

Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité

Bertrand de Lamy

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Le dialogue des juges n'est-il pas apparu avec les juges eux-mêmes puisque juger c'est « dire »? La préparation du jugement ne pousse t-elle pas le juge à un dialogue intérieur comme l'explique un auteur – ayant qualité de juge – titrant un article « le dialogue du juge avec lui-même »¹? Un arrêt de cassation avec renvoi, l'éventuelle résistance des juges du fond à la Haute juridiction ne relèvent-ils pas d'un dialogue des juges? Plus encore, lorsqu'une question est envoyée à une chambre mixte ou que se réunit le Tribunal des conflits, il y aurait là des formations de jugement dédiées au dialogue. Cependant, ces différentes situations n'ont jamais été désignées comme des figures du dialogue des juges et l'expression, une fois répandue, n'est pas employée pour désigner ces hypothèses.

L'expression est apparue, dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, peut-être parce que le mot « dialogue » a pris à cette période là une autre acception². Tout d'abord utilisé en philosophie, en particulier par Platon et Aristote, à propos des entretiens philosophiques, le terme ne passe dans le français usuel qu'au XVI^{ème} siècle avec le sens d' « entretien entre deux ou plusieurs personnes » et s'emploie spécialement pour l'échange verbal des personnages de théâtre, pour s'étendre par la suite à ceux du cinéma, de la radio et de la télévision. Au XX^{ème} siècle, enfin, « il a développé le sens de "discussion, négociation", dans le vocabulaire politique et syndical », on parlera ainsi de dialogue social. Le dialogue serait l'exutoire de tensions détournées ainsi de l'affrontement.

Le dialogue des juges ne saurait être théâtral ; est-il donc politique ?

¹ J-P Costa, *Le dialogue du juge avec lui-même*, in *Le dialogue des juges*, Mélanges B Genevois, Dalloz 2009, p 195.

² Dictionnaire historique de la langue française, sous la direction de A Rey, Le Robert.

L'expression est née pour paradoxalement désigner le phénomène de confrontation des juges qui ne parlent pas la même langue juridique et qui n'ont donc pas le trait d'union indispensable au dialogue. Nul besoin de dialogue au sein d'un même ordre juridique dont la cohérence est assurée par des rapports d'autorité, dont les contradictions sont effacées par des institutions qui, au final, assurent l'unité de l'interprétation du droit.

L'expression est inventée lorsque les ordres juridiques se multiplient, chacun doté de son juge. Les normes se croisent, se choquent, se superposent, s'enchevêtrent, chaque juge voulant sauver le système qui l'a institué, puis, affirmer sa place, tout en tâchant de ne pas accentuer la complexité juridique.

Le dialogue des juges serait donc la résultante de la multiplication des normes, de la diversification des juridictions nationales et européennes, de l'existence de sujets communs entre ces acteurs et de l'obligation de cohérence jurisprudentielle³.

La paternité de l'expression –qui connaît un succès considérable parce qu'elle est aussi rassurante qu'indéfinie – est attribuée à Bruno Genevois, dont les *Mélanges* s'intitulent précisément « le dialogue des juges »⁴. Dans ses conclusions à propos de l'arrêt Cohn-Bendit, rendu par le Conseil d'Etat le 22 décembre 1978⁵, le commissaire du Gouvernement, tout en invitant à adopter une solution différente de celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la portée des directives, conclut que « il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ». Cet arrêt est tout à fait représentatif : l'expression se fait jour dans le contexte de confrontation des normes internes et européennes, le juge administratif marquant ses distances à l'égard de la jurisprudence de Luxembourg. Dialoguer ne signifierait pas être forcément du même avis...

³ Voir R de Gouttes, *Le dialogue des juges*, colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, hors série 2009.

⁴ *Le dialogue des juges* ; Mélanges B Genevois, Dalloz, 2009.

⁵ CE, Ass, 22 décembre 1978, concl B Genevois, note B Pacteau, D 1979, Jurispr p 155, spéc p 161.

Le formidable développement de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, de la Cour Européenne des Droits de l'homme, puis du Conseil constitutionnel, via sa juridictionnalisation par la procédure de QPC, allait assurer la prospérité de l'expression⁶ puisque les normes dont chacun est le gardien naturel entrent dans la sphère des autres juges. Ceci est particulièrement vrai pour les normes européennes issues de l'Union ou de Strasbourg puisqu'elles se rencontrent entre elles et s'imposent aux juges internes. Le dialogue consisterait, pour un juge, à prendre acte de la position du juge d'un autre système juridique sur un même point de droit, à lui poser une question à ce propos lorsqu'un tel mécanisme consultatif existe, à reprendre dans sa motivation, non seulement, une solution mais même une expression ou une phraséologie. Bref, le juge sortirait de son isolement, non pour échanger avec ses semblables, mais pour échanger avec des juges d'un autre système juridique.

Ce dialogue n'est ni spontané, ni enthousiaste, il est contraint par l'évolution des systèmes juridiques qui amène des juges d'horizons différents à intervenir sur la même question ou à appliquer la même norme, en particulier les normes européennes. Mais ce dialogue est-il bien réel ? les échanges sont-ils constructifs et équilibrés ? ou ce soit disant « dialogue des juges » n'est-il qu'une expression postiche ?⁷

Si le terme de « dialogue » fait penser à un échange constructif, une ouverture, une évolution, il évoque également un besoin d'apaisement. En effet, les tensions révélées par le soit disant dialogue sont les symptômes d'une phase de transition dans laquelle les normes – et leur juge naturel – cherchent leur place respective. La coexistence des juges devient une concurrence puisque les espaces juridiques se superposent plus qu'ils se juxtaposent. Ces évolutions font un peu penser aux plaques tectoniques qui glissent, voire dérivent, et dont les chocs provoquent des

⁶ Pour une présentation des arguments des partisans et des opposants du dialogue des juges, voir : J Allard et Laura Van Den Eynde, *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit, arguments entre idéalisation et scepticisme*, in Les sources du droit revisitées, vol 3 : normativités concurrentes, Anthémis, 2013, p 285.

⁷ Postiche pris en tant qu'adjectif et au sens vieilli de « qui n'a que l'apparence de quelque chose », atilf.fr

séismes, en l'occurrence, juridiques. Ce que l'on appelle « dialogue des juges » n'est-il pas, en réalité, qu'une expression postiche générée par la tectonique des systèmes juridiques (I).

Quant au justiciable, passablement oublié dans ce qui est qualifié de « dialogue », la protection de ses droits sort-elle renforcée ? Rien n'est moins sûr lorsque l'on constate que les conflits, maquillés en dialogues, trouvent une issue dans une théorie de l'équivalence des garanties entre les droits en concours. Comme si les proclamations des droits fondamentaux se valaient dans une sorte de mise en balance où l'équilibre serait un « à peu près » ; ce que l'on pourrait appeler, plus familièrement, une théorie du « kif-kif » (II).

I- Le « dialogue des juges », une expression postiche

L'expression de « dialogue des juges », pour habituelle qu'elle soit devenue en doctrine, ne fait son entrée – en tant que telle – ni dans le Dictionnaire de la Justice⁸, ni dans celui de la culture juridique⁹ relevant, finalement, davantage de la mode, dont tout langage est sujet, que de la terminologie juridique.

L'expression de « dialogue des juges » est issue du formidable développement des normes internationales ainsi qu'européennes et de leurs confrontations avec le droit interne. Elle est, par conséquent, engendrée par le conflit de normes. Le dialogue serait rendu nécessaire par la tectonique des systèmes juridiques entendu comme les déformations subies par les systèmes en raison de leurs heurts.

Sans aucune prétention d'exhaustivité, on peut simplement broser quelques-unes de ces situations conflictuelles témoignant des limites, voire de l'inexistence, d'un véritable dialogue.

⁸ Dictionnaire de la Justice sous la direction de L Cadiet, PUF 2004.

⁹ Dictionnaire de la Culture juridique, sous la direction de D Alland et S Rials, Lamy-PUF, 2003.

On se souvient que dans son célèbre arrêt *Costa*¹⁰, la Cour de Justice des Communautés Européennes différenciat le droit dont on lui confiait la garde, des traités internationaux ordinaires, considérant que le traité CEE « *a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité qui s'impose à leurs juridictions* ». Le Conseil constitutionnel¹¹, soucieux de promouvoir la norme qui l'a instauré, rappelle pour sa part, en citant l'article 88-1 de la Constitution¹², que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ». Quant à la Cour de cassation¹³, elle reconnaîtra, également, dans son arrêt Jacques Vabres, que le traité du 25 mars 1957 institue « *un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres* », ce qui lui permet de conclure que cet ordre juridique est directement applicable aux ressortissants des Etats et s'impose à leurs juridictions. Elle se livre alors au contrôle de conventionnalité que le Conseil constitutionnel, dans sa célèbre décision du 15 janvier 1975¹⁴, n'a pas souhaité lui-même exercer ; elle sera rejointe 14 ans plus tard par le Conseil d'Etat¹⁵ dont le goût, ou en tout cas l'engouement, pour le dialogue n'est décidemment pas d'une totale évidence. La présence de la même expression – « ordre juridique intégré », dans chacune des décisions, pour qualifier le droit de l'Union est-elle l'expression du dialogue des juges ? Elle est plutôt, nous semble-t-il, l'illustration de cette intégration européenne à laquelle tous les juges sont confrontés, chacun essayant de tirer de cette réalité juridique un moyen d'asseoir son existence. Le Conseil constitutionnel maintient sa pyramide normative contre vents et marées européens¹⁶ et la Cour de cassation saisit l'opportunité du contrôle de conventionnalité pour examiner la loi,

¹⁰ CJCE 15 juillet 1964

¹¹ Conseil constitutionnel 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cons n° 11. C'est nous qui soulignons.

¹² Dans sa rédaction d'alors, cette disposition posait que « La République participe aux communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Restait à considérer qu'une telle disposition est bien normative...

¹³ C Cass, ch mixte, 24 mai 1975.

¹⁴ Conseil constitutionnel 15 janv 1975 n° 74-54 DC.

¹⁵ CE 20 octobre 1989, Nicolo.

¹⁶ C constit 19 nov 2004, *op cit*, cons n° 10 : « Considérant, en particulier, que n'appelle pas de remarque de constitutionnalité la dénomination de ce nouveau traité ; qu'en effet, il résulte notamment de son article I-5, relatif aux relations entre l'Union et les Etats membres, que cette dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».

alors qu'elle avait été créée « Tribunal de cassation auprès du Corps législatif ». C'est en effet là, un point commun aux différents juges dialogueurs : leurs échanges les émancipent de la Loi puisque attirés sur le terrain du droit de l'Union ou celui de la Cour européenne des droits de l'Homme, la loi interne n'est rien ou n'est qu'un simple objet de contrôle.

Plus encore, la Cour européenne des droits de l'homme n'a aucune hésitation à renverser la Loi constitutionnelle nationale,¹⁷ proclamant que « *elle ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la juridiction des Etats membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur juridiction – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits Etats répondent de leur respect à la Convention. Aussi l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles ou simplement législatives* ». La Cour de Justice de l'Union avait fait de même : « *l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire d'un Etat* »¹⁸. Solutions qui évoquent le phénomène tectonique de subduction¹⁹ ou une plaque s'incurve et passe sous l'autre.

On ne voit pas très bien où est le « dialogue », ni sa possibilité même dans ses solutions ?

Le soit-disant dialogue n'est donc pas le fruit d'une harmonie, mais d'un heurt ; la montée en puissance des juges européens obligeant les juges internes à acquiescer allant jusqu'à reconnaître une autorité de la chose interprétée aux décisions européennes. Cette autorité peut se définir comme « *l'autorité de l'interprétation des dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique par la juridiction habilitée à*

¹⁷ Cour EDH, 30 janv 1998, Parti communiste unifié de Turquie contre la Turquie.

¹⁸ CJCE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH.

¹⁹ Littéralement : « conduire sous ».

donner l'interprétation authentique de cette norme »²⁰. Par exemple, le Conseil d'Etat²¹ a utilisé cette expression à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne et l'on sait la valeur que le juge de Strasbourg accorde à ses propres arrêts auxquels il se réfère. Curieux dialogue donc que celui consistant pour l'un à affirmer son interprétation et pour l'autre à la suivre. Cet échange unilatéral étant accentué par l'instauration de questions préjudicielles.

Comme le résume parfaitement un auteur : « *ce dialogue des juges recèle en lui le germe d'une conception sinon nouvelle, du moins différente, du droit et de la justice* »²².

Si la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont respectivement exercé, puis fini par exercer, le contrôle de conventionnalité répondant ainsi à la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 15 janvier 1975²³. Ce dernier n'avait certainement pas anticipé qu'il pourrait faire les frais de ce partage de contrôle de la loi.

En effet, le droit conventionnel peut diverger des conceptions constitutionnelles. C'est ainsi que la chambre criminelle « dialoguera » avec la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 15 décembre 2010²⁴ pour dire que le Ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3 de la Convention, reprenant la position du juge de Strasbourg²⁵ et isolant le Conseil constitutionnel dans sa conception unitaire de l'autorité judiciaire composée²⁶, d'après lui des magistrats du siège comme du parquet. Les déformations juridiques se produisent donc au sein de l'ordre interne même.

²⁰ J. Andriantsimbazovina, *L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges*, Mélanges B Genevois, *op cit*, p 11 et spéc. p 14.

²¹ CE 16 mars 2005, n° 268718.

²² B Frydman, *Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*, www.philodroit.be

²³ Conseil constit 15 janv 1975, *op cit*.

²⁴ Cass crim 15 déc 2010, Bull n° 207. Voir quelques semaines auparavant: Cour EDH 23 nov 2010, Moulin/France.

²⁵ Pour l'affirmation selon laquelle le Ministère public ne saurait être qualifié d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3 de la Convention européenne : par exemple, Cour EDH, 23 nov 2010, Moulin/France, § 55 et s.

²⁶ Conseil constit 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, cons n° 26.

Ces croisements normatifs sont toujours plus complexes. La Cour de Justice de l'Union Européenne peut condamner un Etat pour manquement dans son obligation de transposition d'une directive, mais la Cour européenne des droits de l'homme peut connaître d'une requête invoquant que ladite loi de transposition est contraire à un droit fondamental. Les Etats européens peuvent donc être pris entre le marteau et l'enclume et les juges nationaux de proclamer la supériorité de la Constitution seulement dans « l'ordre interne »²⁷ reconnaissant ainsi la limite géographique de leur décision dans un monde juridique abattant, lui aussi, les frontières.

Des tensions peuvent, aujourd'hui, apparaître dans l'ordre interne, sans être causées par le droit international ou européen, lorsque le Conseil constitutionnel, se juridictionnalisant grâce au contrôle *a posteriori*²⁸, tend à vouloir imposer ses positions aux juges. Apparaît alors le même type de rapport de force qu'avec les juges européens. La mise en place de la Question Prioritaire de Constitutionnalité, que les juges ne peuvent soulever d'office, a reçu un accueil plutôt frais de la Cour de cassation qui, dans son rôle de filtre, a entendu protéger du regard constitutionnel ses constructions jurisprudentielles²⁹. Et le Conseil de réagir, non en dialoguant, mais en s'adressant au justiciable : « Tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »³⁰.

Le mécanisme de QPC fit même l'objet, de la part de la Cour de cassation, d'une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne³¹ montrant que le dialogue des uns entend se faire au détriment des autres. Ou lorsque le soit disant dialogue tourne à la cacophonie...

²⁷ Conseil d'Etat 30 oct 1998, Sarran ; C cass Ass Plén 2 juin 2000, Fraisse.

²⁸ W Mastor, *La QPC au Coeur du dialogue – conflit ?- des juges* ; in *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité* sous la direction de X Magnon, X Bioy, W Mastor et S Mouton, Bruylant 2013, p 143.

²⁹ Cass crim 11 juin 2010, n° 09-87884

³⁰ Conseil constit 6 oct 2010, n° 2010-39 QPC, cons n° 2.

³¹ CJUE 22 juin 2010, aff C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli.

Certes, des techniques semblent privilégier le dialogue des juges, telle la question préjudicielle mais, comme déjà souligné, l'échange est à sens unique et la multiplication de ces mécanismes peut poser, également, des problèmes d'articulation. Ainsi le protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme - baptisé « protocole de dialogue » par le président de la Cour européenne³² - entend créer une QPC entendue, ici, comme une ...« Question Principale de Conventionnalité », laquelle pourrait se combiner avec la QPC, entendue là comme Question Prioritaire de Constitutionnalité³³. Ce nouveau mécanisme, relevant des « plus hautes juridictions nationales », pourrait être mis en œuvre par le Conseil constitutionnel afin de poser « *une question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles* »³⁴. Totalement facultatif, il pourrait, notamment, permettre au Conseil d'interroger la Cour européenne sur l'équivalence entre une disposition conventionnelle et un principe constitutionnel. L'équivalence des droits fondamentaux se présente, en effet, comme l'une des principales clés de l'apaisement et de l'harmonie du soit disant « dialogue des juges ». Encore que la qualification de théorie du « kif-kif » rendrait peut être mieux compte du caractère, nous semble t-il, très compréhensif voire flou, de la théorie.

II- Le « dialogue des juges » apaisé par la théorie du « kif-kif »

Si le « dialogue des juges » est une expression vide de réalité dissimulant des situations de conflits de normes et de rivalités de juges, celle d' « équivalence des garanties », qui fait également florès, est tout aussi diplomatique pour ne pas dire jésuistique.

³² D Dimon, *Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ?* Europe, 2014, repère 1.

³³ Voir l'étude de F Sudre, *De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH*, JCP G 2014, n° 1027.

³⁴ Art 1§ 1 du Protocole 16.

La théorie de l'équivalence des garanties est, en effet elle-aussi, moins une réalité juridique qu'une formule de politesse à la mode utilisée par les juges dans le dessein d'apaisement des frictions des systèmes juridiques. Peut-être cette théorie, née d'un compromis, est-elle la seule issue à des situations inextricables mais ce n'est pas une raison suffisante pour la considérer comme la panacée. Il s'agit, alors que l'imbrication normative pousse un juge à examiner la conformité d'une norme dont il n'est pas juge naturel, de reconnaître au système juridique d'où est issue la norme en question un degré de garantie des droits fondamentaux « équivalent » à celui que fait respecter ledit juge ce qui permet de présumer que la norme est conforme à l'ensemble des droits fondamentaux quel que soit leur origine.

Il y aurait un parallélisme des droits fondamentaux entre les ordres juridiques selon les juges eux-mêmes. Ainsi un juge reconnaît la légitimité d'un autre ordre juridique que celui qui l'a institué juge en, lui accordant un degré de protection des droits fondamentaux semblable à celui qu'il met habituellement en œuvre. Cette équivalence des garanties serait ce qui unit ces juges ; le respect des droits fondamentaux serait leur langue commune permettant une confiance réciproque³⁵.

Le Conseil d'Etat met, en œuvre cette théorie dans son arrêt *Arcelor* se livrant à un impressionnant exercice de jonglage.

La Haute juridiction administrative est saisie d'une demande d'annulation d'un décret transposant une directive européenne au motif que ce décret méconnaîtrait des dispositions constitutionnelles³⁶. Un tel contrôle reviendrait à porter une

³⁵ Voir F-X Millet, *Réflexion sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux*, RFDA 2012, p 307.

³⁶ CE 8 février 2007, *Arcelor* : « Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, " les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle ; qu'en égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles " la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ", dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles ; qu'alors, si le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté, il appartient au juge

appréciation constitutionnelle sur la directive ce qui irait à l'encontre de la position du Conseil constitutionnel qui voit dans la transposition des directives une obligation découlant de l'article 88-1 de la Constitution³⁷. Pour le Conseil d'Etat lorsque sont transposées des dispositions « *claires et inconditionnelles* », il appartient au juge administratif « *saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garanti par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* »³⁸.

Si une telle équivalence existe « *il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire* »³⁹. Le Conseil, selon qu'il conclut ou non à la conformité, écartera le moyen ou saisira la CJUE d'une question préjudicielle.

Si une telle équivalence n'existe pas entre principes constitutionnels et principes du droit de l'Union, le juge administratif examinera directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées.

administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garanti par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écartier le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

³⁷ Article 88-1 : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. »

³⁸ Conseil d'Etat, 8 fév 2007, *op cit.*

³⁹ *Idem.*

L'équivalence des garanties permet un changement de la norme de contrôle qui de constitutionnelle devient européenne. Drôle d'équivalence que cet inter-changeabilité à sens unique qui joue au profit du seul droit de l'Union.

Le Conseil d'Etat dialoguerait donc ici, à la fois, avec le Conseil constitutionnel s'inscrivant dans le sillage de sa jurisprudence qui dote le droit de l'Union d'un statut particulier et avec la Cour de Justice de l'Union Européenne dont la jurisprudence se voit reconnaître la compétence de garantir des droits fondamentaux.

La même juridiction, dans un arrêt du 10 avril 2008⁴⁰, connaissant de la question de la compatibilité avec des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une loi transposant une directive européenne, conclut à nouveau à une équivalence des garanties entre les deux systèmes européens. Affirmant que « *dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire.* »

Les solutions montrent que la diversité normative est hermétique à l'idée d'une présentation hiérarchique mais répond plutôt à une articulation ou, comme ici, une distribution. « *Le juge n'est plus là pour faire primer une norme sur une autre mais pour jouer un rôle "d'aiguilleur" en orientant la norme objet du contrôle vers la norme de référence adéquat* »⁴¹. On place donc sur le même niveau des libertés essentielles d'origine différente selon une théorie du « kif-kif » dont on peut se demander si elle est convaincante pour la logique juridique ainsi que pour la protection des droits fondamentaux, un droit équivalent n'étant pas un droit identique. Le droit jugé équivalent étant toujours celui de l'Union européenne...

⁴⁰ Conseil d'Etat 10 avril 2008, Conseil National des Barreaux et autres : « Considérant, en second lieu, que lorsque est invoqué devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et protégé en tant que principe général du droit communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive ; que si tel est le cas, le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive elle-même décrite ci-dessus ».

⁴¹ P Deumier, Introduction générale au droit, 2^{ème} éd, LGDJ, 2013, n° 332.

Il est vrai que la Cour de justice garantit les droits fondamentaux en les intégrant au sein des principes généraux du droit de l'Union dont elle assure le respect⁴², trouvant inspiration, à la fois, dans la tradition constitutionnelle des Etats et dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. En prenant tout de même soin de préciser que la sauvegarde des droits fondamentaux, « *doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la communauté* »⁴³. La finalité humanitaire est donc contrainte par les exigences communautaires. Que reste-t-il donc de fondamental à ce droit ?

Le juge de Strasbourg initialement spécialisé dans cette tâche de définition et de protection des droits fondamentaux a pris acte de ce pas en avant de l'Union Européenne et a, lui aussi, adhéré à la théorie de l'équivalence des garanties dans un but d'apaisement des relations, évitant aux Etats de se trouver pris en tenaille : la Cour de Justice sanctionnant les manquements au droit de l'Union tandis que la Cour européenne réprimande les entorses aux droits fondamentaux, même s'ils sont dûs à une transposition du droit communautaire.

Dans son arrêt *Bosphorus Airways/Irlande* la Cour de Strasbourg reconnaît l'attention que le droit de l'Union et la Cour de Justice portent aux droits fondamentaux⁴⁴. Elle décide alors que si l'Etat demeure « *entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques* », en revanche les mesures étatiques sont justifiées lorsqu'elles viennent strictement en exécution des obligations de l'Union dès lors qu' « *il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention* ».

⁴² CJCE 17 déc 1970, *op cit* : « l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire d'un Etat »

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Cour EDH30 juin 2005, *Bosphorus Airways/Irlande* ; dans le même sens 21 janvier 2011, *MSS/Belgique et Grèce*.

Et le juge européen des droits de l'homme d'expliquer que « *par "équivalente", la Cour entend "comparable" : toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi. Toutefois, un constat de "protection équivalente" de ce type ne saurait être définitif : il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux* ». Voilà qui se passe de longs commentaires : l'équivalence serait approximative et temporaire... ce qui manifeste une sécurité juridique aléatoire et une confiance relative.

La position de la Cour européenne est d'autant plus étonnante que le droit de requête individuelle qui a fait son succès, pour assurer que les droits fondamentaux ne soient pas théoriques et abstraits, n'a pas d'équivalent précisément devant la CJUE.

Cette dernière juridiction recourt également au critère de l'équivalence pour faciliter l'application des mécanismes européens de coopération. Saisie de la question de savoir si le respect des droits fondamentaux peut faire obstacle à l'application du mandat d'arrêt européen alors que la décision-cadre ne prévoit pas pareille limitation, elle considère que les Etats membres offrent une protection équivalente des droits fondamentaux répondant que « *le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondé le système du mandat d'arrêt européen repose lui-même sur la confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte, de sorte que c'est donc dans l'ordre juridique de l'État membre d'émission que les personnes faisant objet d'un mandat d'arrêt européen pourront exploiter les éventuelles voies de recours permettant de contester la légalité de la procédure pénale de poursuite ou d'exécution de la peine ou de la mesure de sûreté privatives de liberté, ou encore de la procédure pénale au fond ayant abouti à cette peine ou mesure* »⁴⁵. L'auteur de cette question préjudicielle était le Conseil

⁴⁵ CJUE, 30 mai 2013, C-168/13, Jeremy F/ Premier Ministre, § 50. Voir P Beauvais : RTDEur 2013, p 812.

constitutionnel français, se mettant lui aussi, pour la première fois, au dialogue avec le juge européen.

Le Conseil a peut-être été encouragé au dialogue par la lettre de l'article 53 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Selon cette disposition : « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* »⁴⁶. Mais la Cour de Justice n'entend pas accepter le blocage du droit européen par le droit interne fut-il constitutionnel, disant clairement que « *Il est, en effet, de jurisprudence bien établie qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union, le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État* »⁴⁷. Parler de dialogue des juges à propos des rapports avec les juges européens laisse pour le moins perplexe... le dialogue n'est ici ni équilibré, ni même démonstratif, la Cour de Justice procédant seulement par affirmation.

Il y aurait donc une équivalence de protection des droits fondamentaux entre le droit constitutionnel interne et le droit de l'Union Européenne, entre le droit de l'Union Européenne et celui de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'entre les droits internes des différents Etats membres de l'Union Européenne. Mais l'équivalence des garanties ne confère absolument pas la sécurité que le système le plus protecteur l'emportera. L'équivalence, appréciée dans la seule substance du droit fondamental, ignore les nuances qui dessinent pourtant son périmètre exact. L'ordre juridique dans lequel prend racine un droit fondamental imprime à celui-ci une teneur, une conception singulière. Par exemple, la légalité

⁴⁶ C'est nous qui soulignons.

⁴⁷ CJUE 26 février 2013, C 399/11, Melloni, § 59. Voir le commentaire très éclairant de P Beauvais, *op cit*.
Déjà : CJCE 17 décembre 1970, *op cit*.

pénale conçue formellement dans l'ordre interne parce que la loi est l'expression de la volonté générale⁴⁸, prend une allure matérielle dans sa version européenne préoccupée seulement de prévisibilité et d'accessibilité de la norme dans une approche individualiste. Les droits de la défense liés à la mise en œuvre d'une mesure de contrainte dans la jurisprudence constitutionnelle, sont dépendants d'une accusation dans la jurisprudence de Strasbourg. La liberté de la presse protégée sans restriction, par la Cour européenne, lorsque le propos concerne un sujet d'intérêt général, notion aussi englobante qu'indéfinissable, trouve une limite dans l'abus commis dans son exercice si on revient aux conceptions équilibrées de la Déclaration de 1789⁴⁹.

Les mêmes droits fondamentaux ne sont donc ni conçus ni patinés de la même façon par les différents juges. Ces écarts de périmètres des mêmes droits, se conjuguent avec les différences de procédures destinées à les garantir : l'accès direct au juge, la possibilité de demander la suspension d'ingérence dans l'exercice des libertés ou encore la répercussion de la décision du juge sur la situation de l'individu sont d'autres dissemblances qui laissent perplexe lorsqu'on parle d'« équivalence » des garanties.

Le cadre juridique d'application ainsi que la procédure de mise en œuvre sont autant d'éléments agissant sur l'interprète. On peut employer les mêmes mots sans leur conférer la même charge. Ainsi, l'affirmation nationale d'une liberté est issue d'un héritage historique et culturel, elle prend en compte le besoin de cohérence de l'ordre interne et la nécessité de respecter l'ordre public. La garantie offerte par la Cour européenne des droits de l'homme fait une part à l'analyse comparée, puisqu'elle pilote 47 systèmes juridiques, elle s'intéresse peu ou pas à l'ordre public se focalisant davantage sur la requête qui lui est soumise conférant immédiatement une dimension individuelle au droit fondamental invoqué. Quant à la Cour de Justice de l'Union Européenne, la moins acclimatée aux droits fondamentaux, elle est préoccupée qu'ils ne soient pas des freins aux objectifs de l'Union au sein desquels ils ne s'insèrent pas naturellement semble-t-il.

⁴⁸ Art 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

⁴⁹ Art 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et di Citoyen de 1789.

Au final, « l'équivalence des garanties » joue, paradoxalement et principalement, au seul profit du droit de l'Union: c'est parce que le système de l'Union offrirait, nous dit-on, des garanties comparables à celles proclamées par la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi qu'à celles affirmées par le Conseil constitutionnel qu'il peut jouer un rôle principal prenant l'ascendant sur les autres systèmes de protection qui retrouvent un rôle actif seulement en l'absence d'équivalence. En d'autres mots, « l'équivalence des garanties » fait des autres systèmes que celui, pourtant très vert, de l'Union des modes subsidiaires de protection des droits fondamentaux.

Le Conseil constitutionnel avait bien tenté de conserver un premier rôle en disant « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »⁵⁰. Mais cette affirmation est restée isolée dans le grand mouvement d'accueil au droit de l'Union...

Le « dialogue des juges » ? N'est-ce pas simplement une façon policée de dire, dans un contexte juridique tourbillonnant, la prétention hégémonique de certains juges et la difficulté à exister des autres ?

⁵⁰ Conseil constitutionnel 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons n° 19.