

La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand

Convenons en, les affaires *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* constituent sans doute l'une des épopées les plus roboratives que le droit constitutionnel français ait connue depuis 1962¹. Tous les éléments d'un scénario historique sont réunis : un contexte signifiant positif, l'avancé de l'Etat de droit consécutif à l'introduction en France d'une question préjudicielle de constitutionnalité ; une distribution exceptionnelle, réunissant toutes les plus hautes juridictions françaises (la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat), la Cour de justice et l'élite de la doctrine spécialisée ; un rythme enlevé ménageant le suspense, grâce à des positions successives, souvent divergentes, parfois surprenantes, des différents protagonistes ; une unité de temps relativement brève et un arrière-plan moral et existentiel sensible, celui des rapports entre la Constitution et le droit de l'Union européenne.

La question préjudicielle soulevée par la Cour de cassation dans deux arrêts « avant dire droit » du 16 avril 2010², portant sur une demande de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui vise à ce que la Cour de justice³ apprécie la compatibilité avec le droit de l'Union du caractère *prioritaire* de la QPC, aura généré une chaîne inédite d'évènements singuliers et significatifs. Le Conseil constitutionnel⁴ et le Conseil d'Etat⁵ s'inviteront dans le débat en opposant une réponse ferme en faveur de la compatibilité de la nouvelle voie de droit constitutionnelle avec le droit de l'Union. La Cour de justice⁶, suivant une procédure accélérée, apportera une solution plus nuancée, en imposant une « exception communautaire » à la priorité de la question de constitutionnalité. Suite à cet arrêt, la Cour de cassation⁷ oppose une fin de non-recevoir à la transmission de la QPC, faute pour elle, du moins est-ce sa motivation, de disposer des instruments lui permettant de répondre aux exigences posées par la Cour de justice. Le

¹ En termes de chaîne d'évènements constitutionnels consécutifs significatifs, certains d'entre eux étant restés parfois depuis lors inédits, l'année 1962 regroupe : l'utilisation irrégulière de l'article 11 de la Constitution pour réviser la Constitution, l'incompétence du Conseil d'Etat pour apprécier la légalité du décret du Chef de l'Etat décidant de mettre en œuvre la procédure de l'article 11 de la Constitution, le seul exemple sous la V^{ème} République de mise en cause par l'Assemblée nationale de la responsabilité politique du gouvernement ayant abouti, une dissolution de l'Assemblée nationale, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité des lois référendaires et la révision constitutionnelle sur l'élection du Président de la République au suffrage universel.

² C. cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002, avis M. Domingo, *RFDA*, 2010, p. 445.

³ Les termes de « Cour de justice » désignent ce qui était qualifié, avant le traité de Lisbonne, de « Cour de justice des Communautés européennes ». Les termes de « Cour de justice de l'Union européenne » désignent quant à eux, selon l'article 19 § 1 du Traité sur l'Union européenne (TUE), « la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés ». Dans le prolongement du traité de Lisbonne, les termes de « droit communautaire » sont impropres, il faut donc y préférer l'expression de « droit de l'Union européenne » ou « droit de l'Union », cette dernière expression étant utilisée dans les traités (voir par exemple : art. 6 § 3 TUE ou art. 16 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)).

⁴ C.C., 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*, *JORF*, 13 mai 2010, p. 8897.

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

⁶ C.J., 22 juin 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

⁷ C. cass., 29 juin 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002.

législateur organique interviendra à l'occasion de l'adoption de loi organique relative à l'application de l'article 65 pour modifier, grâce à un grossier cavalier législatif⁸, les modalités de traitement de la QPC devant la Cour de cassation⁹. Cette question, au cœur de la problématique générale des rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union, aura généré un « dialogue des juges », inédit par la formalisation qu'il a reçue, entre les trois plus hautes juridictions françaises. Elle a été résolue par la Cour de justice, qui a intégré ce dialogue dans ses éléments d'appréciation, sans que l'on puisse encore mesurer toutes les conséquences susceptibles d'en découler.

La singularité de ces affaires se manifeste également par la virulence des réactions doctrinales¹⁰, ou du moins d'une partie d'entre elles¹¹, à l'encontre des premiers arrêts de la Cour de cassation¹². Certaines de ces réactions témoignent d'une tendance, que l'on croyait ne devoir se développer qu'à l'occasion de débats juridiques à forte teneur éthique et/ou morale¹³, à mêler des appréciations descriptives et objectives, sur ce qui *est*, à des appréciations prescriptives subjectives, sur ce qui *devrait être*. Avec les affaires Melki et Abdeli, le schéma subjectif suivi peut être résumé par quelques aphorismes successifs : la QPC est une avancée pour l'Etat de droit ; tout ce qui va à l'encontre de la QPC est donc une régression au regard de cet idéal ; la Cour de cassation adopte une position qui risque de nuire à la QPC ; la position de la Cour de cassation

⁸ Voir F. Rome, « Un cavalier surgit de la nuit... », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1545.

Le Conseil constitutionnel ne censure toutefois pas les « cavaliers » dans les lois organiques. C'est pourquoi le cavalier en question n'a pas été censuré dans la décision sur la loi organique d'application de l'article 65 de la Constitution. Voir : C.C., n° 2010-611 DC, 19 juillet 2010, *Loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, JORF, 23 juillet 2010, p. 13583.

Pour un exemple antérieur de cette jurisprudence, mentionné par les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de la décision précédente : C.C., n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, *Rec.*, p. 63.

⁹ La loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution a en effet abrogé l'article 23-6 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, qui faisait notamment du premier premier président de la Cour de cassation le destinataire des QPC.

¹⁰ Voir de manière significative : G. Carcassonne, N. Molfessis, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 22 avril 2010 ; D. Rousseau, D. Levy, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 27 avril 2010, n° 117, p. 12 ; A. Levade, « Renvoi préjudiciel *versus* Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1254 ; B. Mathieu, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP-G*, n° 17, 26 avril 2010, 464.

¹¹ Pour des appréciations plus nuancées et/ou étonnées face à l'opprobre doctrinale : F. Rome, « QPC, KO ? », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1137 ; D. Simon, A. Rigaux, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010, étude 5 ; ou critiques par rapport à la violence des autres attaques : P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1234 ; M. Gautier, « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 », *RFDA*, 2010, p. 449.

¹² La « contradiction interne » de ces réactions a également été soulignée dans la mesure où, soit la question posée par la Cour de cassation était infondée et ne méritait alors aucune attention, soit elle soulevait une difficulté et dans ce cas il est heureux que la Cour de cassation contribue à résoudre la difficulté d'articulation entre la QPC et la question préjudicielle devant la Cour de justice. Voir en ce sens : M. Gautier, « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 », *précit.*, p. 449.

¹³ Voir sur cette question : D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTDcin.*, 2002, p. 47 ; P. Jestaz, « Une question d'épistémologie. A propos de l'affaire Perruche », *RTDcin.*, 2001, p. 547.

est mauvaise. Les réactions violentes de la doctrine marquent encore par les supports qu'elles ont empruntés et, surtout, par les conséquences qu'elles ont emportées plus ou moins directement. Non seulement les revues juridiques se sont fait abondamment l'écho des arrêts de la Cour de cassation, mais également la presse généraliste¹⁴ et, en particulier, le journal *Le Monde*¹⁵, ce qui témoigne encore de la qualité du scénario. De ces différentes réactions, une idée commune s'est dégagée selon laquelle la Cour de cassation ne jouerait pas le jeu de la QPC, faisant « pièce à la volonté du législateur »¹⁶. Elle ne sera pas ici discutée faute de disposer d'éléments matériels et objectifs susceptibles de l'appuyer¹⁷. Les parlementaires, puis le garde des sceaux, se sont emparés du débat¹⁸. Ils décideront de faire échec au poids dont disposait le premier président de la Cour de cassation dans la procédure de la QPC, qui lui était confié par l'article 23-6 de l'ordonnance de 1958, en abrogeant cette disposition. En substance, la Cour de cassation est sanctionnée par le législateur organique du fait de sa résistance, supposée ou réelle, au mécanisme de la QPC.

A l'origine de cette épopée, deux ressortissants algériens en situation irrégulière, Sélim Abdeli et Aziz Melki, font l'objet d'un contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale. Cette disposition concerne les contrôles d'identité effectués dans une « zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ». Suite à ce contrôle, Sélim Abdeli et Aziz Melki sont visés, dans un premier temps, par un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et par une décision de maintien en rétention administrative. Dans un second temps, le préfet sollicite une prolongation de la rétention devant le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille. Devant ce juge, Sélim Abdeli et Aziz Melki contestent la conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale. Le juge transmet la QPC à la Cour de cassation et ordonne le maintien en détention des requérants. L'argumentation défendue par ces derniers est originale. Elle repose sur le schéma de la norme interposée¹⁹. La violation de l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui consacre le principe de l'absence de contrôle des personnes aux frontières intérieures, est considérée comme une violation indirecte de la Constitution et, plus précisément, de son article 88-1, en tant que clause d'ouverture à

¹⁴ Voir par exemple *Les Echos* du 28 avril 2010.

¹⁵ En dehors de l'article *précité*, voir également P. Roger, *Le Monde*, 22 avril 2010, G. Drago, *Le Monde*, 4 mai 2010, et D. Ludet, *Le Monde*, 13 mai 2010.

¹⁶ B. Mathieu, *précit.*

¹⁷ Il n'en est pas moins vrai que l'on peut, par exemple, s'étonner de l'absence de renvoi par la Cour de cassation d'une QPC concernant la loi Gayssot, instaurant le délit de contestation de crimes contre l'humanité, le juge judiciaire se permettant même de répondre au fond à la QPC posée, en jugeant que le délit en question ne portait pas « atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion » (C. cass., 7 mai 2010, arrêt QPC n° 12008, n° 09-80.774 ; voir pour une approche critique : A. Salles, *La Cour de cassation « juge » constitutionnelle la loi sur les crimes contre l'humanité*, *Le Monde*, 8 mai 2010).

¹⁸ Voir notamment : Assemblée nationale, compte rendu intégral, première séance du mercredi 30 juin 2010, échange entre D. Perben et M. Alliot-Marie.

¹⁹ Expression qui désigne des « normes non constitutionnelles qui sont intégrées en tant que paramètre de référence dans les jugements de constitutionnalité, sur le fondement du renvoi à ces normes par certaines dispositions de la Charte fondamentale » (M. Siclari, *Le « norme interposta » nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, 1992, *Premessa* (XI)).

l'Union européenne. La violation d'une stipulation d'un traité de l'Union emporte une violation indirecte de la Constitution. Sans s'attarder sur la question de savoir si une telle argumentation répondait aux conditions de recevabilité posées par l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958²⁰, il y a lieu de préciser que la Cour de cassation, après avoir rappelé l'argumentation des requérants, en propose une reformulation étonnante. Elle en déduit, ce qui n'était pas soutenu par les requérants²¹, que ces derniers dénoncent l'*inconventionnalité* de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale. Il en résulte que la Cour serait saisie à la fois d'une question de constitutionnalité, ce qui est effectivement soutenu par les requérants, et d'une question de conventionnalité²², selon la relecture du juge suprême. Dans cette situation, le législateur organique a prévu que la question préjudicielle de constitutionnalité française sera *prioritaire*. Selon l'alinéa 5 de l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958, qui trouve son équivalent dans l'alinéa 2 de l'article 23-5 pour le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, « en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ». La Cour relève que cette hiérarchisation des questions soulève des difficultés au regard du droit de l'Union. Ces difficultés avaient d'ailleurs été déjà perçues dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Celui-ci avait ouvert une « exception communautaire » au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. Il précisait que la priorité accordée à cette question se faisait « sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ». Cette spécificité disparaîtra pourtant de la loi organique au cours des débats parlementaires, laissant ainsi la question en suspens.

La Cour de cassation s'appuie sur deux difficultés potentielles à l'appui de la question préjudicielle transmise à la Cour de justice. Elle considère en premier lieu que le caractère prioritaire de la QPC l'empêche de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, même si elle le fait cependant en l'espèce sous couvert d'un prononcé « avant dire droit », *avant* de transmettre la question de constitutionnalité. Cette interprétation du juge judiciaire des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance de 1958 n'est pas discutable. On ne voit pas ce que signifierait le caractère *prioritaire* d'une question de constitutionnalité si une juridiction, saisie également d'une question de conformité au droit de l'Union, pouvait renvoyer à la Cour de justice, en raison de difficultés sérieuses, une question sur la validité ou sur l'interprétation du droit de l'Union *avant* de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel.

²⁰ Voir pour un examen approfondi de cette question : J. Roux, « QPC et droit de l'Union européenne : la Cour de cassation ouvre la boîte de Pandore », *Petites Affiches*, 31 mai 2010, n° 107, p. 7.

²¹ Voir en ce sens l'avis *précité* de l'avocat général à la Cour de cassation M. Domingo.

²² Nous garderons à propos de la question de la conformité au droit de l'Union le terme d'« inconventionnalité », même s'il paraît impropre en particulier lorsqu'il est utilisé pour le droit de l'Union dérivé. L'expression nous paraît plus élégante même si elle est moins juste que celle, aujourd'hui anachronique, d'« incommunauté » (voir en ce sens : M. Gautier, *précit.*) ou celle, peu digeste, d'« inunionité » (P. Cassia, « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne », *Semaine juridique*, ed. G, n° 26, 28 juin 2010, 739 ; P. Cassia, E. Saulier-Cassia utilisant l'expression dans sa formulation positive : « unionité », *précit.*).

Le second argument sur lequel repose l'arrêt de la Cour de cassation est en revanche erroné. Le juge judiciaire suppose en effet que le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des lois au droit de l'Union européenne. Partant de ce postulat, et en raison de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel conférée par l'article 62 de la Constitution, le juge suprême considère que, si le Conseil constitutionnel juge conforme au droit de l'Union une disposition législative, il ne pourra plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle ni réapprecier la conformité de cette disposition au droit de l'Union. Autrement dit, jamais le juge national ne serait en mesure de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en cas de concurrence avec une QPC, ni *avant*, du fait du caractère prioritaire de cette dernière, ni *après*, du moins en cas de déclaration de conformité au droit de l'Union de la disposition de loi contestée. De plus, dans cette dernière situation, la compétence du Conseil constitutionnel exclurait celle des juridictions de droit commun pour apprécier de nouveau la conformité de la loi au droit de l'Union.

La lecture critique du renvoi de la Cour de cassation appelle une appréciation contrastée. D'un côté, la Cour de cassation soulève une question qui n'était pas résolue *a priori*, à savoir la compatibilité du caractère prioritaire de la QPC, en empruntant la voie valable d'un point de vue juridique pour le faire, la question préjudicielle en interprétation prévue par l'article 267 du TFUE. De l'autre, elle s'appuie sur un raisonnement en partie erroné, en reformulant la question soulevée devant elle. Sous ce dernier angle, la démarche du juge est irrégulière puisqu'il statue au-delà du litige qui lui est soumis, sans que cela ne soit nécessaire à la résolution de celui-ci. De plus, en dehors des problèmes de recevabilité de la question préjudicielle devant la Cour de justice qu'une telle argumentation implique²³, le caractère erroné de l'argument²⁴ a de quoi interpellier.

Le Conseil constitutionnel l'a été et a réagi sans tarder. L'occasion de préciser sa jurisprudence lui a été fournie, de manière assez originale, lors de l'examen de la loi relative à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Les moyens tirés de l'inconventionnalité de la loi n'ont été soulevés par les requérants que dans une saisine complémentaire. Ces derniers s'appuient sur les arrêts de la Cour de cassation du 16 avril 2010, pour soutenir que le Conseil constitutionnel pourrait « exercer un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire ». Avec une certaine prudence, les requérants poursuivent en précisant que « si tel est effectivement le cas », il appartiendrait au Conseil constitutionnel de vérifier que la loi n'est pas inconventionnelle. Peu convaincus par leur chance de succès, ils n'invoquent aucun grief particulier d'inconventionnalité. Cette argumentation permet au Conseil constitutionnel de se prononcer à nouveau sur sa

²³ Voir sur cette question : F. Donnat, « La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1640 ; Ph. Manin, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2010, p. 1023.

²⁴ En dehors de la compétence spécifique du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité des lois de transposition des directives aux dispositions de ces dernières, voir *infra*.

compétence pour exercer un contrôle de conventionnalité des lois. Il distingue deux questions quant aux griefs relatifs au droit de l'Union européenne : la supériorité sur les lois des engagements internationaux et européens, incluant le droit de l'Union, d'une part, et l'exigence de transposition des directives, d'autre part. Pour chacune de ces questions, il confirme sa jurisprudence antérieure, respectivement la jurisprudence *IVG*²⁵ et la jurisprudence *CPE*²⁶. De plus, *ultra petita*, le juge plaide en faveur de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union, ce qu'il avait d'ailleurs déjà implicitement reconnu dans la décision du 3 décembre 2009²⁷, en répondant point par point à l'argumentation développée par la Cour de cassation. Il est vrai que l'arrêt de la Cour de cassation était invoqué par les requérants dans leur mémoire complémentaire. Cependant, il ne l'était que parce qu'il suggérerait la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité des lois au droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel aurait dû s'en tenir à un déclinatoire de compétence, sans évoquer le cœur des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation sur la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union. Il formalise ainsi un « dialogue des juges » qui, quelle que soit l'indétermination du sens de l'expression, aurait dû rester extérieur à toute décision. Cette formalisation confère une publicité inédite à la position de l'institution sur la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union. A la première occasion qui lui est offerte, le Conseil constitutionnel utilise ainsi la compétence qu'il tient de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution pour se prononcer sur une question qui ne relève pas de sa compétence²⁸ et dont la résolution est sans rapport avec le litige qui lui est soumis.

Cette attitude du Conseil constitutionnel a suscité plutôt la bienveillance que l'indignation. Tout est pardonné à celui qui est dans le juste. Dans le prolongement de cette lecture favorable à la démarche du juge, pourquoi hésiter à défendre l'*inconstitutionnalité préventive*, c'est-à-dire l'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel avant même qu'un projet de loi ne soit déposé, voire au moment où une annonce de projet de loi a été faite, à l'occasion de l'examen d'une autre « loi » adoptée dans les mêmes termes par l'Assemblée nationale et le Sénat sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 ou d'une loi en vigueur sur celui de l'article 61-1 de la Constitution ? Peut-être le Conseil constitutionnel réglera-t-il prochainement, à l'occasion du contrôle de la future loi relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code des sports avec les principes du code mondial antidopage, ou de n'importe quelles autres « loi » ou loi, la question de la compatibilité avec la Constitution de l'annonce du Chef de l'Etat visant à déchoir de sa nationalité un français récemment naturalisé en raison de certains comportements

²⁵ C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G.*, *Rec.*, p. 19.

²⁶ C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E.*, *Rec.*, p. 50, cons. 28 ; dont les modalités d'application ont été précisées ultérieurement : C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, cons. 16 et s.

²⁷ Le Conseil constitutionnel a jugé en effet que le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, qui est priorité dans « l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie », « ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 » (C.C., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, *JORF*, 11 décembre 2009, p. 21381, cons. 14).

²⁸ D'autant plus qu'il ne se considère pas, en principe, juge de la conformité au droit de l'Union.

criminels particulièrement graves²⁹. Peu importe le droit quand il s'agit de défendre la justice ! A condition bien sûr d'en avoir la même lecture...

Au nom de cette même croisade contre l'attitude de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat appuiera son voisin du Palais Royal, avec quelques nuances bien sûr, dans un arrêt du 14 mai 2010, *Rujovic*. Sans que cela ne soit nécessaire à la résolution du litige dont il était saisi³⁰, *ultra petita*, le juge administratif pose un considérant de principe, dans lequel il rappelle qu'il est « juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne », en exposant la voie à suivre pour l'ensemble des juridictions administratives qui permet de garantir la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union. Il inscrit ce considérant dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel, tout en répondant aux arguments de la Cour de cassation.

A l'issue de ce « dialogue » de trois des plus hautes juridictions nationales, la Cour de justice, saisie du renvoi de la Cour de cassation, faisant l'objet d'une procédure accélérée, se retrouve dans une position plutôt inconfortable. Elle doit juger de la compatibilité avec le droit de l'Union d'une procédure instituée par le pouvoir de révision constitutionnelle, dont le caractère prioritaire a été posé par le législateur organique, à partir d'une question dont les arguments sont en partie erronés, tout en ayant à sa disposition des décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat répondant à la question qu'elle doit résoudre. Dans ce contexte, la diplomatie de la Cour a été louée³¹ ; la réponse donnée a été, sans doute trop hâtivement, considérée comme donnant un quitus européen à la QPC³². Elle s'articule autour de trois axes. La Cour répond d'abord à la question à partir de l'argumentation erronée de la Cour de cassation. Elle précise ensuite à quelles conditions la QPC est bien conforme au droit de l'Union au regard de la jurisprudence existante du Conseil constitutionnel sur son incompétence pour contrôler la conventionnalité des lois. Enfin, elle réserve une solution spécifique pour les lois de transposition de dispositions impératives de directive. Sur le fond, la Cour réintroduit une « exception communautaire », « exception au profit du droit de l'Union » aujourd'hui, dont le principe était posé dans le projet

²⁹ Selon l'annonce faite par le Chef de l'Etat dans ce qu'il est convenu d'appeler le « discours de Grenoble », tenu dans cette ville le 30 juillet 2010.

³⁰ Le litige ne soulevait aucune question d'application du droit de l'Union européenne.

³¹ D. Simon, A. Rigaux, « Solange, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, n° 7, Juillet 2010, repère 7.

³² Voir par exemple : B. Mathieu, « La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *Semaine juridique*, Ed G., n° 27, 5 juillet 2010, 764 ; D. Rousseau, « La QPC, évidemment eurocompatible, évidemment utile », *Gaz. Pal.*, 29 juin 2010, n° 180, p. 19.

D. Simon et A. Rigaux défendent, de manière plus nuancée, une « lecture raisonnable » de l'arrêt de la Cour de justice en faveur d'une compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union (« *Perseverare autem diabolicum* ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 8, Août 2010, repère 8).

Contra : P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? », *Rev. Dalloz*, 2010, p. 1636 ; F. Scanvic, « La question de constitutionnalité est-elle vraiment prioritaire ? » *AJDA*, 2010, p. 1459.

La complexité relative de l'arrêt de la Cour de justice a également conduit une partie de la doctrine à se montrer prudente, constatant en substance la « compatibilité incompatible » de la QPC avec le droit de l'Union, sans trancher de manière explicite la question. Voir : F. Chaltiel, « La Cour de justice poursuit le dialogue sur les rapports entre conventionnalité et constitutionnalité », *Petites affiches*, 4 août 2010, n° 154, p. 6 ; F. Donnat, *précit*.

de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, remettant ainsi en cause, dans certaines circonstances, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité.

Ultime épisode juridictionnel dans cette affaire, la Cour de cassation s'est prononcée sur la transmission de la QPC, suite à la réponse de la Cour de justice. Poursuivant dans l'hérésie constitutionnelle, une nouvelle fois réprouvée par la doctrine³³, elle ne renverra pas la question au Conseil constitutionnel en jugeant qu'elle ne dispose pas des compétences qui lui étaient nécessaires pour garantir l'effectivité du droit de l'Union, conformément à l'arrêt de la Cour de justice. Elle renvoie en substance au législateur organique le soin de lui conférer des compétences lui permettant de garantir le respect du droit de l'Union. La seule réaction à ce jour du législateur organique sera radicale et ne répondra pas aux attentes du juge judiciaire suprême consécutives à l'arrêt de la Cour de justice. Elle a consisté à modifier les modalités de traitement de la QPC devant la Cour de cassation en abrogeant l'art. 23-6 de l'ordonnance de 1958, qui plaçait au cœur du dispositif le premier président de la Cour de cassation, désigné comme menant la fronde contre la QPC.

Cette épopée illustre parfaitement les « jeux de miroir »³⁴ que les rapports de système sont susceptibles de générer. Potentiellement, sur la question générale des procédures permettant de garantir au niveau national la sanction du principe de primauté du droit de l'Union, deux perspectives étaient en mesure de se confronter : une perspective nationale et une perspective de l'Union. Au niveau de l'Union, cette question générale repose sur l'équilibre, apprécié par la Cour de justice, entre d'une part l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, et d'autre part les principes d'effectivité et d'équivalence s'imposant aux voies de droit ouvertes au profit du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes³⁵. Dans les affaires Melki et Abdeli, elle est appréhendée selon deux voies légèrement différentes. Vue du droit national, c'est la sanction de la primauté du droit de l'Union telle qu'elle s'organise dans l'ordre juridique interne en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui est envisagée (§ I). Vue du droit de l'Union, c'est la conformité de la QPC à celui-ci qui s'est posée à la Cour de justice, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat s'invitant dans le débat (§ II). Le caractère plus large de la problématique du point de vue national est consécutif aux deux premiers arrêts de la Cour de cassation qui, pour mettre en doute la conformité de la QPC au droit de l'Union, supposent la compétence du

³³ Voir : B. Mathieu, « La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », *Semaine juridique*, Ed G., n° 27, 5 juillet 2010, 764 ; D. Simon, A. Rigaux, « *Perseverare autem diabolicum* ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*

Contra : P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1636.

³⁴ Selon l'expression chère à A. Levade, voir par exemple : « Le Conseil constitutionnel au prise avec la Constitution européenne », *RDP*, n° 1, 2004, p. 19.

³⁵ Voir, par exemple, pour une formulation explicite des principes d'effectivité et d'équivalence : C.J.C.E., 15 septembre 1998, *SPAC*, Aff. C-260/96, *Rec.*, I-1998, p. 4997, § 18.

Pour une appréciation prospective, avant l'arrêt de la Cour de justice, de la compatibilité de la QPC avec ces deux principes : P. Cassia, E. Saulnier-Cassia, *précit.*

Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité des lois à la Constitution. Ainsi, du point de vue national, la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union exige un examen préalable du contrôle de conventionnalité tel qu'il est organisé en France.

I – La sanction de la primauté du droit de l'Union vue du droit national

La décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010, *Jeux de hasard*, apporte deux séries de précisions décisives. Le fondement constitutionnel du droit de l'Union européenne est – désormais – dédoublé (A). Depuis la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, l'article 88-1 de la Constitution pouvait être à juste titre considéré comme un fondement constitutionnel au droit de l'Union, et donc à sa primauté. La décision commentée ajoute un autre fondement constitutionnel, même s'il n'avait jamais été explicitement écarté jusqu'à présent³⁶, l'article 55 de la Constitution. Ce dernier pose la *primauté*, notamment, du droit de l'Union sur les lois ; le premier, la *spécificité* du droit de l'Union par rapport au droit international et européen conventionnel classique, dont la portée est limitée jusqu'à présent au régime contentieux des lois de transposition des directives. L'autre apport de la décision du Conseil constitutionnel concerne la réaffirmation de l'incompétence de principe du Conseil constitutionnel pour contrôler la conventionnalité des lois après, ou malgré, la mise en place d'une question prioritaire de constitutionnalité (B). Cette incompétence souffre d'une exception, elle aussi maintenue, concernant les lois de transposition des directives et qui n'appelle pas de commentaire particulier en l'absence de nouveauté.

A – Le choix explicite du double fondement constitutionnel au droit de l'Union

La question du fondement constitutionnel de la primauté du droit de l'Union n'est pas purement théorique. Elle commande l'existence de solutions spécifiques au profit du droit de l'Union par rapport au droit international conventionnel classique, conformément à l'orientation jurisprudentielle constante de la Cour de justice en faveur de la spécificité du droit de l'Union³⁷. Longtemps, ce qui était alors le droit communautaire était couvert par l'article 55 de la Constitution. Plus précisément, les juges, constitutionnel comme de droit commun, s'appuyaient sur cette disposition pour reconnaître ou/et pour sanctionner la primauté du droit communautaire sur les lois. Issu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, l'article 88-1, qui se borne à constater la participation de la France à l'Union et aux Communautés européennes, a

³⁶ Voir d'ailleurs dans le sens d'une portée limitée conférée dès l'origine par le Conseil constitutionnel à l'article 88-1 de la Constitution : P. Gaïa, « La Cour de cassation résiste... mal. A propos de l'arrêt du 16 avril 2010 », *RFDA*, 2010, p. 458.

³⁷ Voir pour l'affirmation originelle : C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149.

pu être considéré par la doctrine comme pouvant constituer un fondement constitutionnel nouveau et plus adapté au droit communautaire. Certains ont même plaidé en faveur de la remise en cause de la jurisprudence *IVG*, limitée au droit communautaire, sur le fondement de cette nouvelle disposition³⁸. Dans la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel a pour la première fois conféré une portée normative à l'article 88-1 de la Constitution, en dégagant une obligation constitutionnelle de transposition des directives. Cette obligation a ensuite fait l'objet d'une sanction par le juge constitutionnel lui-même, en dérogation à la jurisprudence *IVG*, dont le principe a été posé dans la décision du 30 mars 2006, *CPE*, même si les conditions d'exercice de ce contrôle sont restrictives³⁹. L'article 88-1 de la Constitution est également apparu dans la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe pour permettre au juge de constater que la primauté du droit de l'Union consacré par le traité ne remettait pas cause « la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées [notamment la décision *Confiance dans l'économie numérique*], de l'article 88-1 de la Constitution »⁴⁰. Il a pu être interprété par la doctrine comme marquant la spécificité du droit communautaire et comme constituant désormais le fondement constitutionnel du droit communautaire et de sa primauté. Selon le Conseil constitutionnel, c'est bien « la portée du principe de primauté » qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution, même s'il ajoute « ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions... ». Cette incise ne semble pas, du moins de manière certaine, devoir limiter la portée de l'article 88-1 de la Constitution à la seule question de la transposition des directives, en excluant de son domaine d'application le principe de primauté du droit de l'Union⁴¹. Il est en effet possible de soutenir que l'incise relative aux décisions du Conseil constitutionnel tend à expliciter la portée du principe de primauté du droit communautaire (alors) tel que le juge interne le reconnaît, c'est-à-dire comme ne faisant pas obstacle à un éventuel contrôle indirect des directives au regard de certaines dispositions constitutionnelles, sans affecter la portée de l'article 88-1 de la Constitution en tant que couverture constitutionnelle du droit de l'Union. Chacun choisira sa lecture afin d'établir si la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010 constitue un *revirement* ou une *continuité* par rapport à la jurisprudence antérieure. Soucieux de diplomatie, nous n'y verrons qu'une *adaptation* de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans le même temps, le Conseil d'Etat est demeuré dans une singularité visionnaire, en s'appuyant sur les articles 55 et 88-1 de la Constitution lorsqu'il était question de droit communautaire avec l'arrêt *Arcelor*⁴², même s'il a pu

³⁸ Voir également de manière significative pour une position militante en ce sens, après et en réaction à la décision de 2010 du Conseil constitutionnel : E. Saulnier-Cassia, « Pour une lecture actualisée de l'article 88-1 de la Constitution », *AJDA*, 2010, p. 1505.

³⁹ Voir les jurisprudences précitées *CPE* et *Droit d'auteur* ; pour un commentaire : « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence *I.V.G.* », *Rec. Dalloz*, 30 novembre 2006, n° 42, *Chron.*, p. 2878.

⁴⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173, cons. 13.

⁴¹ Voir en ce sens : P. Gaïa, « La Cour de cassation résiste... mal. A propos de l'arrêt du 16 avril 2010 », *RFDA*, 2010, p. 458.

⁴² C.E., Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, *RFDA*, 2007, p. 384, concl. M. Guyomar.

se référer au seul article 88-1 avec l'arrêt *Perreux*⁴³, alors qu'il n'était question que de l'obligation de transposition des directives.

Dans la décision du 12 mai 2010, *Jeux en ligne*, le Conseil constitutionnel a donc « clarifié » sa jurisprudence. Le droit de l'Union est d'un point de vue constitutionnel couvert par l'article 55 de la Constitution pour ce qui concerne sa primauté (cons. 10 et s.) et par l'article 88-1 pour l'obligation constitutionnelle de transposition des directives de l'Union et pour la sanction de cette obligation par le Conseil constitutionnel (cons. 17 et s.). La spécificité du droit de l'Union s'estompe. La cohérence d'un référentiel constitutionnel unique, s'inscrivant dans une perspective favorable à la logique du droit de l'Union, est mise à mal. La primauté du droit de l'Union est pour le Conseil constitutionnel la même que celle du droit international conventionnel classique dans la mesure où les dispositions de l'article 55 de la Constitution « ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution » (cons. 10). Cependant, cette *primauté banalisée* souffre d'un tempérament en vertu de l'article 88-1 de la Constitution au nom de l'exigence qui en découle de transposition des directives. Ces dernières bénéficient d'une *primauté renforcée* alors que le Conseil constitutionnel, sous certaines conditions, sanctionne l'incompatibilité manifeste d'une loi avec les dispositions d'une directive qu'elle a pour objet de transposer.

En outre, en réponse à l'argumentation soutenue devant la Cour de cassation dans les arrêts *Melki et Abdeli*, la portée de l'article 88-1 est verrouillée de manière stricte par le Conseil constitutionnel. Ce dernier précise en effet que la référence dans l'article 88-1 de la Constitution au traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, introduite par la révision constitutionnelle du 4 février 2008, ne saurait être interprétée comme subordonnant la constitutionnalité des lois au respect de ces stipulations (cons. 16). Il rejette ainsi une lecture de l'article 88-1 de la Constitution qui se serait inspirée de celle qu'il avait lui-même retenue pour l'article 88-3 de la Constitution. Avec cette dernière disposition, la référence au traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, en vertu duquel le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'Union européenne aux élections municipales est accordé, a été interprétée par la Haute juridiction comme subordonnant la constitutionnalité de loi organique sur cette question au respect des stipulations pertinentes du droit communautaire⁴⁴. Dans la décision commentée, le Conseil fait clairement obstacle à une transposition de cette jurisprudence à l'article 88-1.

Cette dissociation entre le fondement de la primauté du droit de l'Union européenne et celui de l'exigence de transposition des directives européennes peine à convaincre. Il en résulte que la primauté de ce droit dans son ensemble est couverte par l'article 55 de la Constitution... sauf pour les directives qui bénéficient, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, d'une *primauté*

⁴³ C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, req. n° 298348, *RFDA*, 2009, p. 1125, concl. M. Guyomar.

⁴⁴ C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, *Rec.*, p. 76, cons. 28 ; n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales*, *Rec.*, p. 251, cons. 4.

renforcée en raison de la compétence du juge constitutionnel, sans d'ailleurs que celle des juridictions de droit commun ne soit écartée pour en sanctionner le respect. L'article 88-1 déroge ainsi à l'article 55 de la Constitution, qui demeure le principe. Le Conseil constitutionnel limite ainsi la spécificité constitutionnelle du droit de l'Union par rapport au droit international et européen conventionnel. Le droit de l'Union n'a pas un fondement constitutionnel spécifique dans l'article 88-1 de la Constitution, comme ses décisions « communautaires » depuis 2004 le suggéraient. Au même titre que le droit conventionnel international et européen, il relève de l'article 55 de la Constitution... à moins que le juge constitutionnel décide ponctuellement qu'il en soit autrement et qu'il relèvera de l'article 88-1 de la Constitution. La *spécificité* n'est plus le *principe*, elle est l'*exception*.

Ce découpage ouvre enfin la voie à un certain nombre d'interrogations. L'article 55 de la Constitution ne consacre-t-il que la primauté du droit de l'Union originaire ou de l'ensemble du droit de l'Union, c'est-à-dire y compris le droit dérivé ? Les termes employés par le Conseil constitutionnel dans son déclinatoire de compétence ne sont pas sans ambiguïtés. Le juge mentionne soit « les traités ou le droit de l'Union européenne » (cons. 12), soit les engagements internationaux et européens de la France sans plus de précision (cons. 11 et 16), soit les engagements internationaux et européens de la France auxquels est ajouté le « droit de l'Union » (cons. 16). On rappellera, avec d'autres, que le droit de l'Union dérivé n'est pas visé, du moins de manière directe, par les termes de l'article 55 de la Constitution. En tout état de cause, si l'article 55 de la Constitution couvre également le droit dérivé, les directives ne sont pas concernées puisqu'elles relèvent de l'article 88-1 de la Constitution. Comment alors justifier, en dehors de considérations pragmatiques liées au nombre de lois concernées par la transposition, qu'au sein du droit de l'Union dérivé, les directives soient les seules à jouir de cette primauté renforcée, telle que nous l'avons entendue ? Il est vrai que rien n'empêche le Conseil constitutionnel, en fonction des circonstances, d'intégrer d'autres obligations, en s'appuyant sur l'article 88-1 de la Constitution, en faveur d'autres catégories de normes dérivées et dérogeant au principe posé par l'article 55 de la Constitution. Il demeure donc toujours possible, à partir d'un double fondement constitutionnel, de parvenir aux résultats auxquels aboutit le fondement unique de l'article 88-1 de la Constitution, en reconnaissant ponctuellement la spécificité du droit de l'Union. La question est donc avant tout d'ordre symbolique plutôt que pratique. Il n'en reste pas moins que l'indétermination des termes de l'article 88-1 permet de grouper la primauté de l'ensemble du droit de l'Union, tout en ne réservant à la compétence du juge constitutionnel que le contrôle du respect des directives par les lois qui en assurent la transposition. Le fondement unique a le mérite de la cohérence, tout en laissant une marge d'interprétation considérable au juge constitutionnel et en s'inscrivant dans la perspective de la spécificité du droit de l'Union telle qu'elle est reconnue par la Cour de justice.

B – Le maintien de l'incompétence de principe du juge constitutionnel pour sanctionner la non-conformité de la loi au droit de l'Union

La mise en place d'une question préjudicielle de constitutionnalité a contribué à remettre en avant la question de l'abandon de la jurisprudence *IVG*. Jean-Louis Debré, alors qu'il était auditionné par le Comité Balladur en tant que président du Conseil constitutionnel, suggérait que l'introduction d'une question préjudicielle de constitutionnalité pouvait impliquer une remise en cause de la jurisprudence *IVG*, au moins pour les conventions internationales relatives aux droits et libertés fondamentaux⁴⁵. Un contrôle de conventionnalité exercé *a priori* par le Conseil constitutionnel, non exclusif du même contrôle mais intervenant *a posteriori* et aux mains des juridictions de droit commun, pouvait permettre d'empêcher que des lois inconstitutionnelles soient promulguées et limiter de manière corrélative le contentieux portant sur de telles questions devant le juge de droit commun. Cette éventuelle remise en cause ne pouvait concerner que le contrôle *a priori*, exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, le pouvoir de révision constitutionnelle ayant réservé la QPC aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». En vertu de cette précision, aucun droit ou aucune liberté issus d'une convention internationale ne peut donc être invoqué contre la loi dans le cadre d'une QPC. De plus, il est impossible de soutenir la violation de dispositions d'une directive contre une loi qui en assure la transposition parce que l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive, qui commande la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité de la loi à la directive, ne relève pas « droits et libertés que la Constitution garantit ». Même si ces exclusions ne soulevaient aucune difficulté d'interprétation, le Conseil constitutionnel a néanmoins tenu à les rappeler⁴⁶. Il répond ainsi à la Cour de cassation qui supposait la compétence du juge constitutionnel pour sanctionner le respect du droit de l'Union dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution.

A la première occasion qui lui a été fournie depuis l'entrée en vigueur de la QPC et en raison de l'orientation que lui prêtait la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel rappelle fermement son incompétence pour apprécier la conventionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Le schéma de la norme interposée n'est pas retenu par le Conseil constitutionnel. Une loi contraire à une convention internationale ou européenne ne sera pas pour autant contraire à l'article 55 de la Constitution : « le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité » (cons. 11). La formule fait écho à celle de 1975 selon laquelle « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » (cons. 5). Le Conseil ajoute, ce qui faisait défaut en 1975, que l'examen d'un tel grief « relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires » (cons. 12). En laissant de côté l'opportunité du non revirement, déjà sur-discutée depuis 1975, l'argumentation – nouvelle –

⁴⁵ Voir : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf

⁴⁶ Voir respectivement, pour les droits et libertés « conventionnels », cons. 16 et, pour les directives, cons. 19.

retenue mérite une attention particulière. Le raisonnement de 1975 constamment décrié par la doctrine n'a en effet jamais été repris dans les décisions ultérieures⁴⁷. Dans la décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel se risque pour la première fois à avancer une justification nouvelle.

La structure formelle du raisonnement est étonnante. Sous le même intitulé, « quant à la supériorité des engagements internationaux et européens sur les lois », le Conseil constitutionnel développe deux séries d'arguments, les premiers organisés autour des propositions « d'une part/d'autre part », les secondes autour des formules « en premier lieu/en deuxième lieu/en dernier lieu ». Chacune de ces séries aboutit à la même conclusion, à savoir l'incompétence du Conseil constitutionnel pour exercer un contrôle de conventionnalité. Cette dualité s'explique car la seconde série d'arguments vise en réalité à répondre à ceux que la Cour de cassation a développés à l'encontre de la QPC. Elle n'explique en rien, ni ne justifie, du moins de manière visible, l'incompétence du juge constitutionnel. Elle plaide en faveur de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union. *L'ultra petita* n'en est que plus flagrant. Cette structure duale masque le seul véritable et probable argument décisif militant en faveur du maintien de la jurisprudence *IVG* et qui trouve sa source dans la volonté de respecter les exigences issues du droit de l'Union.

Dans la première série d'arguments, le Conseil rappelle d'emblée que les dispositions de l'article 55 de la Constitution « ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe *doive* être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution » (cons. 10). On sera tenté de répondre que ces dispositions « ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe *ne doive pas* être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ». L'affirmation apparaît plutôt comme une conséquence de l'interprétation du Conseil constitutionnel en faveur de son incompétence que comme une justification à celle-ci. Le juge constitutionnel poursuit en s'appuyant, non sans une certaine ironie à l'endroit de la Cour de cassation, sur l'article 23-2 alinéa 5 et l'article 23-5 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Ces articles, issus de la loi organique du 10 décembre 2009 sur les conditions d'applications de l'article 61-1 de la Constitution, posent le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité. Selon ces dispositions, si une juridiction, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat est « saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France », il devra se prononcer par priorité sur la transmission ou le renvoi de la question de constitutionnalité. Elles sont interprétées par le Conseil constitutionnel comme précisant

⁴⁷ Voir par exemple : C.C., n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, Rec., p. 36, cons. 7 ; n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances 1990*, Rec., p. 110, cons. 79 ; n° 91-293 DC, 23 juillet 1991, *Accès des étrangers à la fonction publique*, Rec., p. 77, cons. 4 et 5 ; n° 98-405 DC, 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, Rec., p. 326, cons. 33 et 34 ; n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec., p. 50, cons. 27.

B. Genevois considère sur ce point que « l'absence de reprise de cette partie de la motivation s'explique par le fait que le Conseil n'a pas été insensible aux critiques doctrinales dirigées contre elle » (« Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cab. du Cons. const.*, n° 7, 1999, p. 102).

« l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombent aux juridictions administratives et judiciaires » (cons. 11). A défaut d'être aussi sage que la Haute juridiction pour percevoir clairement une telle signification de l'énoncé des dispositions de l'ordonnance de 1958 invoqué, cette interprétation mérite d'être éclairée. Selon les commentaires aux *Cabiers du Conseil constitutionnel* : « le choix du législateur de distinguer entre les moyens de conventionnalité et les questions de constitutionnalité a pour conséquence d'interdire la confusion des deux. Le législateur organique français a écarté la possibilité que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité soient associés et symétriques comme c'est le cas dans certains États européens ». Ce choix du législateur de distinguer entre les moyens d'*inconventionnalité* et d'*inconstitutionnalité* est certes incontestable. La priorité donnée à la seconde sur la première résulte de la volonté, toute aussi incontestable, du législateur organique d'éviter que la QPC ne soit concurrencée et son efficacité limitée par le contrôle de *conventionnalité*. En revanche, en elle-même, cette dissociation ne suppose ni n'implique aucune conséquence quant à la compétence du juge constitutionnel pour exercer le contrôle de conventionnalité. Il est vrai qu'elle n'a de sens que si le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la « *constitutionnalité* de la loi » et les juridictions de droit commun la « *conventionnalité* de la loi », mais elle ne préjuge en rien de la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la *conventionnalité* de la loi.

L'argument décisif, et moins discutable celui-là, est sans doute dans la seconde série d'arguments, même s'il ne concerne que le droit de l'Union et pas les autres engagements internationaux et européens. Il est sous-entendu par la réponse apportée *ultra petita* par le Conseil constitutionnel à l'argumentation de la Cour de cassation sur l'incompatibilité de la QPC. Cet argument ne vise pas directement à justifier l'incompétence du Conseil constitutionnel. Il semble pourtant être le seul à le faire afin de répondre aux exigences tirées de l'Union européenne. Les commentaires aux *Cabiers du Conseil constitutionnel* sont une fois encore éclairants en ce sens. Le Conseil constitutionnel précise en effet, en réponse à la Cour de cassation, « que l'autorité qui s'attache » à ses décisions « ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution » (cons. 13). En d'autres termes, le contrôle de *constitutionnalité* des lois ne limite en rien l'exercice par les juridictions de droit commun du contrôle de *conventionnalité*. L'autorité de chose jugée ne s'impose, par définition, que sur les moyens sur lesquels le juge est habilité ou se considère habilité à se prononcer, les moyens tirés de la non conformité à la Constitution, et non ceux tirés de l'incompatibilité avec une convention internationale qui échappent à sa compétence.

Avec cette démarche, le Conseil constitutionnel suppose que, s'il avait été compétent pour apprécier la conventionnalité des lois, l'exercice de son contrôle aurait limité celui exercé par les juridictions de droit commun, ce qui aurait soulevé des difficultés au niveau du droit de l'Union. Il considère comme décisif l'argument de la Cour de cassation, même s'il reposait sur une

prémice erronée, à savoir la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité des lois au droit de l'Union. Si le Conseil constitutionnel s'était reconnu compétent pour contrôler la conformité des lois au droit de l'Union, il se serait heurté aux exigences tirées de ce droit lui-même. L'exercice d'un contrôle de conformité au droit de l'Union par le juge constitutionnel, et surtout une déclaration de conformité au droit de l'Union, ferait en effet obstacle à l'exercice du même contrôle par les juridictions de droit commun. Les commentaires aux *Cahiers* précisent que « la compétence des juges pour exercer le contrôle de conventionnalité n'est pas affectée par une éventuelle décision du Conseil constitutionnel déclarant la loi conforme à la Constitution ». Selon la logique suivie par le juge constitutionnel, c'est alors le droit de l'Union lui-même qui s'oppose à l'exercice du contrôle de conformité au droit de l'Union par le Conseil constitutionnel. A cet égard, il est incontestable qu'en cas de déclaration de conformité d'une disposition de loi au droit de l'Union, la compétence du Conseil constitutionnel est, en vertu de l'article 62 de la Constitution, exclusive de la compétence ultérieure des juridictions de droit commun⁴⁸.

Le constat est indiscutable ; l'argument l'est-il tout autant ? Autrement dit, la jurisprudence de la Cour de justice interdit-elle l'exercice d'un contrôle *a priori* par une juridiction constitutionnelle de conformité des lois au droit de l'Union ? La difficulté, telle qu'elle a été soulevée par la Cour de cassation, supposait la compétence du Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC et non dans le cadre du contrôle *a priori*. C'est bien l'existence d'une compétence du Conseil constitutionnel par la voie d'une QPC qui empêcherait le juge de droit commun, une fois la décision rendue, de saisir la Cour de justice ou de se prononcer de nouveau sur la conformité au droit de l'Union. La compétence du Conseil constitutionnel n'est problématique que si elle s'insère dans un schéma procédural incluant le juge de droit commun. Dans l'arrêt du 22 juin 2010, la Cour de justice répond d'ailleurs à ce schéma là et à lui seul, à savoir l'existence d'une compétence du juge constitutionnel pour contrôler la conformité des lois au droit de l'Union qui serait exercée par la voie préjudicielle sur renvoi des juridictions de droit commun.

Savoir si le contrôle *a priori*, dont l'exercice est indépendant de toute procédure conduite devant les juridictions de droit commun, est ou non-conforme au droit de l'Union, ce qui est une toute autre question, appelle à une appréciation emprunte d'équilibre, à défaut de pouvoir être tranchée de manière définitive. Il est vrai, comme le suppose le Conseil constitutionnel, qu'en cas de déclaration de conformité à la Constitution, les juges de droit commun ne seraient plus compétents pour apprécier de nouveau sa conformité au droit de l'Union. Cet argument est toutefois également valable pour le contrôle des lois de transposition des directives que le Conseil constitutionnel exerce. Une déclaration de conformité de la loi aux dispositions de la directive qu'elle a pour objet de transposer fait obstacle à un contrôle ultérieur des juridictions de droit

⁴⁸ Nous écartons ici un autre argument en défaveur de la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité au droit de l'Union des lois tiré de l'impossibilité matérielle pour celui-ci, compte tenu des délais brefs pour se prononcer, de saisir la Cour de justice. Cet argument a d'ailleurs été rejeté par la Cour de justice (voir *infra*). Des solutions techniques sont toujours possibles, y compris au niveau du droit de l'Union, pour contourner cet obstacle.

commun. Le Conseil constitutionnel a cependant trouvé une parade, en ne censurant que les violations manifestes par les lois de transposition des directives. Ainsi, la compétence des juridictions de droit commun est préservée pour toutes les violations qui ne sont pas manifestes. Le Conseil constitutionnel aurait donc pu s'inspirer de sa jurisprudence sur les directives, en la transposant à l'ensemble du droit de l'Union, sans que l'argument tiré des conséquences du contrôle sur la compétence des juridictions de droit commun ne soit décisif.

De plus, même si l'argument est recevable, il n'en reste pas moins que le contrôle *a priori* présente des avantages sérieux du point de vue du droit de l'Union. Ce contrôle permet en cas de censure, d'empêcher qu'une loi contraire au droit de l'Union soit promulguée et lui donne ainsi un effet absolu. L'efficacité du droit de l'Union est préservée, l'office du juge constitutionnel lui garantit l'effectivité des voies de droit interne qui lui sont offertes. La compétence du juge constitutionnel garantit également, conformément au principe d'équivalence, que les voies de droit internes utilisables pour contester la constitutionnalité des lois le soient pour le respect du droit de l'Union. En tout état de cause, il est possible de neutraliser les effets d'une éventuelle déclaration de conformité au droit de l'Union prononcée par le Conseil constitutionnel. La transposition de la solution prévue par l'article 23-2 alinéa 1 2^o) de l'ordonnance organique pour la QPC, concernant l'autorité de la déclaration de conformité à la Constitution, pourrait être entreprise. Elle requerrait soit l'intervention du législateur organique soit une interprétation dynamique du Conseil constitutionnel. En s'appuyant sur l'article 23-2 alinéa 1 2^o) et par analogie, le juge constitutionnel pourrait juger que la déclaration de conformité au droit de l'Union européenne n'empêche les juridictions de droit commun de se prononcer à nouveau sur un tel moyen que si une telle déclaration est présente dans les motifs *et* dans le dispositif de ses décisions. L'obstacle au contrôle par les juridictions de droit commun serait ainsi désamorcé.

L'appréhension constitutionnelle (interne) de la primauté du droit de l'Union et de sa sanction par le juge constitutionnel dépendent en définitive des exigences provenant du droit de l'Union lui-même. Sous couvert d'une vision *a priori* purement interne et défavorable au droit de l'Union, c'est précisément ce dernier qui a dicté les choix du juge constitutionnel de réaffirmer la portée de la jurisprudence *IVG*. Cette lecture intervient par ailleurs dans un contexte décisif, celui de la question de la conformité de la QPC avec le droit de l'Union, qui pèse sur la mise en œuvre à venir de cette procédure.

II - La QPC vue du droit de l'Union

Saisie de la question sensible de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union, la Cour de justice dispose, avant même de se prononcer, de la position doctrinale⁴⁹ des trois plus hautes juridictions françaises. La lecture de la QPC à partir du droit de l'Union a ainsi fait l'objet de

⁴⁹ Aucune de ces juridictions n'étant habilitée à se prononcer sur cette question...

positions de la part des juridictions nationales. Si la Cour de cassation a soulevé un doute, justifiant le renvoi à la Cour de justice, la position soutenue par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'Etat a été bienveillante (A), défendant et soutenant la conformité de la QPC au droit de l'Union. La solution de la Cour de justice sera plus nuancée, mettant potentiellement en échec le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité (B). Cette remise en cause du caractère prioritaire de la QPC est indiscutable que celui-ci soit interprété comme une priorité de transmission⁵⁰ ou comme une priorité d'examen de la question⁵¹, dans la mesure où cette distinction ne semble emporter aucune conséquence pratique⁵².

A – La position bienveillante des juridictions nationales

Si l'on excepte la Cour de cassation qui a saisi la Cour de justice, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont apporté une lecture de la QPC permettant de garantir sa conformité au droit de l'Union.

La Cour de cassation avance deux arguments à l'encontre de la QPC. Le premier réside dans l'impossibilité pour les juridictions de droit commun, du fait du caractère prioritaire de la question, de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle *avant* le renvoi de la question de constitutionnalité. Le second, dont on connaît la prémisse erronée, consiste à soutenir que l'autorité de chose jugée du Conseil constitutionnel empêcherait, *après* que celui-ci a prononcé la conformité au droit de l'Union d'une disposition législative, les autres juridictions de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle et de se prononcer de nouveau sur sa régularité au regard du droit de l'Union. En définitive, la Cour de justice ne pourrait être saisie ni *avant*, ni *après*, en cas de conformité de la loi au droit de l'Union prononcée par le Conseil constitutionnel, la transmission d'une QPC.

Dans la décision du 12 mai 2010, le Conseil constitutionnel répond à ces arguments en trois temps. Après avoir rappelé son incompétence pour contrôler la conformité des lois au droit de l'Union, il précise d'abord que l'autorité de chose jugée de ses décisions ne porte que sur les

⁵⁰ Voir envisageant la QPC en ce sens : A. Rigaux, D. Simon, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*

⁵¹ Voir en ce dernier sens, issu d'une formule du Conseil constitutionnel (595 DC, *précit.*, cons. 14) : D. Rousseau, « Toujours « Vive la QPC » ? Oui ! », *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 8.

Il reste que le Conseil constitutionnel, tout en employant les termes de « priorité d'examen », en donne une interprétation qui s'apparente à une « priorité de transmission ». Le juge précise en effet que la priorité « ne restreint pas la compétence de cette dernière, 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 » (cons. 14). « Après avoir appliqué les dispositions relatives à la QPC » signifie après avoir transmis, toutes les conditions étant remplies par ailleurs, la question de constitutionnalité.

⁵² La priorité d'examen relève du travail invisible du juge, de sa réflexion intellectuelle, et n'a de portée visible, pratique et juridique que s'il se traduit par une priorité accordée à la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est vrai que le Conseil constitutionnel a assoupli cette lecture en admettant, dans la décision du 12 mai 2010, la possibilité d'une saisine simultanée du juge constitutionnel et de la Cour de justice.

moyens d'inconstitutionnalité soulevés et ne concerne donc pas les moyens d'inconventionnalité qu'il est incompétent à connaître. Il indique ensuite que l'article 23-3 de l'ordonnance de 1958 permet aux juges de prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires et qu'il peut donc « suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union ». Le juge constitutionnel en conclut que « le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne [peut faire], à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige »⁵³. La précision « à tout moment » est importante. Elle permet en effet au juge de droit commun de suspendre l'application d'une loi supposée contraire au droit de l'Union avant de soulever une QPC. Une telle suspension suppose un examen préalable, même succinct de la compatibilité de la loi avec le droit de l'Union. A l'issue de cet examen, le droit de l'Union fait l'objet d'un traitement préférentiel. Il bénéficie d'une mesure provisoire avant ou peut-être au même moment que la transmission de la question de constitutionnalité. La QPC renforce sur ce point l'efficacité du droit de l'Union. Face à un moyen tiré de la contrariété au droit de l'Union et un autre tiré de la contrariété à la Constitution, le juge pourra, avant de transmettre la QPC ou de manière simultanée, prononcer des mesures provisoires permettant de garantir le respect du droit de l'Union, avant de statuer au fond sur le litige principal. Enfin, le juge relève que les juridictions visées par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne sont pas privées « y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles de recours, de l'obligation de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle »⁵⁴. Là encore, l'incise « y compris lorsqu'elles transmettent une QPC » est importante. Le juge envisage de manière simultanée une saisine préjudicielle de la Cour de justice⁵⁵ et un renvoi d'une QPC. La saisine préalable telle que l'a pratiquée la Cour de cassation dans son arrêt du 16 avril paraît devoir être exclue, sous peine pour la QPC de perdre son attribut existentiel, c'est-à-dire sa priorité.

Le Conseil d'Etat a en dernier lieu apporté son regard sur cette question. Il reprend en substance dans un premier temps la position du Conseil constitutionnel sur la possibilité pour le juge de droit commun, à tout moment, y compris « à tout moment » de la procédure d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité, de « faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ». Il subordonne toutefois cette possibilité à l'urgence, ce que n'a pas fait le Conseil constitutionnel. Dans un second temps, il adopte une conception plus souple que celle du Conseil constitutionnel sur la possibilité de saisir la Cour de justice. Cette dernière peut l'être « à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du TFUE »⁵⁶. Autrement dit, et validant ainsi l'odieuse question préjudicielle de la Cour de

⁵³ Cons. 14, nous soulignons.

⁵⁴ Cons. 15, nous soulignons.

⁵⁵ Voir, avant l'arrêt de la Cour de justice, pour une interprétation doctrinale selon laquelle une saisine simultanée permettrait de vider « de son venin le risque d'incompatibilité » : A. Rigaux, D. Simon, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *précit.*

⁵⁶ Nous soulignons.

cassation *ante* QPC, le Conseil d'Etat admet la saisine de la Cour de justice *avant* la transmission d'une QPC.

B – La solution nuancée de la Cour de justice

La Cour de justice se retrouve dans une position délicate face à des argumentations différentes *pro* et *contra* la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union, à une analyse erronée de la Cour de cassation et à des interprétations légèrement différentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat en faveur de la QPC. Cette diversité interprétative n'aura sans doute étonné que ceux qui n'ont jamais douté de la conformité de la QPC avec le droit de l'Union. La Cour de justice apporte trois réponses à la question posée. Les deux premières tendent à remettre en cause le caractère prioritaire de la QPC concernant des lois « ordinaires » ; la dernière concerne le cas spécifique des lois de transposition des directives sur lequel le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont développé une jurisprudence célèbre. Dans les deux cas, la Cour de justice institue une exception au profit du droit de l'Union au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité dont l'intensité varie selon chacun d'entre eux. Dans le premier, le juge de droit commun doit en effet pouvoir écarter le caractère prioritaire de la question s'il estime devoir saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation ou en appréciation de validité (a). Dans le second, il sera dans l'obligation de le faire en transmettant à la Cour de Luxembourg la question de la conformité au droit de l'Union de la directive transposée (b). Il est important d'insister sur le fait que la Cour ne remet en cause que le *caractère prioritaire* de la question de constitutionnalité et pas le *principe* même de la QPC, indifférent au droit de l'Union.

a) La possibilité d'écarter le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité en général

Affirmer que la Cour de justice a reconnu la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union mérite pour le moins quelques précisions pour éviter de déformer sa position. Après avoir rappelé la portée de sa jurisprudence, la Cour répond en deux temps à la question de la conformité de la QPC avec le droit de l'Union pour les lois « ordinaires », c'est-à-dire qui ne transposent pas des directives, d'abord selon l'interprétation erronée de la Cour de cassation, puis selon les rectifications proposées par les juges constitutionnel et administratif suprême.

Réaffirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice appréhende deux questions distinctes suggérées par la saisine de la Cour de cassation : l'étendue de la faculté de saisir la Cour par la voie préjudicielle et l'étendue du pouvoir du juge national pour garantir l'efficacité du droit de l'Union. Sur le premier point, elle rappelle que « les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue qui soit de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation de validité des dispositions du

droit de l'Union nécessitant une décision de leur part »⁵⁷. Aucune règle interne, y compris celle concernant l'éventuelle saisine d'une juridiction de degré supérieur⁵⁸, ne saurait en conséquence priver les juridictions ne statuant pas en dernière instance de la faculté de saisir la Cour de justice⁵⁹. Sur le second point, la Cour reprend la portée de la jurisprudence *Simmenthal*⁶⁰ : « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (§ 43). Toute réglementation interne diminuant l'efficacité du droit de l'Union qui refuserait au juge national compétent pour l'appliquer « le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union » serait incompatible avec le droit de l'Union. Saisi de griefs tirés à la fois de la non-conformité au droit de l'Union et d'inconstitutionnalité, le juge national doit toujours être en mesure de saisir la Cour de justice y compris lorsqu'il existe un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En d'autres termes, ce dernier recours ne saurait empêcher la saisine de la Cour de justice⁶¹.

A partir de ces éléments, la Cour apprécie d'abord la compatibilité de la QPC selon l'interprétation erronée de la Cour de cassation, supposant la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la compatibilité des lois au droit de l'Union. En raison de cette compétence du Conseil constitutionnel, le juge du fond ne pourrait ni saisir la Cour de justice *avant* la transmission de la QPC, ni la saisir *après*, si le juge constitutionnel a déclaré la loi conforme au droit de l'Union. La Cour censure un tel dispositif avec d'autant plus de facilité et moins d'argumentation qu'elle sait qu'il ne fait pas partie du droit positif français. Précisons encore que c'est bien la compétence du Conseil constitutionnel pour sanctionner le respect du droit de l'Union exercée par la voie de la QPC qui fait l'objet d'une censure et pas la compétence « autonome » du Conseil constitutionnel, telle qu'elle pourrait ou aurait pu exister dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution.

La réponse de la Cour de justice est autrement plus circonstanciée à propos de la QPC telle qu'elle apparaît en droit positif français, notamment à l'issue de la décision du Conseil constitutionnel et de l'arrêt du Conseil d'Etat mentionnés de manière explicite par la Cour⁶². Celle-ci pose deux principes cardinaux relatifs aux deux questions essentielles déjà mentionnées.

⁵⁷ § 41. La Cour s'appuie en particulier sur l'arrêt du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, Aff. 166/73, *Rec.*, p. 33, § 3.

⁵⁸ C.J., 9 mars 2010, *ERG e.a.*, Aff. C-378/08, en cours de publication § 32.

⁵⁹ § 42. Voir : C.J.C.E., 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, *précit.*, § 4 et 5.

⁶⁰ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

⁶¹ § 45. Voir : C.J.C.E., 27 juin 1991, *Menacarte*, Aff. C-348/89, *Rec.*, I-3277, § 39, 45 et 46.

⁶² § 48.

Elle indique d'une part, qu'« afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement [du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales] nécessite que le juge national soit libre 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 » (§ 52).

Elle ajoute, d'autre part, que si « le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit 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 et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union » (§ 53).

La QPC est ainsi conforme au droit de l'Union si elle n'empêche pas la saisine de la Cour de justice par le juge de droit commun aussi bien *avant* la transmission qu'*après* la décision de la juridiction constitutionnelle. La Cour de justice reprend ici l'interprétation du Conseil d'Etat, pas celle du Conseil constitutionnel qui n'envisageait que la saisine simultanée. Elle met ainsi en échec le caractère prioritaire de la QPC. Face à deux catégories de moyens dont l'un est tiré de la violation du droit de l'Union et l'autre de la méconnaissance de la Constitution, le juge doit, au nom du droit de l'Union, et contrairement aux prescriptions de l'ordonnance de 1958, être en mesure, en cas de doute sur l'interprétation ou la validité des normes de l'Union, de saisir la Cour de justice *avant* de transmettre la question de constitutionnalité. La QPC est conforme au droit de l'Union... à condition de ne pas être prioritaire si le juge estime devoir saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Pour le reste, et dans la lignée des éléments apportés par le Conseil constitutionnel, la QPC est conforme au droit de l'Union dès lors que le juge peut prendre des mesures provisoires permettant d'assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'Union, avant ou au moment de transmettre une question de constitutionnalité et, qu'après la décision du juge constitutionnel, il peut éventuellement laisser inappliquée la loi nationale jugée contraire au droit de l'Union.

Dans les affaires Melki et Abdeli, parce qu'elle ne dispose pas d'un tel pouvoir, la Cour de cassation considère qu'elle doit faire prévaloir la question de conformité au droit de l'Union sur celle de constitutionnalité, inversant ainsi l'ordre de priorité établi par l'ordonnance de 1958. Reprenant la position de la Cour de justice sur la seconde question préjudicielle qu'elle avait posée, constatant en substance l'incompatibilité avec le droit de l'Union de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale, la Cour renvoie au juge des libertés et de la détention le soin d'en tirer les conséquences et décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel. La priorité sera ainsi donnée par la Cour de cassation à la question de conformité au droit de l'Union

et, en cas de non-conformité, aucune QPC ne pourra être transmise... aussi longtemps que la Cour ne disposera pas des compétences lui permettant d'adopter des mesures provisoires. La Cour de cassation fait prévaloir le droit de l'Union sur le respect de la loi organique, le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité n'ayant pas de valeur constitutionnelle, même s'il permet, selon les termes du Conseil constitutionnel, « de garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁶³.

b) L'obligation d'écarter le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité pour les lois de transposition des directives

Le choix de la Cour de justice de développer une réponse spécifique pour les lois de transposition de directives quant à la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union n'a rien de contingent. Depuis la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de constitutionnalité indirect des directives à l'occasion de l'examen des lois internes qui en assurent la transposition. Il a été suivi sur le principe depuis 2008 par le Conseil d'Etat avec l'arrêt *Arcelor* à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'actes administratifs de transposition des mêmes directives. Ajoutons que la spécificité contentieuse des directives en France se manifeste encore par la compétence exceptionnelle du Conseil constitutionnel pour vérifier que la loi de transposition respecte bien la directive, ce qui suppose un examen préalable de la conformité de cette dernière à l'identité constitutionnelle de la France. Ces jurisprudences ne concernent que des situations contentieuses limitées en pratique et qui le sont d'autant plus que les conditions de leur mise en œuvre sont strictes. Elles n'en marquent pas moins une singularité contentieuse nationale forte des lois de transposition et des directives par rapport aux autres normes de l'Union en l'état de la jurisprudence actuelle, qui ne pouvait pas laisser la Cour de justice indifférente.

La Cour de Luxembourg réserve en effet une réponse spécifique aux lois nationales « dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ». Cette situation concerne une loi « transparente », c'est-à-dire dont le contenu est dicté par le droit de l'Union. Au-delà de la forme législative de l'acte, c'est bien le contenu de la directive et donc cette dernière qui est en question. L'expression de « dispositions impératives d'une directive » paraît plus adaptée que celle de dispositions « qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires à la transposition des dispositions inconditionnelles et précises » de directive, chère au Conseil constitutionnel⁶⁴, ou encore que celle, proche, de « dispositions inconditionnelles et précises » de directive utilisée par le Conseil d'Etat⁶⁵. Peu importe en effet les qualités prêtées aux énoncés des directives, il suffit que la loi ne fasse que reprendre les énoncés de la directive pour que la loi soit

⁶³ 595 DC, cons. 14.

⁶⁴ 496 DC, *précit.*, cons. 9.

⁶⁵ Voir sur cette question : « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2007, p. 585.

transparente et que le contrôle de la première aboutisse, en réalité, à un contrôle de la seconde. A propos de ces lois de transposition, la Cour précise que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité « ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive »⁶⁶. Elle vise de manière prospective le cas où une QPC porterait sur une disposition législative nécessaire à la transposition d'une directive ou reprenant le contenu d'une directive. Dans cette situation, on peut penser que la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 pourrait être transposée et adaptée à la QPC ; le juge constitutionnel limitant son contrôle aux seuls droits et libertés consacrés par la Constitution qui participent de l'identité constitutionnelle de la France. Face à une telle potentialité, la Cour de justice rappelle sa compétence exclusive pour censurer des actes de l'Union⁶⁷, remettant ainsi en cause à la fois l'éventuelle transposition de la jurisprudence de 2004 à la QPC et cette jurisprudence elle-même. Les fins juristes pourront toujours considérer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit, en cas de déclaration de non-conformité à l'identité constitutionnelle, non à la censure de la directive, qui est à l'origine de la contrariété, mais à celle de la loi nationale de transposition. Il n'y aurait donc pas d'invalidité de la directive prononcée directement par le Conseil constitutionnel. On peut en convenir, même si c'est bien la directive qui est à l'origine de la censure de la loi nationale. La position de la Cour de justice n'en est pas pour autant neutre.

La Cour poursuit d'ailleurs en envisageant de manière explicite la situation dans laquelle la loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive serait abrogée par le Conseil constitutionnel. Dans une telle situation, la Cour estime que les juridictions du fond seraient privées de la possibilité de la saisir afin qu'elle puisse apprécier la « validité »⁶⁸ de la directive au regard des mêmes motifs que ceux tirés du droit national et qui seraient relatifs aux exigences du droit primaire et « notamment », selon la Cour⁶⁹, aux droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Pour cette raison, la Cour adopte une solution empêchant que le Conseil constitutionnel puisse être saisi par la voie de la QPC d'une loi transposant les dispositions impératives d'une directive afin d'éviter que ce dernier soit en mesure d'apprécier la conformité de cette dernière avec la Constitution. Elle exige en effet, qu'*avant* que « le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport *aux mêmes motifs* mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, *en principe*, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette

⁶⁶ Rappelant ainsi sa jurisprudence *Foto-Frost* : C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, § 14.

⁶⁷ Les juges nationaux étant en revanche en mesure de constater la conformité du droit dérivé au droit primaire. Seule la censure du droit dérivé de l'Union est concentrée aux mains de la Cour de justice.

⁶⁸ Selon l'expression de la Cour. Précisons par ailleurs que dans cette contribution, les termes « compatibilité » et « conformité » sont utilisés comme synonymes.

⁶⁹ Vu que seuls les droits et libertés garantis par la Constitution sont invocables par le biais de la QPC, l'équivalent dans le droit de l'Union primaire sera *essentiellement* contenu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

directive »⁷⁰. La Cour réserve toutefois le cas où la juridiction ayant déclenché le contrôle incident de constitutionnalité la saisisait elle-même, explicitant de cette manière l'exception suggérée par la formule « en principe ». Lorsqu'une juridiction du fond est saisie d'une QPC portant sur une loi de transposition d'une directive, la saisine de la Cour de justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité n'est qu'une *possibilité*. Ce n'est que si le juge du fond ne saisit pas la Cour de justice et que la QPC est transmise à la juridiction suprême dont il relève (Conseil d'Etat ou Cour de cassation), ou si une telle QPC est soulevée pour la première fois devant la juridiction suprême, que cette dernière, et à défaut le Conseil constitutionnel si la QPC lui a été renvoyée, en tant que juridiction « dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours », sera dans l'*obligation* de saisir la Cour de justice.

La Cour ajoute que « l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause ». Cette précision a deux portées potentielles. Elle permet d'écarter d'éventuels arguments des juridictions suprêmes arguant des délais qui s'imposent à elles dans le cadre de la QPC pour ne pas saisir le Cour de justice de questions préjudicielles. Elle remet également directement en cause l'argument constamment avancé par le Conseil constitutionnel dans la jurisprudence reconnaissant sa compétence pour contrôler les lois au regard des dispositions de directives qu'elles ont pour objet de transposer, et en dernier lieu dans sa décision du 12 mai 2010 (cons. 18), sur son incapacité à pouvoir la saisir. La Cour de justice conclut sans appel que « s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci un caractère préalable ». La censure de la jurisprudence constitutionnelle française ne fait ici plus de doute.

La position de la Cour de justice est toutefois surprenante pour peu qu'elle soit confrontée à sa mise en œuvre pratique. Peut-être la Cour feint-elle d'ignorer les nuances de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les directives⁷¹ ? Pour la clarté de l'exposé, on doit préciser que les dispositions d'une loi « dont le contenu de limite à transposer les dispositions impératives d'une directive », sont les mêmes que celles que le Conseil constitutionnel qualifie de dispositions « qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive. Or, selon la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique* telle qu'elle a été précisée par la suite, seuls les règles et les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France leur sont opposables. Autrement dit, le Conseil constitutionnel n'exercera un contrôle sur ces lois que si elles méconnaissent de tels règles ou principes. Transposée à la QPC, cette exigence obligerait les requérants à invoquer contre la loi de transposition des droits ou libertés relevant de l'identité constitutionnelle de la France. Ces éléments rappelés, on doit constater que l'obligation de renvoi que la Cour de justice impose aux juridictions suprêmes n'est pas applicable

⁷⁰ Nous soulignons.

⁷¹ Avouons notre tendance à l'indulgence face à l'exotisme de la jurisprudence d'une juridiction que nous ne sommes pas familier à commenter...

en vertu de cette jurisprudence constitutionnelle. Selon la Cour, les juridictions suprêmes doivent lui renvoyer la question de la compatibilité de la loi transposant les dispositions impératives d'une directive si les motifs de constitutionnalité soulevés contre celle-ci ont leur équivalent au niveau du droit de l'Union primaire. Pourtant, seuls les moyens d'inconstitutionnalité tirée de l'identité constitutionnelle de la France sont invocables devant le juge constitutionnel. Deux situations sont envisageables. Soit les requérants respectent la jurisprudence du Conseil constitutionnel et soulèvent contre la loi de transposition des droits ou libertés qui relèvent de l'identité constitutionnelle et, par définition, il ne saurait y avoir d'équivalent dans le droit de l'Union et donc d'obligation de renvoi à la Cour de justice par la juridiction saisie au fond. Soit les requérants ne respectent pas, ou plus vraisemblablement ne connaissent pas, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et invoquent contre la loi de transposition n'importe quel droit ou liberté, la saisine du Conseil constitutionnel sera alors court-circuitée, et le caractère prioritaire écarté, par l'obligation de renvoyer à la Cour de justice l'appréciation de la validité de la loi transposée, et donc de la directive, au regard de droit ou liberté équivalents au niveau du droit de l'Union. Cette dernière situation correspond d'ailleurs à l'équilibre qu'a établi le Conseil constitutionnel dans la jurisprudence sur le contrôle de constitutionnalité des directives : au juge constitutionnel de veiller au respect de ce qui relève de l'identité constitutionnelle de la France, au juge de l'Union, sur renvoi des juridictions de droit commun, de garantir le respect des éléments composant la légalité de l'Union, qu'il s'agisse en particulier de la répartition des compétences ou des droits fondamentaux⁷². Ainsi interprété, l'arrêt de la Cour de justice ne règle pas de manière définitive toutes les questions que la QPC est susceptible de soulever face à des normes internes d'application du droit de l'Union.

Difficile de trouver plus bel exemple de dialogue des juges que celui entretenu, et susceptible de l'être encore, entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice sur la question de la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union. Ce dialogue est d'autant plus stimulant qu'il rappelle, certains commentaires ou réactions ont semblé parfois l'oublier, la vanité de la recherche d'une vérité en droit. Pas plus l'incompatibilité que la compatibilité de la QPC avec le droit de l'Union ne s'imposaient et les réponses parfois opposées, parfois conformes, ou parfois encore nuancées témoignent incontestablement de la relativité des interprétations quels que soient la sagesse, l'aura, le niveau et/ou la notoriété de la juridiction qui se prononce. Ces divergences de vues n'appellent pas l'opprobre, mais l'éclairage de la dogmatique juridique sur leur cohérence, leurs implications, leurs risques, leurs qualités et leurs défauts. Et tant pis pour les croisades !

Xavier Magnon

Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole

⁷² 496 DC, cons. 7 (même si, dans cette décision, il n'était pas encore question d'« identité constitutionnelle »).