sei, eine entsprechende Gesetzesprüfung vorzunehmen⁴³. Hingewiesen sei hier bloß auf die ebenfalls berühmt gewordene Senatsentscheidung vom 22. Oktober 1979, *Union démocratique du travail*⁴⁴. Anlässlich dieses Urteils hatte der Conseil d'Etat seine bisherige Rechtsprechung angesichts der Kritik in der Literatur und neuer Entscheidungen des Conseil constitutionnel und der Cour de cassation, auf die unten gleich einzugehen sein wird, einer erneuten Prüfung unterzogen und ausdrücklich bestätigt. Die Urteilsbegründung gibt zumindest einen deutlichen Hinweis darauf, daß der Conseil d'Etat zwischen der Kontrolle eines Gesetzes auf seine Kon-

⁴² In diesem Sinne zu Recht Abraham (Anm. 25), 166.

⁴³ So schreiben beispielsweise Ludet/Stotz (Anm. 2), 95, daß in dem Schlußantrag des commissaire du gouvernement in der Entscheidung *Syndicat général des Fabricants de semoules* die These im Vordergrund stehe, daß mit der Anerkennung des Vorrangs der Richter zumindest indirekt eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ausübe, die ihm traditionell untersagt sei. Eine solche Kontrolle obliege ausschließlich dem Conseil constitutionnel und schließe jede andere Gültigkeitskontrolle von Gesetzen aus. Tatsächlich ging es dem commissaire du gouvernement jedoch primär darum darzutun, daß durch die Einführung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens in Art. 61 der Verfassung von 1958 das Gewaltenteilungsprinzip nicht generell aufgehoben, sondern nur in diesem ganz speziellen Fall eingeschränkt werden sollte. Im übrigen bleibe die untergeordnete Stellung des Richters unverändert.

⁴⁴ C.E., Ass., Rec., 384.

formität mit der Verfassung einerseits und auf seine Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verträgen andererseits sehr wohl unterschied:

Considérant (...) que, par suite, les moyens tirés de ce que le décret pourrait être contraire à la Constitution, aux principes consacrés par son préambule et à l'article 138 du traité précité tendent nécessairement à faire apprécier par le juge administratif la constitutionnalité des dispositions de la loi et leur conformité à ce traité (...).

Die These, daß ihm nur deshalb keine Kontrollkompetenz zustehe, weil der Verstoß gegen einen völkerrechtlichen Vertrag das Gesetz verfassungswidrig mache, hatte somit der Conseil d'Etat in Wahrheit niemals vertreten⁴⁵. Zutreffend bemerkt der commissaire du gouvernement, Frydman, in seinem Schlußantrag zu der hier erörterten Entscheidung, daß die Qualifizierung des Widerspruches zwischen einem Gesetz und einem früheren völkerrechtlichen Vertrag als »direkter« oder »indirekter« Verfassungsverstoß nur für die Frage bedeutsam ist, ob neben einer etwaigen Prüfungsbefugnis der Gerichte – alternativ oder kumulativ – die Zuständigkeit des Conseil constitutionnel gemäß Art.61 der Verfassung gegeben ist. Tatsächlich ist dies ein sekundäres Problem. Es kann allenfalls im Rahmen der teleologischen Auslegung eine Rolle spielen, wenn zu prüfen ist, ob die »Kontrollücke«, die entstünde, wenn weder der Conseil constitutionnel (mangels »direkten« Verfassungsverstos) noch der Conseil d'Etat (infolge der strikten Auslegung des Gewaltenteilungsprinzips) die Kompetenz zur Überprüfung eines Gesetzes an einem früher in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrag besitzen sollten, dem Sinn und Zweck der Verfassung entspricht.

Festzuhalten ist somit, daß der Conseil d'Etat in seiner bisherigen Rechtsprechung dem Grundsatz der Gewaltenteilung ein höheres Gewicht zukommen ließ, als dem in Art.55 niedergelegten Prinzip des Vorrangs völkerrechtlicher Verträge vor einfachen Gesetzen. Die Frage, ob dem Gemeinschaftsrecht aufgrund seiner Sonderstellung vor Gericht zur Durchsetzung verholfen werden müßte, wurde nicht näher erörtert.

IV. Die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel und der Cour de cassation

Das vorliegende Urteil des Conseil d'Etat läßt sich ohne eine kurze Betrachtung der vorangegangenen Rechtsprechung des Conseil constitutionnel und der Cour de cassation nicht angemessen würdigen. Dies gilt

⁴⁵ Vgl. auch den Hinweis von Calvet (Anm.2), in dessen Anm.25.

unabhängig von der Tatsache, daß der Conseil d'Etat – entgegen der Forderung des Conseil constitutionnel⁴⁶ – für sich in Anspruch nimmt, im Hinblick auf Art.62 Abs.2 Satz 2 der Verfassung⁴⁷ nur an den Tenor der Entscheidungen des Conseil constitutionnel, nicht aber auch an die wesentlichen Urteilsgründe gebunden zu sein⁴⁸.

1. Der Conseil constitutionnel

Die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel setzte sich sowohl mit der Thematik auseinander, ob das EG-Recht aufgrund seiner besonderen Natur der französischen Verfassung vorgeht (mit der Folge, daß es von den Gerichten stets beachtet werden müßte) als auch mit dem Problem, ob ein Gericht die entscheidungsrelevanten (einfachen) Gesetze generell auf ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen kontrollieren muß.

a) Zur Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor der französischen Verfassung

Bereits in seiner Entscheidung vom 19. Juni 1970⁴⁹ stellte der Conseil constitutionnel fest, daß der EWG-Vertrag in den »Anwendungsbereich von Art.55 der Verfassung eingetreten« sei und daß ihm (d. h. dem Conseil constitutionnel) die Befugnis zustehe, EG-Rechtsakte auf ihre Vereinbarkeit mit der französischen Verfassung zu überprüfen. Dieses Ergebnis wurde in der Entscheidung vom 30. Dezember 1976⁵⁰ bestätigt, in welcher der Conseil constitutionnel auf den verfassungsrechtlichen Hintergrund näher einging. Er vertrat dabei die These, daß Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 nur Souveränitätsbeschränkungen, nicht aber – übertragungen ermögliche:

⁴⁶ Vgl. die Nachweise in Luchaire/Conac (Anm.33), 1126.

⁴⁷ Art.62 Abs.2 Satz 2 der Verfassung sieht vor:

«Elles [= les décisions du Conseil constitutionnel] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles».

⁴⁸ Diese Rechtsprechung des Conseil d'Etat geht zurück auf das Senatsurteil vom 27.2.1970, *Commune de Bozas*, Rec., 139, in der – im Widerspruch zu einer vorangegangenen Entscheidung des Conseil constitutionnel – festgestellt wurde, daß die Regierung in einer Verordnung von der Regel abweichen könne, daß das Schweißen der Verwaltung eine Ablehnung darstelle, da diese Regel kein allgemeines Rechtsprinzip darstelle.

⁴⁹ Décision n° 70–39 DC, 19.6.1970, Recueil C.C., 15.

⁵⁰ Décision n° 76–71 DC, 30.12.1976, Recueil C.C., 15. Siehe dazu auch die Anmerkungen von L. Favoreu/ L. Philip, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel* (4. Aufl. Paris 1986), 332ff.; dies., R.D.P. 1977, 129ff.; C. Franck, J.C.P. 1977 II, 18704; P. Rambaud, *Annuaire Français de Droit International* 1977, 895ff.

«Considérant que si la préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit ...».

Im Anschluß daran überprüfte der Conseil constitutionnel die Vereinbarkeit der in Frage stehenden EG-Rechtsakte mit sämtlichen als verletzt in Betracht gekommenen Verfassungsbestimmungen. Daraus – sowie aus dem Umstand, daß der Conseil constitutionnel von der Unzulässigkeit der Souveränitätsübertragung an »jedwede internationale Organisation« sprach und auf diese Weise die EG mit allen anderen internationalen Organisationen gleichsetzte – läßt sich entnehmen, daß die These von der supranationalen, über der französischen Verfassung stehenden Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts vom Conseil constitutionnel verworfen wurde⁵¹.

Aus zwei Entscheidungen des Conseil constitutionnel vom 30. Dezember 1977⁵² folgt andererseits, daß die unmittelbare Geltung des EG-Rechts im innerstaatlichen Bereich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Nach der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel ist daher die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts in Frankreich als ein Fall zulässiger Souveränitätsbeschränkung anzusehen, während die Einräumung eines Vorrangs des EG-Rechts auch vor der französischen Verfassung eine unzulässige Souveränitätsübertragung darstellte. Als Konsequenz dieser Rechtsprechung kann dem EG-Recht auch kein spezieller, aus dessen besonderer Rechtsnatur abzuleitender Anwendungsvorrang zukommen, der von den französischen Gerichten unabhängig von der geltenden Verfassungslage zu beachten wäre. Demgemäß hat sich die Beantwortung der Frage, ob der Richter in Frankreich die Kompetenz besitzt, ein innerstaatliches Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem EG-Recht zu überprüfen, nach der allgemeinen Regelung für völkerrechtliche Verträge zu bemessen. Diese ist, wie oben ausgeführt, im Spannungsfeld zwischen dem Gewaltenteilungsprinzip und Art.55 der Verfassung zu bestimmen.

⁵¹ Vgl. beispielsweise Favoreu/Philip, *Les grandes ...* (Anm.50), 348; Honorat/Baptiste (Anm.2), 762.

⁵² Décisions nos 77–89/90 DC, *Recueil C.C.*, 44, 46.

b) Zur Kompetenz der Gerichte, völkerrechtliche Verträge auf ihre Konformität mit einfachen Gesetzen zu kontrollieren

Als Grundsatzentscheidung von herausragender Bedeutung wertet die Literatur die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 15. Januar 1975 bezüglich des Gesetzes über den Schwangerschaftsabbruch⁵³. Danach ist ein Gesetz nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil es im Widerspruch zu einem völkerrechtlichen Vertrag steht. Die Beachtung des in Art. 55 der Verfassung aufgestellten Prinzips des Vorrangs völkerrechtlicher Verträge könne folglich nicht vom Conseil constitutionnel im Wege der abstrakten Normenkontrolle nachgeprüft werden. Dies ergebe sich aus dem »absoluten und definitiven« Charakter der Entscheidungen im Verfahren nach Art. 61 der Verfassung, während der Vorrang völkerrechtlicher Verträge nach Art. 55 der Verfassung aufgrund des begrenzten Anwendungsbereichs und des Erfordernisses der Gegenseitigkeit lediglich »relativer und ungewisser« Natur (*relatif et contingent*) sei⁵⁴.

Die überwiegende Meinung in der Literatur folgt dem Conseil constitutionnel zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis⁵⁵. Mit der Aussage, daß der Widerspruch zu einem völkerrechtlichen Vertrag das Gesetz nicht *per se* verfassungswidrig mache, sieht die herrschende Meinung die frühere Rechtsprechung des Conseil d'Etat als überholt und widerlegt an⁵⁶. Wie bereits in Kap. III dargelegt, stützte sich die Argumenta-

⁵³ Decision n° 74–54 DC, 15.1.1975, Recueil C.C., 19. Vgl. auch die Anmerkungen zu dieser Entscheidung von Favoreu/Philip, *Les grandes ...* (Anm.50), 291; J. Rivero, *A.J.D.A.* 1975, 134; L. Favoreu/L. Philip, *R.D.P.* 1975, 185 und 1335; C. Franck, *R.G.D.I.P.* 1975, 1070; Lagrange (Anm.41); Ress (Anm.7).

⁵⁴ Der Conseil constitutionnel bestätigte diese Rechtsprechung in den Entscheidungen vom 20.7.1977, décision n° 77–83 DC, Recueil C.C., 39; und vom 18.1.1978, décision n° 77–92 DC, Recueil C.C., 21.

⁵⁵ Siehe zur Kritik am Konzept der »relativen und ungewissen« Natur des Prinzips des Vorrangs völkerrechtlicher Verträge beispielsweise Ress (Anm.7), 458 ff.; S. Regourd, *L'article 55 de la Constitution et les juges*, *R.G.D.I.P.* 1983, 780 ff., sowie die Ausführungen des commissaire du gouvernement im Schlußantrag zum Fall *Nicolo* (vgl. Anhang). Grundsätzlich befürwortend dagegen Favoreu (Anm.2), 998.

⁵⁶ Siehe statt vieler nur Favoreu, *ibid.*, 993 ff.; Dehaussy (Anm.2), 6. Aus der deutschsprachigen Literatur vgl. Ludet/Stotz (Anm.2), 97: Demnach habe die Rechtsprechung des Conseil d'Etat mit dieser Entscheidung des Conseil constitutionnel ihre »entscheidende Schwächung« erfahren, da nun festgestanden hätte, daß dem Argument, die Prüfung der Vertragsmäßigkeit eines Gesetzes implizierte automatisch eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, der Conseil d'Etat sich also in diesem Fall Kompetenzen angemäße habe, die ausschließlich dem Conseil constitutionnel zugestanden hätten, der Boden entzogen worden wäre. Etwas vorsichtiger formuliert Ress (Anm.7), 494 und 496, daß zu erwarten stehe, daß dem Conseil d'Etat nach diesem Spruch des Conseil constitutionnel die Rechtsfrage erneut vorgelegt und daß er seine Kompetenz, die Vereinbarkeit eines Gesetzes

tion des Conseil d'Etat jedoch nicht entscheidend auf die These, daß ihm nur deswegen keine Kompetenz zur Überprüfung eines Gesetzes auf seine Vertragskonformität zustehe, da ein Gesetz, das einem völkerrechtlichen Vertrag widerspreche, verfassungswidrig sei. Dieses Argument ist nur am Rande im Rahmen der teleologischen Auslegung von Art.55 der Verfassung von Bedeutung. Aus diesem Grund konnte die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 19. Januar 1975 die frühere Rechtsprechung des Conseil d'Etat nicht nachhaltig erschüttern.

Den offenen Bruch mit der vormaligen Spruchpraxis des Conseil d'Etat vollzog der Conseil constitutionnel vielmehr erst kürzlich in einem Urteil vom 21. Oktober 1988⁵⁷. In diesem Verfahren war der Conseil constitutionnel in seiner Funktion als Wahlprüfungsgericht tätig geworden, d. h. in einer Funktion, in der er wie jedes Gericht die Gesetze anzuwenden hatte, ohne sie auf ihre Verfassungsmäßigkeit kontrollieren zu dürfen⁵⁸. Er stellte fest, daß das Gesetz n° 86–825 vom 11. Juli 1986 mit Art.3 des 1. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention konform sei und er dieses folglich anwenden könne. Dadurch zeigte sich, daß nach Auffassung des Conseil constitutionnel den Gerichten die Befugnis zusteht, innerstaatliche Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verträgen zu verifizieren.

mit einem völkerrechtlichem Vertrag zu prüfen, bejahen werde. Eine Änderung seiner Rechtsprechung werde dem Conseil d'Etat zwar nicht in jeder Hinsicht aufgezwungen, jedoch erleichtert.

⁵⁷ Décisions n°s 88–1082/1117, 21.10.1988, Recueil C.C., 183; A.J.D.A. 1989, 128, Anmerkung P. Wachsmann; R.F.D.A. 1988, 908, Anmerkung B. Genevois. Erwähnenswert ist auch die nur kurze Zeit zuvor ergangene Entscheidung vom 3.9.1986, décision n° 86–216 DC, Recueil C.C., 135. Der Conseil constitutionnel hatte darin ausgeführt, daß Art.55 der Verfassung auch dann zu beachten ist, wenn das Gesetz dazu schweigt; die verschiedenen Staatsorgane hätten im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen für die Anwendung der internationalen Konventionen Sorge zu tragen. Zu Recht folgert die Literatur, daß durch diese Entscheidung der Conseil d'Etat zur Aufgabe seiner Rechtsprechung bewogen werden sollte, vgl. Ludet/Stotz (Anm.2), 97; Wachsmann, *ibid.*

⁵⁸ Vgl. décision n° 58–42/191, 5.5.1959, Recueil C.C., 215. Siehe auch den Hinweis in Ludet/Stotz, *ibid.*, 97.

2. Die Cour de cassation

In dem bekannten Urteil *Administration des Douanes c. Société des Cafés Jacques Vabre* vom 24. Mai 1975⁵⁹ rückte die Cour de cassation von ihrer früheren Rechtsprechung⁶⁰ ab, indem sie trotz einer später erlassenen anderslautenden Gesetzesregelung eine Bestimmung des EWG-Vertrages anwendete. Der procureur général de la Cour de cassation hatte – entgegen der oben dargestellten Rechtssicht des Conseil constitutionnel – vorgeschlagen, die Unanwendbarkeit der widersprechenden innerstaatlichen Rechtsnorm mit dem Umstand zu begründen, daß das EG-Recht unabhängig von der nationalen Rechtsordnung sei. Man könne sich daher nicht auf Art. 55 der Verfassung beziehen, sondern ausschließlich auf den EWG-Vertrag⁶¹. Das Gericht ging einen dogmatisch unklaren Mittelweg, indem es sowohl Art. 55 der Verfassung als auch die besondere Natur des Gemeinschaftsrechts erwähnte⁶².

In der Folgezeit bestätigte die Cour de cassation jeweils das in dem soeben genannten Urteil gefundene Ergebnis, sie änderte jedoch wiederholt ihre Begründung. So stützte sie sich in einem nur wenig später ergangenen Urteil⁶³ offenbar allein auf die besondere Natur des EG-Rechts. Art. 55 der Verfassung wurde nicht erwähnt. In allen weiteren einschlägigen Entscheidungen berief sie sich dagegen ausdrücklich auf Art. 55 der Verfassung, ohne auf die besondere Eigenart des Gemeinschaftsrechts hin-

⁵⁹ Cour de cassation, Chambre mixte, 24.6.1975, Bulletin n° 4, 6; ebenfalls abgedruckt etwa in J.C.P. 1975 II, 18180 *bis*; D. 1975, 497; A.J.D.A. 1975, 567, Anmerkung J. Boulois. Siehe dazu auch F.-Ch. Jeantet, *La Cour de cassation et l'ordre juridique communautaire*, J.C.P. 1975 I, 2743.

⁶⁰ Die traditionelle Rechtsprechung der Cour de cassation ging auf den Schlußantrag des procureur général, Matter, zum Urteil vom 22.12.1931, *Sanchez* (abgedruckt etwa in D. 1932, 131; J.D.I. 1932, 687), zurück. Danach war es dem Richter infolge des Gewaltenteilungsgrundsatzes verwehrt gewesen, ein innerstaatliches Gesetz nicht anzuwenden, das einem früher in Kraft getretenem völkerrechtlichen Vertrag widersprach.

⁶¹ Der Schlußantrag des procureur général de la Cour de cassation, M. Touffait, ist u. a. abgedruckt in Rev. Trim. Dr. Europ. 1975, 336; D. 1975, 497.

⁶² Die zentrale Stelle der Urteilsbegründung lautet:

«Mais attendu que le Traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article susvisé de la Constitution [Art.55], a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions; que, dès lors, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que la cour d'appel a décidé que l'art. 95 du traité devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'art. 265 c. des douanes, bien que ce dernier texte fût postérieur ...».

⁶³ Cour de cassation, 15.12.1975, *Van Kempis*, Rev. Trim. Dr. Europ. 1976, 727.

zuweisen⁶⁴. Der Cour de cassation ist daher Konsequenz im Ergebnis, jedoch Widersprüchlichkeit in der Begründung zu attestieren.

Gegenüber dieser Rechtsprechung der Cour de cassation wurde in zwei vom Conseil d'Etat herausgegebenen Studien⁶⁵ eingewendet, daß die Divergenz zur Rechtsprechung des Conseil d'Etat aus dem Umstand resultiere, daß die beiden Gerichte nicht dieselbe Funktion besäßen. Die Cour de cassation habe lediglich unter zwei Rechtsnormen die in einem konkreten Sachverhalt einschlägige auszuwählen; für den Conseil d'Etat handle es sich dagegen darum, die Rechtswidrigkeit eines Gesetzes auszusprechen. Infolge dieses Unterschiedes könnten die jeweiligen Rechtsprechungen nicht miteinander verglichen werden.

Wie B. Genevois, secrétaire général des Conseil constitutionnel und Mitglied des Conseil d'Etat, berichtet, ist allerdings in letzter Zeit die bisherige Rechtsprechung des Conseil d'Etat selbst innerhalb des Staatsrates zunehmend auf Kritik gestoßen⁶⁶. Angesichts dieser Tatsache und im Hinblick auf die dargelegten Entscheidungen des Conseil constitutionnel und der Cour de cassation ist eine Änderung allgemein erwartet worden.

V. Die wesentlichen Aussagen der Nicolo-Entscheidung, Würdigung und Ausblick

1. Die Signifikanz des Schlußantrages des commissaire du gouvernement

Der üblichen Gerichtspraxis folgend ist das Urteil selbst nur äußerst knapp gefaßt. Zur Nachvollziehung der Entscheidungsgründe muß daher auf den Schlußantrag des commissaire du gouvernement⁶⁷ zurückgegriffen werden. Dieser hatte sich mit den beiden möglichen Rechtsgrundlagen auseinandergesetzt, aus denen sich die Kompetenz des Gerichts hatte ergeben können, das Gesetz vom 7. Juli 1977 auf seine Vereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag zu überprüfen: Art. 55 der Verfassung sowie die besondere

⁶⁴ Siehe nur beispielsweise die Entscheidungen der Chambre commerciale vom 24. 6. 1986, *Mme Dumoussaud*, Bulletin n° 134, und vom 5. 5. 1987, *Société anonyme «Auchan»*, Bulletin N° 109, sowie zuletzt das Urteil der Chambre criminelle vom 3. 6. 1986, *Klaus Barbie*, Bulletin n° 246. Weitere Nachweise finden sich in dem Schlußantrag des commissaire du gouvernement, Frydman, zum Fall *Nicolo* (vgl. Anhang).

⁶⁵ Droit communautaire et Droit français, 47; Droit international et droit français, 27.

⁶⁶ Genevois (Anm. 2), 824.

⁶⁷ Vgl. Anhang.

Natur des Gemeinschaftsrechts. Der commissaire du gouvernement leitete die o. g. Befugnis des Gerichts allein aus Art.55 der Verfassung ab. Eine Supranationalität des EG-Rechts (mit der Folge des Vorrangs auch vor Normen der französischen Verfassung) lehnte er dagegen ab. Die Tatsache, daß das Urteil ausdrücklich auf Art.55 der Verfassung verweist⁶⁸, während es zur Frage der besonderen Natur des EG-Rechts schweigt, gibt zu erkennen, daß das Gericht nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung den Ausführungen des commissaire du gouvernement gefolgt ist⁶⁹. Aus diesem Grund sollen hier die wesentlichen Aussagen im Schlußantrag des commissaire du gouvernement kurz dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

2. Art.55 der Verfassung als Prüfungsermächtigungsnorm an den Richter

Die zentrale These des commissaire du gouvernement lautet, daß sich Art.55 der Verfassung primär nicht an den Gesetzgeber, sondern an den Richter wende und diesem die Aufgabe übertrage, Gesetze nicht anzuwenden, die völkerrechtlichen Verträgen zuwiderliefen. Art.55 der Verfassung stelle daher eine Ermächtigungsnorm an den Richter zur Überprüfung innerstaatlicher Gesetze auf ihre Konformität mit völkerrechtlichen Verträgen dar. Das Gewaltenteilungsprinzip werde insoweit zwar durchbrochen, doch finde diese Abweichung ihre Legitimation in der Verfassung selbst.

Zur Begründung weist der commissaire du gouvernement auf die bisher bestehende »Gerichtsbarkeitslücke« (*vide jurisdictionnel*) hin, d. h. auf den

⁶⁸ Siehe die Formulierung:

«Vu la Constitution, notamment son article 55».

⁶⁹ Anderer Ansicht Calvet (Anm.2), Ziff.23f. Seiner Meinung nach habe sich der Conseil d'Etat auch durch den soeben zitierten Hinweis auf Art.55 der Verfassung nicht festgelegt, ob es die besagte Kompetenz des Gerichts zur Gesetzesprüfung auf Art.55 der Verfassung oder auf die besondere Natur des EG-Rechts stützen wolle. Dagegen spricht jedoch, daß in dem Fall, daß das Gericht den Anwendungsvorrang des EWG-Vertrages in dessen besonderer Rechtsnatur begründet gesehen hätte, für die Erwähnung von Art.55 der Verfassung kein Raum gewesen wäre. Zumindest wäre angesichts der früheren Rechtsprechung des Conseil d'Etat, des Schlußantrages des commissaire du gouvernement und der Formulierungspraxis der Cour de cassation, ein entsprechender klarstellender Hinweis zu erwarten gewesen. Jedenfalls aufgrund der Gesamtumstände des Urteils muß daher die gewählte Formulierung als eine Bestätigung der Begründungslinie des commissaire du gouvernement aufgefaßt werden.

Umstand, daß sich weder der Conseil d'Etat noch der Conseil constitutionnel für zuständig erachten, eine entsprechende Gesetzeskontrolle vorzunehmen, und auf die Notwendigkeit, eine Verfassungsbestimmung nicht zu einem »toten Buchstaben« werden zu lassen. Ferner betont er die gewachsene Bedeutung des Völkerrechts und macht darauf aufmerksam, welches Hindernis die bisherige Rechtsprechung für die Einführung des Völkerrechts und insbesondere des EG-Rechts in die französische Rechtsordnung in Zukunft darstellen könnte. Von besonderem Gewicht sind seine Ausführungen von der gestärkten, angesichts neuerer Entscheidungen des Conseil constitutionnel verfassungsrechtlich abgesicherten Stellung des Conseil d'Etat bzw. der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Hervorzuheben sind ferner die Bemerkungen über die Relativierung der Bedeutung der Gesetze, die nicht mehr die »heiligen« Normen darstellten.

Eingehend setzt sich der commissaire du gouvernement mit dem Einwand auseinander, die Verpflichtung der Gerichte, die Gültigkeit innerstaatlicher Gesetze an völkerrechtlichen Regelungswerken zum Menschenrechtsschutz – wie insbesondere der EMRK – zu messen, führe zu der Gefahr der Überlastung der Gerichte infolge mißbräuchlich eingeleiteter Rechtsstreitigkeiten. Darüber hinaus könnte der Anschein erweckt werden, den Verwaltungsgerichten würde dadurch die Rolle einer für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständigen Gerichtsbarkeit zugewiesen, weil die in der EMRK niedergelegten Prinzipien mit Grundsätzen von Verfassungsrang gemäß der Präambel der Verfassung von 1946 und der Bestimmungen, auf die sie sich beziehe, vielfach identisch seien. Der commissaire du gouvernement sieht die aufgezeigte Gefahr der Überlastung der Gerichte mit Blick auf die Rechtsprechungspraxis der Cour de cassation als gering an. Im übrigen seien die in der EMRK garantierten Menschenrechte mit Grundsätzen aus der Verfassungspräambel von 1946 bzw. der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 tatsächlich zumeist identisch. Daher könnte durchaus die gerichtliche Kontrolle innerstaatlicher Gesetze auf deren Vereinbarkeit mit der EMRK mit der vom Conseil constitutionnel ausgeübten Verfassungsmäßigkeitsprüfung konkurrieren. Entscheidend sei aber, daß die Aufnahme von Grundsätzen, die in Wahrheit verfassungsrechtlicher Natur seien, in völkerrechtliche Verträge unmittelbar auf den von der Exekutive wie der Legislative bei der Ratifikation geäußerten politischen Willen zurückgehe.

Die Rechtsprechungsänderung ist vom praktischen Ergebnis wie von der dogmatischen Konzeption des Gewaltenteilungsprinzips her begrün-

ßenswert⁷⁰. Der bisherige Rechtszustand, wonach jedes spätere innerstaatliche Gesetz die Geltung des EWG-Vertrages faktisch einschränken konnte, war innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses untragbar gewesen. Die nunmehr erfolgte Abkehr von der überlebten, viel zu starren Sichtweise des Gewaltenteilungsgrundsatzes trägt den vielfältigen Rechtsentwicklungen der jüngeren Zeit Rechnung. Zutreffend verweist der commissaire du gouvernement auf die gefestigte Position der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Auch die in jüngerer Zeit deutlich intensivierete verwaltungsgerichtliche Kontrolle bei administrativen Gestaltungsfreiräumen⁷¹ läßt erkennen, daß die Stellung des Verwaltungsrichters im Gewaltengefüge nicht mehr als »untergeordnet« bezeichnet werden kann, wie dies der commissaire du gouvernement, N. Questiaux, noch im oben zitierten⁷² Schlußantrag zu der berühmten Entscheidung *Syndicat général des Fabricants de semoules* aus dem Jahre 1968 getan hat. Auch die gegenwärtigen, noch vor kurzem undenkbaren Bestrebungen, ein gerichtliches Vorlageverfahren an den Conseil constitutionnel zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen einzuführen⁷³, spiegeln trotz ihrer wohl nur geringen praktischen Erfolgsaussichten ein grundsätzlich geändertes Verständnis von der Aufteilung der Gewalten im Staat wider.

Zuzustimmen ist dem commissaire du gouvernement ferner in seiner Zurückweisung des Gegenargumentes, daß bei der Überprüfung innerstaatlicher Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzvereinbarungen infolge deren weitgehender Identität mit fran-

⁷⁰ Zu Recht schreibt Dubouis (Anm.2), 1004, daß der Rechtsprechungsänderung eine beträchtliche Symbolkraft zukomme.

⁷¹ Siehe dazu ausführlich Lerche (Anm.10), insbes. 39f.

⁷² Siehe unter III.

⁷³ Am 30.3.1990 brachte die Regierung in der Assemblée nationale den Entwurf eines verfassungsändernden Gesetzes ein (Projet de loi constitutionnelle, Assemblée nationale, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 1990, n° 1203), der eine Änderung der Art.61 bis 63 der Verfassung vorsieht. Art.61 soll folgender Satz hinzugefügt werden:

«Les dispositions de loi qui concernent les droits fondamentaux reconnus à toute personne par la Constitution peuvent être soumises au Conseil constitutionnel par voie d'exception à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction».

Nach der vorgeschlagenen Änderung des Art.62 darf ein für verfassungswidrig erklärtes Gesetz nicht mehr angewendet werden. Gemäß dem Art.63 beizufügenden Zusatz sind durch *loi organique* auch die Voraussetzungen zu regeln, unter denen dem Conseil constitutionnel vom Conseil d'Etat bzw. der Cour de cassation (oder einer separaten Gerichtsbarkeit) vorzulegen ist. Daraus folgt, daß ein unterinstanzliches Gericht, das ein entscheidungsrelevantes Gesetz für grundrechtswidrig hält, dieses Gesetz zunächst dem Conseil d'Etat bzw. der Cour de cassation vorzulegen hat. Hält auch das oberste Gericht das Gesetz für grundrechtswidrig, legt es dieses anschließend dem Conseil constitutionnel vor.

zösischen Verfassungsgrundsätzen die Gerichte in der Sache eine unzulässige Verfassungsmäßigkeitskontrolle vornehmen würden. Denn zunächst bleibt auch bei inhaltlicher Übereinstimmung zwischen Regelungen insbesondere in der EMRK und französischen Verfassungsprinzipien der gerichtliche Prüfungsmaßstab ausschließlich der völkerrechtliche Vertrag. Im übrigen weist der commissaire du gouvernement zutreffend darauf hin, daß eine solche »Quasi-Verfassungsmäßigkeitsprüfung« ihre Grundlage in der Entscheidung der Exekutive und der Legislative findet, derartige Normen, die französischen Verfassungsprinzipien weitgehend entsprechen, in völkerrechtliche Verträge aufzunehmen⁷⁴.

Die umfangreichen Ausführungen des commissaire du gouvernement zu diesem Punkt lassen bereits erahnen, welche Bedeutung die Rechtsprechungsänderung gerade für die Anwendung der EMRK im französischen Rechtsleben haben wird. Auch wenn der commissaire du gouvernement die praktischen Auswirkungen eher zu relativieren versucht, dürfte in der Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, alle innerstaatlichen Gesetze an der EMRK zu messen, eine der herausragendsten und uneingeschränkt positiv zu sehenden Konsequenzen der *Nicolo*-Entscheidung liegen.

Das Urteil kann und will nicht sämtliche Zweifelsfragen zu Art.55 der Verfassung beantworten, beispielsweise die Handhabung des Reziprozitätserfordernisses im Rahmen des EWG-Vertrages oder bei anderen internationalen Konventionen mit spezifischen Vertragsverletzungsverfahren⁷⁵.

⁷⁴ Vgl. auch die unter III zitierten Hinweise des commissaire du gouvernement, wonach die Qualifizierung des Widerspruchs zwischen einem innerstaatlichen Gesetz und einem früher in Kraft getretenen völkerrechtlichen Vertrag als (direkter) Verfassungsverstoß nur für die Frage bedeutsam ist, ob neben einer etwaigen Prüfungszuständigkeit der Gerichte auch eine Kontrollkompetenz des Conseil constitutionnel gegeben ist. Daraus folgt, daß eine entsprechende Doppelzuständigkeit der Gerichte und des Conseil constitutionnel nicht schlechthin ausgeschlossen ist.

⁷⁵ Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall *Kommission vs. Großherzogtum Luxemburg und Königreich Belgien* vom 13.11.1964, Rs.90 und 91/63, Slg. 1964, 1329, hatte die Cour de cassation, Chambre mixte, in dem bereits oben zitierten Urteil *Administration des Douanes c. Société des Cafés Jacques Vabre* vom 24.5.1975, Bulletin n° 4, 6, ausgeführt, daß im Falle des Gemeinschaftsrechts dem Erfordernis der Reziprozität durch das im EWG-Vertrag vorgesehene Gerichtssystem Genüge getan werde. Denn dieses Gerichtssystem sei lückenlos und umfasse für den Fall der Vertragsverletzung ein genaues Regelwerk und lege die Überwachung in die Hände des EuGH. Die automatische Sanktionierung derartiger Vertragsverletzungen und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, diese zu beenden, reiche im Hinblick auf das Reziprozitätserfordernis gemäß Art.55 der Verfassung aus, so daß der nationale Richter in dieser Hinsicht keine Prüfung vorzunehmen brauche. Der Conseil d'Etat hat sich dieser Ansicht bisher noch nicht ausdrücklich angeschlossen. Die Frage wird auch hier nicht entschieden.

Darüber hinaus betrifft es nur die Kollision eines späteren innerstaatlichen Gesetzes mit einem völkerrechtlichen Vertrag. In einer Pressemitteilung zur *Nicolo*-Entscheidung weist der Conseil d'Etat ausdrücklich darauf hin, daß er sich »später noch zur Anwendbarkeit des Urteils auf die Rechtsakte der europäischen Organe, nämlich auf die Verordnungen und Richtlinien der Gemeinschaft, äußern« müsse⁷⁶. Nicht zuletzt angesichts der bisherigen Entscheidungen zum Konflikt zwischen EWG-Richtlinien und innerstaatlichen Verordnungen⁷⁷ kann wohl kaum ein Zweifel daran bestehen, daß der Conseil d'Etat schon in absehbarer Zeit seine Rechtsprechung auf das abgeleitete Gemeinschaftsrecht ausdehnen wird⁷⁸.

3. Die Ablehnung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch vor den Normen der französischen Verfassung

Problematischer erscheinen dagegen die Ausführungen des commissaire du gouvernement zur Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch vor den Bestimmungen der französischen Verfassung. Er lehnt eine solche Stellung des EG-Rechts aus drei Gründen ab: Erstens fände eine derartige Annahme keine Rechtsgrundlage; eine entsprechende Auslegung des EWG-Vertrages machte diesen »mit Sicherheit verfassungswidrig«. Zweitens würde dies bedeuten, im übrigen bei der bisherigen Auslegung zu Art.55 der Verfassung zu verbleiben. Drittens wäre es »bedauerlich«, eine erneute Divergenz der Rechtsprechung innerhalb Frankreichs herbeizuführen. Keiner dieser drei Gründe vermag jedoch zu überzeugen.

Der commissaire du gouvernement setzt sich bei seiner knappen Feststellung, die Zuerkennung des absoluten Vorranges des Gemeinschaftsrechts habe keinerlei Rechtsgrundlage, nicht mit Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946⁷⁹ auseinander, wie dies von Teilen der Literatur vorgeschlagen worden ist⁸⁰. Zwar ermöglicht, wie oben dargelegt⁸¹, nach Auf-

⁷⁶ Zitiert nach Dewost (Anm.2), 9. Nach Dehaussy (Anm.2), 17, betrifft die *Nicolo*-Entscheidung dagegen auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht.

⁷⁷ Vgl. dazu unter II.1.

⁷⁸ So wohl auch in der Tendenz Dewost (Anm.2); Calvet (Anm.2), Ziff.25; Ludet/Stotz (Anm.2), 98.

⁷⁹ Vgl. unter II.2.

⁸⁰ So insbesondere von G. Olmi, *Les Hautes Juridictions nationales, juges de droit communautaire, Liber amicorum Pierre Pescatore* (Baden-Baden 1987), 536. Auch Constantinidès-Mégret (Anm.7), 397, setzt sich, wenn auch ohne Bezugnahme auf Abs.15 der Präambel der Verfassung von 1946, für die Anerkennung eines absoluten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts aufgrund dessen besonderer Natur ein.

⁸¹ Siehe unter IV. 1. a).

fassung des Conseil constitutionnel jene Bestimmung lediglich Souveränitätsbeschränkungen, nicht aber Souveränitätsübertragungen an internationale Organisationen. Diese Rechtsprechung des Conseil constitutionnel begegnet jedoch schwerwiegenden Bedenken. So steht sie in deutlichem Widerspruch zur Intention des Verfassungsgebers von 1946⁸². Diese Vorschrift, die mit Art.46 des ersten Verfassungsentwurfs vom 19. April 1946 übereinstimmt, wurde in dem Geist einer euphorischen Befürwortung einer internationalen Gemeinschaft geschaffen. So sagte etwa der Berichterstatter in der ersten verfassungsgebenden Versammlung zum Entwurf des (damals noch) Art.46⁸³:

«Je tiens à affirmer que l'évolution normale doit conduire vers la limitation de la souveraineté des Etats en vue de l'organisation d'un système cohérent de sécurité collective (...). Le monde est-il destiné à périr en entier sur l'autel de cette dernière idole que serait la souveraineté nationale? Dans les rapports entre Etats la souveraineté – indépendance – s'est manifestée avec une néfaste virulence chaque fois que les passions chauvines l'ont pénétrée (...).»

An die vom Conseil constitutionnel im Jahre 1976 eingeführte Unterscheidung zwischen Souveränitätsbeschränkung einerseits und Souveränitätsübertragung andererseits dachte damals – soweit erkennbar – noch niemand. Hingewiesen sei auch auf die bekannte, von de Gaulle zu Beginn der fünfziger Jahre wiederholt gebrauchte Formulierung, daß jedes Mitglied an die zu errichtende europäische Gemeinschaft einen Teil seiner Souveränität zu »delegieren« habe⁸⁴. Es ist bezeichnend, daß Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 in den Parlamentsdebatten zu den Römischen Verträgen nicht erwähnt wurde⁸⁵. Das kann nur bedeuten, daß niemand mit der Möglichkeit gerechnet hatte, die durch jene Bestimmung gezogenen Grenzen dabei zu tangieren. Sie kam zwar in der Debatte am 27. Oktober 1953

⁸² Siehe allgemein zur Entstehungsgeschichte von Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 Luchaire/Conac (Anm.33), 104 ff.

⁸³ Première Assemblée constituante, Débats, 2ème séance du 11 avril 1946, 1724.

⁸⁴ In einer Rede am 21.12.1951 sagte de Gaulle (zitiert nach: E. Jouve, *Le Général de Gaulle et la construction de l'Europe [1940–1966]*, Bd.II [Paris 1967], 181 mit weiteren Nachweisen): «Depuis des années, je pense – avec beaucoup d'autres d'ailleurs – que la communauté européenne doit être une confédération. Oui, une confédération d'Etats constituant entre eux un pouvoir confédéral commun, auquel chacun délègue une part de sa souveraineté. Ceci, en particulier, dans la matière économique, dans la matière de la défense et dans la matière de la culture». In diesem Sinne sagte de Gaulle ferner am 25.2.1953 (*ibid.*, 194):

«Sur la base de cette alliance, il faut bâtir une confédération, c'est-à-dire un organisme commun auquel les divers Etats, sans perdre leur corps, leur âme, leur figure, délèguent une part de leur souveraineté en matière stratégique, économique, culturelle.»

⁸⁵ Luchaire/Conac (Anm.33), 109.

im Rat der Republik über die Verfassungsmäßigkeit des geplanten Abkommens über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft zur Sprache, aber nur im Hinblick auf die Frage, ob die darin verlangte Gegenseitigkeit angesichts des etwaigen Ausscheidens Deutschlands im Falle der Wiedervereinigung gewahrt ist⁸⁶.

Die Auslegung des Conseil constitutionnel findet somit in der Entstehungsgeschichte und der (zumindest früheren⁸⁷) Rechtspraxis keine Stütze. Die Unterscheidung zwischen Souveränitätsbeschränkung und -übertragung⁸⁸ erscheint künstlich und in der Praxis kaum durchführbar. Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 kann daher durchaus als Rechtsgrundlage für die Anerkennung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch vor Bestimmungen der französischen Verfassung angesehen werden.

Eine andere Frage ist, ob ein solcher Vorrang des Gemeinschaftsrechts als absoluter Vorrang im Sinne der Rechtsprechung des EuGH anzusehen wäre, oder ob die französische Verfassung bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen an internationale Organisationen gleichwohl gewisse, äußerste Grenzen setzt⁸⁹. Schon die Formulierung »Souveränitätsbeschränkungen« in dem genannten Absatz der Verfassungspräambel von 1946, aber auch etwa die Bezeichnung des Staatspräsidenten als »Garant der nationalen Unabhängigkeit« in Art.5 der Verfassung von 1958 legen das in der Tat nahe. Auch die obigen Ausführungen zur Entstehungsgeschichte der Verfassungspräambel von 1946 und zur frühen Verfassungspraxis sprechen nicht gegen eine solche restriktive Sichtweise. Diese Problematik braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden. Entscheidend ist vielmehr die

⁸⁶ Conseil de la République, Débats, 1953, 1640f.

⁸⁷ Luchaire/Conac (Anm.33), 110, weisen darüber hinaus aus der neueren Völkerrechtspraxis Frankreichs auf die Gesetze hin, die die Erlaubnis zur Ratifikation des Abkommens von Lomé und der Europäischen Menschenrechtskonvention aussprechen. Ihrer Meinung nach hätte – unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel – gegenüber diesen Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 eingewendet werden müssen. Die Tatsache, daß dies nicht geschehen sei, belege die Unzulänglichkeit der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel.

⁸⁸ Siehe zu dieser Unterscheidung (und der damit verbundenen Problematik) F. Luchaire, Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne, Rev. Trim. Dr. Europ. 1979, 391 ff. (417 ff.).

⁸⁹ Zur Rechtslage in der Bundesrepublik hinsichtlich der Grenzen des Art.24 Abs.1 GG bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen vgl. die *Solange I*- und *Solange II*-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 37, 271 (278 ff.); 73, 339 (375 ff.). Auch in dem noch schwebenden Bund-Länder-Streit über die Zustimmung der Bundesregierung zur EG-Rundfunkrichtlinie wird dieser Frage voraussichtlich eine wesentliche Bedeutung zukommen.

Feststellung, daß – entgegen der unter IV. 1. a) dargelegten Auffassung des Conseil constitutionnel, die vom commissaire du gouvernement im Schlußantrag zu der vorliegenden Entscheidung erkennbar geteilt wird⁹⁰ – die Einräumung eines zumindest partiellen (d. h. sich auf besonders wichtige Grundnormen möglicherweise nicht erstreckenden) Vorrangs des EG-Rechts vor der französischen Verfassung durch Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 grundsätzlich zugelassen wird.

Noch weniger vermag das zweite Argument des commissaire du gouvernement einzuleuchten, wonach es im Falle der Begründung des Vorranges des EG-Rechts mit dessen besonderer Rechtsnatur im übrigen bei der bisherigen – und abzulehnenden – Auslegung des Art.55 der Verfassung bleiben müßte. Es ist nicht einzusehen, weshalb sich nicht im Normalfall der Anwendungsvorrang völkerrechtlicher Verträge aus Art.55 der Verfassung ergeben sollte, und nur im Sonderfall des Gemeinschaftsrechts ein darüber hinausreichender, d. h. auch Normen mit Verfassungsrang einschließender und durch Abs.15 der Verfassungspräambel von 1946 grundsätzlich zugelassener, Anwendungs- oder Geltungsvorrang angenommen werden könnte. Die vom commissaire du gouvernement⁹¹ beschriebene Alternative – genereller Anwendungsvorrang aller Gesetze nach Art.55 der Verfassung vs. spezieller Anwendungsvorrang des EG-Rechts aufgrund dessen besonderer Natur und im übrigen keinerlei Anwendungsvorrang völkerrechtlicher Verträge – ist durch nichts indiziert.

Zuletzt hätte im Rahmen der Argumentation, daß durch die Zuerkennung eines eigenständigen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts eine erneute Divergenz zur Rechtsprechung des Conseil constitutionnel und der Cour de cassation entstehen würde (sofern eine derartige Erwägung überhaupt von Relevanz sein kann), der Gegensatz zur o. g.⁹² Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften mitberücksichtigt werden sollen. Die Ausführungen des commissaire du gouvernement vermögen daher in dem wichtigen Punkt betreffend den Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch vor Normen der französischen Verfassung nicht zu überzeugen.

⁹⁰ Der commissaire du gouvernement wendet sich ausdrücklich nur gegen den absoluten Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Aus dem Gesamtzusammenhang (wie auch aus dem Hinweis auf die Rechtslage in der Bundesrepublik) ergibt sich jedoch, daß der commissaire du gouvernement jegliche der französischen Verfassung übergeordnete Geltung des EG-Rechts, d. h. ggf. auch eine nur partielle, ablehnt.

⁹¹ In gleichem Sinne Dubouis (Anm.2), 1003.

⁹² Vgl. unter II.2.

4. Ausblick

Dem Urteil kommt das unbestreitbare Verdienst zu, den gänzlich unbefriedigenden früheren Zustand, wonach die Nichtbeachtung des Art.55 der Verfassung durch den Gesetzgeber weitgehend sanktionslos geblieben ist, beendet zu haben. Die in dieser Bestimmung dokumentierte Völkerrechtsfreundlichkeit der französischen Verfassung wird durch die vorliegende Entscheidung auch vor den Verwaltungsgerichten zur Realität⁹³. Besondere praktische Relevanz dürfte der Rechtsprechungsänderung nicht nur für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, sondern nicht zuletzt auch für die Anwendung der EMRK im französischen Rechtsleben zukommen. Dies geht einher mit einer erfreulichen Stärkung der Judikative innerhalb des Gewaltenteilungssystems in Frankreich.

Erkauft wird dieser Fortschritt jedoch mit der Absage an jede Möglichkeit des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor Bestimmungen der französischen Verfassung⁹⁴. Angesichts der insofern gleichlautenden Rechtsprechung des Conseil constitutionnel und der jüngsten Urteile der Cour de cassation ist diese Rechtssicht, nach der Souveränitätsübertragungen an internationale Organisationen von Verfassungen wegen ausgeschlossen sind, nunmehr wohl als endgültig und unumstößlich in Frankreich festgelegt. Treffend formuliert Favoreu⁹⁵:

«Cette interprétation reçoit, avec l'arrêt Nicolo, une confirmation définitive».

Angesichts der möglichen Implikationen dieser Einschränkung des Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts für das normale Funktionieren der EG wie auch im Hinblick auf die mögliche Schaffung einer Politischen Union, die in jedem Fall weitreichende Souveränitätsübertragungen der Mitgliedstaaten voraussetzt, kann wohl nur bedingt von einem »Sieg für Europa«⁹⁶ oder der »Eröffnung einer neuen Ära für den Rang des Gemeinschaftsrechts«⁹⁷ gesprochen werden. Es bleibt daher zu hoffen, daß sich das Urteil nicht eines Tages als Pyrrhussieg für Europa erweisen wird.

⁹³ Es gibt zu denken, daß sich nunmehr die für ihre Völkerrechtsfreundlichkeit vielgerühmte Bundesrepublik hinsichtlich des Ranges und der praktischen Anwendung völkerrechtlicher Verträge im innerstaatlichen Recht, soweit kein Fall des Art.24 Abs.1 GG vorliegt, gegenüber Frankreich (ebenso wie gegenüber vielen anderen westeuropäischen Staaten) im Rückstand befindet.

⁹⁴ Vgl. dazu auch Dehaussy (Anm.2), 26ff.

⁹⁵ Favoreu (Anm.2), 994.

⁹⁶ Vgl. den Nachweis in Anm.3.

⁹⁷ So Calvet (Anm.2), Ziff.22.

Summary*

A Victory for Europe? –
Comments on the *Nicolo* Case Decided
by the French Conseil d'Etat on October 20, 1989

By its judgment of October 20, 1989, in the *Nicolo* case, the French supreme administrative court (Conseil d'Etat) broke with its former jurisprudence in an important matter by pronouncing for the first time on the question of conformity of a municipal law with an international treaty which was made applicable in France at an earlier time than the municipal law in question had been enacted.

Since the applicant had claimed the incompatibility of a municipal law with the EC treaty, two possible legal foundations had come into consideration as a basis for the competence of the tribunal to state on the conformity of that municipal law with the EC treaty: Art.55 of the Constitution, and the supranational character of the Community law.

According to Art.55 of the Constitution, international treaties, which are made applicable in France, enjoy a higher rank than ordinary laws. Nevertheless, the Conseil d'Etat had always refused to examine whether a municipal law was in conformity with an international treaty already in force at the time the municipal law had become valid. The Conseil d'Etat had based its reasoning on the strict application of the principle of separation of powers. According to that principle, judges must not refuse to apply a law contrary to the Constitution. So far, the Conseil d'Etat had argued that, regarding the principle of separation of powers, which would give to the judge only a subordinate position, the tribunals would also be prevented from dismissing a law contrary to an international treaty. Art.55 of the Constitution, therefore, would apply only to the legislator.

The supreme civil and penal court (Cour de cassation) and the constitutional council (Conseil constitutionnel) had already broken with that jurisprudence. It has now been given up also by the Conseil d'Etat. Because of the extremely short reasons given for the judgment, the line of argument has, as in most cases, to be found in the pleadings of the state commissioner (commissaire du gouvernement). According to his reasonings, Art.55 of the Constitution should not be a "dead letter" any longer. The decisive reasons for a change in the jurisprudence were, firstly, the fact that nowadays the laws were no longer to be regarded somewhat as "holy rules". Secondly, the position of the administrative courts within the system of separation of powers had improved remarkably. And finally, the growing importance of international law had to be taken into account, including the negative consequences which would arise if the former jurisprudence were maintained.

* Summary by the author.

Therefore, Art.55 of the Constitution had to be interpreted in such a way that it would give to the judge the competence to verify the conformity of a municipal law with an international treaty, even if the latter would have come into force prior to the municipal law.

The commissaire du gouvernement, followed by the Conseil d'Etat, centred the reasoning on that interpretation of Art.55 of the Constitution. He rejected granting the judge the said competence on the basis of the special character of Community law. Contrary to the Court of Justice of the European Communities, which emphasizes that Community law derives from a supranational source, the commissaire du gouvernement denies any special rank to the EC treaty. This is in line with former decisions of the Conseil constitutionnel, according to which the French Constitution, especially paragraph 15 of the Preamble to the Constitution of 1946, which in so far was still valid, would allow only limitations, but not transfers of sovereignty to international organizations. To give the EC treaty predominance over the Constitution would represent, according to the Conseil constitutionnel, an inadmissible act of transfer of sovereignty.

The distinction between limitation and transfer of sovereignty is contrary to the intentions of the founders of the Constitution of 1946 and (at least) the early constitutional practice. It is artificial and scarcely practicable and should be given up. Paragraph 15 of the Preamble of the Constitution of 1946 could therefore well serve as a basis for transfers of sovereignty to the EC and thus for giving predominance to Community law even over French constitutional rules.

The evaluation of the *Nicolo* case will therefore be two-sided: On the one hand, the abandonment of the former interpretation of Art.55 of the Constitution, which was based on an antiquated vision of the principle of separation of powers and had made this rule into a sort of "dead letter", has to be welcomed. It removed the insupportable situation within the EC, that Community law could be abrogated by any later French law. It will also have positive effects for other fields of public international law, for example the European Convention on Human Rights.

On the other hand, the rejection of any superior status of Community law based on its supranational nature, i.e. the fact that Community law has, like all international treaties in France, predominance over normal municipal laws but never over any constitutional rule, impedes the ordinary functioning of the EC. It will also be a considerable obstacle for the creation of a future Political Union which would require transfers of national sovereignty on a large scale. Therefore, the judgment in the *Nicolo* case is only a partial victory for Europe.

Anhang

Schlußantrag des commissaire du gouvernement, Patrick Frydman,

vorgetragen in der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 1989¹

Le 18 juin 1989, les citoyens français furent appelés, pour la troisième fois depuis 1979, à élire au suffrage universel direct leurs représentants à l'Assemblée des Communautés européennes, devenue, depuis l'entrée en vigueur de l'«Acte unique» du 28 février 1986, le «Parlement européen».

Si elle ne mobilisa guère le corps électoral, ainsi qu'en témoigne le fort taux d'abstention constaté, cette consultation paraît en revanche avoir beaucoup intéressé les habitués amateurs de procédure contentieuse.

C'est ainsi que, sous les n^{os} 108243 et 108303, deux d'entre eux, MM. Nicolo et Roujansky, vous demandent aujourd'hui, en leur qualité d'électeurs, de prononcer l'annulation de ce scrutin.

Indiquons d'emblée que la requête de M. Roujansky ne méritera guère qu'un très bref examen. Abstraction faite de considérations fantaisistes sans aucun rapport avec le scrutin, l'argumentation de l'intéressé se résume en effet à un unique moyen, tiré de ce que la loi du 7 juillet 1977, relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes, violerait diverses dispositions de la Constitution. Or, il ne vous appartient évidemment pas de contrôler la constitutionnalité des lois (cf. *Ass.*, 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame Coudert: Lebon*, p.966 ou *Ass.*, 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et des sciences humaines de Paris: Lebon*, p.86), et les propositions que nous avons l'intention de vous soumettre dans quelques instants ne remettront aucunement en cause le bien-fondé de cette jurisprudence traditionnelle. Ce premier pourvoi sera donc écarté.

L'examen de la requête de M. Nicolo appellera, en revanche, des développements plus substantiels.

Ce n'est d'ailleurs pas la question de fond que soulève cette affaire qui confère à celle-ci son intérêt. La thèse du requérant, qui voudrait vous faire juger que le scrutin européen n'aurait pu légalement se dérouler dans les départements et territoires d'outre-mer, ni donner lieu à l'élection de candidats originaires de ces mêmes collectivités territoriales, pourra en effet être aisément récusée. Mais c'est le raisonnement juridique suivi par l'intéressé, et fondé simultanément sur la prétendue méconnaissance de la loi du 7 juillet 1977 précitée et du Traité de Rome du 25 mars 1957, qui retiendra notre attention.

¹ J.C.P. 1989 II, 21371.

Si, en effet, M. Nicolo se bornait à soutenir, comme il le fait en un premier temps, que les départements et territoires d'outre-mer seraient exclus du territoire électoral défini par la loi de 1977 – laquelle ne viserait que le territoire européen de la France –, il vous suffirait alors de lui répondre qu'une telle allégation est inexacte. L'article 7 de cette loi dispose en effet que «le territoire de la République forme une circonscription unique » pour l'élection des représentants français au Parlement européen. Et il résulte des dispositions combinées de l'article 2 de la Constitution, qui fixe le principe d'indivisibilité de la République, et de son article 72, qui énumère les différentes collectivités territoriales françaises, que les départements ou territoires d'outre-mer font partie intégrante de la République française. Les personnes ayant, en vertu des dispositions du livre I^{er} du Code électoral, la qualité d'électeurs dans ces départements et territoires, pouvaient donc participer au scrutin. Et leur éligibilité n'est pas moins douteuse, dès lors que l'article 5 de la loi du 7 juillet 1977 a rendu applicable à cette même élection les dispositions de l'article L.0.127 du Code électoral, en vertu desquelles tout électeur peut être élu au mandat de député.

Mais le requérant fait ici cependant valoir, en un deuxième temps, que, si telle devait être l'interprétation de la loi de 1977, celle-ci serait alors contraire au Traité de Rome. Il va sans dire, là encore, que pareille argumentation n'est pas fondée. L'article 227-1 de cette convention stipule en effet que «le présent Traité s'applique(...) à la République française», laquelle inclut, ainsi que nous venons de le rappeler, les départements et territoires d'outre-mer. Et, s'il est vrai que les articles 227-2 et 227-3 ont soumis ces collectivités à un régime particulier au regard du droit communautaire, il est clair qu'ils n'ont pas pour autant entendu exclure celles-ci du champ d'application du Traité. La Cour de Justice des Communautés Européennes en a, au demeurant, expressément jugé ainsi, s'agissant des départements d'outre-mer, par un arrêt du 10 octobre 1978, *Hansen, au Lebon, p.1787*, et aucun renvoi en interprétation complémentaire devant cette Cour ne nous paraît au surplus nécessaire sur ce point.

Mais toute la difficulté est alors de déterminer s'il vous appartiendrait ici, conformément à votre jurisprudence traditionnelle, d'écarter ce dernier moyen en vous fondant sur la seule loi de 1977, sans même avoir à en vérifier la compatibilité avec le Traité de Rome, ou s'il y a lieu d'innover aujourd'hui en considérant que cette loi n'est applicable que parce qu'elle est, précisément, conforme à ce traité.

C'est là soulever, une nouvelle fois, devant votre Assemblée, la question des conditions d'application 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».

Rappelons d'emblée que la mise en œuvre de cet article, introduit dans la Constitution afin de réaffirmer solennellement l'attachement de la France à la suprématie

théorique de la norme internationale, ne comporte guère de difficultés en cas d'incompatibilité entre un traité et une loi antérieure. En telle hypothèse, en effet, le juge fera tout naturellement prévaloir le traité (cf. par exemple: *Ass.*, 7 juillet 1978, *Klaus Croissant: Lebon*, p.292; *Ass.*, 15 février 1980, *Gabor Winter: Lebon* p.87 ou encore *Ass.*, 22 janvier 1982, *Conseil régional de Paris de l'Ordre des experts-comptables: Lebon*, p.28). L'unique incertitude subsistant à cet égard porte, en vérité, sur le point de savoir si cette solution tient à ce qu'il faut alors estimer – comme on le dit parfois, abusivement selon nous – que le traité postérieur a implicitement *abrogé* la loi, ou s'il faut seulement considérer que celui-ci rend cette loi *inapplicable* – ce qui est plutôt notre thèse, auquel cas la loi retrouverait ultérieurement son plein effet dans le cas où l'applicabilité du traité serait elle-même remise en cause. Mais c'est là un dilemme bien négligeable si on le compare à celui que suscite la mise en œuvre de l'article 55 dans l'hypothèse inverse où le traité est antérieur à la loi.

On sait que vous avez jugé, à cet égard, par une célèbre décision de Section du 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France au Lebon*, p.149, aux conclusions de M^{me} le Président Questiaux, que le juge administratif ne peut faire prévaloir les traités sur les lois postérieures qui leur sont contraires – cette jurisprudence valant tant à l'égard des normes communautaires que pour les conventions internationales ordinaires, ainsi que vous l'avez, à l'époque, aussitôt précisé par un arrêt du 19 avril 1968, *Heidau au Lebon*, p.243.

Les fondements théoriques de ces décisions, qui ne résident évidemment pas dans une quelconque contestation du principe même de la supériorité hiérarchique des traités sur les lois – laquelle résulte expressément de l'article 55 –, doivent en revanche être recherchés dans votre volonté de respecter le principe suivant lequel il n'appartient pas au juge administratif d'exercer un contrôle sur la validité des lois.

Les principales considérations qui vous ont conduits à adopter cette solution, et qui nous paraissent être au nombre de trois, se rattachent toutes, en effet, à cette règle fondamentale. En premier lieu, il vous est apparu qu'écarter la loi au motif qu'elle serait contraire à un traité antérieur constituerait une violation du principe de séparation des pouvoirs. Or, ce principe, notamment exprimé, s'agissant des obligations imposées aux juges, par l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 interdisant aux tribunaux de suspendre l'application des lois, a, sans aucun doute, valeur constitutionnelle, au même titre que l'article 55 lui-même. En second lieu, vous avez sans doute estimé que, s'il est vrai que la Constitution de 1958 n'adhère plus au dogme du caractère incontestable des lois, c'est au seul Conseil constitutionnel qu'elle a confié le pouvoir de contrôler, le cas échéant, la validité de celles-ci, et que vous ne sauriez dès lors avoir aucune compétence en la matière. Enfin, il importe sans doute d'examiner cette solution au regard d'une philosophie jurisprudentielle dont on trouverait maints autres exemples d'application dans vos décisions, et selon laquelle le contrôle que vous exercez sur l'action de l'administration

pourra s'avérer d'autant plus efficace que vous parviendrez, parallèlement, à éviter tout conflit avec le législateur.

Ces arguments, qui servent plus généralement de fondement à votre théorie dite de la «loi-écran» – laquelle vous fait surtout interdiction d'écarter l'application d'une loi inconstitutionnelle –, étaient à cette époque, et demeurent encore pour partie, d'une très grande solidité. C'est pourquoi vous avez toujours confirmé jusqu'ici, sans vous soucier des évolutions jurisprudentielles qu'ont pu connaître les autres juridictions concernées, votre solution de 1968, notamment par cinq décisions particulièrement solennelles rendues par votre formation (cf. *Ass.*, 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail: Lebon*, p.338, *aux conclusions de M^{me} Hagelsteen*, et *Élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes: Lebon*, p.385, *aux conclusions de M. le Président Morisot*; puis: 31 octobre 1980, *Sieur Labache: Lebon*, p.403; 13 mai 1983, *Société anonyme «René Moline»: Lebon*, p.191 ou encore 23 novembre 1984, *Roujansky et autres: Lebon*, p.383).

Notre propos ne sera nullement de soutenir aujourd'hui que ces décisions seraient critiquables sur le plan juridique. Nous les croyons au contraire en tous points conformes à la rigueur des principes et à l'orthodoxie traditionnelle. Mais, il nous semble cependant qu'une autre lecture de l'article 55, infiniment souhaitable en opportunité – ainsi que nous le verrons tout à l'heure –, est certainement tout autant concevable en droit.

Indiquons d'abord que, quoiqu'en aient dit certains commentateurs, le contrôle que le juge pourrait être amené à exercer sur la conformité des normes législatives aux traités antérieurs ne saurait en tout état de cause constituer, selon nous, un véritable contrôle de *constitutionnalité* des lois.

Cette affirmation rejoint ainsi la position du Conseil constitutionnel, qui, par sa *décision* du 15 janvier 1975 *relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, au Lebon*, p.19, a expressément jugé qu'«une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution», avant d'en déduire qu'il ne lui appartenait pas d'examiner, à l'occasion du contrôle qu'il exerce au titre de l'article 61 de la Constitution, la conformité des lois aux traités internationaux en vigueur.

Il est vrai que la motivation alors retenue pour justifier cette solution, confirmée depuis lors à deux reprises (cf. les décisions des 20 juillet 1977: *Lebon*, p.39 et 18 janvier 1978: *Lebon*, p.21), n'emporte, par elle-même, aucunement la conviction. Le Conseil constitutionnel a, en effet, estimé que la supériorité des traités sur les lois n'aurait qu'un caractère relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application de ces traités, et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier dans le temps au gré des États signataires. Or, d'une part, la prise en compte de la différence de champs d'application respectifs du traité et de la loi, ne peut avoir d'autre effet que de limiter les hypothèses de conflit effectif entre ces normes. Et nous noterons qu'elle n'a au demeurant guère de sens dans le cas des conventions multi-

latérales, parfois qualifiées de «traités-lois», qui constituent l'essentiel du droit international actuel. D'autre part, la référence ainsi faite à l'éventuelle remise en cause des effets juridiques du traité dans le temps, qui ne saurait d'ailleurs davantage s'appliquer à ces «traités-lois» – dont l'application réciproque est généralement assurée –, nous semble difficilement justifiable au regard des principes théoriques du droit public. La constitutionnalité ou la légalité d'un acte s'apprécie en effet *ab initio*, et l'on voit mal en quoi l'évolution ultérieure des textes applicables devrait être ici prise en compte par le juge.

Mais la solution adoptée par le Conseil constitutionnel n'en doit pas moins être approuvée sans réserve, selon nous, pour une autre raison, tenant à ce que la violation de la Constitution qui résulterait de la méconnaissance d'un traité nous paraît trop indirecte pour pouvoir être censurée en tant que telle. Sans doute, en adoptant une loi incompatible avec un traité antérieur, le législateur porte-t-il bien atteinte au principe de suprématie de la norme internationale tel que l'exprime l'article 55. Mais cette disposition, qui – comme nous le verrons – a surtout pour objet de définir une hiérarchie des normes à l'intention des juges, plutôt que d'interdire aux parlementaires de s'affranchir du respect de celle-ci, n'a pas en elle-même entendu faire de la méconnaissance d'un traité par le législateur une cause d'inconstitutionnalité de la loi. Adopter la thèse inverse reviendrait d'ailleurs à inclure dans le bloc de constitutionnalité, jusqu'ici limité à la Constitution elle-même, aux principes auxquels elle se réfère et aux lois organiques *l'ensemble* des traités internationaux, quels qu'en soient, au demeurant, le contenu ou la portée. Or, bien qu'elle ait été défendue par des juristes aussi éminents que Kelsen ou, plus récemment, le Professeur Luchaire, une telle conception de la primauté du droit international ne nous paraît pas pouvoir être admise en bon sens. Enfin, nous observerons qu'à la seule exception de la Cour constitutionnelle autrichienne, restée pour partie sensible à l'influence des théories kelseniennes, les principales Cours constitutionnelles des autres États européens reconnaissant la suprématie des normes internationales sur les lois internes, ne s'estiment, pour cette même raison, pas plus compétentes que le Conseil constitutionnel français pour examiner la conformité des lois aux traités.

Ce n'est donc pas, nous semble-t-il, le contrôle de *constitutionnalité* des lois qui est ici en cause.

Mais il n'en demeure pas moins qu'envisager la possibilité d'écarter une loi contraire à une norme internationale revient inévitablement à soulever, en revanche, la question du contrôle exercé sur la *validité de la loi* au regard du traité. Et telle est en fait la question essentielle, puisque c'est bien ce contrôle de validité dans son ensemble, qui – en principe, vous échappe – la question de savoir si celui-ci pourrait s'analyser en un contrôle de constitutionnalité n'ayant en vérité d'intérêt propre que du seul point de vue du Conseil constitutionnel, dont elle conditionne la compétence.

Or, c'est sur ce point déterminant que nous nous séparerons, pour notre part, de l'analyse que vous avez jusqu'ici toujours retenue.

A la vérité, nous ne nous rallierons pas pour autant à l'argument essentiel que la majorité de la doctrine a coutume d'opposer à votre jurisprudence actuelle, et 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. Un tel raisonnement nous paraît, en effet, spécieux. Si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien, en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait même de sa contrariété au traité. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi. Et c'est en vain qu'on objecterait que celle-ci n'aboutirait qu'à déclarer la loi inapplicable à une espèce, et non à la censurer. On sait, en effet, que c'est précisément par ce biais que s'opère le contrôle de validité des lois dans les pays où, comme aux États-Unis, cette fonction relève des tribunaux ordinaires. Enfin, nous observerons que suivre un tel raisonnement aboutirait à remettre inéluctablement en cause votre théorie de la «loi-écran» dans son ensemble. Ce qui vaut pour les lois contraires à un traité vaudrait aussi, en effet, dans les mêmes conditions, pour les lois inconstitutionnelles. Et l'on voit mal ce qui s'opposerait alors à ce que vous écartiez une loi au motif qu'étant contraire à la Constitution, elle ne saurait trouver application.

Mais nous croyons, en revanche, possible de considérer que – comme l'ont soutenu avant nous des auteurs aussi autorisés que le Professeur Chapus ou le conseiller Genevois – l'article 55 comporte nécessairement, par lui-même, une *habilitation* donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités. Il faut bien, en effet, prêter aux constituants l'intention d'avoir entendu prévoir une mise en œuvre effective de la suprématie des traités qu'ils ont instituée par ce texte. Or, celle-ci ne saurait passer par le législateur, qui n'a d'ailleurs aucun intérêt à y contribuer, et auquel l'article 55 ne s'adresse pas directement. En vérité, dans les termes où elle est rédigée, cette disposition constitutionnelle, qui a pour seul objet de définir une hiérarchie des normes, nous paraît bien s'adresser principalement aux juges. Ceux-ci se voient ainsi confier pour mission d'écarter les lois contraires aux traités, et disposent pour ce faire d'une véritable habilitation constitutionnelle qui, pour n'être qu'implicite, ne nous paraît pas moins intrinsèquement contenue dans le texte. Ajoutons qu'une telle interprétation permettrait de résoudre l'ensemble des difficultés juridiques que vous avez jusqu'à présent rencontrées. Sans doute y a-t-il bien ici contrôle de conformité des lois, mais cette atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs trouve alors son fondement dans la Constitution elle-même. Et la théorie de la loi-écran n'est, dans ce raisonnement, aucunement remise en cause. L'habilitation implicitement donnée aux juges ne saurait en effet, par définition, trouver application que

dans les strictes limites fixées par l'article 55, et ne concernerait ainsi que le seul contrôle de conformité des lois aux traités.

Nous vous proposerons donc, sur ce fondement, d'accepter de faire désormais prévaloir les traités sur les lois postérieures.

Ce faisant, vous ne feriez que rejoindre la pratique suivie par les juridictions judiciaires. On sait, en effet, que par un important arrêt de chambre mixte du 24 mai 1975 (*Administration des Douanes c. Société des Cafés Jacques Vabre*: Bull. civ. Ch. mixte, n° 4 p.6; V. aussi J.C.P. 1975, II, 18180 bis, concl. Proc. gén. Touffait) la Cour de cassation a, conformément aux conclusions du Procureur général Touffait, adopté cette même solution. Et cette jurisprudence a été confirmée depuis lors avec constance (cf. par exemple: Cass. com. 24 juin 1986, M^{me} Dumoussaud: Bull. civ. IV, n° 134, et 5 mai 1987, Société anonyme Auchan: Bull. civ. IV, n° 109, ou encore: Cass. crim. 5 décembre 1983, Jeaфра et Patrex: Bull. crim. n° 352 et 3 juin 1988, Klaus Barbie: Bull. crim. n° 246).

Il est vrai que la solution ainsi retenue n'est pas exempte de paradoxes. D'une part, on pourrait évidemment faire valoir que le traité se trouve alors mieux protégé que la Constitution elle-même, dès lors que les juridictions tant administratives que judiciaires se refusent, au contraire, à écarter l'application de lois inconstitutionnelles. D'autre part, la Constitution admettant que certaines conventions soient ratifiées ou approuvées sans autorisation du Parlement, on observera que certaines lois postérieures pourraient ainsi succomber devant des actes élaborés par le seul pouvoir exécutif. Mais, à ces arguments –, qui, en vérité, pourraient d'ailleurs trouver à s'appliquer, dans les mêmes conditions, aux traités postérieurs aux lois –, nous nous bornerons à répondre que tel est bien le dispositif institué par l'article 55 de la Constitution, et qu'il ne vous appartient évidemment pas d'en corriger les éventuelles imperfections.

Un renversement de la solution retenue en 1968 nous paraît donc possible en droit. Or, plusieurs considérations nous amènent à penser qu'il serait par ailleurs d'une rare opportunité.

Cette opportunité tient, en premier lieu, à la nécessité de combler le «*vide juridictionnel*» qui caractérise l'état actuel du droit. Compte tenu de la position adoptée depuis 1975 par le Conseil constitutionnel, votre jurisprudence conduit en effet, en pratique, à priver purement et simplement de toute sanction efficace la violation de l'article 55. Or, il n'est pas concevable qu'une disposition constitutionnelle demeure ainsi lettre morte, au motif qu'aucune juridiction ne se reconnaisse compétente pour en assurer le respect. On sait, du reste, que telle est précisément la raison essentielle pour laquelle, rompant avec le principe inverse précédemment appliqué – et connu sous le nom de «*doctrine Matter*» – la Cour de cassation s'est, dès cette même année 1975, estimée tenue de faire prévaloir les traités sur les lois. Même s'il repose plus sur des considérations d'opportunité que de droit, un tel réflexe nous paraît difficilement condamnable. La solution inverse,

qui aboutirait à permettre aux parlementaires de tenir aisément en échec l'application effective des normes internationales – et tout particulièrement communautaires – qu'ils jugeraient inopportunes, n'est en effet guère justifiable au regard de l'article 55. Et l'on voit immédiatement à quels effets pervers conduirait, en pratique, l'absence de tout contrôle juridictionnel exercé sur la loi.

En second lieu, les *incohérences juridiques* résultant de la solution de 1968 sont aussi graves que nombreuses.

D'une part, on pourrait observer que cette jurisprudence conduit en fait à rendre inapplicable en droit interne des traités méconnus par les lois postérieures, alors que ceux-ci continuent pourtant à engager la France en droit international. Il y a évidemment là une anomalie sérieuse dans un système juridique français qui, depuis 1946, se veut d'inspiration *moniste*.

D'autre part, la divergence de jurisprudence qui vous oppose à la Cour de cassation sur ce point, et qui est unanimement considérée comme la plus grave existant aujourd'hui entre vos deux juridictions, aboutit à des conséquences pratiques absurdes. Or, elle n'est pas intellectuellement justifiable. Comme a pu le noter M. Abraham dans son *Manuel de droit international*, p.120, que nous citerons ici: «Qu'une juridiction applique le droit privé, et l'autre le droit public, correspond à la logique du système (de séparation des juges). Mais que l'une applique le traité et l'autre la loi ne correspond à aucune logique». Et nous ajouterons que nous ne sommes guère convaincus par la considération, pourtant répandue, selon laquelle cette divergence de jurisprudence pourrait logiquement s'expliquer par une différence affectant les conditions dans lesquelles ces deux juridictions sont appelées à statuer. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit bien, en effet, pour le juge, de déterminer la norme applicable au litige dont il est saisi, et le fait qu'il ait à en tirer des conséquences évidemment plus limitées dans le cas d'un litige d'ordre privé que dans celui d'un recours en excès de pouvoir, nous paraît, au moins sur le plan du droit strict, sans importance aucune.

Enfin, il est indéniablement choquant, s'agissant cette fois spécifiquement du droit européen, que les citoyens ne puissent se prévaloir devant le juge administratif français d'un règlement qu'ils seraient admis à invoquer dans les autres pays de la Communauté, au seul motif que celui-ci aurait été, dans notre pays, écarté par une loi contraire. Il y a là, en effet, une différence de traitement difficilement compatible avec les principes mêmes du droit communautaire.

En troisième lieu, il est clair – et ce qui vient d'être dit le confirme – que la jurisprudence actuelle constitue désormais un obstacle sensible à l'*introduction en France du droit international*, et plus particulièrement *communautaire*. On ne répétera en effet jamais assez que l'époque de la suprématie inconditionnelle du droit interne est désormais révolue. Les normes internationales, et notamment européennes, ont progressivement conquis notre univers juridique, sans hésiter d'ailleurs à empiéter sur le domaine de compétence du Parlement tel qu'il est défini

à l'article 34 de la Constitution. Ainsi, certains secteurs entiers de notre droit, tels celui de l'économie, du travail ou de la protection des droits de l'homme, sont-ils aujourd'hui très largement issus d'une véritable législation internationale. Or, l'impossibilité de faire prévaloir le traité sur la loi constitue évidemment un frein à cette évolution. La France ne peut simultanément accepter des limitations de souveraineté et maintenir la suprématie de ses lois devant le juge: il y a là un illogisme que votre décision de 1968 nous paraît peut-être avoir sous-estimé.

Enfin, les *fondements mêmes de votre jurisprudence actuelle*, tels que nous avons tout à l'heure tenté de les identifier, nous paraissent avoir aujourd'hui quelque peu perdu de leur force.

Cette constatation relève de l'évidence en ce qui concerne la volonté, qui vous animait alors, de préserver les compétences propres du Conseil constitutionnel. Nous avons vu que celui-ci ne s'est en effet précisément pas déclaré compétent pour assurer le respect de l'article 55. Et il ne serait guère raisonnable d'anticiper une éventuelle évolution jurisprudentielle sur ce point. Outre que la solution adoptée en 1975 est certainement fondée en droit, il est clair, en effet, que le Conseil constitutionnel ne pourrait en tout état de cause, pour des raisons pratiques, exercer ce contrôle dans les délais dont il dispose pour statuer. On imaginera aisément, de fait, les difficultés inhérentes à un tel examen, qui impose de porter une appréciation complexe, et d'ailleurs soumise pour partie à des renvois préjudiciels, sur la portée des règles internationales ou le respect de la condition de réciprocité fixée à l'article 55. Le Conseil d'État, qui n'est pas soumis à des délais de jugement, se trouve de toute évidence mieux placé pour exercer un tel contrôle.

La nécessité d'éviter, dans l'intérêt même de la justice administrative, tout conflit potentiel entre le Conseil d'État et le pouvoir législatif, qui a joué le rôle que nous avons rappelé dans l'élaboration de votre jurisprudence, nous paraît également moins pressante que par le passé. Nous ne sommes plus, en effet, à l'époque où le commissaire du Gouvernement Latournerie pouvait évoquer dans ses conclusions sur l'arrêt *Arrighi* de 1936, précité, qu'un contrôle de la loi risquerait de compromettre l'acquis de la jurisprudence en remettant en cause la place même du Conseil d'État dans les institutions. L'autonomie, l'indépendance, et les compétences propres de la juridiction administrative ont en effet été, depuis lors, solennellement reconnues, notamment en vertu d'une jurisprudence très constructive du Conseil constitutionnel inaugurée par ses importantes décisions des 22 juillet 1980 *au Recueil p. 46*, et 23 janvier 1987, *au Recueil p. 8* et à nouveau confirmée, tout récemment encore, par une décision du 28 juillet 1989.

Enfin et surtout, la loi, n'est certainement plus, aujourd'hui, même si elle demeure en elle-même incontestable après sa promulgation, la norme «sacrée» qu'elle était traditionnellement aux yeux des juges. La profonde remise en cause de sa suprématie sous la V^e République, dont la mise en place effective d'un contrôle de constitutionnalité n'est d'ailleurs évidemment pas le moindre facteur, ne peut en

effet rester sans conséquence du point de vue des juridictions ordinaires chargées de l'appliquer. Deux symptômes nous paraissent ainsi particulièrement significatifs de cette évolution. D'une part, on a vu que les juridictions judiciaires savent précisément s'affranchir aujourd'hui, sans le moindre complexe, du respect dû à l'autorité de la norme législative, pour faire prévaloir celle des traités. Et il y a évidemment quelque paradoxe à voir le Conseil d'État refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la validité des lois qu'ils ont à appliquer. D'autre part, on peut noter que, selon les informations publiées jusqu'ici, le projet de révision constitutionnelle actuellement en cours de préparation aux fins d'élargir les modalités de saisine du Conseil constitutionnel, devrait sans doute faire appel à des mécanismes de renvoi préjudiciel autorisant les juridictions ordinaires à juger, à titre préalable, du caractère sérieux de contestations touchant à la validité des lois. Or, une telle pratique aurait bien pour effet d'entraîner le juge, fût-ce avec modération, dans une démarche de contrôle de la norme législative qui, il y a quelques années encore, eût été difficilement concevable. Une telle remise en cause de la suprématie de la loi nous paraît ainsi porter un coup sérieux au dernier fondement de votre jurisprudence traditionnelle.

A la vérité, les considérations d'opportunité que nous venons de développer sont telles que notre solution vous a été, au surplus, d'ores et déjà largement suggérée par des *évolutions convergentes* affectant tant la jurisprudence des principales Cours suprêmes étrangères que celle du Conseil constitutionnel, et même, dans une certaine mesure, la vôtre propre.

S'agissant des juridictions étrangères, et pour nous limiter ici au cadre du droit européen, nous nous bornerons à constater que votre juridiction est désormais la dernière à écarter formellement l'application de normes communautaires contredites par des lois postérieures. Il suffira de rappeler notamment, à titre d'exemple, que la Cour constitutionnelle de République Fédérale d'Allemagne s'est, pour sa part, définitivement ralliée à la solution inverse il y a non moins de dix-huit ans, par une décision du 9 juin 1971. Et plus significatif encore est le cas de la Cour constitutionnelle italienne qui, pourtant gênée par une tradition juridique dualiste et des mécanismes de renvoi préjudiciel applicables aux normes internationales, est finalement allée jusqu'à autoriser les juridictions ordinaires à écarter d'elles-mêmes les lois contraires aux règlements communautaires, par un important arrêt du 8 juin 1984, *Société Granital*.

L'attitude du Conseil constitutionnel mérite tout autant votre attention. Car c'est peu de dire que cette juridiction sollicite avec une certaine insistance, même si elle n'a évidemment pas le pouvoir de vous l'imposer, un revirement de votre jurisprudence. On pouvait déjà lire, dans la décision du 3 septembre 1986, relative à la *loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers au Recueil p.135*, que «la règle édictée par l'article 55 de la Constitution (...) s'impose, même dans le silence

de la loi» et qu' «il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application (des) conventions internationales *dans le cadre de leurs compétences respectives*». Mais ce n'était encore là qu'une première étape puisqu'à l'occasion d'une importante décision du 21 octobre 1988, *Élection du député de la 5^e circonscription du Val d'Oise (au Journal Officiel du 25 octobre, p.13474)*, le Conseil constitutionnel a clairement explicité sa pensée en acceptant de *contrôler, par voie d'exception, la conformité d'une loi à un traité*, lorsqu'il statue, exactement dans les mêmes conditions que sont appelées à le faire les juridictions administratives, en qualité de juge électoral. Telle est donc bien la démarche que le Conseil constitutionnel souhaiterait vous voir emprunter, et il ne saurait, sans porter atteinte à votre libre arbitre, se montrer plus clair dans sa condamnation de votre solution traditionnelle.

Enfin, nous croyons pouvoir trouver dans votre propre jurisprudence une première amorce, il est vrai bien timide, du raisonnement que nous vous proposons aujourd'hui d'adopter. Par deux décisions récentes (*S., 13 décembre 1985, Société International Sales and Import corporation: Lebon, p.377 et 19 novembre 1986, Société Smanor: Lebon, p.260*), vous avez en effet jugé qu'il vous appartient d'examiner directement la conformité d'un acte administratif à un traité lorsque, bien qu'une loi postérieure soit applicable, celle-ci se borne en fait à déléguer une compétence au pouvoir réglementaire sans lui fixer de lignes directrices pour en assurer l'exercice. En telle hypothèse, en effet, le contenu matériel de l'acte administratif ne saurait être apprécié au regard de la norme législative, qu'il ne peut par définition méconnaître, mais bien au regard du traité qui, seul, définit les règles de fond applicables en la matière. Nous ne soutiendrons évidemment pas ici que cette construction, dite de l'«écran transparent», impliquerait par elle-même un revirement plus général de votre jurisprudence de 1968. Mais elle nous paraît le faciliter quelque peu, dans la mesure où elle a, à nos yeux, le mérite d'introduire une première dérogation à la logique selon laquelle la loi postérieure à un traité serait, lorsqu'il en existe une, seule applicable aux litiges soumis à votre jugement.

Il est vrai qu'à la solution que nous vous proposons d'adopter ont été souvent opposées diverses *objections*, tenant tant à l'ampleur prévisible des ses conséquences pratiques qu'aux difficultés qu'elle pourrait susciter.

Mais aucun de ces arguments ne nous paraît déterminant.

Il faut bien voir en effet, en premier lieu, que les cas de contrariété effective entre un traité et une norme législative postérieure seront sans aucun doute – et quoi qu'on ait pu dire à ce sujet – relativement exceptionnels. D'une part, en effet, il faut ici tenir le plus grand compte du rôle de vos formations administratives, qui, au stade de l'élaboration des projets de loi, examinent évidemment leur conformité aux normes internationales et, notamment, communautaires. Les risques de contradiction se trouvent ainsi sensiblement amoindris. D'autre part, vous disposez toujours, en tant que juge cette fois, de la ressource fort utile de l'interprétation, qui vous permettra en quelque sorte de «vider les textes applicables de leur contra-

riété». Il vous sera ainsi bien souvent possible de considérer qu'une loi apparemment contraire à un traité aura en réalité entendu réserver les cas où ce dernier pourrait trouver application, et vous vous êtes, du reste, déjà engagés dans cette voie à plusieurs reprises (cf. par exemple: 7 avril 1965, *Hurni: Lebon, p.226; Ass., 2 mai 1975, Mathis: Lebon, p.279 ou encore 27 janvier 1978, Association «France Terre d'Asile»: Lebon p.33*). Enfin, l'expérience menée par les juridictions judiciaires confirme que les hypothèses de contrariété entre lois et normes internationales sont loin d'être fréquentes. On peut même lire à cet égard, dans une étude sur le droit communautaire annexée au rapport de la Cour de cassation pour 1984, que «les cas de conflit sont rarissimes». Et s'il est vrai qu'à la différence des juridictions judiciaires, vous pourrez parfois être appelés, pour votre part, à soulever *d'office* la méconnaissance d'un traité, cette circonstance ne sera sans doute pas de nature à infléchir sensiblement cette réalité statistique.

Nous ne sommes pas très impressionnés, en second lieu, par l'argument fréquemment invoqué et tenant à la complexité qui s'attacherait à la détermination de la norme redevenue applicable lorsque le juge aura préalablement écarté une loi. Il nous semble en effet que tous les conflits de textes qui seraient alors susceptibles de se révéler pourront être tranchés sans difficulté particulière en vertu de la hiérarchie des normes internes ou, en cas de conflit entre différents traités, sur le fondement des principes fixés en telle matière par la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

Si l'on a pu soutenir, en troisième lieu, que cette nouvelle jurisprudence aboutirait à alourdir la procédure, en obligeant le juge à renvoyer devant le ministre des affaires étrangères la question de l'application effective du traité par les États signataires, cette considération n'ébranle pas davantage notre conviction. Sans doute l'obligation de vérifier le respect de cette condition de réciprocité visée à l'article 55 nécessitera-t-elle bien le recours occasionnel à de telles saisines préjudicielles. Mais, d'une part, la question se pose en réalité dans des termes rigoureusement identiques s'agissant de *l'ensemble* des traités, qu'ils aient été ou non contredits par des lois postérieures, alors surtout qu'il résulte de votre jurisprudence que cette exigence de réciprocité ne conditionne pas seulement la supériorité de la norme internationale sur la loi mais son applicabilité même en droit interne (cf. *Ass., 29 mai 1981, Rekhov: Lebon, p.220 ou 27 février 1987, Ministre du budget c. Nguyen Van Giao: Lebon, p.77*). La difficulté ainsi mise en évidence n'est donc ni spécifique, ni nouvelle. D'autre part, il n'y aura évidemment lieu à un tel renvoi que si un doute sérieux pèse sur l'applicabilité du traité, et vous pourrez vous inspirer ici des mêmes principes que ceux qui, en matière d'interprétation des actes, ont donné naissance à la théorie de l'«acte clair». Enfin, on ajoutera que le principe même de tels renvois au ministre des affaires étrangères, qui présente le double inconvénient de confier l'interprétation, d'un acte conventionnel à l'un de ses signataires et de placer l'État en situation de juge et partie

dans bien des litiges, est aujourd'hui très contesté, et qu'il n'est sans doute pas exclu qu'il soit, un jour prochain, abandonné...

Quant à la principale objection habituellement formée à l'encontre de notre solution et qui tient à l'obligation de contrôler désormais la conformité des lois aux principales conventions internationales relatives au droit humanitaire, elle ne nous paraît pas davantage dirimante.

On a souvent dit que la possibilité de critiquer la validité des lois au regard des nombreux principes rappelés dans des textes aussi riches que les Pactes internationaux des droits de l'homme du 29 décembre 1966, ou surtout la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950, susciterait inévitablement des contestations abusives susceptibles d'encombrer le juge. Mais l'importance de ce problème pratique ne doit pas être surestimée. L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme celui de vos décisions rendues dans des hypothèses où ces conventions étaient applicables, montre en effet qu'il est généralement possible d'écarter de telles argumentations sans réelle difficulté et en ne retenant, du reste, que des motivations très elliptiques.

Il est vrai que le contrôle de la conformité de la loi à ces mêmes conventions pose en revanche un problème théorique plus délicat, tenant à ce qu'il pourrait paraître donner à la juridiction administrative le rôle d'un juge de constitutionnalité des lois. Il faut bien admettre, en effet, que les principes posés par ces textes s'identifient, le plus souvent, aux principes à valeur constitutionnelle reconnus en France en vertu du Préambule de la Constitution de 1946 et des textes auxquels celui-ci se réfère. Aussi le contrôle que vous seriez amenés à exercer sur la loi pourrait-il s'avérer, en quelque sorte, concurrent de celui qu'assure, pour sa part, le Conseil constitutionnel. Mais, d'une part, il importe de souligner que les *risques de divergence de jurisprudence* entre les deux Conseils, s'agissant d'une même loi, sont, quant à eux, quasiment nuls. Il suffira d'observer, à cet égard, que seules *deux* des nombreuses lois que la Cour de cassation a jusqu'ici confrontées à des traités depuis 1975 avaient été préalablement soumises au Conseil constitutionnel, et que l'appréciation des deux juridictions a été, dans chacun de ces cas, concordante. D'autre part, si l'introduction, dans des traités internationaux, de principes qui ont en réalité valeur constitutionnelle soulève bien une difficulté d'ordre juridique, elle n'en procède pas moins directement de la volonté politique manifestée par le Parlement et l'Exécutif lors de la ratification de ces engagements. Nous ne voyons donc pas sur quel raisonnement pourrait se fonder le juge pour refuser de tirer toutes les conséquences de droit de l'entrée en vigueur des conventions en cause. Enfin, nous observerons qu'il n'est sans doute pas inopportun qu'à l'heure où la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme commencent, pour leur part, à examiner occasionnellement la conformité des lois françaises à la Convention de 1950, vous vous saisissiez vous-même d'un tel contrôle et leur en retiriez ainsi le monopole...

Se posera en dernier lieu, si vous acceptez de revoir votre jurisprudence, la question de l'*étendue* de ce revirement, que vous pourriez peut-être être tentés de limiter au seul cas de certaines conventions internationales, en vous référant d'ailleurs à des critères variés.

A cet égard, nous vous proposerons d'abord d'écarter sans hésitation les diverses théories envisagées par une partie de la doctrine et qui vous conduiraient à opérer une distinction entre les conventions suivant qu'elles sont bilatérales ou multilatérales, soit d'ailleurs pour réserver le bénéfice de votre solution nouvelle à la première de ces catégories, soit au contraire pour en limiter la portée à la seconde. D'une part, en effet, si l'on a pu faire valoir que l'article 55 subordonne l'applicabilité des traités à la condition qu'ils soient respectés «par l'autre partie» – ce qui pourrait paraître viser les seuls *traités bilatéraux* –, on ne saurait tirer une telle conclusion de l'utilisation du singulier dans cette rédaction, qui témoigne seulement de ce que les auteurs de la Constitution ont, en vérité, omis de prévoir le cas particulier des conventions multilatérales, encore relativement rares en 1958. D'autre part, s'il est vrai, à l'inverse, que le contrôle de cette condition de réciprocité est précisément plus aisé, voire inutile, dans le cas de certaines *conventions multilatérales* – auxquelles on pourrait dès lors être tenté de réserver le bénéfice de votre jurisprudence nouvelle –, on voit mal comment le champ d'application de l'article 55 pourrait être conditionné, en droit, par un critère qui ne résulterait ainsi que de pures considérations pratiques.

Enfin, vous pourriez peut-être être tentés, pour des raisons d'opportunité, de limiter la portée de votre revirement de jurisprudence aux seules *normes communautaires*.

Mais, s'il a ses partisans, ce jugement de Salomon nous paraîtrait représenter, à bien des égards, la pire des solutions.

En premier lieu, il nous semble qu'une telle jurisprudence n'aurait en réalité – et ce n'est pas là le moindre de ses inconvénients – *aucun* fondement juridique.

Elle supposerait, en effet, que vous mainteniez par ailleurs votre interprétation de l'article 55 de la Constitution. Or, si nous croyons bien voir dans ce texte une autorisation implicitement donnée au juge à l'effet d'écarter des lois contraires aux actes internationaux, c'est en revanche en vain qu'on chercherait, dans le Traité de Rome, une telle habilitation. En particulier, ni le caractère d'applicabilité directe reconnu à certaines normes communautaires, ni l'institution d'une juridiction autonome pour connaître du droit européen, ne sauraient, en eux-mêmes, être interprétés en ce sens.

Nous n'ignorons pas, en second lieu, que la Cour de justice des Communautés Européennes – qui, comme on le sait, reconnaît au droit communautaire une suprématie absolue sur les règles de droit interne, fussent-elles constitutionnelles – n'a, pour sa part, pas hésité à affirmer l'obligation d'écarter en toutes hypothèses les lois contraires aux normes communautaires (cf. notamment: 15 juillet 1984, *Costa c. Enel*: *Rec. p.1141* ou 9 mars 1978, *Simmenthal*: *Rec. p.629*).

Mais nous ne croyons pas que vous puissiez suivre la Cour dans cette jurisprudence prétorienne qui, à la vérité, nous apparaît pour le moins critiquable. Ce faisant, vous vous engageriez en effet dans une logique, difficilement justifiable, de *supranationalité*, à laquelle ne souscrit d'ailleurs pas expressément le Traité de Rome et qui conduirait – quoi qu'on puisse par ailleurs en penser sur le plan politique – à rendre celui-ci très certainement inconstitutionnel.

Sans doute pourrait-on alors nous objecter, il est vrai, que les juridictions suprêmes de certains autres États de la Communauté, notamment celles d'Allemagne Fédérale ou d'Italie, se sont, quant à elles, pliées avec discipline à cette jurisprudence. Mais cette position trouve son origine dans la spécificité de l'ordonnement juridique de ces États qui, à la différence du nôtre, accorde une valeur égale aux lois et aux traités, et rendait ainsi indispensable la définition d'un régime propre aux normes communautaires. En d'autres termes, c'est précisément l'absence de disposition équivalente à notre article 55 qui nous paraît avoir contraint ces juridictions à adopter cette solution – laquelle n'a pas plus de logique dans le système juridique des États concernés qu'elle n'en aurait dans le système français – dès lors que cette disposition constitutionnelle providentielle vous épargne au contraire d'avoir, pour votre part, à solliciter le droit, il serait ainsi éminemment regrettable de ne pas en faire le fondement de votre solution nouvelle.

En troisième lieu, nous observerons que les considérations d'opportunité qui pourraient vous inciter à limiter le revirement de votre jurisprudence au seul droit communautaire nous apparaissent, en définitive, elles-mêmes bien ténues. Il est certain, en effet, que les rares conflits de normes que vous rencontrerez concerneront surtout, précisément, des réglementations communautaires. On ne voit donc guère quel intérêt pratique s'attacherait en tout état de cause à ce que vous excluez du champ d'application de votre nouvelle jurisprudence les autres catégories de normes internationales.

Enfin, il convient de souligner que, si elle a paru initialement hésiter sur ce point, la Cour de cassation applique, pour sa part, sa jurisprudence de 1975 à l'ensemble des actes internationaux, qu'ils soient ou non communautaires. Et le Conseil constitutionnel ne connaît pas davantage de différence à cet égard, puisque, par sa décision du 21 octobre 1988 précitée, il a précisément été amené à confronter une loi aux stipulations d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, soit à une norme extra-communautaire. Or, il serait évidemment fâcheux qu'un éventuel revirement par rapport à votre solution de 1968 laisse ainsi subsister une nouvelle divergence de jurisprudence, qui ne ferait que se substituer à l'ancienne au lieu de la résoudre.

Nous nous 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.

Si vous nous suivez, vous devrez dès lors, dans l'espèce qui vous est aujourd'hui soumise, prendre soin de constater la compatibilité de la loi du 7 juillet 1977 avec le

Traité de Rome, avant d'en opposer les dispositions à l'argumentation de M. Nicolo.

Enfin, il vous restera alors à statuer sur des conclusions présentées en défense par le ministre des départements et territoires d'outre-mer et tendant à ce que vous infligiez au requérant une amende pour recours abusif. Mais vous avez d'ores et déjà jugé que la faculté qui vous est reconnue de prononcer de telles amendes relève de votre pouvoir discrétionnaire propre, et que les parties ne sont par conséquent pas recevables à vous demander d'en faire usage (cf. 24 janvier 1986, *M^{me} Rosset: Lebon, Tables, p.671*). Or, nous ne vous suggérerons pas, pour notre part, de prononcer une telle sanction en l'espèce.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet des deux requêtes, ainsi que des conclusions du ministre des départements et territoires d'outre-mer tendant à ce qu'une amende pour recours abusif soit infligée à M. Nicolo.

Urteil des Conseil d'Etat, Assemblée, vom 20. Oktober 1989, *Nicolo*, req. n° 108243²

LE CONSEIL D'ÉTAT; – Vu la requête, enregistrée le 27 juin 1989 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'État, présentée par M. Raoul Georges Nicolo, demeurant 26, avenue de Joinville à Nogent-sur-Marne (94130), et tendant à l'annulation des opérations électorales qui se sont déroulées le 18 juin 1989 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen,

– Vu les autres pièces du dossier; – 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; – *Sur les conclusions de la requête de M. Nicolo*: – 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

² J.C.P. 1989 II, 21371.

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 I^{er} du livre I^{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. 0.127 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. Nicolo n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et territoires d'outre-mer à l'élection des représentants du 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; – *Sur les conclusions du ministre des départements et territoires d'outre-mer tendant à ce que le Conseil d'État inflige une amende pour recours abusif à M. Nicolo*: – Considérant que des conclusions ayant un tel objet ne sont pas recevables;

Décide: – *Article 1^{er}*: La requête de M. Nicolo et les conclusions du ministre des départements et des territoires d'outre-mer tendant à ce qu'une amende pour recours abusif lui soit infligée sont rejetées. – *Article 2*: La présente décision sera notifiée à M. Nicolo, à M. de Charette, mandataire de la liste d'Union U.D.F.-R.P.R., aux mandataires de la liste de rassemblement présentée par le Parti Communiste Français, de la liste du Centre pour l'Europe, de la liste Majorité de Progrès pour l'Europe, de la liste Les Verts Europe-Écologie et de la liste Europe et Patrie et au ministre de l'intérieur.

MM. Long, prés., de Montgolfier, rapp., Frydman, com. du gouv.