



HAL
open science

La concurrence entre la constitutionnalité et la conventionnalité devant la Cour de cassation : la priorité de la question ne résout pas toutes les questions

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. La concurrence entre la constitutionnalité et la conventionnalité devant la Cour de cassation : la priorité de la question ne résout pas toutes les questions. La Cour de cassation et la Constitution. Perspectives nouvelles, 2014, Paris, France. hal-01725364

HAL Id: hal-01725364

<https://hal.science/hal-01725364>

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La concurrence entre la constitutionnalité et la conventionnalité devant la Cour de cassation : la priorité de la question ne résout pas toutes les questions

Qu'il s'agisse de la Constitution, des conventions internationales ou de la rencontre des deux, la Cour de cassation a rendu de « grands arrêts », au sens où la doctrine utilise cette expression de manière intuitive et naturelle. Ces grands arrêts ont d'ailleurs dépassé le cercle des seuls privatistes pour être des « grands arrêts de la jurisprudence française ». Ils sont d'autant plus remarquables qu'ils empruntent des voies singulières ou innovantes. Quatre noms pour quatre arrêts et trois affaires suffisent pour situer le cadre de l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de cassation sur le sujet qui nous occupe : *Société des cafés Jacques Vabres*, *Maïsserie de la Méditerranée* et *Melki et Abdeli*. Ces arrêts, auxquels il faudrait sans doute ajouter l'arrêt *Pauline Fraisse*, traduisent une sensibilité particulière de la Cour de cassation, une culture juridique significative, caractérisées par une volonté forte de respecter autant la Constitution que le droit de l'Union européenne¹.

Aucun étudiant ne peut achever aujourd'hui son cycle universitaire sans que n'ait été évoqué devant lui, chaque année, voire plusieurs fois par an², l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*. Par cet arrêt, rendu le 24 mai 1975, quelques mois seulement³ après la toute aussi célèbre décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975⁴, la chambre mixte de la Cour de cassation ouvre son office aux conventions internationales en général et à ce qui était alors le droit communautaire en particulier, en acceptant d'écarter dans un litige une loi contraire à un engagement international qui lui était postérieur. Dans ses conclusions sur l'arrêt, le procureur général Touffait suggérait à la Cour de cassation de ne pas fonder la reconnaissance de cette nouvelle compétence sur l'article 55 de la Constitution, mais « sur la nature même de l'ordre juridique institué par le traité de Rome ». Il estimait qu'une motivation établie à partir de l'article 55 « laisserait admettre que c'est de notre Constitution et d'elle seulement que dépend le rang du droit communautaire dans notre ordre juridique interne »⁵. La Cour de cassation ne suivra qu'en partie le Procureur général dans sa proposition, aujourd'hui encore considérée comme audacieuse, voire comme hérétique, et se référera à la fois à l'article 55 de la Constitution et à la spécificité de l'ordre juridique communautaire pour accepter de sanctionner la primauté des traités sur les lois⁶. L'ouverture de

¹ La mention de ces arrêts et de leur importance ne participent donc en rien d'un discours agiographique prononcé dans un colloque sur la Cour de cassation qui se tient 5, Rue du Quai de l'horloge à Paris.

² Etonnons-nous cependant que l'étudiant devenu avocat n'use pas plus de cette voie de droit à son profit pour écarter l'application de la loi dans un litige.

³ Faut-il ici rappeler que le juge administratif attendra 24 ans avant de se ranger à la même solution... C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190.

⁴ C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*, *Rec.*, p. 19.

⁵ Conclusions de M. le Procureur général TOUFFAIT sur Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre »*, *Dalloz*, *Jurisprudence*, 1975, p. 497 et s., spécifiquement p. 504.

⁶ La Cour affirme alors que « le traité du 25 mars 1957 [Traité instituant la Communauté économique européenne], qui, en vertu de l'article [55] de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres, qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique au'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leur juridiction » (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des*

la Cour de cassation à ce qui était le droit communautaire présente une dimension symbolique d'autant plus forte qu'elle s'accompagnait de la reconnaissance de sa spécificité.

L'arrêt de la chambre sociale du 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c. Mme Roth*⁷, est également significatif, tout en étant plus discret sans doute, du moins en dehors du cercle des constitutionnaliste ou des travaillistes. Dans cet arrêt, la Cour soutient « que l'affirmation solennelle par les Constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels, ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit ». Si, en l'espèce, les conséquences au fond de cette affirmation sont limitées⁸, la Cour n'en applique pas moins de manière directe la Constitution, et plus précisément son Préambule, sans qu'une loi ne soit venue la concrétiser et, ce, dans un litige entre personnes privées, s'inscrivant de la sorte dans une logique d'application des droits fondamentaux selon une dimension horizontale. La portée est double et relativement inédite : une application directe de la Constitution dans un litige entre personnes privées.

Au moment de la (première) rencontre inévitable entre la Constitution et les traités internationaux au contentieux, consécutive au choix du pouvoir de révision constitutionnelle d'introduire une question préjudicielle de constitutionnalité et à celui du législateur organique de donner à cette question un caractère prioritaire par rapport à la question de conventionnalité⁹, la Cour de cassation a encore marqué les esprits avec les arrêts *Melki* et *Abdeli* rendus le 16 avril 2010¹⁰. Elle s'est ainsi placée du côté de la conventionnalité et, plus précisément, du droit de l'Union européenne en interrogeant la Cour de justice de l'Union européenne pour savoir si cette priorité d'examen du moyen de constitutionnalité sur le moyen de conventionnalité était compatible avec le droit de l'Union. Peu importe ici la réponse du juge de Luxembourg. Dès les deux premiers arrêts rendus en matière de QPC, la Cour de cassation a montré que l'affirmation du caractère prioritaire de la question préjudicielle de constitutionnalité ne réglait pas toutes les questions et, en premier lieu, celle de sa compatibilité avec le droit de l'Union. Le projet de loi organique d'application de l'article 61-1 de la Constitution avait d'ailleurs réservé le caractère prioritaire au nom du respect des « exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ». Cette précaution disparaîtra au cours des débats parlementaires, laissant la question ouverte. La Cour de

douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre », n° 73-13556, *Bull. Ch. mixte*, n° 4 p. 6 ; *Dalloz*, *Jurisprudence*, 1975, p. 505 et s., spécifiquement p. 506).

⁷ Cass., Soc., 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c. Mme Roth*, *Bull. civ. IV*, n° 524. Rendu une année après celui du Conseil d'Etat appliquant pour la première fois, selon une interprétation pour le moins originale, l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (C.E., Ass., 7 juillet 1950, *Debaene, Rec.*, p. 426).

⁸ En effet, le licenciement sera admis en ce qu'il repose sur un autre motif que l'exercice du droit de grève.

⁹ La création d'une question préjudicielle de constitutionnalité dans un ordre juridique au sein duquel existe un contrôle diffus de constitutionnalité soulève inévitablement des risques de confrontation entre les moyens de constitutionnalité et ceux de conventionnalité devant le juge de droit commun. Pour limiter ces risques, le législateur organique a choisi de créer une priorité d'examen au profit du moyen d'inconstitutionnalité.

¹⁰ Cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki* et *Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002, avis M. Domingo, *RFD-A*, 2010, p. 445.

cassation n'était donc pas la première à s'interroger sur la compatibilité de la priorité du moyen de constitutionnalité avec le droit de l'Union européenne.

La QPC constitue sans aucun doute la procédure au cours de laquelle la concurrence entre le contrôle constitutionnalité et celui de conventionnalité peut se cristalliser et c'est dans ce seul cadre que l'étude sera ici menée¹¹. Le justiciable est en mesure d'invoquer à la fois le moyen d'inconstitutionnalité et celui d'inconventionnalité devant le juge de droit commun selon une logique de *forum shopping*. Il est vrai qu'il existait auparavant une situation potentielle et marginale de conflit entre les traités internationaux et la Constitution. Il suffit de rappeler un autre arrêt historique et original de la Cour de cassation, l'arrêt *Pauline Fraisse* du 2 juin 2000¹², pour identifier cette situation. Désormais, avec la QPC, les risques de confrontation sont potentiellement plus nombreux même si la configuration de cette confrontation est différente¹³. L'usage du terme de « concurrence » doit être à cet égard explicite et neutralisé dans la dimension péjorative qu'il pourrait revêtir. Il entend seulement marquer la situation de choix dans laquelle le justiciable se trouve lorsqu'il entend contester la régularité de la loi en invoquant soit l'un, soit l'autre, soit les deux moyens à la fois.

Cette situation de concurrence résulte à titre principal de l'*asymétrie formelle* dont souffre le contrôle de la régularité de la loi en France. D'un côté, le juge de droit commun est habilité à exercer un contrôle de conventionnalité, mais il est incompétent pour exercer un contrôle de constitutionnalité, du moins ne peut-il apprécier que le caractère sérieux ou non dépourvu de caractère sérieux d'un moyen d'inconstitutionnalité dans le cadre de la QPC ; de l'autre, le juge constitutionnel dispose du monopole du contrôle de constitutionnalité de la loi, du moins est-il le seul habilité à censurer une loi inconstitutionnelle, tout en se considérant incompétent, en principe, pour juger de l'inconventionnalité de la loi. Cette asymétrie n'existe que d'un point de vue formel. Ce n'est que d'un point de vue formel que le juge de la conventionnalité n'est pas le juge de la constitutionnalité et que le juge de la constitutionnalité n'est pas le juge de la

¹¹ Même si elle ne sera pas envisagée ici, la confrontation entre la conventionnalité et la constitutionnalité existe également avec le contrôle *a priori*. Lorsqu'une disposition de loi a été déclarée dans ce cadre conforme à la Constitution et qu'elle a été promulguée, elle peut être appréciée ensuite par le juge de droit commun au regard de sa conventionnalité au moment de son application. L'intensité de la concurrence paraît cependant moins forte alors que seul le juge de droit commun intervient alors au moment de l'application de la loi, le juge constitutionnel se prononçant avant sa promulgation. Le procès de conventionnalité intervient par ailleurs bien après le jugement de constitutionnalité. La concurrence peut ainsi sembler plus apaisée.

¹² Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, *L.P.A.*, 9 octobre 2000, n° 201, p. 8 et s.

Cet arrêt est original, du moins par rapport à son équivalent du Conseil d'Etat (C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Leb.*, p. 368) et les prolongements qu'il a reçus (C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Leb.*, p. 624), dans la mesure où l'affirmation de la primauté interne de la Constitution n'a été avancée que pour le droit international conventionnel classique et non pas pour le droit communautaire alors.

¹³ Dans l'arrêt *Fraisse*, le contrôle de conventionnalité d'un acte réglementaire conduisait, parce que l'acte réglementaire ne faisait que reprendre une disposition constitutionnelle, à un contrôle de conventionnalité de la Constitution. Le juge judiciaire s'est refusé à exercer un tel contrôle. Dans le cadre de la QPC, la confrontation se matérialise par une confrontation des moyens susceptibles d'être opposés de manière simultanée à la loi. Autrement dit, dans l'arrêt *Fraisse*, il y a un rapport de régularité entre un traité international et la Constitution, dans le cadre de la QPC une concurrence de sources formelles opposables au législateur.

conventionnalité. D'un point de vue fonctionnel et matériel, cette asymétrie n'existe plus. Tous les juges sont des juges de la régularité de la loi et les mêmes exigences normatives peuvent être consacrées par des sources constitutionnelles et des sources internationales conventionnelles. Il existe donc une unité fonctionnelle et substantielle du contrôle de la régularité de la loi.

Cette unité substantielle ne saurait être considérée comme impliquant une unité d'interprétation de textes formels différents contenant les mêmes énoncés. Tout comme une disposition d'un même texte est susceptible de faire l'objet de plusieurs interprétations différentes, des dispositions identiques ou proches contenues dans des textes différents, constitutionnel et conventionnels, peuvent recevoir une interprétation tout aussi différente. A cet égard, il est pertinent de rappeler les divergences d'interprétation entre la Cour de cassation, à l'occasion d'un contrôle de conventionnalité, et le Conseil constitutionnel, au moment de contrôler la constitutionnalité. De telles divergences se sont fait jour à propos de la régularité de l'article L 7 du code électoral et de la composition du tribunal pour enfant ; dans les deux cas, le juge judiciaire a constaté la conventionnalité¹⁴, le juge constitutionnel l'inconstitutionnalité¹⁵. La divergence de solutions est d'autant plus éclairante que chacune d'entre elle met en avant une lecture différente de la disposition contestée au regard des difficultés qu'elle peut soulever quant à sa régularité par rapport aux normes supérieures¹⁶.

¹⁴ Sur l'article L 7 du code électoral : Cass., civ. 2^{ème}, 18 décembre 2003, n° 03-60315, civ. 2^{ème}, 14 juin 2006, n° 06-60066.

Le Conseil constitutionnel aura été saisi d'une QPC sur renvoi de la chambre criminelle : Cass., crim. 7 mai 2010, n° 10-90034.

Sur la composition du Tribunal pour enfant : Cass., crim., 7 avril 1993, n° 92-84725 ; Cass., crim., 8 novembre 2000, n° 00-80377.

La même chambre renverra une QPC au Conseil constitutionnel en retenant une lecture autre de la difficulté que pouvait générer sur le plan de sa régularité au regard des normes supérieures la composition du Tribunal : crim., 27 avril 2011, n° 11-90023.

¹⁵ Sur l'article L 7 du code électoral : C.C., n° 2010-6/7 QPC, 7 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*, *Rec.*, p. 111.

Sur la composition du Tribunal pour enfant : C.C., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*, *Rec.*, p. 343.

¹⁶ Sur l'article L 7 du code électoral, la deuxième chambre civile constate que « la sanction prévue à l'article L. 7 du Code électoral est subordonnée à la reconnaissance de la culpabilité, par le juge pénal, de l'auteur de l'une des infractions prévues notamment par les articles 432-10 à 432-14 du Code pénal, après examen préalable de la cause par un tribunal indépendant et impartial ; qu'une telle décision n'est dès lors pas contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention précitée » (Cass., civ. 2^{ème}, 18 décembre 2003, n° 03-60315) ; alors que le Conseil constitutionnel jugera « cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément ; qu'il ne peut davantage en faire varier la durée » (cons. 5).

Sur la composition du Tribunal pour enfant, la chambre criminelle avait jugé « que l'ordonnance du 2 février 1945, en permettant pour les mineurs délinquants, dans un souci éducatif, une dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement, dans une même affaire, les fonctions d'instruction et de jugement, ne méconnaît aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme : qu'une telle dérogation entre dans les prévisions de l'article 14 du Pacte international de New York, relatif aux droits civils et politiques, comme aussi dans celles des règles de Beijing, approuvées par les Nations unies le 6 septembre 1985, qui reconnaissent la spécificité du droit pénal des mineurs » (Cass., crim., 8 novembre 2000, n° 00-80377) ; le juge constitutionnel considérant que si « le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; (...) toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette

Cette asymétrie, et la complexité qu'elle implique dans les rapports entre les deux moyens, ne sont pas résolues par le caractère prioritaire du moyen de constitutionnalité. La conventionnalité demeure une seconde chance pour le justiciable en cas d'échec de l'invocation du moyen de constitutionnalité ; la conventionnalité prenant alors le relai de la constitutionnalité. Selon un tel schéma, une disposition législative déclarée conforme à la Constitution pourra en conséquence être appliquée par toutes les juridictions, à l'exception de celles devant lesquelles le moyen tiré de son inconventionnalité aura été efficacement soulevé. La disposition de loi sera constitutionnelle pour tous, inconventionnelle dans les procès dans lesquels le moyen aura été efficacement invoqué. De plus, la priorité n'est que relative. L'interprétation doctrinale dominante euphémistique de l'arrêt de la Cour de justice *Melki et Abdeli* ne saurait masquer que le principe d'application immédiate du droit de l'Union *peut* faire échec au caractère prioritaire de la QPC. La priorité de la question ne résout donc pas toutes les questions pratiques soulevées par la pratique contentieuse qui mettent en lumière la concurrence entre les moyens de constitutionnalité et ceux de conventionnalité.

De manière plus précise, il est possible d'identifier deux temps dans la concurrence : avant et après le renvoi par la Cour de cassation d'une QPC. *Ex-ante*, cette concurrence est seulement potentielle au moment du jugement de renvoi de la question (§ I) ; *ex-post*, elle est avérée après le jugement de la question par le Conseil constitutionnel (§ II).

§ I – *Ex-ante* : une concurrence potentielle au moment du jugement de renvoi de la question

La concurrence est susceptible de se manifester de deux manières : d'abord, par une saisine préalable de la Cour de justice de l'Union européenne au nom du respect du droit de l'Union (A) ; ensuite, dans l'intégration de la conventionnalité dans l'appréciation du caractère sérieux de la question (B). Cette concurrence est potentielle dans la mesure où elle dépend du comportement du juge. Celui-ci peut aussi bien inscrire son office dans une perspective concurrentielle, en saisissant par exemple la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle avant de renvoyer une QPC, que dans une voie plus consensuelle, en ne le faisant pas et en laissant au juge constitutionnel le soin de le faire.

A – La question préjudicielle préalable à la Cour de justice de l'Union

juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution (cons. 11).

La saisine éventuelle de la Cour de justice de l'Union européenne est susceptible d'intervenir dans deux situations différentes. La première est conflictuelle avec le caractère prioritaire de la QPC. Elle se concrétise lorsque les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité sont tous deux invoqués dans un même litige et que le juge saisi de ces moyens soulève une question préjudicielle devant la Cour de justice avant de transmettre ou de renvoyer une QPC. Il s'agit ici de la situation de l'affaire *Melki et Abdeli*. La seconde n'est pas conflictuelle avec le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité telle qu'elle est envisagée par la loi organique du 10 décembre 2009. Cette priorité ne vaut en effet que s'il existe un double moyen soulevé contre la loi, l'un tiré de sa conventionnalité, l'autre de sa constitutionnalité. Or, une question préjudicielle devant la Cour de justice peut être soulevée dans une situation où seule la constitutionnalité de la loi est dénoncée et non pas la conventionnalité, lorsque la disposition législative contestée intervient en application, dans un sens large, du droit de l'Union. L'existence d'un lien entre la loi et le droit de l'Union justifie un renvoi préjudiciel au juge de Luxembourg, sans que la priorité d'examen n'entre en ligne de compte, l'inconventionnalité n'étant pas soulevée. La priorité d'examen des moyens n'est pas une priorité de question préjudicielle, de celle nationale sur celle de l'Union européenne. Toutefois, l'éventuel renvoi préjudiciel à la Cour de justice affecte une autre exigence posée par la loi organique, celle du traitement sans délai de la question, du moins devant le juge du fond, l'argument étant moins décisif pour la Cour de cassation qui dispose d'un délai de trois mois pour se prononcer. Ces deux situations générales explicitées encore faut-il les envisager en détail.

Dans l'affaire *Melki et Abdeli*, l'arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2010 peut certes être interprété comme permettant de concilier les exigences nationales et celles tirées de droit de l'Union. Il n'en ouvre pas moins une voie potentiellement conflictuelle au regard du caractère prioritaire d'une question de constitutionnalité. Le juge de Luxembourg a considéré 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 »¹⁷. La saisine peut se faire « à tout moment » et donc, éventuellement, *avant* de transmettre la QPC, qui deviendrait alors, cétons parfois à la facilité pédagogique, une QSP, une question secondaire de constitutionnalité. Les cas dans lesquels une telle saisine peut intervenir sont, il est vrai, limités. Elle ne peut intervenir qu'au nom du respect de la primauté du droit de l'Union et pour garantir le respect du système de coopération judiciaire impliqué par l'article 234 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Une saisine de la Cour de justice *avant* la saisine du Conseil constitutionnel demeure, malgré tout, *possible* dans ces conditions.

¹⁷ C.J., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, *Rec.* 2010 p. I-5667, § 52 (nous soulignons).

De l'affaire *Melki et Abdeli* demeure également l'impasse juridictionnelle dans laquelle s'est plongée la Cour de cassation. Face à un double moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi et de sa contrariété au droit de l'Union, la Cour de cassation refuse de renvoyer la question faute de disposer du pouvoir d'adopter des « mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen »¹⁸. Cette impasse pourrait être résolue, semble-t-il, par l'application du droit de l'Union. Si la Cour ne dispose pas du pouvoir d'adopter des mesures provisoires ou conservatoires en vertu du droit national, elle le tient directement du droit de l'Union. Les termes de l'arrêt *Factortame* méritent d'être rappelés ici : « le droit communautaire doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale qui, saisie d'un litige, concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle de droit national doit écarter l'application de cette règle »¹⁹. C'est ce que suggère en l'occurrence la Cour de justice dans l'arrêt *Melki et Abdeli* : « dans la mesure où 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'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »²⁰. La recherche d'un fondement dans le droit de l'Union à l'adoption de mesures provisoires, alors que le législateur organique n'a pas accordé un tel pouvoir à la Cour de cassation, serait d'autant plus légitime qu'elle permettrait le renvoi d'une QPC par celle-ci, ce qui n'est en l'occurrence aujourd'hui pas possible en application des arrêts *Melki et Abdeli* du juge judiciaire. Pour pouvoir renvoyer à la Cour de justice, le Conseil constitutionnel lui-même s'est affranchi des dispositions constitutionnelles et organiques pour pouvoir renvoyer une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice²¹, sans pour autant fonder cette solution sur le droit de l'Union européenne.

La seconde situation, non conflictuelle avec le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, concerne les cas dans lesquels il est question d'application du droit de l'Union et, plus précisément, si une disposition législative contestée dans le cadre d'une QPC présente un lien avec le droit de l'Union. Sans doute, est-ce dans tous les cas où le droit national tire les conséquences nécessaires au droit de l'Union, autrement dit qu'il est imposé par celui-ci au point qu'il en devienne transparent, que la question préjudicielle à la Cour de justice pourra être soulevée avant le renvoi de la QPC, mais pas seulement. De manière générale, il s'agit pour le juge national d'éclairer la question de l'application du droit de l'Union par une disposition législative nationale pour être en mesure d'apprécier le caractère sérieux ou le caractère non

¹⁸ Cass., ass. plén., 29 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002, inédits.

¹⁹ C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame Ltd*, aff. C-213/89, *Rec.* 1990, p. I-2433, § 23.

²⁰ C.J., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *précit.*, § 53.

²¹ C.C., n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jérémy F.* [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*], *JORF*, 7 avril 2013, p. 5799.

dépourvu de caractère sérieux de la question de constitutionnalité portant sur cette disposition de loi. La question que soulève le droit de l'Union doit être résolue au préalable pour pouvoir juger de la constitutionnalité de la disposition législative. Cette situation doit être dédramatisée dans sa dimension conflictuelle : la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne n'est qu'une voie de droit ouverte aux juridictions nationales par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne auquel la France est partie. Nul doute que la saisine de la Cour de justice par le Conseil constitutionnel contribue à cette dédramatisation²². Dans cette seconde situation générale, trois types de questions sont susceptibles d'être posées.

La première est une question préjudicielle en interprétation pour établir le lien existant entre la disposition législative contestée dans le cadre d'une QPC et le droit de l'Union européenne qu'elle est censée appliquer. Il faut reconnaître ici la situation envisagée par le Conseil constitutionnel dans l'affaire *Jeremy P.* Il s'agirait de demander à la Cour si la disposition législative est imposée par le droit de l'Union ou si elle relève du droit national et de la marge d'appréciation des Etats. De ce lien dépendront le principe comme les modalités concrètes du contrôle de constitutionnalité exercé : contrôle plein et entier si la disposition législative relève de la marge d'appréciation des Etats, contrôle limité au respect des principes et règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France si la disposition législative est nécessaire au droit de l'Union.

La deuxième pourrait être également une question préjudicielle en interprétation pour établir la signification du droit de l'Union dont la disposition législative, contestée dans le cadre d'une QPC tire les conséquences nécessaires dans l'ordre juridique interne. L'interprétation du droit de l'Union permettrait éventuellement de désamorcer un conflit potentiel entre le droit de l'Union et la Constitution. L'usage du renvoi préjudiciel en interprétation permet d'être certain d'une interprétation du droit de l'Union qui risque d'être appréciée par rapport à la Constitution, et pour ce qui concerne la France, au regard des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de cet Etat par le Conseil constitutionnel²³.

La troisième question préjudicielle pourrait être une question préjudicielle en appréciation de validité. Cette dernière situation a en l'occurrence été envisagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Melki et Abdeli* et concerne l'obligation d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité. La Cour de Luxembourg a en effet jugé 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

²² C.C., n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jérémy F.* [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne], JORF, 7 avril 2013, p. 5799.

²³ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101, cons. 9, à lire avec 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. 28.

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 directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article »²⁴. Si une disposition législative imposée par le droit de l'Union est contestée dans le cadre d'une QPC au regard d'une disposition constitutionnelle qui trouve un équivalent dans le droit de l'Union²⁵, une question préjudicielle en appréciation du droit dérivé de l'Union doit être soulevée parce que la Cour de justice est le seul juge habilité à l'invalider²⁶. Nous touchons ici au cœur de la primauté du droit de l'Union et de la collaboration entre les juridictions dans le cadre de son application, car l'absence de renvoi préjudiciel en appréciation de validité à la Cour de justice pourrait, en cas de déclaration ultérieure d'inconstitutionnalité de la loi, empêcher la Cour de justice d'invalider le droit dérivé irrégulier. Le renvoi préjudiciel s'impose alors, qu'il soit le fait des juges de droit commun ou du juge constitutionnel.

Pour chacun de ces trois types de question, l'on peut persister à penser, comme le font les commentaires en ligne du Conseil constitutionnel²⁷, que le renvoi préjudiciel à la Cour de justice pourrait être simultané avec un renvoi de QPC. Il ne faut pas oublier de préciser que le premier peut également être antérieur au second. La conventionnalité, évitons le terme d'« unionité », l'emporterait sur la constitutionnalité. La pratique de la question préjudicielle à la Cour de justice sera ici déterminante. Un usage consensuel par la Cour de cassation du renvoi préjudiciel à la Cour de justice pourrait être défendu, qu'il passe par un renvoi préjudiciel concomitant avec la QPC ou par une absence de renvoi à charge pour le juge constitutionnel d'y procéder. L'appréciation de la nécessité d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Luxembourg avant la transmission ou le renvoi de la QPC aura un caractère déterminant.

B – L'intégration de la conventionnalité dans l'appréciation du caractère sérieux de la question

La proposition doctrinale est tentante. Le cas d'école parfait. Trop habitué qu'il est à contrôler la conventionnalité de la loi, le juge de droit commun apprécierait le caractère sérieux de la question ou le fait qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux à partir de sa conventionnalité, mieux,

²⁴ C.J., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli, précit.*, § 56 (nous soulignons).

²⁵ Il convient de préciser ici qu'une telle situation n'est pas possible d'un point de vue contentieux au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du moins si cette jurisprudence est respectée. En effet, face à une disposition législative qui tire les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, selon la formule du Conseil constitutionnel, seuls les principes et les règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France sont opposables (C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précit.*, cons. 9, à lire avec C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *précit.*, cons. 28), ce qui exclut les dispositions constitutionnelles qui auraient un équivalent en droit interne.

²⁶ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, § 14.

²⁷ Commentaires en ligne sous C.C., n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D. [Transposition d'une directive]*, p. 8.

il ne transmettrait ou ne renverrait une QPC que si l'inconventionnalité de la disposition de loi est certaine. La dilution de la constitutionnalité dans la conventionnalité constituerait le cadre dramatique sur lequel ce cas d'école prendrait place. Cette position a été défendue à propos du Conseil d'Etat²⁸. L'appréciation de sa réalité contentieuse est difficile. Les décisions de renvoi ou de refus de renvoi, les seules qui peuvent être appréciées de manière systématique sur *Legifrance*, ne livrent aucun élément explicite en ce sens.

Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, rien ne permet d'affirmer de manière certaine et objective que celle-ci ne procède à un renvoi que s'il existe un doute sur la conventionnalité de la disposition législative contestée. En revanche, deux cas paraissent devoir être mis en évidence : soit la disposition législative contestée est la conséquence de conventions internationales et le caractère sérieux de la question est rejeté ; soit l'obligation de respecter une convention internationale permet de préserver le respect d'exigences constitutionnelles prétendument violées, ce qui conduit à une absence de renvoi de la QPC. Dans ces deux cas, la conventionnalité n'est pas incluse dans la constitutionnalité, mais le respect de convention internationale fait obstacle au contrôle de constitutionnalité. Autrement dit, la prise en compte des conventions internationales se fait de manière visible en tant que limite à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité, le respect des premières interdisant l'exercice du second. La configuration est donc différente du cas d'école précédemment identifié.

Le premier de ces deux cas a rencontré un écho particulier avec les QPC portant sur les dispositions de la loi Gayssot contenues dans l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. La formule de la chambre criminelle dans l'arrêt du 7 mai 2010 au soutien du refus de renvoi mérite d'être reproduite dans son intégralité : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion »²⁹. Elle est d'interprétation difficile, du moins s'il s'agit d'en tirer quelques certitudes. L'on peut y voir un refus de renvoyer une QPC portant sur une disposition législative qui « se réfère à des textes régulièrement

²⁸ A. Roblot-Troizier, T. Rambaud, « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2010, p. 1257.

Voir également : « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* », in *Question sur la Question : le réflexe constitutionnel*, sous la direction de X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor et S. Mouton, Bruylant, 2013, p. 173 et s.

²⁹ Cass., crim. 7 mai 2010, n° 09-80774

introduits en droit interne » et qui en tire les conséquences dans l'ordre interne. Le respect du droit international conventionnel dans l'ordre interne semble ainsi justifier le refus de renvoi, tout comme il semble impliquer la régularité par rapport à la Constitution. Dans l'arrêt du 5 décembre 2012, face à une autre QPC portant sur la même disposition législative³⁰, la chambre criminelle reprendra en partie la même motivation, « la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dans la mesure où (...) la qualification juridique de l'infraction contestée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant, de façon claire et précise, l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité, tels qu'ils ont été définis par l'article 6 du statut militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis, soit par des membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale » tout en ajoutant, faisant ainsi écho à la formule du considérant de principe du Conseil constitutionnel sur la liberté d'expression³¹, que « l'atteinte portée à la liberté d'expression par une telle incrimination apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur : la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ainsi que la protection de l'ordre public »³². Le respect du droit international et l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité substantiel, proche d'ailleurs de celui que peut exercer la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 10 de la Convention, conduisent au refus de renvoi de la question. Selon une analyse objective, la Cour de cassation ne fait que reprendre le considérant de principe du Conseil constitutionnel. Le fait que celui-ci soit inspiré de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg tend à rendre pour le moins lointain et indirect le lien pouvant exister entre la conventionnalité et la constitutionnalité.

Face à une disposition législative ayant déjà été déclarée conforme à la Constitution, mais dont la rédaction a changé, la chambre criminelle a relevé dans un arrêt du 31 août 2011 que cette nouvelle rédaction était « destinée à reprendre dans la loi les termes utilisés par l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme » et qu'elle n'a « pas changé la portée du texte modifié »³³ pour considérer que celle-ci n'était pas contraire aux principes constitutionnels invoqués par les requérants et refuser de renvoyer la question. La disposition législative nationale entend tirer les conséquences dans l'ordre interne d'une stipulation de la Convention européenne

³⁰ Le fait que la Cour de cassation n'oppose pas l'autorité de chose jugée témoigne de l'autorité relative des arrêts de refus de renvoi devant la Cour de cassation. Le changement de parties au litige justifie que l'on puisse renvoyer une nouvelle QPC portant sur une disposition législative ayant déjà fait l'objet d'un refus de renvoi.

³¹ Dans le cadre du contrôle *a priori* : C.C., n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *Rec.*, p. 107, cons. 15 ; dans le cadre de la QPC : C.C., n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, *Rec.*, p. 97, cons. 6.

³² Cass., crim. 5 décembre 2012, n° 12-86382.

Voir également, reprenant les trois temps du contrôle du juge constitutionnel sur le respect de la liberté d'expression à propos de l'article 24 alinéa 9 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : Cass., crim. 16 avril 2013, n° 13-90010.

³³ Cass., crim., 31 août 2011, 11-90.069

des droits de l'homme, sans affecter la portée du texte, il n'y a donc pas lieu de renvoyer la QPC portant sur un texte qui avait déjà été jugé conforme à la Constitution.

La seconde configuration consiste pour la Cour de cassation à s'appuyer sur le respect d'une convention internationale pour motiver le refus de renvoi d'une QPC. L'obligation du respect d'une convention internationale permet le respect d'exigences constitutionnelles. Dans un arrêt du 15 mars 2011, la chambre criminelle a ainsi jugé : « l'article 181, alinéas 8 et 9, du code de procédure pénale prévoit que la personne accusée d'un crime et détenue provisoirement doit comparaître devant la cour d'assises dans des délais déterminés ; qu'au moment de cette comparution, la cour peut renvoyer l'examen de l'affaire aux fins d'exécution de mesures d'instruction complémentaires ; qu'il lui appartient alors de s'assurer si les conditions de l'article 144 du code de procédure pénale demeurent réunies et, conformément aux prescriptions de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, si la durée de la détention provisoire de l'accusé ne dépasse pas la limite du raisonnable ; qu'ainsi, la disposition contestée en ce qu'elle ne prévoit pas de délai pour le jugement de l'accusé détenu, telle qu'interprétée par la chambre criminelle, ne porte à l'évidence pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution »³⁴. L'application de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge national désamorce le grief d'inconstitutionnalité. Le respect d'une convention internationale sert la régularité de la loi, même si la régularité de cette dernière est posée en termes de constitutionnalité.

En dehors de ces deux situations, envisager l'intégration de la conventionnalité dans l'appréciation du caractère sérieux de la QPC relève de la spéculation, du moins au regard des recherches que nous avons pu mener. Une telle spéculation mérite toutefois d'être conduite à propos de l'appréciation de la régularité des lois de validation. Ce domaine constitue un terrain d'observation d'autant plus riche que les lois de validation sont aisément contestables tant au regard de la Convention européenne des droits de l'homme que de la Constitution et que l'appréciation de leur conventionnalité a, en l'occurrence, donné lieu à un contentieux important devant la Cour de cassation³⁵. Il est légitime de supposer que celle-ci, saisie d'une QPC dénonçant l'inconstitutionnalité d'une validation législative, use de son expérience en matière de conventionnalité, pour apprécier la pertinence du renvoi au Conseil constitutionnel. Dans le cadre de la QPC, les recherches entreprises³⁶ n'ont pas permis d'identifier des cas dans lesquels la

³⁴ Crim., 15 mars 2011, n° 10-90126.

³⁵ Voir par exemple : Cass., civ. 1^{ère} 20 juin 2000, n° 97-22394 ; Cass., soc., 24 avril 2001, n° 00-44148 ; Cass., AP, 24 janvier 2003, n° 01-41757 ; Cass., AP, 23 janvier 2004, n° 03-13617 ; Cass., civ. 1^{ère}, 29 avril 2003, n° 00-20062 ; Cass., soc., 18 mars 2003, n° 01-40911 ; Cass., soc., 20 octobre 2004, n° 03-42628 à 03-42633 ; Cass., soc., 28 mars 2006, n° 04-16558 ; Cass., civ. 2^{ème}, 8 novembre 2006, n° 04-30838 ; Cass., soc., 13 juin 2007, n° 05-45694.

³⁶ Les dispositions législatives de validation qui ont fait l'objet de décisions QPC du Conseil constitutionnel ont été recherchées dans la base de données « Legifrance » pour établir si elles avaient été par ailleurs appréciées par la Cour de cassation au regard de leur conventionnalité. De plus, les arrêts de la Cour de cassation portant sur le renvoi de QPC portant sur des dispositions législatives de validation ont été croisés avec les arrêts éventuels relatifs à la conventionnalité de ces mêmes dispositions.

régularité d'une même validation a été appréciée à la fois sous l'angle de la conventionnalité, par la Cour de cassation, et sous celle de la constitutionnalité, par le Conseil constitutionnel. Il reste que la Cour témoigne de l'expérience de son regard sur l'appréciation de la régularité des lois de validation en jugeant par exemple que « l'article 6 de la loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 pourrait être regardé comme portant atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et au droit à un recours juridictionnel effectif garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ou encore que « en ce qu'elle conteste la loi de validation du 11 décembre 1996, aux motifs qu'elle ne poursuivrait pas un but d'intérêt général suffisant, et n'aurait pas une portée strictement circonscrite, la question présente un caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours effectif »³⁷. La disposition législative ainsi visée sera d'ailleurs censurée par le Conseil constitutionnel³⁸. L'expérience de la Cour de cassation est telle qu'elle lui permet d'écarter le caractère sérieux d'une QPC portant sur les dispositions de l'article 15 de la loi n° 2012-325 du 7 mars 2012 « qui respectent l'autorité de la chose jugée, ne portent pas atteinte aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours effectif et dès lors qu'elles poursuivent un but d'intérêt général en assurant l'indemnisation des victimes des dégâts causés par les sangliers »³⁹. En substance, la Cour rejette le caractère sérieux de la QPC au motif que la validation législative est régulière⁴⁰.

§ II - *Ex-post* : une concurrence avérée après le jugement de la question

La concurrence n'apparaît ici que comme la conséquence du caractère prioritaire de la QPC. Lorsque les deux moyens sont simultanément invoqués devant le juge de droit commun, une fois la QPC tranchée par le juge constitutionnel, il appartient au juge d'envisager la conventionnalité de la disposition de loi, ce qui suppose que sa constitutionnalité ait été reconnue. Si l'inconstitutionnalité a été prononcée par le Conseil constitutionnel, le juge s'appuie sur ce seul élément pour faire droit aux prétentions du requérant sans qu'il soit nécessaire d'apprécier la conventionnalité de la disposition législative contestée⁴¹. En cas de conformité à la Constitution

³⁷ Cass., com., 14 décembre 2010, n° 10-40047.

³⁸ C.C., n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du Stade de France]*, *Rec.*, p. 114.

³⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 17 octobre 2012, n° 12-40067.

⁴⁰ Cass., civ. 2^{ème}, 28 mars 2013, n° 13-40002.

⁴¹ Voir par exemple : Cass., crim. 16 novembre 2011, n° 10-87634 ; Cass., crim., 4 mai 2011, n° 10-85413 ; Cass., crim., 23 mars 2011, n° 10-83645.

Il est toutefois possible qu'un arrêt d'une cour d'appel soit contesté devant la Cour de cassation pour des motifs tirés de l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité qui ne portent pas sur les mêmes dispositions législatives, les moyens étant alors autonomes. Le contrôle de conventionnalité peut ainsi être exercé en réponse à un moyen et une censure du Conseil constitutionnel peut être avancée pour retenir un autre moyen et annuler l'arrêt dont était saisie la Cour, voir par exemple : Cass., crim., 20 février 2013, n° 12-83084. Plus largement, l'irrégularité de l'arrêt contesté peut provenir de l'inconstitutionnalité de la loi appliquée par le juge du fond et/ou de l'inconventionnalité du comportement du juge.

reconnue, le jugement de la conventionnalité intervient après l'appréciation de la constitutionnalité (A). La pratique contentieuse conduit à ajouter une autre situation, en présence d'une censure du juge constitutionnel ayant un effet différé ou d'une censure susceptible de recevoir plusieurs interprétations. Dans cette situation, l'application immédiate du droit conventionnel peut produire des effets avant que l'inconstitutionnalité ne le fasse. L'appréciation de la conventionnalité intervient alors malgré la déclaration d'inconstitutionnalité (B). Il reste que la symétrie éventuelle de la constitutionnalité et de la conventionnalité n'est pas systématique. Il ne s'agit pas toujours d'invoquer l'inconventionnalité d'une disposition législative dont la constitutionnalité a été déjà appréciée mais d'invoquer l'inconventionnalité du comportement du juge dont l'arrêt est contesté alors que ce même arrêt était également contesté en ce qu'il applique une disposition inconstitutionnelle. Le plaideur peut entreprendre une telle démarche à dessein ; la dissociation des deux moyens d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité en deux moyens de cassation dirigés contre des éléments différents de l'arrêt contesté pouvant laisser plus de chances au moyen d'inconventionnalité devant le juge de cassation dans le cas où la constitutionnalité est reconnue. En tout état de cause, dans ces deux cas, la concurrence est avérée. Elle est consécutive aux choix contentieux du justiciable et s'impose au juge judiciaire qui doit y faire face.

A – Le jugement de la conventionnalité après l'appréciation de la constitutionnalité

Le jugement de conventionnalité intervient en cas d'échec de l'invocation du moyen d'inconstitutionnalité, soit parce que le Conseil constitutionnel a prononcé la conformité à la Constitution de la disposition législative contestée, soit parce la Cour de cassation n'a pas procédé au renvoi de la QPC. Dans chacune de ces deux situations, la Cour de cassation peut prononcer soit l'inconventionnalité, soit la conventionnalité de la disposition législative. Il reste, qu'en dehors de ces deux situations décrites, demeurent des situations particulières dans lesquelles l'on assiste à une dilution de la conventionnalité dans la constitutionnalité dans une mesure qu'il nous appartiendra d'explicitier.

L'appréciation de la conventionnalité d'une disposition législative peut d'abord intervenir alors qu'une QPC portant sur cette même disposition n'a pas été renvoyée par la Cour de cassation faute de présenter un caractère sérieux. Le lien entre la conventionnalité et le caractère sérieux, hypothèse d'école précédemment envisagée, peut être précisément apprécié de manière empirique ici, s'il n'est pas possible, et tant qu'il ne sera pas possible de le faire, d'identifier des arrêts dans lesquels, après un refus de renvoi d'une QPC, l'inconventionnalité de la disposition législative contestée a été prononcée. Or, le plus souvent, il existe une cohérence entre le refus de renvoyer une QPC et la conventionnalité de la disposition législative. Dès lors que la QPC ne présente pas

un caractère sérieux, la conventionnalité est reconnue⁴². Dans les recherches qui ont été entreprises, deux arrêts témoignent du prononcé d'une inconventionnalité malgré le refus de transmission d'une QPC dans une même affaire. Dans l'arrêt du 27 novembre 2012, la chambre criminelle a rejeté le moyen d'inconstitutionnalité au motif que la même chambre avait refusé de renvoyer une QPC, tout en reconnaissant en l'espèce que l'arrêt de la cour d'appel dont elle avait à connaître de la régularité avait méconnu des exigences tirées de conventions internationales⁴³. L'exemple n'est donc pas totalement pertinent dans la mesure où ce n'est pas une même disposition législative qui fait l'objet d'un contrôle successif de constitutionnalité, du moins du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, et de conventionnalité, mais le comportement du juge dont la régularité est appréciée en cassation. La disposition législative n'est appréciée qu'au regard de sa constitutionnalité et c'est le comportement du juge du second degré qui fait l'objet d'un contrôle de conventionnalité. Dans l'arrêt du 24 avril 2013, la chambre criminelle s'est prononcée dans le même sens, dans une configuration semblable⁴⁴.

La conventionnalité peut ensuite être appréciée après que le Conseil constitutionnel a reconnu une disposition législative conforme à la Constitution. C'est dans cette situation que l'autonomie de la conventionnalité vis-à-vis de la constitutionnalité prend toute sa dimension. Les arrêts confirmant la régularité d'une disposition de loi au regard de sa conventionnalité, après que la constitutionnalité a été reconnue par le Conseil constitutionnel, sont nombreux⁴⁵. En revanche, aucune décision n'a pu être identifiée dans laquelle la Cour de cassation aurait prononcé l'inconventionnalité d'une disposition législative après que le Conseil constitutionnel en a reconnu la constitutionnalité.

Demeure enfin la situation dans laquelle la conventionnalité se dilue dans la constitutionnalité selon une configuration qui mérite d'être explicitée. Tel est le cas lorsque la Cour de cassation s'appuie sur une interprétation jurisprudentielle du Conseil constitutionnel, telle qu'elle avait été utilisée par une chambre d'instruction, pour rejeter le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une

⁴² Cass., crim., 25 janvier 2012, n° 10-88279 (dissociés) ; Cass., com., 10 juillet 2012, n° 11-23097 (associés) ; Cass., crim., 11 septembre 2012, n° 12-80226 (associés) ; Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 12-84766 (associés) ; Cass., crim., 12 février 2013, n° 12-80226 (associés) ; Cass., crim., 13 mars 2013, n° 12-80697 (dissociés) ; Cass., crim., 20 mars 2013, n° 12-81537 (associés) ; Cass., crim., 27 mars 2013, n° 12-81810 (dissociés) ; Cass., crim., 10 juillet 2013, n° 13-82740 (dissociés).

Les moyens d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité sont dits « associés » lorsqu'ils sont soulevés simultanément contre la même disposition législative et qu'ils sont examinés en conséquence sous le même moyen de cassation par la Cour de cassation ; « dissociés » lorsque l'inconventionnalité est invoquée dans la même affaire que celle ayant donné lieu à l'appréciation de la constitutionnalité mais au titre d'un autre moyen de cassation.

⁴³ Cass., crim., 27 novembre 2012, n° 11-85686.

⁴⁴ Cass., crim., 24 avril 2013, n° 13-80996.

⁴⁵ Cass., crim., 13 décembre 2011, n° 10-25606 (dissociés) ; Cass., civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 10-10385 (dissociés formellement mais associés au fond) ; Cass., civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-15290 (associés) ; Cass., com., 20 mars 2012, n° 11-10484 (dissociés) ; Cass., civ. 2^{ème}, 29 mars 2012, n° 11-30013 (associés) ; Cass., crim., 10 octobre 2012, n° 11-85777 (associés) ; Cass., com., 4 décembre 2012, n° 11-16255 (associés).

Sur la distinction « associés »/« dissociés » voir *supra*, note n° 42.

disposition législative⁴⁶. L'absence de difficulté d'ordre constitutionnel justifie le rejet du moyen d'inconventionnalité. Cette dilution de la conventionnalité dans la constitutionnalité est encore manifeste lorsque, face à des moyens tirés de l'inconventionnalité et de l'inconstitutionnalité de la loi, la Cour de cassation se contente de relever soit le refus de renvoi de la QPC pour reconnaître le moyen inopérant⁴⁷ ou sans objet⁴⁸, soit la déclaration de la conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel⁴⁹. Face au double moyen, la Cour de cassation se contente de répondre de manière explicite au seul moyen de constitutionnalité pour rejeter ensemble ces deux moyens. La dilution de la conventionnalité dans la constitutionnalité est forte.

Cette dilution ne saurait pour autant être toujours analysée comme ayant une portée décisive. Il peut s'agir pour la Cour de cassation de rejeter une argumentation soutenue en faveur de l'*inconventionnalité* de la loi en s'appuyant sur une argumentation qui avait été soutenue auparavant à propos de l'*inconstitutionnalité*. C'est moins l'origine formelle des droits fondamentaux invoqués qui est décisive, que l'argumentation substantielle avancée à l'appui de l'irrégularité de la loi. Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2012, la Cour de cassation rejette le moyen tiré notamment de la violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme en soulevant d'office l'existence d'une décision de cette même chambre refusant de renvoyer une QPC sur la même question en précisant que « le moyen, qui se borne à reprendre une argumentation à laquelle il a été répondu, est sans objet »⁵⁰. L'argumentation en faveur de l'irrégularité étant la même dans le cadre de la constitutionnalité et de la conventionnalité, elle ne saurait être retenue à aucun des deux titres.

B –L'appréciation de la conventionnalité malgré la déclaration de contrariété à la Constitution

Le prononcé de la non conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel d'une disposition législative ne devrait laisser planer aucun doute quant aux conséquences à en tirer dans le procès principal qui a donné lieu à la QPC. La loi déclarée inconstitutionnelle ne saurait être appliquée dans le procès principal à l'origine de la QPC, comme, en principe, dans tous les litiges en cours au moment de la décision de censure du Conseil constitutionnel⁵¹. Pourtant, le

⁴⁶ Cass., crim., 25 juin 2013, n° 13-82765.

Voir également pour un moyen soulevé devant la Cour de cassation s'appuyant sur une décision du Conseil constitutionnel de conformité à la Constitution afin de montrer la conventionnalité de la disposition législative contestée : Cass., soc., 10 juillet 2013, n° 12-28092.

⁴⁷ Cass., crim. 5 décembre 2012, n° 11-85840 ; Cass., crim., 9 janvier 2013, n° 12-82292.

⁴⁸ Cass., crim. 15 mai 2012, n° 11-84125 ; Cass., crim., 9 octobre 2012, n° 12-85141 ; Cass., crim., 30 octobre 2012, n° 11-88744 ; Cass., crim., 12 décembre 2012, n° 12-80374.

⁴⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 5 décembre 2012, n° 11-25158.

⁵⁰ Cass., crim. 15 mai 2012, n° 11-84125.

⁵¹ Voir la décision de principe posant le principe de l'application immédiate de la censure : C.C., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, *Rec.*, p. 154.

respect d'exigences tirées de conventions internationales peut affecter l'application de la décision de censure du juge constitutionnel dans deux situations au moins, lorsque le juge constitutionnel prononce une abrogation différée ou lorsque la censure de la loi, dans un contexte très particulier, offre une marge d'appréciation aux juges du fond au moment d'en tirer les conséquences dans le litige principal. A chacune de ces deux situations correspondent deux affaires retentissantes : la garde à vue et les épilogues de l'affaire *Perruche* dans son épisode post-QPC.

Les dispositions législatives sur la garde à vue étaient en mesure d'être contestées tant au regard de leur constitutionnalité que de leur conventionnalité avec un même résultat (même si les effets du contrôle sont différents) : le constat de leur irrégularité. Dans la décision du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution les articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4, tout en précisant, faisant application de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de sa décision, que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prendra effet le 1er juillet 2011 et « que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »⁵². Durant la période pendant laquelle ces dispositions continuent à produire des effets malgré le prononcé de leur inconstitutionnalité, la question de leur conventionnalité peut se poser. Tout dépend alors de l'étendue du caractère obligatoire reconnu au prononcé de l'abrogation différée par le Conseil constitutionnel : soit il ne vaut que pour le grief d'inconstitutionnalité, selon une interprétation stricte de la décision du Conseil constitutionnel⁵³, soit il peut être étendu au grief d'inconventionnalité, pour assurer une cohérence des mécanismes et éviter que l'abrogation différée perde sa raison d'être.

Dans un premier temps, la chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi le second terme de l'alternative en faisant prévaloir le respect de la décision du juge constitutionnel sur le respect de la conventionnalité. L'arrêt de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 est tout à fait explicite en ce sens⁵⁴. La Cour de cassation constate que l'arrêt de la chambre d'instruction dont elle a à connaître la régularité « a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », en reconnaissant l'inconventionnalité des dispositions législatives applicables dans le litige principal. Elle ajoute que « l'arrêt encourt l'annulation dès lors que les règles qu'il énonce ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ». Elle conclut que « ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au

⁵² C.C., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, *Rec.*, p. 179, cons. 30.

⁵³ « que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées *sur le fondement de cette inconstitutionnalité* », nous soulignons.

⁵⁴ Cass., crim., 19 octobre 2010, n° 10-85051.

plus tard, le 1er juillet 2011 ». L'inconventionnalité ne saurait être prononcée tant que le délai fixé par le Conseil constitutionnel pour l'abrogation n'arrive pas à échéance. Ce choix de résolution du conflit entre la décision du Conseil constitutionnel d'abrogation différée et l'inconventionnalité a été retenu dans d'autres arrêts de la chambre criminelle⁵⁵.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation optera pour une autre solution. Dans une série d'arrêts du 15 avril 2011, elle choisit une application immédiate de l'inconventionnalité malgré le délai d'abrogation différée posé par le Conseil constitutionnel⁵⁶. En opportunité, les conséquences pratiques de cette décision sont limitées, ce qui a pu justifier la position de la Cour de cassation, alors que, la veille de l'arrêt rendu, la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 sur la garde à vue, tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, a été promulguée. La loi fixait cependant son entrée en vigueur « le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal officiel et au plus tard le 1er juillet 2011 », tout en prévoyant son application « aux mesures de garde à vue prises à compter de son entrée en vigueur ». La décision du Conseil constitutionnel continuait donc à s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation choisit de sanctionner de manière immédiate le respect de la conventionnalité de la loi, obligeant au respect des exigences issues de la Convention européenne des droits de l'homme, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La chambre criminelle suivra ensuite l'Assemblée plénière en appliquant les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme à des gardes à vue intervenues entre la décision du Conseil constitutionnel et la date d'abrogation des dispositions législatives contestées et l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁵⁷. Cette position de l'assemblée plénière et de la chambre criminelle a d'ailleurs été suivie par la première chambre civile en dehors de la garde à vue⁵⁸. L'application du grief d'inconventionnalité peut donc faire obstacle au caractère différé d'une abrogation constatée par le Conseil constitutionnel, du moins lorsque l'abrogation différée s'accompagne du gel des contentieux en cours jusqu'à la date de cette abrogation. Cette solution s'imposerait avec plus d'évidence encore au profit du droit de l'Union européenne à partir du moment où son application immédiate s'imposera. La solution ne saurait satisfaire ceux qui souhaitent une application uniforme du droit : durant la période de gel des contentieux, ceux qui auront invoqués l'inconventionnalité pourront échapper à l'application de dispositions législatives inconstitutionnelles, qui auraient dû être appliquées en vertu de la décision du juge constitutionnel ; ceux qui ne l'auront pas fait, se verront appliquer ces mêmes dispositions législatives.

⁵⁵ Cass., crim. 26 octobre 2010, n° 10-81956 ; Cass., crim., 9 novembre 2010, n° 10-83204.

Voir cependant dans un sens différent à propos du « droit de se taire » : Cass., crim., 14 décembre 2011, n° 11-86121. Attention possibilité solution spécifique / droit de se taire par rapport à d'autres griefs qui avaient leur équivalent au niveau constitutionnel.

⁵⁶ Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17049, n° 10-30342...

⁵⁷ A propos du droit de se taire : Cass., crim., 7 mars 2012, 11-88118 ; Cass., crim., 14 février 2012, 11-87591 ; Cass., crim., 28 février 2012, n° 11-86953 ; Cass., crim. 14 février 2012, n° 11-87591 ; Cass., crim. 8 février 2012, n° 11-87717, n° 11-87716.

⁵⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 9 avril 2013, n° 11-27071.

L'affaire *Perruche* est autrement plus complexe. Sans doute faut-il voir à l'origine de la complexité de cette affaire, du moins dans sa branche QPC, l'absence de lien direct existant devant la juridiction administrative entre l'une des dispositions législatives contestées et le litige principal au cours duquel le moyen de constitutionnalité a été soulevé. L'une des dispositions législatives contestées, le 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, celle qui sera en l'occurrence censurée par le Conseil constitutionnel, concerne l'application dans le temps du dispositif « anti-Perruche » et prévoit que les nouvelles dispositions législatives « sont applicables aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ». L'application du nouveau dispositif législatif est immédiate pour les instances en cours, sans pour autant qu'il y ait un effet rétroactif sur les instances devenues irrévocables. Or, dans l'affaire qui a donné lieu au renvoi au Conseil constitutionnel, les faits à l'origine du litige étaient antérieurs à la loi, mais le litige, lui, était postérieur, ce qui constitue une situation non visée par le 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005. Le Conseil d'Etat a toutefois jugé qu'il résultait de cette dernière disposition « que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur, constitué par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, est antérieur au 5 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 »⁵⁹, ce qui permettait de rendre applicable au litige la disposition législative en question.

Dans la décision du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, le Conseil constitutionnel maintiendra une certaine ambiguïté alors qu'il prononcera de manière explicite l'inconstitutionnalité du 2. du II. de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 en ce qu'il prévoit l'application immédiate de la loi à des instances en cours et, de manière implicite, reconnaîtra conforme à la Constitution l'interprétation que le Conseil d'Etat en retient mais que cette disposition ne vise pas, à savoir l'application du dispositif anti-Perruche aux litiges nés après la loi pour des faits qui lui sont antérieurs. Le Conseil constitutionnel juge en effet « que, si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice »⁶⁰. La disposition législative est inconstitutionnelle parce qu'elle prévoit son application immédiate aux instances en cours. Elle ne l'aurait pas été si elle s'était contentée de s'appliquer aux instances à venir, ce qu'en l'occurrence elle n'a pas prévu. Cette dernière incise ne participe pas de la

⁵⁹ C.E., Ass., 13 mai 2011, n° 329290

⁶⁰ C.C., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, cons. 23.

résolution de la question de constitutionnalité de la disposition contestée. Elle est surabondante et vise à répondre à l'interprétation du Conseil d'Etat.

Aussi (pourtant ?), le juge administratif s'appuiera-t-il sur celle-ci pour juger que « que le Conseil constitutionnel a (...) relevé qu'il existait des motifs d'intérêt général pouvant justifier l'application des règles nouvelles à des instances engagées après le 7 mars 2002 au titre de situations juridiques nées avant cette date ; qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel et des motifs qui en sont le support nécessaire qu'elle n'emporte abrogation, conformément au deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que dans la mesure où cette disposition rend les règles nouvelles applicables aux instances en cours au 7 mars 2002 »⁶¹. Il applique en conséquence le dispositif Perruche aux instances postérieures à ce dispositif mais dont les faits qui en sont à l'origine sont antérieurs, en s'appuyant sur l'interprétation du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 qui, pourtant, a disparu de l'ordonnancement juridique suite à la censure du Conseil constitutionnel.

La Cour de cassation retiendra une interprétation plus rigoureuse de la décision du Conseil constitutionnel. Elle neutralise l'interprétation qu'a faite le Conseil d'Etat de la décision du Conseil constitutionnel en jugeant que « si l'autorité absolue que la Constitution confère à la décision du Conseil constitutionnel s'attache non seulement à son dispositif mais aussi à ses motifs, c'est à la condition que ceux-ci soient le support nécessaire de celui-là ; que le dispositif de la décision 2010-2 QPC du 11 juin 2010 énonce que le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est contraire à la Constitution ; que, dès lors, faute de mention d'une quelconque limitation du champ de cette abrogation, soit dans le dispositif, soit dans des motifs clairs et précis qui en seraient indissociables, il ne peut être affirmé qu'une telle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait effet que dans une mesure limitée, incompatible avec la décision de la cour d'appel de refuser d'appliquer au litige les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles ». L'examen de la conventionnalité vient dans un second temps, à partir de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour justifier la solution de la Cour d'appel refusant d'appliquer le dispositif anti-Perruche à une instance née après la loi mais portant sur des faits qui lui sont antérieurs. La Cour de cassation neutralise ainsi dans un premier temps la portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité dont la lecture ouvrait la voie à différentes interprétations avant de s'appuyer sur la conventionnalité pour proposer une certaine application de la loi. Il n'y a pas de conflit entre la décision du Conseil constitutionnel, du moins telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation, et la conventionnalité, mais cette dernière vient appuyer une certaine lecture de la loi qui n'était pas, en substance, celle du juge constitutionnel, même si cette dernière ne s'imposait pas à la Cour de cassation. En raison du contexte très particulier de cette affaire, il est

⁶¹ C.E., Assemblée, 13 mai 2011, n° 329290

difficile d'en dégager une portée générale. Elle témoigne de ce que la conventionnalité est en mesure de prendre le relai de la constitutionnalité dès lors qu'il existe des difficultés d'interprétation d'une décision de censure du juge constitutionnel.

Pour conclure, et apprécier si la Cour de cassation « joue le jeu » de la QPC lorsque cette dernière entre en concurrence avec la conventionnalité, une appréciation empruntée au roi Salomon semble devoir s'imposer. La Cour de cassation joue le jeu de la QPC, sans renoncer aux obligations qui s'imposent à la France en vertu d'engagements internationaux régulièrement ratifiés et introduits en France. Elle propose une lecture de l'article 61-1 de la Constitution qui ne fait pas l'impasse sur les articles 55 et 88-1 de la Constitution et sur l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946. La conciliation d'exigences constitutionnelles parfois potentiellement contradictoires entre dans la compétence du juge pour résoudre les litiges qui lui sont soumis. Qui peut le contester ?

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Institut Maurice Hauriou