

Il y a 30 ans, l'arrêt *Nicolo* : petite histoire d'un grand arrêt

Patrick FRYDMAN

Je voudrais d'abord remercier la présidente de Boisdeffre pour ses brillants propos introductifs à cette conférence, dont j'ai relevé au passage avec reconnaissance le caractère bienveillant à mon égard.

Je me réjouis, comme elle, de l'ampleur du public venu assister à cette conférence. Ce succès tient sans doute au fait que j'ai la chance d'avoir à traiter d'un sujet plus porteur que « la polysynodie sous la Régence » ou « le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet », pour prendre des exemples de conférences récentes du Comité d'histoire auxquelles j'avais assisté, qui étaient d'ailleurs fort intéressantes mais peuvent paraître plus éloignées des préoccupations contemporaines.

Il importe de souligner d'emblée que je ne compte pas aujourd'hui réexposer devant vous la théorie juridique présidant à l'arrêt *Nicolo*, ni les motifs d'opportunité ayant justifié le revirement de jurisprudence majeur que celui-ci a constitué : j'ai livré ma pensée sur cette affaire dans mes conclusions prononcées devant l'Assemblée du contentieux il y a 30 ans et ne suis pas là, me semble-t-il, pour les répéter... ni, encore moins, pour les modifier. N'ayant pas changé d'avis, je ne verrais d'ailleurs rien à y ajouter, ni à y retrancher. Ce dont j'ai prévu de vous entretenir aujourd'hui est d'une tout autre nature : il s'agit de narrer ce que j'appellerai la « petite histoire » de l'arrêt, c'est-à-dire de raconter concrètement comment il s'est fait.

Je me permettrai de faire, s'agissant de la teneur et de la forme de la narration qui va suivre, quatre brèves observations liminaires :

Mes souvenirs peuvent être, sur certains points, en partie effacés – voire légèrement déformés – par le passage du temps. (Ils datent, par définition, de 30 ans...). Mais ils ont été récemment ravivés, en tant que de besoin, par la consultation d'archives, notamment celles de la vice-présidence du président Long, que Mme Sibille-de Grimouïard a aimablement mises à ma disposition, et surtout de mes archives personnelles sur cette affaire – ne représentant pas moins de trois cartons entiers – conservées à la cave de mon domicile parisien.

L'honnêteté m'oblige à avouer que je ne dirai pas aujourd'hui tout ce que je pourrais révéler sur cette affaire et sur la façon dont je l'ai vécue. D'abord parce que je suis tenu par le secret du délibéré. (Il faudra encore attendre 45 ans, sauf évolution législative d'ici là, pour que les notes de délibéré, qui ne sont communicables qu'à l'issue d'un délai de 75 ans, soient librement accessibles...). Ensuite, parce qu'il y a des choses qui, pour différentes raisons, ont vocation à demeurer confidentielles, y compris d'ailleurs, pour ce qui me concerne, un événement personnel douloureux qui s'est produit au moment même où j'écrivais mes

conclusions et qui y est resté indissociablement associé dans mon esprit, mais qui n'a bien sûr aucun intérêt pour l'histoire du droit. Enfin, j'ai dû beaucoup sélectionner dans mes souvenirs, car j'aurais pu autrement parler de ce sujet jusqu'au bout de la nuit, mais ce n'est pas le format des conférences imposé par le Comité d'histoire, ni d'ailleurs, j'imagine, celui souhaité par le public!

Il s'agira ici de relater mon propre vécu des événements, qui, comme toute expérience personnelle, présente inévitablement une part de subjectivité. D'autres acteurs de l'affaire – dont certains ne sont malheureusement plus là pour pouvoir nous apporter leur propre témoignage – en auraient sans doute des souvenirs différents, soit que ces derniers procéderaient d'une autre vision des mêmes faits, soit qu'ils se rapporteraient à des faits dont je n'aurais pas moi-même été témoin à l'époque.

Enfin, sur le plan de la forme, l'auditoire voudra bien me pardonner d'avoir pris le parti de m'écarter ici résolument du style académique qui sied normalement aux conférences du Comité d'histoire. C'est que, comme toujours, la forme et le fond sont intimement liés et qu'on ne saurait raconter une histoire – qui plus est, comme vous le verrez, jusque dans certains détails cocasses – sur le même ton que celui dont on use pour disserter sur l'évolution du droit...

* * *

Il faut d'abord que je vous avoue – au risque de vous surprendre et, sans doute, de vous décevoir – que l'arrêt *Nicolo* n'a pas été, du point de vue de son élaboration concrète, la grande œuvre jurisprudentielle solidement appuyée sur l'argumentation des écritures des parties, longuement préparée et abondamment débattue en séance d'instruction qu'on pourrait imaginer. La réalité est tout à l'opposé de ce schéma idéal.

Il ne faut bien sûr pas méconnaître le rôle qu'ont joué, en amont de ce revirement de jurisprudence, toutes les réflexions préalables sur la question juridique de la suprématie des traités et du droit européen sur les lois, qui avaient donné lieu à d'innombrables contributions intellectuelles, et le mûrissement de la réflexion qui s'était progressivement opéré au sein du Conseil d'État à ce sujet. La genèse de l'arrêt et de mes conclusions est d'abord évidemment à rechercher là et c'est précisément, du reste, ce qui a permis de juger cette affaire dans les conditions quelque peu acrobatiques que je vais maintenant exposer.

Mais l'affaire *Nicolo* elle-même, c'est un dossier au contenu indigent, qui a été traité en une huitaine de jours à peine et selon une procédure d'examen préparatoire réduite à sa plus simple expression.

Un dossier au contenu indigent

Il ne m'a malheureusement pas été possible de consulter à nouveau le dossier de l'affaire *Nicolo* lors de la préparation de la présente conférence car les Archives nationales ont provisoirement interrompu la communication de tous

les documents conservés à leur dépôt de Fontainebleau, dans l'attente de leur prochain transfert au nouveau dépôt de Pierrefitte.

Mais ce dossier, qui était parfaitement squelettique, consistait, de mémoire, en :

- une requête d'environ une page, écrite par le requérant lui-même (qui agissait sans avocat) et, il faut bien le dire, à peine compréhensible. Sa teneur rendait nécessaire un certain effort de requalification, succédant d'ailleurs à une phase initiale de déchiffrement, pour pouvoir y déceler l'argumentation formellement exposée dans l'arrêt selon laquelle la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants français au Parlement européen était contraire au traité de Rome en ce qu'elle s'appliquait aux départements et territoires d'outre-mer. À l'évidence, M. Nicolo – qui était par ailleurs, il convient de le souligner –, un éminent scientifique, spécialiste notamment de technologie de l'information n'avait pas conscience, en écrivant cette requête, qu'elle donnerait lieu à un grand arrêt qui lui vaudrait de voir son nom entrer dans l'histoire du droit public...
- des écritures du Gouvernement à peine plus développées, qui ne se plaçaient en rien dans la perspective d'un éventuel revirement de jurisprudence et étaient en partie consacrées, d'ailleurs, à une conclusion tendant à la condamnation du requérant à une amende pour recours abusif (laquelle était au demeurant irrecevable, puisque le prononcé de telles amendes relève d'un pouvoir propre du juge...).

De mémoire, l'épaisseur du dossier ne devait pas dépasser 5 millimètres, cote cartonnée comprise!

Un dossier traité en une huitaine de jours à peine...

(en faisant abstraction, bien sûr, du délai de lecture, d'ailleurs lui-même réduit à une semaine)

Les événements se sont déroulés de la façon suivante :

- Lors d'une séance d'instruction consacrée à tout autre chose, qui, je crois, avait lieu le 4 octobre, le président Vught, alors président de la 10^e sous-section (selon la terminologie de l'époque), auprès de laquelle j'étais commissaire du gouvernement, est arrivé avec une pile de dossiers, qui étaient, expliqua-t-il, ceux concernant le contentieux des élections européennes du 18 juin 1989.

Il exposa que, à la demande du président Long, il avait recherché si une de ces affaires ne poserait pas la question du contrôle de conformité des lois aux traités internationaux, ce qui pourrait donner l'occasion de réexaminer la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État en la matière, et qu'il en avait identifié une : la requête d'un certain M. Nicolo.

Je vois encore très bien cette scène, qui se passait dans la salle alors officiellement dénommée « salle de travail du contentieux » (mais plus couramment désignée sous le nom de « salle du casino », du fait de l'affectation historiquement assignée à ce lieu lors des fêtes que donnait le régent au Palais-Royal) et devenue



aujourd'hui la salle Raymond-Odent, où la 10^e sous-section tenait habituellement ses réunions.

L'entrée en matière du président Vught que je viens de relater n'avait pas manqué de provoquer une poussée d'adrénaline immédiate chez le jeune commissaire du gouvernement bouillonnant que j'étais à l'époque, car il ne m'a évidemment pas échappé qu'il s'agirait d'une affaire historique et que j'allais vivre un des grands moments de ma vie professionnelle. Me sont alors revenus à l'esprit, en un instant, les cours à Sciences Po où mon maître de conférences, le futur président Stirn, exposait la controverse juridique existant à ce sujet, en défendant bien sûr avec brio la thèse alors retenue par le Conseil d'État, mais aussi les commentaires critiques de nombreux auteurs de doctrine, qui voyaient communément dans cette position du juge administratif, à l'époque, l'un des grands « points noirs » du droit public.

Une difficulté naissait du fait que cette affaire faisait partie, comme je l'ai dit, d'un lot de nombreuses requêtes (ou, plus exactement, de « protestations », selon la terminologie propre à la matière électorale) concernant ces élections européennes – qui, à l'époque, devaient obligatoirement être toutes jugées par l'Assemblée du contentieux. (Cette aberration, qui conduisait à enrôler y compris des désistements en Assemblée, a été heureusement corrigée depuis lors par une modification de la loi de 1977 introduite en 2003.) Plusieurs de ces affaires posaient des questions juridiques de contentieux électoral elles-mêmes très délicates (concernant, notamment, les conditions d'organisation de la campagne électorale officielle et de traitement des différentes listes dans les médias audiovisuels privés). Or, le président Long souhaitait, pour que le Conseil d'État statue sur ces élections avec la célérité requise, que toutes ces affaires soient examinées par l'Assemblée lors de sa séance la plus prochaine, qui était fixée au 13 octobre – soit 9 jours plus tard. Délai évidemment très contraignant, que je me suis cependant engagé, sur le moment, à tenir...

– Fort heureusement, le lendemain matin, ma collègue Anne-Marie Leroy, qui était l'autre commissaire du gouvernement de la 10^e sous-section, me proposa très aimablement de prendre en charge ces autres dossiers, afin de me permettre de me consacrer pleinement à l'affaire majeure qui m'avait été attribuée. Après quelques hésitations, j'ai accepté avec gratitude cette offre et n'ai gardé, outre l'affaire *Nicolo* elle-même, que l'affaire *Roujansky* (sur laquelle je souhaitais conclure en même temps car elle posait la question du contrôle de constitutionnalité des lois et il me paraissait opportun, en termes de « tactique », de montrer à l'Assemblée du contentieux que ma proposition audacieuse ne conduirait pas à mettre à bas la théorie de la loi-écran dans son ensemble), ainsi que l'affaire *Sitbon* (que je trouvais émoustillante car elle posait la question inédite de l'éligibilité au Parlement européen d'un ancien président de la République eu égard à sa qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel).

Ayant par ailleurs à mon agenda, dans mon souvenir, une séance de sous-section jugeant seule dans le courant de la semaine, je n'ai pu réellement m'atteler à la préparation de ces affaires que le vendredi en début d'après-midi, soit très exactement une semaine avant l'Assemblée du contentieux prévue le 13 octobre à 14 h 00. C'était là un redoutable défi en termes de calendrier, qui, en tant que tel, est resté dans ma mémoire.

– Mon premier souvenir, après le prononcé de mes conclusions, est d’ailleurs que le président Vught (qui se trouvait assis, dans la salle, juste à côté du commissaire du gouvernement, selon l’ordre de préséance à l’Assemblée du contentieux) s’est tourné vers moi pour me lancer à mi-voix : « *Remarquable! Pour votre prochaine Assemblée, je vous donnerai le dossier la veille!* »

Une procédure d’examen préparatoire réduite à sa plus simple expression

C’est là la conséquence directe de ce que je viens d’expliquer quant au délai extrêmement contraint dans lequel devait être jugée l’affaire.

Rien n’a pu être fait – même si je tiens à souligner que les textes régissant la procédure devant le Conseil d’État ont en eux-mêmes bien été respectés – selon les règles de fonctionnement interne habituelles de la section du Contentieux :

- il n’y a pas eu de note du rapporteur (ce qui peut évidemment surprendre, dans une affaire de cette importance) ;
- il n’y a pas eu non plus de note de révision (et pour cause, puisqu’il n’y avait pas de travail préparatoire du rapporteur à réviser...);
- il n’y a pas eu davantage de séance d’instruction (ce qui est pour le moins contraire à l’usage, pour une affaire d’Assemblée...).

Il y eut seulement une brève réunion informelle consacrée à l’affaire avec le président Vught, le rapporteur désigné (Cyrille de Montgolfier, qui était alors un jeune auditeur d’un an et demi d’ancienneté) et l’un des responsables du centre de documentation, ancêtre de l’actuel Centre de recherches et de diffusion juridiques (CRDJ), auquel la sous-section avait demandé en urgence de procéder à une recherche de documentation. Ce responsable du centre, Michel Azibert (qui était d’ailleurs en instance de départ en détachement) me remit alors effectivement un petit dossier documentaire, comportant quelques articles de doctrine et les références d’anciennes conclusions de commissaires du Gouvernement, ainsi qu’une feuille de petit format sur laquelle il avait noté quelques idées sur le sujet – au demeurant très pertinentes – en style télégraphique. Cette feuille, que j’ai retrouvée avec émotion dans mes archives, a été en fait le seul document préparatoire qui m’ait été fourni pour élaborer mes conclusions.

– Pendant une partie de la semaine, il n’y avait pas non plus au dossier de projet de décision. (Il faut dire que la sous-section et le rapporteur étaient accaparés, parallèlement, par les autres affaires concernant les élections européennes inscrites à la même Assemblée). J’en ai fait un jour la remarque au président Vught, qui m’a répondu, dans l’inimitable style humoristique dont il était coutumier : « *C’est pourtant vrai! Nous allons griffonner un bout de projet avec le rapporteur.* » J’ai alors vu effectivement arriver un projet rédigé (et pas seulement un « *bout de projet griffonné* ») qui avait été préparé sur-le-champ par le rapporteur et aussitôt revu par le président Vught, et dont l’une des caractéristiques essentielles – sur laquelle je reviendrai – était d’ailleurs d’éviter délibérément tout considérant de principe expliquant le revirement de jurisprudence.



Voilà comment a été préparée, dans des conditions un peu particulières, comme vous pouvez le constater, l'affaire *Nicolo*, pour ce qui est du moins du travail de la sous-section, car, dans le même temps, le président Long s'employait de son côté à faire progresser les esprits. Ainsi qu'il l'a narré lui-même en 2014 dans un entretien à l'AJDA sur la « Genèse de la décision *Nicolo* », dont je vous recommande la lecture, il entreprenait en effet les membres de l'Assemblée du contentieux en ce sens « *au hasard des rencontres dans les couloirs* », selon ses termes – mais je pense qu'il s'attachait en vérité à aider un peu ce hasard –, afin de les convaincre du bien-fondé d'une évolution jurisprudentielle qu'il appelait de ses vœux et qu'il estimait désormais possible, compte tenu du changement d'approche du Conseil d'État à l'égard du droit européen dont témoignait notamment l'arrêt *Alitalia* rendu quelques mois plus tôt.

Je me doutais évidemment de ce qui se déroulait ainsi en coulisse, même si le président Long ne m'en a d'ailleurs informé explicitement que bien plus tard.

Comment ai-je occupé la semaine dont je disposais pour préparer ces conclusions ?

Ni en lisant le dossier – ce qui n'a dû me prendre qu'une dizaine de minutes tout au plus, compte tenu de son inconsistance –, ni en lisant les notes préparées par la sous-section – puisqu'il n'y en avait pas –, ni non plus, il faut bien le dire, en réfléchissant tant que cela au sujet, car j'y avais en fait réfléchi depuis bien longtemps déjà – à la vérité, depuis mes études à Sciences Po. Et c'est ce qui m'a heureusement facilité les choses : je savais, dès le départ, dans quel sens je concluais, et je n'avais pas davantage d'hésitation quant au fondement de la solution que je proposerais de retenir, à savoir la théorie, qui avait au demeurant déjà été soutenue par le professeur Chapus et par le président Genevois, d'une habilitation implicitement donnée au juge, par l'article 55 de la Constitution, à l'effet d'écarter les lois contraires à un traité international. La difficulté était en réalité plutôt, pour moi, en ce qui concerne la rédaction de mes conclusions, d'arriver à présenter les choses avec suffisamment d'habileté pour que les membres de l'Assemblée du contentieux acceptent de se « déjuger » pour se rallier en douceur au revirement de jurisprudence que je préconisais.

C'est pourquoi j'ai occupé, moi aussi, une partie de cette semaine à rencontrer les membres de l'Assemblée – ce qui est, de toute façon, dans les usages au Conseil d'État avant une séance de jugement de cette formation.

Sans entrer dans les détails de chacun de ces entretiens, je dirai que l'ambiance générale était à une certaine résignation face à une évolution jurisprudentielle qui apparaissait sans doute inévitable en opportunité, même si elle n'était pas pour autant considérée comme véritablement justifiée en droit. Je n'ai rencontré, au cours de mes rendez-vous avec les présidents de section, ni hostilité affirmée à la thèse que je soutenais, ni non plus le moindre enthousiasme à son égard.

Il y avait, parmi tous ces entretiens, deux rencontres que je redoutais particulièrement :

– La première était la rencontre avec le président Combar nous, alors président de la section du Contentieux, que je redoutais, d’abord parce que j’ignorais quelle serait sa position personnelle sur l’affaire et que je craignais intuitivement qu’elle ne fût pas spontanément favorable à ma thèse, mais aussi parce que la véritable statue du commandeur que représentait cette grande figure du Conseil d’État avait, par nature, quelque chose d’impressionnant pour le jeune homme de 28 ans, tout juste promu maître des requêtes, que j’étais alors.

Je l’ai trouvé, sur le fond, et pour mon plus grand soulagement, plutôt résigné, lui aussi, pour des raisons d’opportunité, à un revirement de jurisprudence, même s’il a souligné d’emblée que, pour lui, la solution de l’arrêt *Syndicat général des fabricants de semoules de France* de 1968 – maintes fois réaffirmée depuis lors, y compris en Assemblée, notamment par l’arrêt *Union démocratique du travail* de 1979 – était juridiquement « impeccable ».

En revanche, l’entretien m’a catastrophé, de façon imprévue, sur un tout autre plan : le président Combar nous m’a intimé la consigne d’être très bref dans mes conclusions, en me fixant une durée limite de « 20 minutes », ce qui n’est objectivement pas beaucoup pour une grande affaire d’Assemblée. Il a justifié cette injonction en m’expliquant, d’abord, que le rôle de la séance était très chargé. (Il est vrai que ce rôle comportait, en plus des dossiers déjà cités, des affaires mettant en cause des décrets en Conseil d’État concernant les statuts de cadres d’emplois de la fonction publique territoriale). Mais il a aussi et surtout souligné qu’il était inutile de « faire des tirades » sur le sujet, en ajoutant ces mots, que je cite à peu près de mémoire :

« Il n’est d’ailleurs pas nécessaire que vous exposiez en détail la question de droit car tous les membres de l’assemblée la connaissent par cœur. On n’a pas vraiment besoin de vous pour nous l’expliquer ! » (ce qui, en soi, était d’ailleurs parfaitement exact...).

Cette limite de 20 minutes m’a en fait posé beaucoup plus de problèmes que l’affaire elle-même car, d’une part, je craignais d’être trop long (ce qui m’a conduit à procéder, parfois avec regret, à diverses coupures dans le texte de mes conclusions) et, d’autre part, je m’inquiétais, en sens inverse, de ce que penseraient la doctrine et, de façon générale, les autres observateurs extérieurs – ignorant évidemment cette consigne interne – d’un commissaire du gouvernement qui paraîtrait avoir expédié en quelques pages des conclusions sur une affaire d’une telle importance juridique. Je ne suis d’ailleurs finalement jamais parvenu à résoudre ce dilemme et ai rédigé des conclusions aussi courtes que possible dans les limites du raisonnable, mais sans respecter vraiment cette obsédante limite de 20 minutes et en la dépassant même substantiellement – ce que, du reste, le président Combar nous ne m’a nullement reproché après coup.

– L’autre rencontre que je redoutais était celle prévue avec la présidente Questiaux (alors présidente de la section des Travaux publics, mais aussi et surtout ancien commissaire du gouvernement dans l’affaire dite « des Semoules » qui avait fixé la jurisprudence antérieure).

Mais, là aussi, j’ai trouvé face à moi une interlocutrice plutôt résignée à un revirement par rapport à cette jurisprudence et même prête, à la vérité, à se laisser convaincre de son bien-fondé. Je la revois notamment me disant qu’elle

« *n'aim[ait] pas les jurisprudences à rebours* ». Elle m'a surtout exposé les arguments qu'on pouvait faire valoir à l'encontre de ma thèse, en m'expliquant qu'elle serait très attentive aux contre-arguments que j'arriverais à y opposer dans mes conclusions (ce que je me suis attaché à faire : toute une partie de ces dernières – qui a beaucoup contribué à me faire dépasser les 20 minutes! – était consacrée à relever le défi qu'elle m'avait, en quelque sorte, ainsi lancé, en répondant aux arguments qu'elle avait énumérés).

Il y avait, à l'opposé de ces deux rencontres que je craignais, deux moments que j'attendais avec plaisir :

– Le premier était la traditionnelle réunion avec le vice-président précédant le jugement d'une affaire en Assemblée.

Comme je le presentais, bien sûr, même si je n'avais jusqu'alors eu aucun contact direct avec lui au sujet de cette affaire, le président Long a indiqué qu'il était en faveur du revirement de jurisprudence. Il s'est surtout enquis de savoir dans quel sens j'entendais moi-même conclure – ce qu'il ne savait pas encore, non plus, de son côté – en me laissant comprendre que cela lui importait pour deux raisons : d'abord, bien sûr, parce qu'il pensait que cela pouvait avoir une influence sur l'issue des délibérations, qui restait incertaine, mais aussi parce qu'il espérait, dans un souci de communication extérieure, qu'en cas d'adoption de ce revirement, mes conclusions puissent servir d'« *explication de texte* » à l'arrêt lui-même. Je me souviens être sorti de cette réunion avec un large sourire, ce qui n'avait été le cas à l'issue d'aucune de mes autres rencontres.

– L'autre entretien dont je me réjouissais à l'avance n'était pas organisé avec un membre de l'Assemblée du contentieux mais avec un éminent collègue, qui avait beaucoup écrit sur le sujet et ne manquait pas une occasion de prôner l'abrogation de la jurisprudence dite « *des Semoules* » : Bruno Genevois, qui était alors secrétaire général du Conseil constitutionnel, et que j'étais allé voir, en voisin, dans l'aile Montpensier du Palais-Royal, afin de bénéficier de sa science.

Cet entretien fut un grand moment, que je regrette de n'avoir pas pu filmer, car, après avoir commencé à me parler du sujet, en me félicitant chaleureusement de mon soutien à la thèse qu'il défendait de longue date, il s'est mis en fait à improviser les conclusions qu'il aurait aimé prononcer sur l'affaire, allant même, dans mon souvenir, jusqu'à se lever un moment de son bureau, pour mieux se mettre en situation de commissaire du gouvernement, et à ponctuer régulièrement son propos de « *Messieurs* » : « *Messieurs, vous avez toujours considéré que... Mais, Messieurs, vous devrez désormais juger que...* ». Je me souviens d'ailleurs m'être dit, sur le moment, que mon interlocuteur méconnaissait visiblement le fait qu'il y avait, déjà à cette époque, des dames siégeant à l'Assemblée du contentieux ! J'ai essayé en vain, à deux ou trois reprises, d'interrompre ce monologue passionné, en glissant timidement que je saurais écrire mes conclusions moi-même... Mais je dois reconnaître que la prose du président Genevois sur le sujet valait la peine d'être entendue, surtout pour le vrai commissaire du gouvernement de l'affaire. Je n'exclus pas, au demeurant, d'y avoir grappillé, par-ci par-là, quelques formules pour les mettre à profit dans mes conclusions.

La suite des événements est sans doute mieux connue, parce qu'elle était en partie publique

Ce fut la séance d'Assemblée du 13 octobre – un vendredi 13, mais je n'ai jamais été superstitieux – dont je n'ai en fait pas grand-chose à dire, au-delà de la teneur de mes conclusions elles-mêmes, si ce n'est que celles-ci m'ont valu, lors de la traditionnelle pause précédant le délibéré, des félicitations chaleureuses du vice-président et de beaucoup d'autres présidents participant à la séance – y compris de certaines grandes figures de l'Assemblée du contentieux de l'époque dont les penchants naturels ne me laissaient pourtant pas penser qu'ils pourraient être particulièrement séduits par mon argumentation. J'avoue que j'y ai été très sensible.

On ne sera pas surpris d'apprendre que le président Genevois m'a demandé, après la séance, si j'accepterais de lui communiquer mes conclusions afin qu'il puisse me faire part de ses commentaires avant leur publication – ce que j'ai fait de bonne grâce, tout en craignant, au fond de moi, qu'il n'en propose une véritable réécriture à sa façon... Mais je dois dire qu'il s'est en fait borné, à mon grand soulagement, à y apporter des annotations d'ordre purement typographique, qui étaient d'ailleurs parfaitement justifiées.

Les retombées médiatiques de l'affaire ont été immédiates, car l'attachée de presse du Conseil d'État, Mme Schwartz, avait lancé dès avant la séance de jugement, à la demande du président Long, une opération de communication très développée pour l'époque (où l'on était loin, en la matière, du savoir-faire de la « dircom » dont s'est depuis lors dotée l'institution). Il a même été question de diffuser mes conclusions aux journalistes le jour même de la séance, mais j'avais objecté qu'il me paraissait plus convenable de s'en tenir à l'usage établi selon lequel on ne communique les conclusions du commissaire du gouvernement (ou, aujourd'hui, du « rapporteur public ») qu'après la lecture de l'arrêt.

À l'initiative du président Long, il a été décidé, peu après la séance, que cette lecture serait, précisément, avancée à une semaine, soit au 20 octobre, compte tenu de la pression médiatique qui s'est rapidement faite insistante.

L'arrêt, qui a donné lieu à un communiqué de presse diffusé avec mes conclusions, a été très substantiellement évoqué dans toute la presse écrite d'information générale et a notamment eu l'honneur de faire la une du *Monde*.

J'ai même, à la demande du président Long, répondu à la sollicitation d'une chaîne de télévision de l'époque, la 5, qui m'a invité, le soir de la lecture, à son journal télévisé, où j'ai été interviewé par la journaliste Nathalie Saint-Cricq (devenue aujourd'hui chef du service politique de France 2, mais qui était alors aussi jeune que moi...).

De façon générale, la tonalité des réactions dans la presse écrite fut, comme on pouvait s'y attendre, très différente selon la tendance politique des journaux en cause, allant de sévères critiques à des louanges appuyées, en passant bien sûr par des comptes rendus plus neutres dans les organes de presse sans connotation politique particulière.

La réception de l'arrêt par la classe politique fut évidemment, de la même façon, très diverse, sachant que les réactions les plus affirmées furent celles – très hostiles – en provenance des milieux dits « souverainistes ». Il me sera d'ailleurs permis de relever ici que certaines personnalités, de gauche comme de droite, qui se sont alors exprimées à ce sujet ont pu, me semble-t-il, verser regrettablement dans l'excès.

Mais il y eut aussi des messages de soutien, dont certains d'un grand poids. Je pense en particulier à une lettre personnelle manuscrite que le Premier ministre de l'époque, Michel Rocard, avait envoyée le 13 novembre 1989, soit quelques semaines après la lecture, au président Long (et dont celui-ci m'avait très aimablement adressé une copie en me faisant observer, dans un mot d'accompagnement, que son auteur y citait mes conclusions). On pouvait notamment y lire que le Premier ministre voyait dans « *cette décision historique [...] le symbole le plus tangible de l'engagement irréversible de la France dans la construction de l'Europe* ».

J'ai d'ailleurs découvert, en préparant la présente conférence, dans les archives du président Long, d'autres lettres émanant de diverses autorités alors en fonction, comme le garde des Sceaux, Pierre Arpaillange, et la ministre des Affaires européennes, Édith Cresson, réagissant à des courriers par lesquels le vice-président leur avait personnellement communiqué l'arrêt, accompagné de mes conclusions. Je n'eus pas connaissance, à l'époque, de ces derniers échanges, mais n'ai évidemment pas été surpris d'apprendre leur existence, d'autant que le vice-président m'avait, peu après la séance d'Assemblée, demandé en bonne et due forme mon accord pour transmettre mes conclusions à différents interlocuteurs.

Du côté de la doctrine, les réactions furent majoritairement positives, mais il y eut aussi des oppositions très virulentes de certains professeurs, accusant le Conseil d'État et son commissaire du gouvernement d'avoir bafoué les fondements du droit public en violant l'autorité de la loi ou, tout à l'opposé, d'ailleurs, de ne pas avoir adopté un raisonnement assez proeuropéen. J'ai même retrouvé, dans mes archives, une lettre que j'avais projeté d'écrire à l'époque – avant, finalement, de renoncer à l'envoyer – à un professeur de droit qui m'avait attaqué en des termes mettant en cause mon honorabilité, au motif – qui peut tout de même surprendre – que mes conclusions auraient eu de scandaleux relents antieuropéens. (Il me reprochait essentiellement, comme d'autres auteurs de la même tendance, d'y avoir contesté l'application, en droit interne, de la théorie de la suprématie absolue du droit communautaire affirmée dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – aspect de mes conclusions qui avait précisément beaucoup plu, tout au contraire, à une autre partie de la doctrine et, d'ailleurs, des membres de l'Assemblée du contentieux).

Après ces premières réactions, j'ai dû faire, pendant des années, ce que j'appellerais le « service après-vente » de l'arrêt *Nicolo*. Celui-ci était d'autant plus nécessaire qu'une des caractéristiques de cet arrêt est que, de façon pour le moins insolite – mais c'est là le reflet de l'état d'esprit dominant, ci-dessus décrit, qui entourait son élaboration –, il ne comporte aucune explicitation de la solution juridique nouvelle retenue par le Conseil d'État, en dehors de la seule mention, dans les visas, de l'article 55 de la Constitution. Pas de considérant de principe, pas même la moindre explication du raisonnement suivi par le juge... Nous

sommes loin – c'est le moins qu'on puisse dire – des préconisations actuelles du Conseil d'État résultant de la récente réforme du mode de rédaction des décisions de la juridiction administrative!

Pour comprendre l'arrêt, il fallait donc, en fait, se référer aux conclusions du commissaire du gouvernement. C'est d'ailleurs pourquoi celles-ci avaient été systématiquement jointes, comme je l'ai dit, au communiqué de presse diffusé aux journalistes, puis à tous les courriers personnels adressés par le président Long à ce sujet. Et, dans les années suivantes, je n'ai cessé d'être amené à expliquer l'arrêt, souvent à la demande du Conseil d'État lui-même, devant les auditoires les plus divers, à l'université Paris-I, au CNAM ou à l'IHEDN, par exemple, mais aussi dans des lieux aussi exotiques que l'université de Fort-de-France ou même l'université australe de Buenos Aires – où l'on m'a demandé un jour de donner une conférence sur le sujet qui a été, à ma grande surprise, massivement suivie par les étudiants argentins.

Le souvenir certainement le plus insolite que je garde de ce rôle de « service après-vente » est une conférence que le secrétaire général du Conseil d'État de l'époque, Michel Pinault, m'avait demandé de prononcer devant le Rotary Club du Mans – car il avait des attaches personnelles dans cette ville – et où je me suis retrouvé devant un parterre de notables locaux, composé en grande partie de dirigeants d'entreprises de rillettes, qui me regardaient avec des yeux écarquillés me laissant deviner qu'ils avaient un peu de mal à appréhender le sujet dont je les entretenais...

Je terminerai cette évocation de la réception de l'arrêt *Nicolo* en indiquant que la réaction la plus cocasse en la matière est sans doute celle qui m'est venue, plus tard, du président Théry, lorsqu'il s'est lancé dans la publication de ses célèbres *Scènes de la jurisprudence administrative* illustrant les grands arrêts du Conseil d'État. Il m'a en effet fait observer qu'un grave défaut de l'arrêt *Nicolo* était que l'illustration d'une notion aussi abstraite que le contrôle de conventionnalité des lois lui posait un véritable casse-tête. Il a cependant ajouté que je m'étais heureusement racheté ensuite par l'arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* car le lancer de nains ne soulevait pas, de ce point de vue, les mêmes difficultés...

* * *

Pour conclure mon propos, je voudrais d'abord rendre hommage au président Marceau Long, qui a été – je ne peux manquer de le souligner en toute humilité – le premier promoteur du revirement de jurisprudence auquel a procédé l'arrêt *Nicolo*, même s'il m'a toujours dit, et a d'ailleurs publiquement écrit, qu'il m'attribuait une grande part de ce succès.

Je crois, en vérité, que les rôles ont été un peu partagés, en une sorte de « coproduction », et tout est dit à ce sujet dans un mot datant de 2003 – retrouvé, là aussi, dans mes archives personnelles – qu'il m'avait envoyé en réponse aux félicitations que je lui avais adressées lorsqu'il a été élevé à la dignité de grand-croix de la Légion d'honneur. Il m'y écrivait notamment qu'il était très sensible à l'évocation des efforts qu'il avait entrepris, pendant sa vice-présidence, en faveur



de « [l'] "ouverture européenne" [du Conseil d'État] avec les arrêts *Alitalia*, et surtout *Nicolo*, auquel vous avez attaché votre nom » et poursuivait en ces termes :

« Vous savez que je souhaitais cette évolution, et l'avais discrètement préparée auprès de nos collègues de l'Assemblée [du contentieux] ... Encore fallait-il des conclusions dignes de l'enjeu : vous avez eu le souffle qui était nécessaire... »

Je lui laisse bien sûr la responsabilité de cette dernière phrase mais c'est aujourd'hui pour moi l'occasion de dire ici la grande admiration que je porte au président Long, qui, au-delà de l'affaire *Nicolo*, au-delà même, plus généralement, du renouveau de la jurisprudence qu'il a impulsé, a permis au Conseil d'État de renaître à l'issue d'une période qui n'était pas la plus florissante de son histoire.

Enfin, je voudrais vous dire tout le plaisir que j'ai éprouvé à évoquer devant vous ces souvenirs des intenses moments où s'est fait, il y a 30 ans, l'arrêt *Nicolo*... malgré le petit désagrément que m'avait initialement occasionné l'invitation de la présidente de Boisdeffre, car je dois avouer qu'être convié par le Comité d'histoire à raconter ma propre expérience m'a donné subitement un « coup de vieux » que j'ai eu psychologiquement un peu de mal à supporter!...



Escalier d'honneur et palier du premier étage du Conseil d'État, photographie prise depuis le hall d'honneur.

© Conseil d'État