

COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

-3 Novembre 2008-

“LE DIALOGUE DES JUGES”

**Communication de M. Régis de GOUTTES
Premier Avocat Général à la Cour de Cassation**

*

* *

Je commencerai par rendre hommage au Président Bruno Genevois, à qui revient la paternité de l'expression “ dialogue des juges”, comme le rappelleront d'ailleurs les “Mélanges” qui vont lui être prochainement consacrés.

C'est en effet M. Genevois qui a donné sa notoriété à cette expression depuis ses conclusions dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 6 décembre 1978 “ Ministère de l'Intérieur c/Cohn-Bendit”, en déclarant, à propos des relations entre le juge communautaire et le juge national, qu'il ne devrait y avoir place “ ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges”.

Depuis lors, le concept de “ dialogue des juges” et son contenu ont suscité bien des discussions ¹ : “Incantation ou réalité ?” s'est-on interrogé lors d'une journée d'études organisée en 2003 par l'Université de Metz. “Méthode Coué, faux semblants ou succession de monologues”, ont dit les uns, “enrichissement mutuel et facteur de cohérence des jurisprudences” ont dit les autres.

¹ Cf. par ex.: Journée d'Etude de l'Université de Metz du 10 février 2003 sur le thème : “ le dialogue entre juges européens et nationaux: incantation ou réalité” (collection “ Droit et Justice” dirigée par Pierre LAMBERT (53), Ed.BRUYANT.2004

- “ Dialogue entre juges” - Séminaire organisé par la Cour Européenne des droits de l'homme”, Strasbourg 2005, Ed. du Conseil de l'Europe.

- “L'autorité des décisions constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français par M.ANDRIANTSIMBAZOVINA, LGDJ 1998.

-“ L'application de la Constitution par les Cours Suprêmes”, Actes du colloque organisé le 4 octobre 2006 par l'Université PANTHEON-ASSAS-PARIS II et l'ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation - collections Actes, Dalloz 2007.

- Colloque sur le “ contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité”, organisé au Conseil Constitutionnel les 5-6 juin 2008

etc....

Il est en tout cas un constat qui s'est imposé à tous: c'est l'impérieuse nécessité du dialogue entre les juges.

Plusieurs facteurs rendent en effet indispensable aujourd'hui ce dialogue :

- la multiplicité et l'enchevêtrement des normes applicables, qui obligent à un "pluralisme ordonné" selon l'expression du professeur Mireille Delmas Marty et à un effort d'harmonisation jurisprudentielle dans l'application de ces normes;
- la diversification des juridictions nationales et européennes, entre lesquelles les échanges ne cessent de se développer;
- l'existence de sujets communs de plus en plus nombreux et la nécessité de trouver un terrain d'entente pour éviter des conflits;
- enfin et surtout l'obligation d'éviter des jurisprudences discordantes ou contradictoires, dans un souci de bonne administration de la justice, de cohérence jurisprudentielle et de garantie de la "sécurité juridique" pour tous les citoyens.

Je précise que je ne traiterai ici:

-ni du dialogue entre les juges nationaux français et les juges européens, sujet particulièrement important, mais qui sera abordé dans la quatrième table ronde;

- ni du dialogue entre le juge judiciaire et le juge administratif, notamment entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Chacun sait à cet égard que, tout en conservant leur autonomie, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat restent à l'écoute l'un de l'autre et ont su s'enrichir mutuellement en tenant compte de leurs jurisprudences respectives², étant observé par ailleurs que la définition des lignes de partage de leurs compétences est assurée par cette institution organisée du dialogue qu'est le "Tribunal des Conflits".

Je porterai plus précisément mon attention sur le dialogue entre le Conseil Constitutionnel et les juridictions supérieures de l'ordre judiciaire et administratif, en l'abordant sous deux angles:

= d'une part, et de façon succincte, sous l'angle de l'influence que peuvent exercer

2 -1) Exemples de l'influence de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la Cour de cassation:

•sur l'invocabilité devant les Tribunaux des dispositions à caractère auto-exécutoire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant: Cf: Conseil d'Etat, 10 mars 1995, 10 juillet 1996, 13 janvier et 22 septembre 1997 & Cass 1^{ère} Ch Civ. 18 mai, 14 juin, 13 juillet et 22 novembre 2005 (Dalloz 2006-N°22-Doctr p.1487 et suiv.).

* sur la faculté reconnue au juge d'interpréter les traités internationaux; Cf: Conseil d'Etat: arrêt "Gisti" du 29 juin 1990 (Rec. p.171) & Cass.1ere ch civ, 19 décembre 1995(Bull.civ.I n° 470)

2) Exemples de l'influences de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la jurisprudence administrative:

* sur la primauté du droit communautaire sur la législation nationale: Cf: Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 (arrêt "Société cafés Jacques Vabre" Bull. cass. ch. mixte 1975-n°4) & Conseil d'Etat, 20 octobre 1989 (arrêt "Nicolo", Lebon p.190)

*sur le contrôle des lois de validation à effet rétroactif et l'exigence qu'elles répondent à des "motifs impérieux d'intérêt général": cf :Cass. Ass.plénière,23 janvier 2004 (Bull.civ n° 2) et ch sociale 24 avril 2001(Bull.civ-V- n° 310) & Conseil d'Etat, 2 novembre 2005 (arrêt "Association Baie de la Moselle", n° 26-09-22)

les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sur le Conseil Constitutionnel.

= d'autre part, et à titre principal, sous l'angle de l'influence des décisions du Conseil Constitutionnel sur le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation.

* * *

- I - LE DIALOGUE DES JUGES ET L'EFFET DES DÉCISIONS DU CONSEIL D'ETAT ET DE LA COUR DE CASSATION SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Même si les exemples de décisions du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui ont eu un effet direct sur le Conseil Constitutionnel sont assez peu nombreux, ces exemples ne sont pas négligeables:

- A - S'AGISSANT DES DECISIONS DU CONSEIL D'ETAT QUI ONT EU UN EFFET SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL:

- 1 - A titre de première illustration, je citerai l'un des cas célèbres³, dans lesquels le Conseil d'Etat a dégagé de sa propre initiative un "principe à valeur constitutionnelle" avant même que ne le fasse le Conseil Constitutionnel: il s'agit du cas de la "liberté d'association". En effet, dans une décision du 11 juillet 1956 ("Amicale des Annamites de Paris"-Rec317), le Conseil d'Etat a affirmé que la liberté d'association est l'un des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République tels que mentionnés dans le Préambule de la Constitution de 1946". Or, plusieurs années après, le Conseil Constitutionnel est venu lui-même confirmer ultérieurement ce principe dans une décision du 16 juillet 1971 (n° 71-44-DC. Rec 29)

- 2 - Une seconde illustration, plus récente, peut être trouvée dans la décision du Conseil d'Etat du 29 juin 2005, qui a donné gain de cause aux routiers pour le remboursement de la TVA sur les péages d'autoroute (en conformité avec un arrêt antérieur de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 12 septembre 2000).

Cela a conduit ensuite le Conseil Constitutionnel lui-même, le 29 décembre 2005 (N°2005-531DC), à censurer l'article 111 de la loi de finances rectificative pour 2005 au motif que cet article avait privé d'effet la décision du Conseil d'Etat du 29 juin 2005.

- B - S'AGISSANT DES DÉCISIONS DE LA COUR DE CASSATION QUI ONT EU UN EFFET SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL:

Je me bornerai ici à citer deux exemples :

³ Autre cas: Cf: par ex: Conseil d'Etat Ass 3 juillet 1996 ("Koné", Lebon p255) concernant le principe de l'interdiction de l'extradition dans un but politique.

- 1 - Le premier exemple concerne la jurisprudence relative aux “lois de validation” : la Cour de cassation a été la première⁴ à exiger que les lois de validations à effet rétroactif répondent à des “motifs impérieux d’intérêt général”, seuls à pouvoir justifier une intervention rétroactive du législateur dans une procédure en cours, conformément aux critères dégagés par la Cour européenne des droits de l’Homme⁵.

Or cette jurisprudence a été à l’origine d’une évolution du Conseil Constitutionnel⁶, comme du Conseil d’Etat⁷, qui s’étaient contentés, dans un premier temps, d’un simple “intérêt général suffisant” pour justifier les lois de validation à effet rétroactif, mais qui ont ensuite renforcé leurs exigences en la matière pour tenir compte des critères de la Cour européenne des droits de l’Homme.

- 2 - Un deuxième exemple peut être tiré de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁸ qui a qualifié de “peine complémentaire” le “suivi socio-judiciaire” introduit par la loi du 17 juin 1998 (article 131-36-1 et suivants du Code pénal) et en a déduit qu’une telle mesure ne pouvait être prévue que par une loi applicable à la date à laquelle les faits délictueux avaient été commis.

Cette interprétation a été admise ensuite par le Conseil Constitutionnel, même s’il a adopté, il est vrai, une autre qualification pour la “surveillance judiciaire de sûreté” ou la “rétention de sûreté”⁹.

* * *

- II - LE DIALOGUE DES JUGES ET L’EFFET DES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR LE CONSEIL D’ETAT ET LA COUR DE CASSATION

Le dialogue que pratique le Conseil Constitutionnel à l’égard du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation peut revêtir, me semble-t-il, trois formes principales : il peut être :

- tantôt un dialogue d’autorité, à caractère impératif;
- tantôt un dialogue de persuasion ou d’adhésion volontaire;
- tantôt un dialogue de véritable partage.

4 Cf.: Cass. Ass.Plen.23 janvier 2004 (Bull. Civ. n° 2); Cass. Ch. sociale 29 juin 1999 (bull.civ V n° 307) et 24 avril 2001 (Bull. Civ. V n° 310); Cass. Civ.III, 7 avril 2004 (Bull.Civ.III n° 81)

5 Cf: arrêts de la CEDH “Raffineries grecques Stran et Stratis Andradis” du 9 décembre 1994, “Zielinski, Pradal, Gonzales et a c/France” du 28 octobre 1999, “Lecarpentier c/France” du 14 février 2006; “Cabourdin c/France “ du 11 avril 2006; “Vezon c/ France” du 18 avril 2006 , “Draon et Maurice c/France” des 6 octobre 2005 et 21 juin 2006, “Arnolin et autres c/France” du 9 janvier 2007, “Ducret c/ France” du 12 juin 2007, “SCM Scanner de l’ouest lyonnais c/France” du 21 juin 2007.

6 Cf: Conseil Const., 13 janvier 2005 (n°2004-509), 7 février 2002 (n°2002-458), 12 janvier 2002 (n°2001-455)

7 Cf: Conseil d’Etat, 2 novembre 2005 (“Association Baie de la Moselle “, n° 26-09-22); 27 mai 2005 (“Provin”, AJDA 2005 p.1455; JCP 2005-I-n°66)

8 Cf: Cass. crim. 2 septembre 2004- Bull. Crim n° 197 et 198.

9 Cf: Conseil Const., 21 février 2008 (n° 2008-562DC)

En d'autres termes, l'on peut dire que l'autorité du Conseil Constitutionnel à l'égard des juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et administratif peut être soit impérative, soit persuasive, soit partagée.

-A- LE DIALOGUE D'AUTORITE :

1) Le premier exemple de dialogue d'autorité exercé par le Conseil Constitutionnel, nous le trouvons dans l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, aux termes duquel "les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles".

Il résulte de cet article que la décision ou l'interprétation du Conseil Constitutionnel concernant le texte qui est soumis à son contrôle a autorité de la chose jugée. Elle a même un caractère absolu et définitif et s'impose "erga omnes".

Cette autorité de la chose jugée s'attache, non seulement au dispositif de la décision, mais également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même, ainsi que l'a précisé le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1962 (n° 62-18 L.§ 1) .

Le juge judiciaire ou le juge administratif se voient donc interdire d'appliquer toute disposition qui a été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil Constitutionnel. C'est à peine si l'on peut parler ici de "dialogue". Mais il ne s'agit pas pour autant d'un "monologue" du Conseil Constitutionnel puisque sa décision s'adresse ou "parle" aux autres juridictions, fût-ce sur le mode de l'autorité.

Il faut ajouter toutefois, ainsi que l'a précisé le Conseil Constitutionnel¹⁰, que cette autorité de chose jugée attachée à ses décisions est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant les dispositions en cause de la loi déferée, mais qu'elle ne peut pas être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes différents et ayant un objet distinct¹¹

Cela signifie que la force obligatoire visée par l'article 62 § 2 de la Constitution concerne les décisions du Conseil Constitutionnel relatives à chaque texte législatif en particulier, et non sa jurisprudence en général, laquelle n'a pas de caractère obligatoire "erga omnes".

2) La seconde forme de dialogue d'autorité exercée par le Conseil Constitutionnel se manifeste par les "réserves d'interprétation" qu'il formule de plus en plus souvent lorsqu'il examine les textes de loi qui lui sont soumis :

Ainsi que l'a énoncé le Conseil Constitutionnel notamment dans une décision du 12 janvier 2002 (N° 2001-455-DC) , "il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil Constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution".

¹⁰ Cf: Cons Constit. 20 juillet 1988 (n° 88-244 DC § 18, Rev Cons constit. p. 119); 8 juillet 1989 (n° 89-258-DC § 13 Rev. Constit. P 48)

¹¹ Cf: en ce sens: Conseil d'Etat, 22 juin 2007 "Lesourd", (n° 28-82-06. AJDA 19 Nov 2007 p. 2130)
A rapprocher : Cour de cassation, Assemblée plénière, 10 octobre 2001, "Breisacher" (Bull. Ass. plén. n° 11)

Ces réserves d'interprétation peuvent être de divers types:

- elles peuvent être, d'une part, "négatives": tel est le cas des réserves "limitatives", qui interdisent les interprétations susceptibles de mettre un texte en contradiction avec les principes constitutionnels¹², ou des réserves "neutralisantes", qui conduisent à vider la disposition de son contenu en l'interprétant de manière identique au droit antérieur¹³.

- les réserves d'interprétation peuvent être, d'autre part, "constructives", lorsqu'elles précisent le sens du texte et de l'interprétation qu'il convient de lui donner¹⁴ ou lorsqu'elles indiquent même le contenu des dispositions dont le texte devra être assorti (contenu des décrets d'application, conditions à prévoir, informations à donner, etc ...)¹⁵.

Certes, s'il s'agit d'une réserve d'interprétation "négative" qui se contente d'exclure une interprétation attentatoire à des principes constitutionnels, elle laisse les juges libres d'adopter toute autre interprétation.

Mais s'il s'agit d'une réserve "constructive" précisant le sens qu'il faut obligatoirement donner à la dispositions critiquée pour qu'elle soit conforme à la constitution, cette réserve s'impose au juge judiciaire et au juge administratif.

Et dans le cas d'une interprétation "directive", faisant savoir qu'il appartient à l'autorité judiciaire ou administrative de veiller au respect de tel principe, d'accomplir tel contrôle ou de vérifier précisément telle condition, le Conseil Constitutionnel va même jusqu'à indiquer alors au juge ce qui doit être sa conduite dans l'application du texte attaqué.

Nombreux, à cet égard, sont les arrêts de la Cour de cassation qui ont pris en compte directement de telles réserves interprétatives du Conseil Constitutionnel, par exemple en matière de contrôle de la régularité des gardes à vue¹⁶, de vérifications d'identité préventives¹⁷, de sonorisation de parloirs pénitentiaires¹⁸ ou de saisie de documents informatiques¹⁹ ou de rétention des étrangers avant reconduite à la frontière²⁰.

Le Conseil d'Etat a également reconnu que, pour l'application et l'interprétation d'une loi, le juge administratif est lié par les réserves d'interprétation énoncées par le Conseil Constitutionnel dans la décision statuant sur la conformité de cette loi à la

¹² Cf: par ex : Cons.Const. 15 février 2007 (n°2007-547-DC-N°42); 30 décembre 1995 (N°95-370-DC§16); 19 janvier 1984 (N°83-167-DC § 26); 19 juillet 1983 (n°83-160-et 83-162 DC).

¹³ Cf: Cons. Const. 16 mars 2006(n°2006-233-DC §18); 17 janvier 2002 (N°2001-454-DC§ 24; 22 Avril 1997 (N°97-389-DC § 4) ; 25 février 1992 (n° 92-307-DC § 11)

¹⁴ Cf: Cons. Const.12 janvier 2002 (2001-455-DC 83); 20 juillet 1977 (N°77-83-DC § 3); 30 janvier 1968 (N° 68-35-DC §3-4)

¹⁵ Cf: Cons.Const. 3 avril 2003 (N)2003-468 DC §18-19°; 29 août 2002(N° 2002-461-DC § 15; 27 novembre 2001 (n°2001-451-DC § 25) ;16 juin 1999 (N°99-411-DC §17);10 juin 1998 (N°98-401 DC §14) 19 février 1999 (N°98-396-DC §9); 5 août 1993 (n°93-323 DC § 10); 28 Juillet 1989 (n°89-260-DC §22);

¹⁶ Cf: Cass Crim. 24 novembre 1998, Bull.crim n° 314; 20 février 2000, Bull.Crim. n°92-93 et Conseil Const. 11 août 1993 (93-326 Dc)

¹⁷ Cf: Cass.crim 17 février 1996- Bull.crim. N° 470 et Conseil Constit. 5 août 1993 (N° 93-323 DC)

¹⁸ Cf : Cass.crim:1er mars 2006 -Bull. Crim. N°59 et Conseil Constit. 2 mars 2004 (n° 2004-492 Dec)

¹⁹ Cf: Cass. Crim. 1^{er} septembre 2005 -bull.crim. N° 211; 6 décembre 2005- bull. Crim. ,° 219 et Conseil Constit. 2 mars 2004 (n° 204-492-Dec.)

²⁰ Cf: cass. Civ.1, 22 mars 2005- Bull. Civ. I N°150; 6 juillet 2005 - Bull. civi I N° 304 et Conseil Const. 20 novembre 2003 (n°2003-484-DC)

Constitution²¹.

Toutefois, il convient d'ajouter que ni le Conseil d'Etat²², ni la Cour de cassation²³ n'admettent les réserves d'interprétation "par ricochet", c'est à dire l'application à une nouvelle loi distincte d'une réserve d'interprétation formulée par le Conseil Constitutionnel à propos d'une loi antérieure.

- B - LE DIALOGUE DE PERSUASION :

1) L'expression vient du Président Bruno Genevois²⁴: parlant de l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel à l'égard des autres juridictions, il a proposé en effet de distinguer entre:

- d'une part, l'autorité "obligatoire" de la chose jugée, inscrite dans l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, qui s'attache au texte de loi sur lequel s'est prononcé le Conseil Constitutionnel;

- d'autre part, l'autorité "persuasive" ou "morale" bien que non écrite, qui peut être accordée de façon générale à la "chose interprétée" par le Conseil Constitutionnel, c'est à dire à sa "jurisprudence" ou sa doctrine en général, même lorsqu'elle a été formulée à propos d'une loi distincte.

2) Certes, comme nous l'avons déjà relevé, lorsqu'on est en dehors du champ d'application de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution et en présence de textes différents de ceux qui ont été déferés au Conseil Constitutionnel, la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, conservent eux-mêmes un pouvoir d'interprétation de la Constitution.

3) Néanmoins, s'il est vrai qu'il existe certaines décisions dans lesquelles la Cour de cassation²⁵ ou le Conseil d'Etat²⁶ ont pu s'écarter de la jurisprudence du Conseil

21 Cf: CE Ass.11 mars 1994 "SA la cinq" (Lebon 118. AJDA 2004-402)

22 Cf: CE 22 juin 2007 "Lesourd" (N° 28-82-06-AJDA 19 nov 2007 p. 2130)

23 Cf: Cass. Ass. plén.10 octobre 2001, "Breisacher" (Bull.Ass. plén. N°11)

24 Cf: Bruno Genevois, RFDA 15(4) juillet 1999- 285 et s et 717 et suivants

25 - Exemples de non concordance pour la Cour de cassation :

* arrêt de la Chambre criminelle du 26 février 1974 (Shiavon, Bul. Crimn° 273) concernant les peines d'emprisonnement en matière contraventionnelle;

* arrêt de l'Assemblée plénière du 19 mai 1978(Dame Roy, D.,1978 p.541), par lequel la Cour de cassation s'est écartée de l'interprétation de la liberté de conscience des enseignants, résultant d'une décision précédente du Conseil Constitutionnel;

* arrêt de la chambre criminelle du 8 novembre 1979 (Trignol, JCP,1980-II, 19-337), par lequel la Cour de cassation s'est écartée de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en matière de fouilles de véhicules.

*arrêt de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2000 (Bul.Civ, n° 12), qui a cassé plusieurs arrêts de la Cour nationale de l'in capacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail;

* arrêts de la 2^{ème} chambre civile des 18 janvier et 10 mai 2005 (n°03.30-406 et 04-30-094), concernant la qualification de la CSG comme une cotisation de sécurité sociale et non comme une imposition. Voir aussi Assemblée plénière du 2 septembre 1995, posant à ce sujet une question préjudicielle à la CJCE.

26 - Exemples de non concordance pour le Conseil d'Etat :

* avis du 14 janvier 1974 (D.S. Jur. P.280) concernant les peines privatives de liberté en matière de contraventions;

* arrêt d'assemblée du 27 février 1970 (Commune de Bozas), refusant le principe général du droit selon lequel le silence de l'administration vaut refus, dégagé par le Conseil Constitutionnel (décision n°69-55 L du 26 février 1969);

* arrêts des 3 février 1967 (Confédération générale des vignerons du Midi) et 17 mars 1997 (Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie nucléaire et gazière);

* arrêt du 24 mars 2004 (n° 257331, concernant l'inéligibilité des personnes contre lesquelles a été prononcée une faillite;

* arrêt du 7 janvier 2004 (N°232465), concernant le cumul des sanctions pénales et administratives.

Constitutionnel, beaucoup plus nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation²⁷, comme ceux du Conseil d'Etat²⁸, qui se sont inspirés de cette doctrine et qui ont fait application des principes énoncés par le Conseil Constitutionnel.

Pour m'en tenir à la Cour de cassation, quelques exemples en ce sens peuvent être cités ici :

- Ainsi, en matière de droit social, la chambre sociale de la Cour de Cassation a eu l'occasion de faire application des principes constitutionnels et de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel pour affirmer le contenu et la portée du droit de grève²⁹, du droit syndical³⁰, du droit à la liberté du travail³¹, du droit à l'égalité et à la non discrimination dans le travail³².

- En matière pénale également, la chambre criminelle de la Cour de cassation, plus encore que les autres chambres de la Cour de cassation, a été amenée à faire application des principes constitutionnels et de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel:

- Tel a été le cas notamment dans le domaine de la procédure pénale, pour condamner l'utilisation d'écoutes téléphoniques sans contrôle effectif d'un juge d'instruction³³, pour faire respecter les droits de la défense³⁴ ou pour réaffirmer le principe du contradictoire, l'équité du procès, la séparation des autorités de poursuite et de jugement, la loyauté des preuves, le contrôle judiciaire effectif sur les mesures restrictives de liberté, l'équilibre des droits des parties, le respect du délai raisonnable³⁵.

- De même, dans le domaine du droit pénal général, la chambre criminelle s'est

27 - Exemples de conformité à la jurisprudence constitutionnelle pour la Cour de cassation:

Cass. Ch. Mixte 24 mai 1975 D-1975-497 (Stés des cafés Jacques Vabre); Ass.plén. 24 novembre 1989, Bull Civ. N° 2; cass.crim. 25 avril 1985, Bull. Crim N° 159; 1^{er} février 1990, Bull. Crim. N° 56; cass.civ. 1^{ère} ch. , 1^{er} octobre 1986, Bull civ.I n° 232; 3 mai 1998, Bull .civ. I n° 123; cass. Civ. 2° ch. ,28 juin 1995, Bull.civ. II n° 211 et s; cass. Com. 6 avril 1993, Bull. Civ. IV n° 141; cass. Soc. 10 mars 1998, Bull. Civ. V n° 126; Ass. Plén. 2 juin 2000, Bull. Civ. N°4; Ass. Plén. 10 octobre 2001 ("Breisacher" RFDC 2002.49-51) , Cass. Com. 25 janvier 2005, Bull. Civ.IV n° 16, Cass. Crim, 24 novembre 2006 - Bull. crim. n°282.

28 - Exemples de conformité à la jurisprudence constitutionnelle pour le Conseil d'Etat :

CE 25 mai 1988 " Association des anciens élèves de l'ENA" (rec., p. 591) ; 19 janvier 1990 " Association la Télé est à nous" (Rec., p.9); 29 mai 1992 "Association amicale des professeurs titulaires du Muséum" (Rec.p 216); 11 mars 1994, " Société anonyme la Cinq" (Assemblée, Rec. P.118).

Voir également: CE 29 octobre 2004 (n°26.98.14), 23 mars 2005 (n°26.24.34), 13 avril 2005 (n° 26.55.62) , 9 mai 2005 (n° 27.72.80).

29 Cf: cass. Soc. 2 février 2006 (pourvoi n° 0347.481); 25 février 2003, Bull. civ. V n° 62; 12 décembre 2000, Bull. civ. V n°414; 13 novembre 1996, Bull. civ. V n° 379. A rapprocher: Cass. Assemblée plénière,23 juin 2006 (pourvoi N°.04.40.289)BICC 15 septembre 2006 p.16.

30 Cf: cass.soc. 29 mai 2001, V n° 185; 23 novembre 2005, Bull. civ V n° 341

31 Cf: cass.soc. 19 novembre 2006, Bull. civ. V n° 392;11 avril 2005 (n° 03-40-837) 11 juillet 2000, Bull.civ.V n°

277

32 Cf: cass.soc. 5 mai 2004 (pourvoi n° 03.60.175); 17 septembre 2003 (pourvoi n°01.10.706)

33 Cf: Ass. Plén. 24 novembre 1989, Bull crim. N° 440 (arrêt rendu au visa de l'article 66 de la Constitution)

34 Cf: Crim 17 octobre 1984 ("Doré"), Bull.crim. N° 183; 28 mai 2002,Bull. Crim. N°119; 11 juin 2002, Bull crim.

N° 132

35 Cf: D. Commaret In Mélanges Pradel p 71 & crim. 15 septembre 2004, Bull. crim. N° 210; 15 décembre 2004, Bull. crim. N°324; 2 février 2005, Bull. crim. N° 41; 11 mai 2006, Bull. crim. N° 132.

appuyée sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour réaffirmer le principe de la légalité des délits et des peines³⁶, le principe "Ne bis in idem"³⁷, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère³⁸ ou le principe du double degré de juridiction³⁹.

– Enfin, s'agissant de la rétention des étrangers, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est fondée sur la décision du Conseil Constitutionnel du 20 novembre 2003 (n° 2003-484-DC) dans plusieurs arrêts concernant la durée de la rétention des étrangers avant la reconduite à la frontière⁴⁰, l'information à donner aux étrangers en rétention sur la faculté qu'ils ont de demander le droit d'asile⁴¹, et tout récemment, l'irrégularité d'une salle d'audience aménagée dans l'enceinte même du centre de rétention⁴².

4) Ainsi, tout se passe en quelque sorte comme si Cour de cassation et le Conseil d'Etat, sans faire référence à une quelconque hiérarchie entre les hautes juridictions et tout en conservant la faculté de ne pas suivre dans certains cas la "jurisprudence" du Conseil Constitutionnel, s'efforcent de n'user de leur autonomie qu'avec discernement, en regardant le juge constitutionnel comme l'interprète naturel de la Constitution, et en étant disposés à s'aligner sur les interprétations suffisamment persuasives émanant de sa jurisprudence.

Cela se traduit parfois par un dialogue implicite et subtile, dans lequel peuvent se mêler tout à la fois adhésion au raisonnement du Conseil Constitutionnel et manifestation d'indépendance, lorsque, par exemple, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation entendent élaborer leur propre interprétation tout en tenant compte, parmi les arguments juridiques recevables, de ceux qui ont pu conduire le Conseil Constitutionnel à se prévaloir de son interprétation, mais sans y faire référence expressément:

- Une première illustration nous est fournie par le récent arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008 ("Commune d'Annecy" - n° 297-931), qui a annulé un décret du 1^{er} août 2006 concernant la délimitation autour des lacs de montagne de secteurs d'application de la loi littoral, en constatant que ce décret avait été adopté par une autorité incompétente dès lors que la loi en application de laquelle ce décret avait été pris n'avait pas fixé, comme elle aurait dû le faire, les conditions d'exercice du droit de participer à l'élaboration des décisions de délimitation en cause et que le décret avait ainsi empiété sur le domaine de la loi.

Ce faisant, le Conseil d'Etat a suivi un raisonnement analogue à celui adopté par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 19 juin 2008 sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés (n°2008-564DC), mais sans se référer formellement à cette décision⁴³.

n° 25 36 Cf: cass. Crim. 31 mars 2005, Bull. crim. N° 114; 27 mars 1995, Bull. crim. N° 125; 24 janvier 2006, Bull. crim.

37 Cf: cass. crim. 19 janvier 2005, Bull. crim n° 25; 6 janvier 1999, Bull. crim. n° 6

38 Cf: cass. crim 25 avril 2006, Bull. crim. n° 110

39 Cf: cass. crim. 13 décembre 1990, Bull. crim. n° 431

40 Cf: cass.civ.1, 22 mars 2005 (n°04-50-024)- Bull.civ. I N° 304

41 Cf: cass. civ. , 6 juillet 2005 (n° 04-50-055)- Bull Civ.I N° 304

42 Cf: cass. civ.1, 16 avril 2008 (n° 06-20-390, 06-20-391 et 06-20-978) et 11 juin 2008 (n° 07-15-519)

43 Cf: à rapprocher : C.A. 22 juin 2007 "Lesourd" (n°288-206)

Si l'on se reporte aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Yann Aguila, on croit comprendre d'ailleurs que le Conseil d'Etat a entendu, à l'occasion de cette affaire, répondre de façon implicite à plusieurs questions de principe: la possibilité pour les justiciables d'invoquer devant le juge administratif les dispositions de la Charte de l'environnement adoptée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, l'affirmation que ni le caractère imprécis d'une disposition constitutionnelle, ni le fait qu'elle renvoie à une loi ne constituent un obstacle à son invocation contre un acte administratif irrégulier, enfin le rappel des limites à apporter en ce cas à la théorie de la "loi-écran" pour permettre au juge administratif d'apprécier la régularité d'un décret au regard d'une disposition constitutionnelle, dès lors que la loi qui aurait dû intervenir est demeurée déficiente.

- Une seconde illustration des subtilités du "dialogue de persuasion" peut être trouvée, me semble-t-il, dans l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001⁴⁴, concernant le statut pénal du chef de l'Etat, pour lequel j'avais été chargé de conclure: la Cour de Cassation, par delà les controverses doctrinales sur l'interprétation de l'ancien article 68 de la Constitution, s'est efforcée de trouver une solution équilibrée, en tenant compte, d'une part de l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel par sa décision du 22 janvier 1999 (n° 408.D C) pour réaffirmer l'inviolabilité du Président de la République dans l'exercice de ses fonctions de Chef de l'Etat, d'autre part de la nécessité de réserver la compétence du juge judiciaire pour la détermination du régime pénal applicable aux actes du Président détachables de sa fonction, en prévoyant notamment la suspension de la prescription de l'action publique dès lors que les poursuites ne pouvaient plus être exercées pendant la durée du mandat présidentiel.

On peut donc parler à juste titre "d'autorité persuasive" de la jurisprudence générale du Conseil Constitutionnel, en tant qu'elle repose sur une adhésion volontaire de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat et sur la force de conviction du raisonnement suivi par le Conseil Constitutionnel.

Cette autorité persuasive attachée à la jurisprudence interprétative du Conseil Constitutionnel se justifie au demeurant pour deux raisons principales:

- d'une part, sans que l'on ait à faire appel à l'idée d'une hiérarchie entre hautes juridictions, le Conseil Constitutionnel est chargé d'appliquer un texte, la Constitution, qui a une autorité supérieure dans la hiérarchie des normes juridiques internes. Il est dès lors naturel qu'il soit regardé comme le principal interprète de la Constitution;

- d'autre part, il est indispensable d'éviter des conflits d'interprétation sur la norme suprême et de maintenir à cet égard une harmonie entre les plus hautes juridictions françaises. Il y va en effet de la bonne administration de la justice, de la cohésion et de l'unité de l'ordre juridique interne, mais aussi de la sécurité juridique qui est due aux citoyens dans un Etat de droit.

- C - LE DIALOGUE DE PARTAGE :

1) Il existe d'abord un "dialogue de partage" qui résulte de l'accord qui intervient

44 Cf: Cass. Ass. Plé du 10 octobre 2001, "Breisacher" (Bull. Ass. plén. n° 11)

tacitement et de façon naturelle entre les juridictions des différents ordres pour la répartition de leurs domaines respectifs:

- Nous en trouvons en premier exemple dans l'arrêt précité "Breisacher" de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001 et le partage opéré entre le juge constitutionnel et le juge judiciaire à propos du statut pénal du Chef de l'Etat.

- Un autre exemple concerne " les actes de gouvernement" : comme on le sait, le Conseil d'Etat, selon une jurisprudence constante, refuse de juger de la légalité de tels actes. Mais le Conseil Constitutionnel, depuis quelques années, se reconnaît compétent, dans certaines conditions, pour contrôler la légalité de ces actes⁴⁵. Ainsi, par l'effet d'un dialogue implicite entre les deux hautes juridictions, le Conseil Constitutionnel, tenant compte de ce que les actes de gouvernement sont inaccessibles au juge administratif, tend à se reconnaître compétent en la matière, au bénéfice d'une plus grande protection des administrés et de la garantie de la sécurité juridique.

2) Mais le dialogue de partage qu'il faut surtout évoquer ici est celui que semble vouloir instituer la nouvelle loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la Cinquième République: en instaurant un nouveau dispositif de contrôle de la constitutionnalité des lois, qui prend la forme d'une "question préjudicielle de constitutionnalité" accessible au justiciable, cette loi paraît ouvrir la voie à un véritable dialogue de "partage institutionnalisé" entre le Conseil Constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et les juridictions de fond.

En effet, le mécanisme prévu par l'article 29 de la loi constitutionnelle (article 61-1 nouveau de la Constitution) repose sur un processus de contrôle de la constitutionnalité des lois en trois étapes :

- l'étape initiale est celle du premier juge saisi de la question de l'inconstitutionnalité de la loi soulevée par un justiciable. Si l'on se réfère à ce qui avait été prévu par l'ancien projet de loi constitutionnelle de 1990, inspiré des propositions du président Robert BADINTER, et par le "Comité VEDEL" de 1993, ce premier juge saisi devrait être chargé de vérifier, d'une part que " la disposition contestée commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites", d'autre part que la disposition litigieuse n'a pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité de la part du Conseil Constitutionnel, enfin que la question posée n'est pas manifestement infondée.
- la seconde étape est celle du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation, qui doivent être nécessairement saisis par le premier juge de la question d'inconstitutionnalité soulevée. Ce sont eux qui auront pour mission d'apprécier si la question d'inconstitutionnalité est nouvelle ou si elle présente une difficulté sérieuse justifiant le renvoi au Conseil Constitutionnel. Ils devront se prononcer dans un délai de trois mois.
- l'étape finale est celle du Conseil Constitutionnel, auquel reviendra, seul et en dernier lieu, sur la saisine du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le soin d'interpréter la Constitution et d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de la loi déférée. Il devra statuer lui même dans un délai de trois mois.

⁴⁵ Cf: Cons. Const. 25 juillet 2000("Hauchemaille"Rec . p.117); 7 avril 2005 ("Génération écologie", JO du 9 avril 2005, p. 6458 ; 4 juin 1988 (Rec. p.77)

Ainsi est mise en place une procédure bien encadrée de contrôle de la constitutionnalité des lois en trois étapes, avec filtrage obligatoire du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, qui associe les juges administratifs et les juges judiciaires, tout en réservant in fine au Conseil Constitutionnel l'exclusivité de l'appréciation de la constitutionnalité de la loi.

Sans préjudice des dispositions complémentaires qui figureront dans la loi organique et des questions qui restent à régler au sujet des incidences de la nouvelle procédure sur le déroulement des procès, et quelle que soit enfin l'opinion que l'on puisse avoir sur le dispositif dans son ensemble, n'est-ce pas là une illustration de la conciliation recherchée entre le dialogue nécessaire des juges et l'autorité ultime qu'il convient d'accorder au Conseil Constitutionnel en vue de garantir l'unité dans l'interprétation de la Constitution ?