

**LE RÉFLEXE CONSTITUTIONNEL AU SERVICE
DU RÉFLEXE CONVENTIONNEL ? QUELLE PLACE
POUR LA CONVENTIONNALITÉ FACE AU CONTRÔLE
DE CONSTITUTIONNALITÉ *A POSTERIORI* ?**

PAR

XAVIER MAGNON

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE 1 CAPITOLE
INSTITUT MAURICE HAURIU

L'analyse des rapports entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité en France oscille entre le constat sévère d'un conflit insurmontable et la représentation angélique d'une heureuse complémentarité sur fond de « dialogue des juges ».

L'antériorité chronologique du contrôle de conventionnalité diffus sur le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* concentré inscrit d'emblée les deux contrôles dans le conflit. De sa naissance dans ce contexte, la question préjudicielle de constitutionnalité française en aura tiré son nom, elle sera une question *prioritaire* de constitutionnalité. Les rapports potentiellement conflictuels entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* sont originels. Pour pouvoir exister face au contrôle de conventionnalité diffus, la question préjudicielle de constitutionnalité devait être pourvue de qualités lui permettant d'exister et de lui faire face. À cette fin, deux qualités lui ont été attribuées par le législateur organique. Elle sera, d'abord, *prioritaire*. Lorsque le juge de droit commun est saisi à la fois de moyens d'inconventionnalité et de constitutionnalité, il doit examiner d'abord les premiers avant d'envisager les seconds. Le juge devra, ensuite, se prononcer *sans délai* sur la transmission de la question préjudicielle de constitutionnalité. Seule la réunion simultanée de ces deux conditions garantit un avantage concurrentiel à la question de constitutionnalité. Invoquer un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative oblige le juge à se prononcer sans délai sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité ; la résolution du moyen d'inconventionnalité intervenant au moment du jugement au fond. Compte tenu des délais traditionnels de jugement des juridictions du fond, et alors que la durée globale d'une QPC ne devrait pas excéder neuf

BRUYLANT

mois (1), la question de constitutionnalité sera résolue avant que le juge ne statue au fond et donc avant la question de conventionnalité. Seuls les coûts et les incertitudes supplémentaires inhérents à la QPC pèsent face au moyen d'inconventionnalité.

Le caractère prioritaire posé par la loi organique du 10 décembre 2009 a depuis fait l'objet de précisions jurisprudentielles. La question de sa conformité au droit de l'Union européenne a été posée par la Cour de cassation à la Cour de justice de l'Union européenne, dans des arrêts remarquables du 16 avril 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* (2), par la voie d'une question préjudicielle en interprétation. Pour ne s'en tenir qu'à la situation générale, le juge de Luxembourg a prononcé une *conformité sous réserve* du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. La priorité d'examen imposée au juge saisi au fond n'est conforme au droit de l'Union que si le juge est libre, d'une part, « d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » lorsqu'il choisit de renvoyer la QPC et, d'autre part, « de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire » (3). Le juge doit être en mesure non seulement de prononcer des mesures provisoires en vue de protéger les droits reconnus par l'ordre juridique de l'Union au moment où il transmet une QPC, mais également de soulever une question préjudicielle en interprétation ou en appréciation de validité devant la Cour de justice à tout moment de la procédure, y compris avant de transmettre la QPC. La question de constitutionnalité n'est donc prioritaire que si le juge saisi au fond décide que l'application du droit de l'Union européenne dans le procès en cours n'exige pas de renvoi préjudiciel préalable à la Cour de justice. Il convient de remarquer que le Conseil d'État a déjà usé de ce qui est qualifié de « théorie de l'acte clair » pour refuser de saisir de la Cour de justice par la voie préjudicielle, dans un litige dans lequel a été par ailleurs soulevée et

(1) On peut raisonnablement compter sur un délai de traitement devant le premier juge de trois mois, ce qui constitue un délai supposé relativement élevé, étant entendu que le juge doit statuer sans délai et que les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel doivent tous deux se prononcer dans un délai de trois mois. En pratique, on sait, à la suite de la première évaluation conduite devant la Commission des lois (auditions du 1^{er} septembre 2010, voir le rapport de J.-L. Warsman, Assemblée nationale, n° 2838, XIII^e législature, 5 octobre 2010), que le délai moyen de jugement est de 51 jours devant le Conseil d'État, de deux mois et demi devant la Cour de cassation et qu'il est inférieur à deux mois devant le Conseil constitutionnel. Les juridictions suprêmes comme le Conseil constitutionnel statuent donc en moyenne dans un délai inférieur à trois mois.

(2) Cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* (deux arrêts), n^{os} 10-40001 et 10-40002, avis M. Domingo, *R.F.D.A.*, 2010, p. 445.

(3) C.J., 22 juin 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, respectivement § 53 et 52.

transmise une QPC au Conseil constitutionnel. Il s'est d'ailleurs prononcé dans le même arrêt à la fois sur le refus de renvoi préjudiciel à la Cour et sur la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel (4).

Cette jurisprudence de la Cour de justice a fait l'objet d'une application différente par le Conseil d'État et par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 14 mai 2010, *Rujovic* (5), et donc avant même l'arrêt de la Cour de justice, le Conseil d'État a intégré les deux conditions posées par la jurisprudence européenne. Il a ainsi jugé que « le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ». Il a également précisé que la QPC ne fait pas obstacle à ce « que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ». Le juge suprême ajoute toutefois une exigence d'urgence, non imposée par la Cour de justice, pour pouvoir présenter des mesures provisoires.

La Cour de cassation a adopté une position différente. Dans le jugement sur l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice, elle a considéré, là encore de manière remarquable, qu'elle ne pouvait pas respecter les exigences posées par les juges de Luxembourg, faute de disposer d'une compétence lui permettant d'adopter des mesures provisoires pour garantir le respect des droits que les citoyens tirent du droit de l'Union (6). Face à cette impossibilité, et alors qu'elle aurait pu trouver directement dans le droit de l'Union de telles compétences (7), elle a décidé de ne pas transmettre la QPC. Ainsi, lorsque les moyens tirés de la violation de la Constitution et de la violation du droit de l'Union européenne sont invoqués de manière simultanée devant la Cour de cassation, cette dernière refuse de transmettre la QPC faute de disposer du pouvoir d'adopter des mesures provisoires. Cette jurisprudence, qui n'a pas été confirmée depuis, impose au juge du fond devant lequel les deux moyens sont soulevés de prendre éventuellement des mesures provisoires avant de transmettre la QPC à la Cour de cassation pour éviter un blocage. Si les deux questions sont soulevées pour la première fois devant la Cour de cassation, le blocage est patent.

(4) C.E., 8 octobre 2010, n° 338505.

(5) C.E., 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

(6) Cass., 29 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (deux arrêts), n°s 10-40001 et 10-40002.

(7) C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, § 21 et s.

La *priorité d'examen* doit être encore éclairée par l'existence d'une *priorité des effets de la QPC sur les effets de l'inconventionnalité*, reconnue de manière particulièrement favorable par la Cour de cassation, sans que cela ne soit pour autant remarqué. Dans la décision du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* (garde à vue), le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions du Code pénal fixant le régime de la garde à vue. Il a décidé que cette censure conduirait à une abrogation différée de ces dispositions, celle-ci devant intervenir le 1^{er} juillet 2011 « afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité » ; les instances en cours et les instances à venir s'appuyant sur l'irrégularité de ces dispositions législatives étant gelées jusqu'à cette date (8). À la suite de cette décision, la Cour de cassation a été saisie de plusieurs contentieux relatifs à des gardes à vue dans lesquels était invoquée, contre les dispositions du Code pénal sur la garde à vue, la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La contrariété du droit français de la garde à vue avec la Convention européenne ne faisait aucun doute, notamment au regard des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme rendus sur la question, même si la France n'avait pas encore été spécialement condamnée sur ce point (9). La reconnaissance de l'inconventionnalité par la Cour de cassation se heurtait toutefois à la décision du Conseil constitutionnel. Alors que le grief tiré de l'inconstitutionnalité de la loi était gelé pour les contentieux en cours et à venir, le grief tiré de l'inconventionnalité pouvait permettre de parvenir au même résultat de manière immédiate. La Cour de cassation a étendu le gel des contentieux aux griefs d'inconventionnalité, l'inconstitutionnalité différée s'étendant aux griefs d'inconventionnalité (10). Au nom de la « sécurité juridique et de la bonne administration de la justice », la Cour de cassation accepte d'aligner les effets de l'inconventionnalité sur ceux de l'inconstitutionnalité selon les modalités prescrites par le Conseil constitutionnel dans la décision du 30 juillet 2010 (11).

La priorité ainsi explicitée, combinée à l'examen sans délai de la question de constitutionnalité, a constitué un *gage technique* de l'efficacité de la QPC face au contrôle de conventionnalité auquel il faut ajouter un *ascendant psychologique*. Cette efficacité a en effet été renforcée, de manière décisive sans

(8) Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* (garde à vue), J.O.R.F., 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 30.

(9) Voir *infra*.

(10) Cass., ch. crim., 19 octobre 2010, trois arrêts, nos 10-82306, 10-85051 et 10-82902 ; 17 novembre 2010, n° 10-83274 ; 27 octobre 2010, n° 10-83848 ; 16 février 2011, n° 10-82865.

(11) Sans discuter des raisons qui ont pu conduire à ce changement de position, on peut s'interroger sur l'éventuel abandon par la Cour de cassation de cette priorité des effets de la QPC au regard d'une série d'arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 15 avril 2011 (quatre arrêts nos 10-17049, 10-30242, 10-30313 et 10-30316).

doute, même s'il est difficile de le mesurer avec précision, par la formidable campagne de communication développée par le Conseil constitutionnel en vue de diffuser le plus largement possible auprès des praticiens du droit, des avocats en particulier, une information autour de la QPC en particulier et du Conseil constitutionnel et de la jurisprudence qu'il a rendue en général (12). Le succès d'une telle démarche est tel que la QPC est devenue un sujet de société, saisi aussi bien par la presse généraliste nationale que par la presse locale. Le réflexe constitutionnel des avocats n'en a été que plus sollicité et favorisé par la diffusion de la QPC auprès de l'opinion publique.

La question que l'on peut se poser, par l'effet d'un retour de balancier, consiste à savoir si cet engouement pour le moyen d'inconstitutionnalité ne produira pas, à terme, un engouement pour le moyen tiré de l'inconventionnalité. Le moyen d'inconventionnalité demeure en effet, aujourd'hui encore, mal maîtrisé par les avocats. Il est certes plus ancien, mais il n'a jamais bénéficié de la même communication que celle dont a bénéficié le moyen d'inconstitutionnalité, quelles que soient les traces qu'ont pu laisser chez les étudiants les noms de *Nicolo* et de *Société des cafés Jacques Vabres*. Une familiarité au moyen tiré de l'irrégularité de la loi, et donc le développement d'un réflexe consistant à envisager l'éventuelle irrégularité de la loi, jouent en faveur de n'importe quel moyen susceptible d'être utilisé à cette fin, qu'il soit constitutionnel ou conventionnel.

Cette lecture peut s'appuyer en l'occurrence sur l'articulation existante entre les deux contrôles. Cette articulation, telle qu'elle a été organisée par le législateur organique lorsque les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité sont simultanément invoqués devant le juge de droit commun, tend à faire du moyen du second un moyen *subsidaire* par rapport au premier. Il ne vise qu'à donner une seconde chance au plaideur qui n'aurait pas pu bénéficier de la QPC soit parce que le juge de droit commun, juge du fond ou juge de cassation, n'aurait pas transmis la question, soit parce que le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, n'aurait pas censuré la disposition législative contestée. De plus, le Conseil d'État a identifié une troisième situation dans laquelle le moyen d'inconventionnalité pourrait être utile au plaideur (13). Dans un arrêt du 13 mai 2011, *M'Rida*, il a jugé « qu'il appartient (...) au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions

(12) Le Conseil constitutionnel a notamment remis à jour les tables de la jurisprudence rendue et a envoyé sous forme de cédérom ces tables à tous les avocats de France.

(13) La situation contentieuse est cependant spécifique. Dans le litige, les requérants invoquent seulement l'inconventionnalité de la loi. Le juge administratif soulève cependant d'office l'inconstitutionnalité des dispositions en cause à la suite d'une décision de censure du Conseil constitutionnel. L'inconstitutionnalité apparaît ainsi de manière accidentelle dans un litige portant, à l'origine, seulement sur la conventionnalité.

du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée » (14). Le moyen d'inconventionnalité est ainsi *complémentaire* de l'inconstitutionnalité dans la mesure où cette dernière ne permet pas de faire droit à l'ensemble des prétentions du requérant. Cette lecture inscrit la réflexion dans la complémentarité entre les deux contrôles, chacun d'entre eux pouvant suppléer aux carences de l'autre, l'épisode de la garde à vue et des interventions successives du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation en étant, dans une certaine mesure, une illustration. Après une naissance conflictuelle, les premiers mois de vie commune laisseraient ainsi entrevoir une complémentarité apaisée.

Après une première année de mise en œuvre de la QPC, les rapports existants aujourd'hui entre ces deux contrôles témoignent d'une plus grande complexité. Les interactions entre les différentes procédures de protection des droits fondamentaux (15), au niveau national et européen, ne sauraient se limiter en pratique à une hiérarchisation ou à une complémentarité des moyens contentieux et révèlent plutôt une interpénétration de ceux-ci. Deux éléments semblent décisifs dans ces interactions : la proximité matérielle entre les deux sources de reconnaissance des droits fondamentaux et l'intervention potentielle, successive et parfois hiérarchisée entre différents juges (de droit commun, constitutionnel et européens).

Dans ce contexte, un principe semble devoir s'imposer et une tendance se dégager. Que le contrôle de conventionnalité soit subsidiaire ou complémentaire par rapport au contrôle de constitutionnalité, un principe s'impose : le premier doit être autonome vis-à-vis du second. L'appréciation de la constitutionnalité ne doit pas préjuger de l'appréciation de la conventionnalité, *la conventionnalité doit être indépendante de la constitutionnalité* (§ II). En raison de l'interpénétration des sources et des contrôles, une tendance lourde se dégage. L'appréciation de la conventionnalité est intégrée, selon des modalités et une ampleur qu'il nous appartient de préciser, à l'appréciation de la constitutionnalité, au point que *la constitutionnalité est conditionnée par la conventionnalité* (I).

(14) C.E., ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734.

(15) En tant que droits et libertés justiciables reconnus par des normes supralégislatives.

I. – LA CONSTITUTIONNALITÉ CONDITIONNÉE PAR LA CONVENTIONNALITÉ

L'appréciation de la conformité à la Constitution d'une disposition législative peut être conditionnée par l'appréciation de sa conformité à une convention internationale. Ainsi, devant les juges suprêmes, qui seront les seuls juges de droit commun envisagés dans cette étude, un certain nombre d'arrêts témoignent de leur volonté de ne pas transmettre une QPC au Conseil constitutionnel lorsque la disposition contestée est conforme aux conventions internationales de la France et, le plus souvent en pratique, à la Convention européenne des droits de l'homme (16). La conventionnalité devient ainsi un obstacle à la transmission d'une QPC (A). Devant le Conseil constitutionnel, et si l'on s'en tient à l'éclairage des commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, l'appréciation de la conventionnalité est intégrée dans l'examen de la constitutionnalité d'une disposition législative (B).

A. *La conventionnalité obstacle à la transmission d'une QPC devant les juridictions suprêmes*

Sans que cela ne soit systématique ou que cela réponde à une exigence juridique, les juridictions suprêmes intègrent l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition législative au moment d'apprécier le caractère sérieux de la QPC (17).

L'exemple le plus significatif de cette situation est sans conteste l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2010, dans lequel celle-ci a refusé de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel portant sur une disposition de la loi Gayssot, instaurant le délit de contestation de crimes contre l'humanité (18). Pour rejeter le caractère sérieux de la demande, elle a ainsi jugé que « l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis

(16) En matière de respect des droits fondamentaux, la question des rapports entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité se pose le plus souvent en effet par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme. En témoigne en particulier, tout en illustrant par ailleurs l'actualité de la question, le dernier numéro des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* (juillet 2011, n° 32) qui contient un dossier intitulé « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme ».

(17) Devant les juridictions de droit commun, la condition est moins sévère, la question ne devant pas être dépourvue de caractère sérieux.

(18) Cass., ch. crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Elle en déduit que cette incrimination « ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion », en conférant de cette manière un brevet de conformité à la Constitution à la loi Gayssot. La référence par la disposition législative contestée à des engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne tend à en faire une conséquence nécessaire de ceux-ci. Dans cette optique, il y aurait pu avoir un obstacle au renvoi de la QPC dans la mesure où la mise en cause de la loi revient à remettre en cause des engagements internationaux qui bénéficient, en vertu de l'article 55 de la Constitution, de la primauté sur les lois. Ce n'est pas cette lecture qui est proposée par la Cour de cassation. Celle-ci considère que la loi, parce qu'elle est nécessaire à l'application d'un engagement international, est conforme à des principes constitutionnels. La mise en œuvre d'un engagement international préserve de l'inconstitutionnalité. Une telle analyse suppose que la loi nécessaire à l'engagement international ait correctement satisfait aux obligations que ce dernier impose et qu'elle y soit conforme. Si la loi s'éloigne des prescriptions contenues dans un engagement international, elle n'est plus nécessaire à l'application de celui-ci. Pour la Cour de cassation, la conformité d'une loi à un traité international et la nécessité de la première pour mettre en œuvre la seconde garantissent ainsi la constitutionnalité de la loi.

Devant le Conseil d'État, Agnès Roblot-Troizier et Thierry Rambaud ont mis en lumière une tendance plus claire encore selon laquelle : « le Conseil d'État écarte (...) la question de constitutionnalité comme dépourvue de caractère sérieux au motif, inavoué, que la disposition législative est certainement conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution dès lors qu'elle est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la conventionnalité de la disposition législative sert sa constitutionnalité certaine » (19). Trois arrêts, sur lesquels nous ne reviendrons pas en détail, sont invoqués à l'appui d'une telle argumentation : les arrêts du 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres* (20), du 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie* (21) et du 8 octobre 2010, *Groupement de fait Brigade Sud de Nice et M. Zamalo* (22). Dans le premier, le Conseil d'État avait déjà prononcé la conventionnalité

(19) A. ROBLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2010, p. 1257.

(20) C.E., 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, n° 320667.

(21) C.E., 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n° 334665.

(22) C.E., 8 octobre 2010, *Groupement de fait Brigade Sud de Nice et M. Zamalo*, n° 340849.

de la disposition législative contestée au prix d'une interprétation constructive (23) et a repris cette interprétation pour refuser de reconnaître un doute sérieux de constitutionnalité. Dans le deuxième, il procède à une interprétation de la disposition contestée conforme à la Convention européenne des droits de l'homme (24) pour écarter le doute sérieux. Dans le dernier, il reprend sous l'angle de la constitutionnalité ce qu'il avait jugé sous l'angle de la conventionnalité (25). Dans chacune de ces espèces, le schéma décrit n'apparaît pas dans le raisonnement du juge. Seules l'analyse et la connaissance approfondies de l'affaire permettent de le reconstruire. C'est pourquoi il est difficile, à moins de reprendre chacun des arrêts du Conseil d'État refusant de renvoyer une QPC en l'absence de caractère sérieux et de procéder à une analyse approfondie des données de l'affaire, d'identifier des arrêts dans lesquels il refuse de transmettre une QPC en raison de la conventionnalité de la disposition législative contestée. Tout au plus peut-on relever, en dehors des exemples cités, de manière relativement visible, un arrêt du Conseil d'État, du 4 avril 2011, dans lequel la Convention européenne des droits de l'homme apparaît dans les visas alors que la QPC n'est pas transmise au regard des griefs invoqués à l'encontre de la loi (26).

Face à cette interprétation, en partie audacieuse, du moins du côté du Palais-Royal, le Conseil d'État a apporté une lecture plus souple, du moins plus ouverte, sous la plume de Sophie-Justine Liéber et Damien Botteghi. Ces derniers affirment tout d'abord que, lorsque le juge administratif est saisi d'une QPC portant sur une disposition législative ayant déjà fait l'objet d'un contrôle de conventionnalité, « un contrôle préalable de conventionnalité ne peut conduire au rejet de la question prioritaire de constitutionnalité pour ce motif » et de citer à l'appui les QPC transmises sur la loi anti-*Perruche* et la cristallisation des pensions. Cette position est cependant nuancée, non « en droit », mais au nom d'un insaisissable, mais pourtant usité, « devoir minimal de cohérence », dans la mesure où « les motifs de rejet d'un moyen d'inconventionnalité gagneraient à être mobilisés pour fonder la décision à prendre sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, si les protections sont équivalentes entre les deux ordres » (27). La tendance du Conseil d'État à « mobiliser » la conventionnalité à l'appui de l'appréciation

(23) C.E., sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *Rec.*, p. 288 Voir en ce sens D. DE BÉCHILLON, « Le Conseil d'État, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme – À propos de l'arrêt *Bitouzet* », *R.F.D.A.*, 1999, p. 841.

(24) C.E.D.H., 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01.

(25) C.E., 13 juillet 2010, n° 339293, inédit.

(26) C.E., 4 avril 2011, n° 345661.

(27) S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1355.

du caractère sérieux d'une QPC est ainsi reconnue. Elle peut également s'appuyer, en opportunité, sur une logique d'économie procédurale propre au rôle de filtre confié aux juridictions suprêmes. La conformité aux conventions internationales laisse présumer une conformité à la Constitution et justifie que l'on ne saisisse pas le Conseil constitutionnel. Il doit exister un degré suffisant de doute sur l'inconstitutionnalité, ce qu'implique le caractère sérieux de la question, qui seul autorise que l'on saisisse le Conseil constitutionnel. Ce degré est insuffisant si la loi est conventionnelle. En revanche, il est suffisant s'il existe un doute sur la conventionnalité. Si la conventionnalité exclut la transmission de la QPC, il est bien nécessaire qu'il y ait un doute sur la conventionnalité, quelle que soit l'étendue de ce doute, pour que la QPC soit transmise.

*B. L'intégration de la conventionnalité dans l'examen
de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel*

Dans le cadre de la QPC, le juge constitutionnel situe toujours sa solution par rapport aux engagements internationaux liant la France. Cette situation n'est certes pas totalement originale dans le contrôle de constitutionnalité des lois (28), mais elle demeure inédite dans son ampleur avec la QPC. Quelques chiffres méritent d'être avancés pour étayer cette affirmation. Si l'on s'appuie sur les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, en considérant qu'il révèlent, dans une certaine mesure, les éléments qui ont été pris en compte par le Conseil constitutionnel dans la décision qu'il rend, on constate que le réflexe conventionnel est significatif. Sur les 111 décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel au 30 mai 2011, 40,5 % d'entre elles ont intégré dans la réflexion des éléments tirés de conventions internationales, essentiellement du droit européen dans un sens large, et 28,8 % des références à la seule Convention européenne des droits de l'homme. Ces chiffres bruts doivent être lus alors que la question de la conformité à une convention internationale n'est pas forcément en mesure de se poser dans toutes les décisions. Il est des questions soumises

(28) L'influence implicite de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été reconnue aussi bien par le secrétaire général que par les membres de la haute juridiction. Voir R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Rapport français à la neuvième conférence des cours constitutionnelles européennes », *R.F.D.A.*, 1993, p. 863 ; J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 165 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et C.E.D.H. : un dialogue sans parole », in *Mélanges Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403.

Voir de manière plus générale sur la question : D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2006, 849 p. À propos du Conseil constitutionnel, D. Szymczak évoque l'« utilisation implicite » de la Convention par le Conseil constitutionnel (p. 185).

aux Conseil constitutionnel qui ne sont susceptibles, *a priori*, de ne soulever aucune question de conventionnalité ; tel est le cas, par exemple, de l'incompétence négative en matière fiscale (29), de l'attribution de la carte du combattant (30) ou encore de la loi sur l'université (31).

On sait que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité des lois, aussi bien sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, que sur celui de l'article 61-1 de la Constitution, il l'a rappelé avec force (32), malgré ce qu'avait pu laisser entendre son président devant le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République (33). Il n'en reste pas moins, comme le soulignent les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « que le Conseil constitutionnel veille à la cohérence de sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne de droits de l'homme » (34).

Ce souci de cohérence est manifeste à la lecture des commentaires aux *Cahiers*, aussi bien lorsque le Conseil constitutionnel censure une disposition législative que lorsqu'il en reconnaît la conformité à la Constitution. Dans chacune de ces deux situations, trois figures sont possibles, et qui sont parfois susceptibles de se combiner : soit il existe un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la France, soit il existe un arrêt de la Cour qui ne concerne pas directement la France mais qui porte sur la question dont est saisi le Conseil constitutionnel, soit les juridictions de droit commun ont déjà été saisies de la conformité de la disposition législative contestée à la Convention européenne des droits de l'homme.

Les commentaires aux *Cahiers* se réfèrent à un arrêt condamnant la France pour des dispositions législatives qui ont été déférées au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC. À propos de la décision du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre* (exception de vérité des faits diffamatoires de plus

(29) Cons. const., n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark* (incompétence négative en matière fiscale), *J.O.R.F.*, 19 juin 2010, p. 11149.

(30) Cons. const., n° 2010-18 QPC, 23 juillet 2010, *M. Lahcène A.* (carte du combattant), *J.O.R.F.*, 24 juillet 2010, p. 13729.

(31) Cons. const., n° 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, *M. Jean C. et autres* (loi Université), *J.O.R.F.*, 7 août 2010, p. 14615.

(32) Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *J.O.R.F.*, 13 mai 2010, p. 8897, cons. 10 et 11 ; n° 2010-612 DC, 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, *J.O.R.F.*, 10 août 2010, p. 14682, cons. 4 et 5 ; n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre* (indemnité temporaire de retraite outre-mer), *J.O.R.F.*, 23 juillet 2010, p. 13615, cons. 11.

(33) Voir www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf, pp. 10-11 et p. 15 du texte.

(34) Sous n° 2010-87 QPC, p. 6.

de dix ans) (35), ils rappellent qu'« à la suite d'une jurisprudence abondante et rigoureuse en matière de la liberté de la presse, l'arrêt *Mamère c. France* du 17 février 2007 condamne sans ambiguïté le système français » (36), tout en consacrant de larges développements à cette jurisprudence. À moins de s'opposer frontalement à la Cour, le Conseil constitutionnel n'avait d'autre choix que de censurer, tout en prenant soin de s'appuyer sur une argumentation adaptée aux normes constitutionnelles de référence. Le Conseil constitutionnel est dans ce cas dans une situation de compétence liée, du moins s'il souhaite respecter les exigences tirées de la Convention européenne des droits de l'homme et qui s'imposent juridiquement à la France (37).

Plusieurs décisions illustrent les cas de référence à la Convention en cas de censure de dispositions législatives. De manière significative, la censure de la garde à vue par le Conseil constitutionnel dans la décision du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, ne pouvait être envisagée indépendamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les commentaires demeurent cependant relativement neutres. La jurisprudence de la Cour européenne est certes mentionnée, notamment à propos de l'assistance de la personne gardée à vue par un avocat (38), mais pour conclure que « la question de l'applicabilité de cette jurisprudence à la France fait l'objet d'intenses débats » (39). En revanche, les commentaires constatent l'existence de décisions de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel « qui conduisent à des exigences qui, en pratique, sont analogues, bien que les normes de référence soient différentes » sur la question du contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle (40). La relative neutralité avec laquelle est invoquée la jurisprudence européenne semble devoir s'expliquer par le fait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est moins exigeante que celle de la Cour européenne des droits de l'homme (41). Elle correspond également à une volonté d'affirmer son autonomie et son indépendance vis-à-vis de celle-ci, précisément dans une situation dans laquelle la non-conformité du droit français ne faisait que peu de doutes, même si, au moment où le juge constitutionnel statue, la France

(35) Cons. const., n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre* (exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans), *J.O.R.F.*, 20 mai 2011, p. 8890.

(36) Sous 131 QPC, p. 4.

(37) Le Conseil constitutionnel peut toujours, de fait, ne pas les respecter et s'inscrire dans une situation d'irrégularité

(38) CEDH, gr. ch., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02.

(39) Sous 14/22 QPC, p. 8.

(40) *Loc. cit.*, p. 17.

(41) Voir en ce sens, notamment : S. DE LA ROSA, « Le dialogue entre Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme ou l'influence discrète du droit européen sur l'inconstitutionnalité de la garde à vue de droit commun », *Constitutions*, 2011, p. 58.

n'avait pas été directement condamnée par la Cour européenne en raison des dispositions contestées (42).

De manière plus originale, la Convention européenne des droits de l'homme, peut encore avoir une incidence sur le contrôle de constitutionnalité exercé par la voie de la QPC à travers la jurisprudence des juridictions de droit commun. Dans sa réflexion, le Conseil constitutionnel intègre la jurisprudence ordinaire sur la conventionnalité de dispositions législatives dont il a à connaître dans le cadre d'une QPC. À propos de la composition de la commission départementale d'aide sociale (43), les commentaires aux *Cahiers* synthétisent la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État sur la composition des juridictions sociales au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils relèvent même un arrêt au regard duquel « il apparaît bien que la question de l'impartialité de la commission départementale d'aide sociale a déjà été tranchée, au regard de la conventionnalité, par le Conseil d'État », et ce, en faveur de l'incompatibilité (44). Dans un tel contexte, la marge de manœuvre du Conseil constitutionnel est plus large que lorsqu'il y a une inconventionnalité constatée par la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge constitutionnel peut très bien, juridiquement, ne pas suivre l'inconventionnalité prononcée par le juge de droit commun. S'il suit le juge de droit commun, comme en l'espèce, il renforce la sécurité juridique en faisant bénéficier l'inconventionnalité des effets absolus de l'inconstitutionnalité. Celle-ci devient complémentaire à celle-là et lui permet de produire des effets absolus. Il est également possible, que face à une déclaration de conformité à des conventions internationales prononcée par le juge de droit commun, le Conseil constitutionnel censure toutefois la disposition législative en question. Dans la décision du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres* (publication et affichage du jugement de condamnation), le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le quatrième alinéa de l'article 1741 du Code général des impôts alors pourtant que la Cour de cassation avait reconnu la compatibilité de cette disposition avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (45).

Enfin, le Conseil constitutionnel peut être saisi de la conformité à la Constitution de dispositions qui ont donné lieu, plus ou moins directement, à des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, de la

(42) Inconventionnalité reconnue de manière explicite après la décision du Conseil constitutionnel : C.E.D.H., 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07.

(43) Cons. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B.* (composition de la commission départementale d'aide sociale), *J.O.R.F.*, 26 mars 2011, p. 5406.

(44) Sous 2010-110 QPC, p. 5.

(45) Cass., ch. crim., 7 mars 2001, n° 00-82538, *Bull. crim.* 2001, n° 60, p. 202.

Cour de cassation et du Conseil d'État en application de la Convention européenne des droits de l'homme. Telle est le cas de la décision du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres* (tribunaux maritimes commerciaux). Les différentes jurisprudences évoquées ont constitué un faisceau d'indices incitant le Conseil constitutionnel à censurer la disposition législative contestée.

La seconde situation, lorsque l'affirmation de la conformité à la Constitution s'appuie sur la conventionnalité de la disposition contestée, rencontre également des prolongements jurisprudentiels. Dans une série de décisions relatives à différentes majorations fiscales, rendues le 17 mars 2011 (46), le Conseil constitutionnel les a toutes reconnues conformes à la Constitution. Le commentaire groupé de ces décisions aux *Cahiers* précise que « toutes ont également été reconnues comme compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (47). La conformité à la Convention apparaît comme justifiant la solution au fond du Conseil constitutionnel et préjuge par ailleurs du traitement de l'éventuel argument tiré de l'inconventionnalité devant le juge de droit commun. L'argument a ainsi un double intérêt. Il renforce la pertinence de la solution du Conseil constitutionnel et en accroît la légitimité. Il gèle dans une certaine mesure le contentieux potentiel ultérieur relatif à l'inconventionnalité devant le juge de droit commun.

Dans la décision du 21 janvier 2011, *M. Jacques S.* (réparation du préjudice résultant de l'expropriation), le Conseil constitutionnel était saisi de la conformité à la Constitution de l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui exclut la réparation du préjudice moral en cas d'expropriation. Il en reconnaît la conformité à la Constitution. Les commentaires s'appuient sur une interprétation particulière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans masquer cependant les divergences d'interprétation doctrinales sur cette question (48). Ils entendent montrer que la solution retenue par le Conseil constitutionnel est compatible avec la jurisprudence de la Cour en considérant que celle-ci « n'exige pas que les États parties à la Convention prévoient un système d'indemnisation

(46) Cons. const., n° 2010-103 QPC, 17 mars 2011, *Société SERAS II* (majoration fiscale de 40 % pour mauvaise foi), *J.O.R.F.*, 18 mars 2011, p. 4934 ; n° 2010-104 QPC, 17 mars 2011, *Époux B.* (majoration fiscale de 80 % pour activité occulte), *J.O.R.F.*, 18 mars 2011, p. 4935 ; n° 2010-105/106 QPC, 17 mars 2011, *M. César S. et autre* (majoration fiscale de 40 % après mise en demeure), *J.O.R.F.*, 18 mars 2011, p. 4935.

(47) Sous 103, 104 et 105/106 QPC, pp. 4 et s.

(48) Les commentaires aux *Cahiers* renvoient en effet une analyse différente. Voir P. BON, « Réforme de la procédure judiciaire d'expropriation – À propos du décret du 13 mai 2005 – Les questions posées par la Cour européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2005, pp. 537 et s.

Voir également sous la décision du Conseil constitutionnel en question : S. FIAT, « La douleur morale de l'exproprié ne s'indemnise pas », *Gaz. pal.*, 23 février 2011, n° 54-55, pp. 9-11.

du préjudice moral » (49). Le Conseil constitutionnel justifie au regard de la Convention la solution qu'il retient et désamorce le conflit éventuel qui aurait pu se poser au regard de celle-ci après l'exercice de son contrôle de constitutionnalité devant les juridictions de droit commun.

Avec moins de force sans doute, les commentaires aux *Cahiers* peuvent renvoyer à un arrêt d'une juridiction suprême constatant la compatibilité d'une disposition législative avec la Convention européenne des droits de l'homme sous une décision du Conseil constitutionnel qui a, par ailleurs, reconnu sa conformité à la Constitution (50).

II. – LA CONVENTIONNALITÉ INDÉPENDANTE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ

L'indépendance et la différence formelle existant entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité supposent qu'une éventuelle déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel ne préjuge en rien d'une éventuelle inconstitutionnalité prononcée par le juge de droit commun (51). À l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs jugé en ce sens en considérant que la priorité d'examen du moyen d'inconstitutionnalité « ne restreint pas la compétence de [la juridiction saisie au fond], après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne » (52). Cette seconde chance offerte au plaideur qui invoque à la fois le moyen d'inconstitutionnalité et le moyen d'inconstitutionnalité mérite d'être appréciée d'abord *in concreto* devant le juge de droit commun. Il est en effet possible que celui-ci prononce l'inconstitutionnalité d'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution (A), même si, en pratique, des doutes peuvent être émis quant à sa survenance effective. En revanche, il est certain que la seconde chance offerte au justiciable est en mesure de se concrétiser devant le juge européen, avec une remise en cause de la chose jugée par le Conseil constitutionnel (B).

(49) Sous 87 QPC, p. 7.

(50) Voir Cons. const., n° 2011-129 QPC, 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* (actes internes des Assemblées parlementaires), *J.O.R.F.*, 14 mai 2011, p. 8401.

(51) L'inconstitutionnalité rend en principe inutile l'examen de la conventionnalité, à moins, comme l'a souligné le Conseil d'État, que l'inconstitutionnalité n'ait pas permis aux requérants d'obtenir la satisfaction de l'ensemble de ses prétentions (C.E., ass., 13 mai 2011, *MRida*, précité).

(52) Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *Rec.*, p. 206, cons. 14.

*A. La censure de l'inconventionnalité de la loi
par le juge de droit commun après le contrôle
de constitutionnalité du Conseil constitutionnel*

La combinaison du contrôle de constitutionnalité et de celui de conventionnalité offre au justiciable un contrôle à double détente pour la protection des droits et libertés qui lui sont reconnus. L'efficacité de la « seconde lame » du contrôle n'est cependant pas certaine. Le prononcé de l'inconventionnalité d'une disposition législative par le juge de droit commun pourrait apparaître comme un désaveu vis-à-vis de la décision du Conseil constitutionnel ayant reconnu sa conformité à la Constitution. Ce désaveu est d'autant plus perceptible que le Conseil constitutionnel intègre dans sa réflexion l'inconventionnalité éventuelle de la disposition contrôlée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Nous avons vu que rares étaient les décisions dans lesquelles le juge constitutionnel s'éloignait des engagements internationaux et, en pratique, européens de la France. Pour le juge de droit commun, prononcer l'inconventionnalité d'une disposition législative jugée conforme à la Constitution, le conduirait à remettre en cause une analyse de la conventionnalité de cette disposition soutenue par le Conseil constitutionnel et visible dans les commentaires aux *Cahiers* ou prendre le parti d'un engagement international ou européen ou de son interprétation par le juge européen contre la solution du Conseil constitutionnel dans le cas où ce dernier se serait éloigné des obligations que ses stipulations imposent. La marge est donc pour le moins étroite pour le juge de droit commun.

Si l'on observe la jurisprudence rendue, deux situations méritent d'être dissociées. Les juridictions suprêmes peuvent être amenées à se prononcer sur l'inconventionnalité d'une disposition législative soit après avoir lui-même refusé de transmettre une QPC, soit après l'examen d'une QPC par le Conseil constitutionnel.

Dans le premier cas, le juge de droit commun, et plus précisément les juridictions suprêmes pour ce qui nous intéresse, est, à deux reprises, juge de la régularité de la disposition législative contestée. Ces juridictions ont, dans un premier temps, refusé de reconnaître le caractère sérieux de la QPC dirigée contre une disposition législative, s'il s'agit d'une juridiction suprême (53), et elles doivent, dans un second temps, apprécier la conventionnalité de cette même disposition. Alors que nous avons constaté que le juge de droit commun refusait de transmettre, faute de caractère sérieux, une QPC lorsque la disposition contestée était conforme à des conventions internationales, on voit mal

(53) Nous n'envisageons ici que la jurisprudence des cours suprêmes et pas celle des autres juridictions.

comment, dans cette situation, le juge pourrait prononcer l'inconventionnalité. L'articulation opérée par les juridictions suprêmes entre les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité au moment d'apprécier le caractère sérieux de la QPC, annihile en pratique toute effectivité au contrôle de conventionnalité *subsidaire*. Il n'existe d'ailleurs que des exemples jurisprudentiels dans lesquels le juge de droit commun écarte le grief d'inconventionnalité après avoir rejeté la demande de transmission de la QPC et aucun, sous réserve bien sûr d'un oubli dans nos recherches, dans lequel il aurait prononcé l'inconventionnalité après avoir rejeté la transmission d'une QPC.

Il reste que les situations contentieuses dans lesquelles la question se pose en pratique devant les juridictions suprêmes sont rares. D'abord, et c'est une explication logique, parce que l'invocation cumulée du moyen d'inconstitutionnalité et du moyen d'inconventionnalité, tous deux dirigés contre la loi demeure rare. Ensuite parce devant la Cour de cassation, le plus souvent après un refus de transmission d'une QPC, le moyen d'inconventionnalité est dirigé non pas contre la loi mais contre l'arrêt de la cour d'appel dont la régularité est appréciée par le juge judiciaire suprême (54). La même situation se rencontre devant le Conseil d'État lorsqu'il est juge de cassation (55). De plus, devant le juge administratif, il est possible que les moyens d'inconventionnalité soient dirigés non pas contre la loi, mais contre des dispositions de nature réglementaire (56).

Lorsque le Conseil d'État statue en cassation, il existe plusieurs arrêts dans lesquels il statue à la fois sur la QPC et sur la procédure préalable d'admission du pourvoi en cassation, refuse la transmission de la QPC et rejette les moyens d'inconventionnalité (57). En dehors de cette situation, nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt du Conseil d'État dans lesquels le défaut de renvoi d'une QPC en l'absence de caractère sérieux a donné lieu, au fond, à une déclaration de conventionnalité de la disposition en question (58). En d'autres

(54) Voir par exemple : Cass., ch. comm., 27 avril 2011, n° 10-15014 ; comm., 1^{er} mars 2011, *Total Fina Elf, Air Total International, Shell, Exxon Mobil aviation international et Texaco Limited*, n°s 09-72655, 09-72657, 09-72705, 09-72830 et 09-72894.

(55) Voir par exemple : C.E., 23 décembre 2010, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Alsace-Vosges*, n° 315106.

(56) Voir : C.E., 27 avril 2011, *Association « je ne parlerai qu'en présence de mon avocat »*, n° 339398 ; 20 avril 2011, *Syndicat des agences de presse télévisée*, n° 334911 ; 28 mars 2011, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil-du-Poitou et de Migne-Auxances*, n° 330256 ; 23 décembre 2010, *Association Arab Women's solidarity association France*, n° 337899 ; 15 décembre 2010, *Collectif pour la défense de l'université*, n° 329056.

(57) C.E., 23 juillet 2010, *Société Atac*, n° 337538, rejet QPC et rejet inconventionnalité ; 2 décembre 2010, n° 340555 (cass.) et série d'arrêts du 7 février 2011 concernant les Caisses régionale de Crédit agricole mutuel, dont notamment, *Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Centre-Ouest*, n° 321081.

(58) Voir : C.E., 19 mai 2010 (sur la QPC) et 1^{er} décembre 2010 (au fond), n° 331025.

termes, l'absence de caractère sérieux du grief d'inconstitutionnalité au moment du choix de la transmission de la QPC, préservant la disposition législative contestée d'un contrôle de constitutionnalité, suppose la conformité aux engagements internationaux au moment du jugement au fond. En définitive, la seule chance de succès du grief d'inconventionnalité concerne tous les cas de refus de transmettre la QPC pour des motifs autres que l'absence de caractère sérieux.

Dans le second cas, le contrôle de conventionnalité du juge de droit commun est exercé sur une disposition qui a fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel (contrôle *subsidiare*) ou, situation envisagée par le Conseil d'État, après une décision du juge constitutionnel prononçant l'inconstitutionnalité de la disposition législative, mais qui ne permet pas au requérant d'obtenir satisfaction sur l'ensemble de ses conclusions (contrôle *complémentaire*). La situation la plus difficile pour le juge de droit commun se matérialise lorsque le contrôle de conventionnalité est exercé après une déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Aucun arrêt du Conseil d'État ne concrétise une telle situation, deux s'en approchent.

Dans un arrêt du 26 novembre 2010, *Section française de l'Observatoire français des prisons* (59), le Conseil d'État apprécie la conventionnalité, après la décision du Conseil constitutionnel du 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* (article 706-53-21 du Code de procédure pénale), d'autres dispositions du Code de procédure pénale que celle contrôlée par le juge constitutionnel, introduites par la même loi, au regard des articles 3, 5, 7 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en rejetant au fond ces griefs. L'inconventionnalité n'est pas dirigée contre la disposition dont la constitutionnalité est dénoncée. On peut y voir une tendance des requérants à cloisonner les moyens, plutôt qu'à les cumuler.

De manière plus originale, dans un arrêt du 2 mars 2011, *Union des familles en Europe*, le Conseil d'État s'appuie sur les motifs d'une décision du Conseil constitutionnel, du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* (associations familiales), intervenue sur son renvoi dans la même affaire, qui constituent le soutien du dispositif pour écarter l'inconventionnalité de la loi. Il considère en effet qu'« il résulte des motifs qui sont le soutien nécessaire de cette décision [du Conseil constitutionnel], et qui s'imposent à toutes les autorités administratives ou juridictionnelles en vertu de l'article 62

(59) C.E., 8 septembre 2010 (QPC) et 26 novembre 2010 (fond), *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 323694.

de la Constitution, que la loi n'a institué aucun monopole de représentation des familles au profit de l'Union nationale des associations familiales (UNAF) ; que, dès lors, le moyen tiré de ce qu'un tel monopole constituerait une discrimination injustifiée dans la mise en œuvre de la liberté d'association, au regard des stipulations combinées des articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne peut qu'être écarté ». Les motifs de la décision du Conseil constitutionnel lui permettent de neutraliser l'inconventionnalité dénoncée.

Lorsque le contrôle de conventionnalité complète les effets de l'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel, la situation change. Le contrôle de conventionnalité ne se heurte pas à la décision du juge constitutionnel. Il intervient précisément parce que la censure que celui-ci a prononcée ne suffit pas à faire droit à l'ensemble des conclusions du requérant. De plus, il ne s'agit pas d'opposer une inconventionnalité à une constitutionnalité, mais de compléter une inconstitutionnalité par une inconventionnalité. L'irrégularité est prononcée par les deux catégories de juge, seul le fondement de la censure est différent. Dans cette situation, identifiée dans l'arrêt 13 mai 2011, *M'Rida*, le Conseil d'État a pu précisément s'appuyer sur l'inconventionnalité pour compléter la déclaration d'inconstitutionnalité et faire droit aux conclusions du requérant. L'inconventionnalité a cependant été soulevée d'office par le juge, dans une instance en cours au moment de la décision de censure du Conseil constitutionnel, dans un litige où seule l'inconstitutionnalité avait été dénoncée par les requérants.

B. *La remise en cause de la chose jugée*
par le Conseil constitutionnel par les juridictions européennes

L'existence de mécanismes de sanction devant les juges européens susceptibles de sanctionner l'attitude des États, et plus précisément des organes étatiques dont les juges font partie, est au cœur de la dynamique liant le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité. La sanction ne fait certes pas le droit (60) ; elle contribue cependant à en assurer l'efficacité. Si le Conseil constitutionnel et les juges de droit commun intègrent la dimension conventionnelle du respect des droits et libertés dans l'appréciation de la constitutionnalité, c'est précisément parce qu'une attitude différente pourrait leur valoir une condamnation devant le juge européen.

La seconde lame que constitue le contrôle de conventionnalité retrouve toute sa pertinence devant le juge européen alors qu'il n'a qu'une efficacité

(60) Voir : *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, § 117 et s.

relative devant le juge de droit commun. Il y a cependant lieu de distinguer entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Le justiciable ne peut être certain d'un examen européen de la conventionnalité que devant la Cour de Strasbourg, même s'il n'aboutira pas forcément à un arrêt de cette dernière. Concernant le juge de Luxembourg, il peut seulement suggérer au juge du fond le renvoi d'une question préjudicielle, ce dernier en gardant la maîtrise. L'éventuelle sanction d'une position du Conseil constitutionnel contraire au droit européen est plus proche pour la Convention européenne des droits de l'homme que pour le droit de l'Union européenne.

L'éventualité de cette sanction ne relève pas de l'improbable dans la mesure où le Conseil constitutionnel a parfois choisi de retenir une interprétation de la Constitution plus stricte que celle retenue de la Convention par la Cour de Strasbourg, voire une interprétation autre.

À propos de la garde à vue, les droits reconnus à la défense sont plus larges devant la Cour européenne des droits de l'homme que devant le Conseil constitutionnel. Seule la Cour impose la possibilité pour l'avocat d'accéder au dossier et l'information de la personne mise en garde à vue de son droit au silence, ce sur quoi d'ailleurs l'arrêt *Brusco c. France* ne se prononce pas. En outre, le Conseil constitutionnel continue de considérer que le parquet est une autorité judiciaire malgré la jurisprudence différente de la Cour européenne des droits de l'homme. Les commentaires aux *Cahiers* ne manquent pas de relever de telles divergences. À propos du parquet, considéré comme une autorité judiciaire par le Conseil constitutionnel (61) et comme n'étant pas une juridiction pour la Cour européenne des droits de l'homme (62), les commentaires sont nuancés alors que la France a été spécialement condamnée sur cette question. Selon les commentaires aux *Cahiers* en effet, l'argument selon lequel « le contrôle de la garde à vue par le procureur de la République serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et, par extension, à l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle » est « doublement erroné tant au regard de la jurisprudence de la C.E.D.H. que de celle du Conseil constitutionnel ». La divergence est contournée afin de permettre la compatibilité de l'interprétation du Conseil constitutionnel avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette lecture n'est cependant que celle du Conseil constitutionnel. Elle est susceptible d'être discutée et remise en cause devant le juge européen. En outre, sous la décision

(61) Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* (garde à vue), *J.O.R.F.*, 31 juillet 2010, p. 14198, cons. 26.

(62) C.E.D.H., gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres contre France*, n° 3394/03.

du 8 avril 2011, *M. Lucien M.* (biens des sections de commune), les commentaires constatent sans détour l'existence d'une divergence d'interprétation. Ils explicitent la différence d'appréciation du droit de propriété entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme en précisant que « la décision du Conseil fait apparaître la différence de qualification au titre du contrôle de constitutionnalité et au titre du contrôle de conventionnalité fondé sur l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (63).

Dans la synthèse susceptible d'être réalisée à partir de ces différentes orientations, la complexité dans l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité apparaît comme un trait saillant. La conventionnalité est un préalable à la transmission de la QPC devant le juge de droit commun ; elle est intégrée dans la réflexion du Conseil constitutionnel lorsqu'il juge de la constitutionnalité d'une disposition législative dans le cadre d'une QPC ; elle peut être appréciée, après une QPC, par le juge de droit commun et par le juge européen. Une simplification de cette articulation n'est pas forcément facile. Au risque de revenir sur l'un de ces leitmotifs doctrinal récurrent, au point d'en devenir agaçant, le seul point qui semblerait décisif consisterait à abandonner la jurisprudence *IVG*, afin de mettre au grand jour ce qui se passe de manière invisible et clarifier la situation pour le justiciable. Les modalités de cet abandon ne vont pas pour autant de soi. Le Conseil constitutionnel n'est déjà pas maître de cet abandon, alors que l'article 61-1 de la Constitution mentionne les « droits et libertés que la *Constitution* garantit » (64). L'abandon de cette jurisprudence pourrait se faire d'abord dans le cadre du contrôle *a priori*, sans qu'une révision constitutionnelle ne s'impose, ce qui permettrait de réduire, du moins de manière potentielle, le nombre d'inconventionnalités susceptibles d'être soulevées devant le juge de droit commun. Dans le cadre de la QPC, la compétence du Conseil constitutionnel ne s'imposerait pour contrôler la conventionnalité que lorsqu'un moyen d'inconventionnalité serait invoqué simultanément avec un moyen d'inconventionnalité. Dans cette situation, le renvoi du juge de droit commun se ferait toujours sans délai. La conventionnalité ne serait plus intégrée de manière implicite et constituerait l'objet même de la décision de renvoi. Le Conseil constitutionnel résoudrait seul au fond les deux questions, là encore de manière visible, sans que le justiciable n'ait à attendre la solution du juge de droit commun dans le procès au fond pour

(63) Sous 118 PQC, p. 5.

(64) Nous soulignons.

le moyen d'inconventionnalité (65). Le volume de saisine ne serait pas forcément plus important, puisqu'il faudrait que le moyen d'inconstitutionnalité soit soulevé avec le moyen d'inconventionnalité. Une telle solution n'empêchera certes pas une éventuelle condamnation par les juges européens de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, ce qui ne soulève d'ailleurs qu'un problème d'ordre psychologique pour le juge national, mais elle garantira une plus grande lisibilité pour le justiciable au niveau interne des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

Ce qui apparaît également dans l'analyse de cette articulation, c'est la persistance de la conventionnalité malgré la priorité du moyen d'inconstitutionnalité. En définitive, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, censé redonner à la Constitution « sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (66), ne fait en pratique que révéler ce qui *doit être* au regard des exigences du droit international public : le respect du droit international conventionnel et surtout européen. Même les défenseurs de la souveraineté de la France ne sauraient oublier qu'en vertu de l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». *Pacta sunt servanda* !

(65) La difficulté d'une telle solution se pose au regard du droit de l'Union. L'intervention du Conseil constitutionnel fait en effet obstacle à une appréciation par le juge du fond de la conformité au droit de l'Union de la loi. La procédure garantissant le respect du droit de l'Union serait concentrée entre les mains du Conseil constitutionnel et n'appartiendrait plus à l'ensemble des juridictions. Cette analyse peut être contrebalancée par le fait que le contrôle n'est concentré que dans le cas où les deux moyens sont invoqués simultanément devant le juge de droit commun, c'est-à-dire dans un nombre de situations relativement restreintes.

(66) Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, précité, cons. 14.