

Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation

Bertrand MATHIEU - Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne Université Paris I

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 32 (DOSSIER : CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (1)) - JUILLET 2011

Résumé : La mise en œuvre par le juge judiciaire ou administratif des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur question prioritaire de constitutionnalité suscite de nouvelles questions et de nouveaux enjeux concernant les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et l'ordre juridique ordonné par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce sont les questions des rapports entre les ordres juridiques et du rôle joué par les différentes juridictions dans la régulation de ces rapports qui sont posées sous un jour nouveau. Il convient alors d'articuler l'autorité de chose interprétée reconnue aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme avec l'autorité, affirmée par la Constitution, des décisions du Conseil constitutionnel.

L'irruption de la question prioritaire de constitutionnalité a engendré une rupture dans un système où la protection *in concreto* des droits fondamentaux était essentiellement assurée au diapason de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le contrôle de constitutionnalité a priori n'apportait à ce système qu'un correctif à la marge. En fait seule l'existence de réserves d'interprétation ou d'application de la loi était susceptible d'encadrer l'exercice du contrôle exercé par le juge de l'application de la loi, juge judiciaire ou juge administratif, que nous appellerons ici, non par manque de déférence, mais par commodité, le juge ordinaire, en ce qu'il exerce, en général, le plein contrôle des litiges qui lui sont soumis. Le mécanisme du contrôle de la constitutionnalité de la loi à l'occasion de son application fait incontestablement bouger les lignes. D'une part, le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité étaient clairement distingués : au juge constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité de la loi, au juge ordinaire le contrôle de conventionnalité de la loi, sous le contrôle lointain de la Cour européenne des droits de l'homme. La question prioritaire de constitutionnalité place la Cour de cassation et le Conseil d'Etat dans une situation nouvelle. Ils sont devenus, subsidiairement, juges de la constitutionnalité de la loi, mais non juge de son inconstitutionnalité, par l'exercice de leur compétence en matière de filtrage de la question de constitutionnalité. Mais ils restent juge de la conventionnalité de la loi. Par ailleurs et surtout, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la Question prioritaire de constitutionnalité, est opéré à l'occasion de l'application de la loi, comme le contrôle de conventionnalité, alors même qu'il demeure, en principe, un contrôle abstrait, c'est à dire qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de l'application de la loi. Ainsi, à l'occasion d'un même litige, le juge ordinaire peut être confronté à la fois à l'autorité d'une décision du Conseil constitutionnel et à celle reconnue à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'introduction tardive du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans un système juridique dans lequel le contrôle de conventionnalité s'était très largement implanté conduit à revisiter non seulement les rapports entre les ordres juridiques, mais aussi, et surtout, le rôle joué par les différents acteurs juridictionnels dans la régulation de ces rapports. L'existence de trois ordres juridiques, l'ordre juridique national, l'ordre juridique de l'Union européenne et celui de la Convention européenne, exerçant, de manière concurrente, ou complémentaire, des compétences en matière de protection des droits fondamentaux n'est pas sans poser problème pour le juge ordinaire qui est à la fois soumis au respect des décisions du Conseil constitutionnel et juge conventionnel. Certes, l'harmonisation de la définition substantielle des droits fondamentaux tend à s'opérer par un jeu de pouvoir de persuasion (2) qui s'exerce entre les différents ordres juridictionnels, mais cet exercice a ses limites comme le démontrent d'une part la « guerre des juges » qui a illustré l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans l'ordre juridique national, le fait qu'une disposition jugée conforme à la Convention européenne n'est pas nécessairement conforme à la Constitution (3) et qu'un brevet de constitutionnalité ne vaut pas nécessairement brevet de conventionnalité (4).

Il est entendu qu'aujourd'hui, pour être applicable une loi doit être à la fois conforme à la Constitution, au droit de la Convention européenne et à celui de l'Union européenne. Il n'en reste pas moins, d'une part, que le problème reste pendant lorsqu'une exigence constitutionnelle est non compatible avec une exigence européenne. D'autre part, indépendamment de la solution qui doit être apportée à un éventuel conflit normatif, se pose la question de savoir quel juge est compétent pour identifier le conflit et, le cas échéant, le résoudre.

Avant d'aborder ces questions, il convient de revenir rapidement, et de manière très générale pour fixer le décor, sur la spécificité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous ne traiterons pas dans les développements qui suivent du droit de l'Union européenne, dont l'articulation avec le droit constitutionnel présente des traits communs, mais aussi des traits spécifiques, au regard, notamment, du caractère intégré du droit de l'Union, de l'autorité des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, des règles constitutionnelles particulières qui ordonnent son intégration dans le droit national, ainsi que de l'existence d'un système de contrôle par voie de question préjudicielle exercé par la Cour de Luxembourg.

Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme participe, comme le droit de l'Union européenne, à la construction d'un droit produit de l'interaction entre des ordres juridiques non hiérarchisés, complémentaires, mais aussi concurrents (5).

Contrairement au droit de l'Union européenne, et malgré l'affirmation de la Cour européenne des droits de l'homme (6), la Convention européenne des droits de l'homme ne constitue pas le texte fondateur d'un ordre constitutionnel en ce qu'elle n'a pas pour objet de régir une société politique avec une compétence générale, mais qu'elle est soumise au principe de spécialité et à des compétences d'attribution, aussi larges soient-elles, à savoir la protection des droits et libertés fondamentaux (7).

En revanche, l'existence d'une juridiction supranationale confère à ce droit une place spécifique qui ne peut être assimilée exactement à celle du droit international. Il en résulte, en particulier, comme l'a reconnu d'ailleurs le Conseil constitutionnel français, de manière logique, mais sur un fondement constitutionnel incertain, que l'application et la prééminence nationale du droit de la Convention européenne, ne sont pas soumis à la condition de réciprocité (8).

Par ailleurs, présentant la nature d'un traité n'engageant les parties que pour ce qu'elles ont signé et ratifié et soumise à l'exigence de l'unanimité pour sa modification, la Convention a, sous l'action de la Cour, opéré une transsubstantiation de fait.

Ce phénomène se mesure à l'aune des innovations jurisprudentielles de la Cour. Je n'en citerai ici que quelques unes.

D'une part la Cour a considérablement étendu le champ des normes de référence. Elle peut ainsi se référer, non seulement à la Convention, mais aussi toutes les sources formelles du droit international, instruments conventionnels ou non, principes généraux reconnus par les Nations civilisées, *jus cogens*, décisions de juridictions internationale, ou d'organes non juridictionnels, avis ou recommandation de comités d'experts, sources du droit européen qu'elles soient ou non contraignantes, tant la production normative que la *soft law* (9).

D'autre part la Cour s'estime investie de la mission de faire avancer de manière globale le niveau de protection de droits fondamentaux, en tenant compte des conditions de vie actuelles (10).

Par ailleurs, elle se déclare compétente pour étendre le champ d'application des droits, voire reconnaître des droits non inscrits dans la Convention, en se fondant sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme (11).

Enfin, au delà des obligations positives qu'elle fait peser sur les Etats, une autre tendance se manifeste par l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. La Cour, au moyen de ce que l'on appelle des « arrêts pilotes » peut ainsi être conduite à préciser la mesure que l'Etat doit adopter sans qu'il dispose pour ce faire d'une véritable marge de manoeuvre (12).

Le rôle relais joué par les juridictions judiciaires et administratives nationales dans le respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a représenté une contribution essentielle au développement du droit conventionnel. C'est ainsi que l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, s'est imposée en pratique, accélérant le mouvement d'uniformisation des droits nationaux. Prenant appui sur la plasticité des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges nationaux ont renforcé leur pouvoir et légitimé le contrôle opéré sur ce qui fait le coeur même de la mission du législateur, à savoir la détermination de l'intérêt général. De même, le législateur national, lui même, se soumet par avance aux oracles de Strasbourg. Ainsi, la prudence des parlementaires, du gouvernement et du Conseil d'Etat, face à la perspective d'une loi interdisant le voile intégral dans l'espace public, a traduit la manière dont une éventuelle sanction de la Cour de Strasbourg constitue une épée de Damoclès suspendue sur la tête du législateur et prédétermine son comportement au regard d'une conception particulièrement extensive du principe de précaution (13).

Alors qu'en France le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité a répondu à des exigences tenant tant à l'effectivité des règles constitutionnelles qu'au souci de rapatrier une partie du contentieux des droits et libertés fondamentaux, la Cour de Luxembourg tend cependant à s'ériger en cour suprême de l'ordre juridique européen, appuyée en cela par la portée que les juges nationaux ordinaires reconnaissent à ses décisions.

Si l'on aborde, de manière pratique, l'analyse de ces deux procédures que sont le contrôle de constitutionnalité a posteriori et le contrôle de conventionnalité, du point de vue du justiciable, ce qui n'est pas sans intérêt, ni sans légitimité, l'on peut observer que la coexistence de ces deux procédures de protection des droits fondamentaux est favorable à la protection de ses droits. Si l'on se place du point de vue de la sécurité juridique et de la cohérence du système juridique d'ensemble, l'appréciation peut être plus nuancée. De ce point de vue, avant d'aborder la question de la résolution des conflits de normes, il convient de réfléchir sur les conditions de l'exercice des fonctions interprétatives par les différents juges concernant les différentes normes auxquelles ils sont confrontés et l'autorité de leurs décisions respectives. Il est évident que cette étude n'a pour objet que de dresser quelques pistes de réflexion provisoires, s'agissant d'une situation qui ne peut qu'évoluer et d'une construction théorique qui n'est encore qu'à l'état d'ébauche. Mais on considèrera ici que l'analyse théorique ne vaut que pour autant qu'elle constitue un système d'explication pertinent d'une réalité, c'est donc à cette réalité que l'on s'attachera d'abord.

I. La coexistence de deux contrôles dans le cadre de systèmes juridiques distincts

Aujourd'hui, la protection des droits fondamentaux, si l'on fait abstraction du droit de l'Union européenne, est donc opérée tant au regard de la Convention européenne des droits de l'homme que de la Constitution. Le justiciable peut ainsi choisir le terrain sur lequel il engagera une action en vue de se voir reconnaître les droits qui sont les siens. L'exercice de ce contrôle conduit à mettre en concurrence les fonctions interprétatives des juges concernés, tant en ce qui concerne les normes de référence que les dispositions législatives objets du contrôle. La question est alors celle de l'articulation des décisions rendues dans le cadre de cet exercice.

A. Le point de vue justiciable quant à l'efficacité comparée de la question prioritaire de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité

La loi organique relative au Conseil constitutionnel (art. 23-2) prévoit que « la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité ». Le justiciable pourra être ainsi confronté à plusieurs possibilités. Soit il estime que la loi est contraire à un droit, ou à une liberté, exclusivement reconnu dans l'ordre juridique conventionnel, il choisira nécessairement de soulever une question de conventionnalité. Au contraire s'il estime que le droit, ou la liberté, auquel la loi contrevient est propre à l'ordre juridique national, il choisira nécessairement la voie de la question de constitutionnalité.

Mais ces situations ne sont probablement pas les plus fréquentes. En effet, le plus souvent, les droits et libertés invocables sont protégés à la fois sur le plan conventionnel et sur le plan constitutionnel, même si la situation n'est pas aussi simple, s'agissant notamment de la signification substantielle ou de la portée différentes qui pourraient être données à un principe reconnu dans l'un ou l'autre des ordres juridiques (égalité, propriété, dignité...). Dans l'hypothèse où le justiciable invoque un principe protégé à la fois au plan conventionnel et au plan constitutionnel, il peut choisir trois stratégies : soulever uniquement la question de constitutionnalité ; soulever uniquement la question de conventionnalité ; soulever simultanément les deux questions. La première option ne présente a priori guère d'intérêt. La seconde option conduira à ce que la question puisse être tranchée directement par le juge et donc plus rapidement, sous réserve d'une question préjudicielle. La troisième option conduira à ce que la question de constitutionnalité soit prioritairement traitée. Elle sera susceptible d'allonger, raisonnablement, environ de six ou sept mois, la procédure. Mais dans l'hypothèse où le justiciable n'obtient pas satisfaction sur le terrain constitutionnel, la question sera néanmoins ensuite posée sur le terrain de la conventionnalité. En ce sens il ne perd aucune « chance ». Ainsi, alors que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la rétention de sûreté, le Conseil d'Etat examine les dispositions pertinentes au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 24 nov. 2010, n° 343398, *Casanovas*, *AJDA* 2010. 2284 ; *ibid.* 2011. 375, chron. A. Lallet et X. Domino). En outre, alors que l'inconventionnalité de la loi reconnue par le juge le conduit seulement à écarter l'application de la loi au litige dont il s'agit, une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel entraîne l'abrogation de la loi.

De ce point de vue, la procédure de la question de constitutionnalité peut paradoxalement être plus rapide. En effet, en cas d'abrogation de la disposition législative contestée, le justiciable obtiendra satisfaction dans un délai de quelques mois et en première instance, sans que la question de la validité de la disposition législative contestée puisse faire l'objet d'un nouveau débat en appel, en cassation, voir devant la Cour européenne des droits de l'homme (14).

L'abrogation par le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2010-1 QPC (Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *AJDA* 2010. 1051 ; *ibid.* 1606, note O. Dord ; *D.* 2010. 1354, obs. S. Lavric ; *ibid.* 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RFDA* 2010. 717, note D. Katz ; *RDSS* 2010. 1061, étude L. Gay ; *Constitutions* 2010. 390, obs. A. Levade ; *ibid.* 441, obs. S. Slama ; *RTD civ.* 2010. 517, obs. P. Puig), de certaines dispositions constitutionnelles déclarée conformes à la Convention européenne des droits

de l'homme par le Conseil d'Etat (affaire dite de la cristallisation des pensions) démontre l'utilité spécifique de cette voie de droit (15).

Par ailleurs, dans sa décision 2010-14/22 QPC (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *AJDA* 2010. 1556 ; *ibid.* 2011. 375, chron. A. Lallet et X. Domino ; *D.* 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2010. 470, étude J.-B. Perrier ; *Constitutions* 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier ; *ibid.* 2011. 58, obs. S. De La Rosa ; *Rev. science crim.* 2011. 139, obs. A. Giudicelli ; *ibid.* 165, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges ; *RTD civ.* 2010. 513, obs. P. Puig ; *ibid.* 517, obs. P. Puig), le Conseil pose le principe selon lequel une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question, sauf si l'abrogation immédiate est susceptible de violer des objectifs constitutionnels et d'entraîner des conséquences manifestement excessives (remise en cause de gardes à vue (16)). Dans sa décision 2010-83 QPC (Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-83 QPC, *AJDA* 2011. 70), le Conseil tout en reportant dans le temps l'abrogation de la loi, précise que « afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours (*calcul de certaines pensions de retraite*) il appartient d'une part aux juridictions de sursoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ou au plus tard jusqu'au 1 janvier 2012, (*date à laquelle l'abrogation produira automatiquement effet*) dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision ». Si tel n'est pas le cas, s'agissant par exemple de la garde à vue, le justiciable peut se trouver dans une position plus défavorable que celle dans laquelle il se serait trouvé s'il avait obtenu satisfaction à l'issue d'un contrôle de conventionnalité. L'hypothèse est limitée, mais elle existe. Certes, de manière générale, si le justiciable n'obtient pas satisfaction sur le terrain de la conventionnalité, il peut obtenir satisfaction sur le terrain de la conventionnalité. Mais on pourrait imaginer que, paradoxalement, l'autorité reconnue à la décision du Conseil constitutionnel en ce qu'elle diffère la portée de l'abrogation de la loi et la prive d'effet utile pour le justiciable, empêche le juge de faire produire un effet immédiat à une déclaration d'inconventionnalité. On reviendra sur cette question par la suite.

B. De l'exercice par les juges de la fonction interprétative et de l'autorité de leurs décisions

Les débats qui ont eu lieu, par décisions interposées, entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation démontrent, s'il en est besoin, de l'importance que revêt la question de la répartition des compétences entre les différents juges s'agissant de l'interprétation, tant des normes de référence que de la loi.

Ainsi, la Cour de cassation, sous couvert, d'une appréciation de la question posée comme relevant non de la mise en cause de la constitutionnalité de la loi, mais de la mise en cause de la constitutionnalité de l'interprétation de la loi telle qu'elle résulte de sa jurisprudence, a été conduite à rejeter le caractère sérieux de la question.

Cette analyse est justifiée lorsque comme dans l'arrêt Despaz (Cass., 19 mai 2010, n° 09-70.161, *D.* 2010. 1352 ; *RTD civ.* 2010. 810, obs. P. Thery), le requérant invoque non pas l'inconstitutionnalité de la loi, mais l'inconstitutionnalité de son interprétation. Elle l'est également si le justiciable ne met pas en cause directement la loi mais une « interprétation stricte » de la disposition législative en question (17). On doit également admettre que la Cour de cassation ne transmette pas une question si elle estime que l'interprétation qu'elle retient de la disposition contestée conduit à ce que le principe invoqué ne soit pas en cause (18). On peut également justifier que la Cour ne transmette pas une question portant sur le caractère équivoque ou imprécis de la loi alors que la jurisprudence a donné de la disposition contestée une interprétation constante.

L'analyse est plus contestable dans le cas où la Cour considère, alors que le justiciable invoque l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, que c'est l'interprétation qui est en cause (19). Il existe une différence entre l'argument qui tend à soutenir que la loi est, peut être, conforme à la Constitution, mais que l'interprétation que lui donne la Cour de cassation est contraire à la Constitution, ce qui équivaut à demander au Conseil constitutionnel de censurer cette interprétation ou, le cas échéant, à lui en substituer une autre, et celui qui consiste à affirmer que la loi est, le cas échéant, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, intrinsèquement, contraire à la Constitution. Bien sur on ne peut séparer le texte de son interprétation mais dans le premier cas, il est argué que le texte n'est pas en lui même contraire à la Constitution, dans le second c'est l'inconstitutionnalité du texte lui même qui est invoquée.

Cette jurisprudence a cependant évolué. Ainsi, concernant la question du mariage homosexuel, la Cour de cassation renvoie une question qui porte non pas sur la constitutionnalité de certaines dispositions législatives, mais sur l'application qui en est faite, c'est à dire en réalité sur l'interprétation qui leur est donnée (20). Le Conseil constitutionnel a tranché la question en se référant à la doctrine du « droit vivant ».

Dans sa décision 2010-39 QP, le Conseil constitutionnel affirme, dans un considérant de principe que « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». Le rôle éminent de la Cour de cassation en tant qu'interprète de la loi est ainsi reconnu. En cas d'interprétation constante, ou consolidée, de la loi, le Conseil constitutionnel ne substitue pas sa propre interprétation à celle de la Cour de

cassation mais apprécie la constitutionnalité de la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation.

C'est ainsi le rôle complémentaire, concurrent et non hiérarchisé, des ordres juridictionnels quant à l'interprétation de la loi qui est mis en exergue. L'adoption de la doctrine du « droit vivant » constitue, dans son principe, un instrument essentiel de résolution des conflits potentiels entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, alors même qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel d'en user « avec prudence et sans dogmatisme » pour reprendre les termes de G. Zagrebelsky (21).

Dans sa décision 2011-120 QPC (Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC, *AJDA* 2011. 758), le Conseil constitutionnel apporte d'utiles précisions sur l'exercice de la fonction interprétative de la loi. Il rappelle ainsi que seule une jurisprudence constante et consolidée peut être prise en compte par le Conseil constitutionnel, tant pour justifier d'un changement de circonstances que pour lui interdire de substituer sa propre interprétation de la loi. Il précise également que les juridictions suprêmes des ordres juridiques et administratif ont pour mission d'assurer le respect des exigences constitutionnelles telles qu'il les a interprétées. En ce sens, une jurisprudence constante de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat qui interprète une disposition législative jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel de telle manière que cette interprétation soit susceptible de mettre en cause une exigence constitutionnelle constitue un changement de circonstances susceptible de justifier une QPC. C'est ainsi un très efficace moyen de contrôle sur le respect de sa propre jurisprudence dont se dote le Conseil constitutionnel.

S'agissant des normes de référence, il convient de considérer que, de la même manière que l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme relève en dernier ressort de l'office du juge de Strasbourg, l'interprétation de la Constitution relève de celui de la Rue de Montpensier. Cette compétence ne peut être exercée, de manière subsidiaire, par le juge ordinaire seulement lorsque le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé. C'est alors la mise en parallèle de l'autorité de chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel et de l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui est révélée.

Il existe ainsi, comme le relève Mathieu Disant (22), une hiérarchie des interprètes. Le juge ordinaire est interprète secondaire des normes constitutionnelles et conventionnelles, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme en sont les interprètes autorisés et leur interprétation s'impose.

L'on ne reviendra pas ici en détail sur la question de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, en général (23). On rappellera seulement qu'en vertu de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Cette formulation a été interprétée, par le Conseil lui-même, comme ne visant que l'autorité de chose jugée (24). Elle en pose incontestablement le principe, mais il n'est pas interdit d'y voir également l'affirmation de l'autorité de chose interprétée s'agissant de l'interprétation des règles constitutionnelles. En tout état de cause, la question prioritaire de constitutionnalité rend probablement inéluctable la reconnaissance d'une telle autorité. C'est une exigence de cohérence du droit et une règle de bonne gestion de l'exercice de la fonction de filtre par les deux juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et administratif. En effet, si l'on admet que, dans ce cadre, ces deux juridictions peuvent exercer un contrôle négatif de la constitutionnalité de la loi (ce qu'elles font effectivement), ce n'est admissible qu'à condition que ce contrôle soit exercé au regard de la norme constitutionnelle telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel qui a reçu, implicitement mais nécessairement, cette mission de la Constitution à l'occasion de l'exercice des compétences qu'elle lui attribue. La jurisprudence des deux juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, mais aussi celle du Conseil constitutionnel, témoignent du fait que cet autorité tend à être prise en compte, alors même que le juge se refuse le plus souvent encore à l'admettre formellement. On renverra sur ce point aux très nombreuses décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (25) qui témoignent d'un renforcement spectaculaire de la prise en compte de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel aux normes constitutionnelles et aux mécanismes de contrôle de constitutionnalité (par exemple la proportionnalité) qu'il utilise.

En ce sens, l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité négatif est justifié lorsque le juge de renvoi estime que le principe invoqué n'est pas en cause ou, que, conformément à l'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel, le principe constitutionnel n'a pas la portée que lui prête le requérant ou lorsque, dans une affaire similaire, le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas violation de la Constitution. En revanche l'exercice d'un tel contrôle est plus contestable lorsque le juge de renvoi opère lui-même un contrôle du caractère justifié de l'atteinte à un principe constitutionnel et qu'il se livre alors à un véritable contrôle de proportionnalité concernant, soit la conciliation entre plusieurs exigences constitutionnelles, soit la limitation d'un principe au nom de l'intérêt général.

Comme l'analyse Mathieu Disant (26), le juge doit « tenir nécessairement les textes dont il est chargé de faire application en fonction de l'interprétation du Conseil constitutionnel, sauf pour le juge à usurper des facto la fonction interprétative de ce dernier et à s'arroger un pouvoir qui ne lui est pas attribué ».

C'est la même démarche, aujourd'hui aboutie, qui a conduit les juridictions nationales à reconnaître l'autorité de chose interprétée des décisions

de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est en se fondant légitimement sur la compétence attribuée par la Convention à la Cour que les juges reconnaissent que le droit conventionnel, c'est le texte de la Convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les parties contractantes ont expressément conféré à la Cour européenne des droits de l'homme compétence pour interpréter la Convention. En fait il s'agit d'un dernier mot conféré à la Cour de Strasbourg, s'agissant de l'interprétation de la Convention (27). C'est, ensuite, en s'appuyant sur l'article 46 de la même Convention, qu'est reconnue l'autorité de chose jugée des décisions de la Cour à l'égard des parties. Mais cet article dans son paragraphe un se borne à affirmer que « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Ce qui signifie que l'arrêt ne vaut que pour la partie au litige et pour l'affaire jugée *in concreto* par la Cour. C'est donc par une interprétation constructive, mais nécessaire à l'unité du droit européen, que les juridictions, fortement encouragées par la Cour elle-même, ont reconnu l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. En fait la notion d'autorité de chose interprétée a été employée pour désigner la portée normative *erga omnes* des décisions prononcées par les juridictions européennes (28).

Les positions prises par les chefs des plus hautes juridictions nationales et de la juridiction européenne témoignent de cette prise en compte.

Ainsi, lors de la conférence prononcée le 29 janvier 2010 à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, le Président Jean Paul Costa précise que les obligations des Etats comprennent « l'engagement de se conformer aux arrêts de la Cour au minimum dans les litiges auxquels les Etats sont parties, et de plus en plus lorsque des arrêts identifient, pour d'autres Etats, des dysfonctionnements analogues ». Lors de la conférence prononcée devant le Conseil d'Etat le 19 avril 2010, le Président Costa affirme qu'il ne peut être laissée une trop grande liberté interprétative aux autorités et juridictions des quarante sept Etats et que l'harmonisation opérée par la Cour européenne des droits de l'homme est indispensable. Il affirme également l'effet « *erga omnes* » des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Or cette construction est purement prétorienne. Il ajoute que, lors de la conférence d'Interlaken qui s'est tenue le 19 février 2010, les ministres présents se sont engagés à tirer les conséquences non seulement des arrêts qui les concernent directement mais de ceux qui tranchent des questions analogues dans des affaires où un autre Etat est défendeur. Il envisage à terme une modification de l'article 46 de la Convention, mais ajoute, de manière très constructive, que l'esprit peut procéder la lettre. Cette politique conquérante de la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée très efficace, d'autant plus efficace qu'elle offre au juge national un large champ d'action. Il s'en saisit avec volontarisme.

Ainsi dans son discours en réponse, Jean Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat affirme la nécessité d'appliquer le droit national, y compris le droit constitutionnel, à la lumière des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par une jurisprudence ferme et établie de la Cour européenne des droits de l'homme. On soulignera, pour l'approuver et en étendre la portée, cette remarque selon laquelle, de la même manière que la prise en compte par le Conseil constitutionnel de l'interprétation de la loi par les juridictions ordinaires implique l'existence d'une jurisprudence consolidée, l'autorité de chose interprétée des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, comme de celles du Conseil constitutionnel, doit obéir aux mêmes exigences. Jean Marc Sauvé ajoute qu'en pratique le Conseil d'Etat reconnaît un effet « *erga omnes* » aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans le même sens, Guy Canivet, ancien Premier président de la Cour de cassation, affirme que la Cour de cassation est juridiquement tenue d'appliquer les dispositions de la convention telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme (29). Le même auteur affirme que l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme déborde largement leur stricte portée juridique (30).

Ainsi, la juridiction européenne et la juridiction constitutionnelle ont la volonté de voir reconnue à leurs décisions, l'autorité de la chose interprétée. C'est un facteur de sécurité juridique, mais il renvoie inévitablement à la question de la régulation entre les ordres juridiques.

Poussant à son terme cette logique, la Cour de cassation affirme que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle, ni d'avoir modifié leur législation » (31). Si cette jurisprudence tire les conséquences de l'autorité reconnue aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, elle contribue cependant à en absolutiser la portée.

En fait, s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, il nous semble qu'il convient de distinguer deux hypothèses. La première est celle où le juge de Strasbourg s'est expressément prononcé sur la conformité à la Convention de telle ou telle disposition législative, auquel cas pourrait être reconnue à cette décision une autorité de portée équivalente à celle de la chose jugée, bien qu'elle ne produise pas d'effets *erga omnes*, même dans le droit de l'Etat dont relève ce texte (en effet le juge national écarte l'application de la loi inconstitutionnelle mais elle demeure en vigueur). La seconde hypothèse est celle où le juge européen a seulement interprété la Convention à l'occasion de l'examen d'un autre texte. Dans ce dernier cas, c'est, au sens strict du terme, l'autorité de chose interprétée qui est reconnue.

II. La question de la résolution des conflits d'interprétation

Si l'étape de la reconnaissance formelle de l'autorité de chose interprétée des décisions du Conseil constitutionnel n'est pas encore franchie, c'est probablement pour des raisons essentiellement psychologiques, elle le sera nécessairement pour des motifs tenant au mécanisme même de la Question prioritaire de constitutionnalité et au fait que la logique qui a conduit à sa reconnaissance s'agissant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devrait naturellement s'imposer s'agissant du Conseil constitutionnel. Le retard mis à cette reconnaissance est essentiellement du à la relative impotence du Conseil constitutionnel, alors tenu à l'écart de l'application de la loi.

Si l'on admet la reconnaissance de ces différentes modalités d'autorité juridictionnelle, le juge de l'application de la loi peut être confronté à plusieurs jurisprudences qui s'imposent l'une et l'autre à lui. Comme le relève Denys de Bechillon « coexistent plusieurs corpus juridiques et on a confié à des juridictions différentes le soin de les interpréter et de développer à leur sujet de véritables jurisprudences » (32).

A. Sur quelques hypothèses de conflit de jurisprudence

Plusieurs hypothèses peuvent se rencontrer, même si nous n'avons pas la prétention de toutes les envisager ici.

Première hypothèse : Le Conseil constitutionnel déclare un texte conforme à la Constitution et la Cour européenne des droits de l'homme déclare le même texte contraire à la Convention. Cette hypothèse s'est rencontrée s'agissant d'une loi de validation (33). Les deux décisions ont, selon l'analyse que nous avons retenue, autorité de chose jugée et partant du principe que pour être applicable une loi doit être conforme à la fois à la Constitution et à la convention, le juge doit écarter l'application de la loi nonobstant sa conformité à la Constitution. Le juge ne viole pas ainsi l'autorité de chose jugée de la décision du Conseil constitutionnel qui épuise ses effets dans la reconnaissance de la validité au regard de la Constitution. Tel est également le cas dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel déclare contraire à la Constitution une disposition jugée conforme à la Convention.

Deuxième hypothèse : Il s'agit d'une situation dans laquelle l'exigence conventionnelle et l'exigence constitutionnelle sont incompatibles. Il pourrait en être ainsi, par exemple si le juge de Strasbourg imposait la reconnaissance de droits spécifiques à des minorités religieuses ce que la Constitution interdit (34). Une première solution conduirait à transposer à cette hypothèse la théorie des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Ainsi, elle devrait pouvoir jouer dans les rapports entre la Constitution et le droit conventionnel comme elle le fait avec le droit de l'Union, même si c'est de manière exceptionnelle. En effet, alors que la plupart des Cours constitutionnelles, s'agissant du droit de l'Union européenne, tentent de tracer la frontière entre ce qui est commun, le domaine le plus vaste, et ce qui est propre, un domaine en définitive résiduel, il convient de s'interroger sur le point de savoir si ce travail de répartition ne doit pas être appliqué au droit de la CEDH. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne, sur la base du traité, comme la Cour EDH, sur des bases plus fragiles, reconnaissent que le respect des identités constitutionnelles nationales est une exigence conventionnelle, d'autre part les Cours constitutionnelles nationales reconnaissent que le respect de cette même identité est une exigence constitutionnelle.

En réalité, une telle contrariété entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel devrait plus largement se résoudre en faveur du droit constitutionnel. En effet, si le Conseil constitutionnel a pu faire prévaloir, dans certaines hypothèses, le droit de l'Union sur les exigences constitutionnelles et sous réserve des principes inhérents, c'est au nom de l'interprétation qu'il retient des exigences de l'article 88-1 C qui, par définition, n'est pas applicable à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est en fait, en cas de conflit, au constituant qu'il appartient de prendre ses responsabilités.

Mais ces hypothèses devraient être exceptionnelles tant pour des raisons pragmatiques et diplomatiques que pour des raisons plus théoriques. Au titre des premières, il convient de relever que la Cour européenne évite les conflits frontaux avec des Etats, fussent-ils minoritaires, sur des questions qui touchent intimement leur identité nationale (comme le démontrent de récentes jurisprudences concernant la présence de crucifix dans les classes en Italie, ou la législation irlandaise relative à l'avortement (35)). D'autre part, et dans le même sens, le Conseil constitutionnel tient le plus grand compte des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Une telle influence n'est, par exemple, probablement pas étrangère au fait que le Conseil constitutionnel a considéré que la notion de famille au sens du Préambule de 1946 pourrait inclure les couples de même sexe (cf. déc. 2010-92 DC du 28 janvier 2011 et CEDH 22 juillet 2010, PB et JS c Autriche). On relèvera également que le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision 2011-113/115 QPC sur la motivation des décisions de Cours d'assises (Cons. const., 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC, *AJ pénal* 2011. 243, obs. J.-B. Perrier) contient de très longs développements consacrés à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question (36), comme celui sur la décision relative à la garde à vue.

Sur un plan plus théorique, la plupart des contradictions entre les règles constitutionnelles et les exigences conventionnelles sont solubles pour autant qu'elles établissent des constatations ou des permissions. Prenons le cas suivant : la Cour européenne des droits de l'homme considère que les membres du parquet ne sont pas des magistrats au sens de la Convention, qu'ils ne relèvent donc pas de l'autorité judiciaire et qu'ils ne peuvent cumuler des fonctions de poursuite et de garants des libertés (37). Le Conseil constitutionnel réaffirme que les magistrats du parquet

comme les magistrats du siège appartiennent à l'autorité judiciaire et que la protection de la liberté individuelle relève de leur mission (38). Il y a manifestement contradiction entre les deux jurisprudences et partant les deux droits. Certes, il serait possible de considérer que la décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'a qu'une autorité relative et non *erga omnes* de l'autorité de la chose jugée et que la décision de la Cour ne doit prévaloir que dans l'affaire qu'elle a jugée. Mais cette interprétation fondamentaliste ne nous semble pas devoir être retenue (cf. supra). C'est sur le parquetier, tel qu'il existe en droit français, que la Cour européenne s'est prononcée, et le juge national ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour constater cette contrariété à l'occasion de l'application de la loi. Pourtant, la situation n'est pas insoluble. Les membres du parquet sont des magistrats au sens de la Constitution mais non au sens de la Convention européenne et il appartient seulement au juge national d'écarter l'application d'une disposition législative tirant de l'appartenance des membres du parquet à l'autorité judiciaire des conséquences contraires à la Convention. Plus encore, la Constitution n'oblige pas que soient confiées aux magistrats du parquet des compétences relatives à la protection de la liberté individuelle, elle le permet seulement tout en exigeant que l'autorité judiciaire remplisse cette mission, ce qui n'interdit aucunement de la confier aux magistrats du siège. En ce sens on ne peut reprocher à la Cour de cassation d'avoir jugé que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme (39).

Une troisième hypothèse peut se rencontrer : c'est celle où l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel entre en conflit avec l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme.

La prise en compte des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation relatives à la présence de l'avocat lors d'une garde à vue témoigne de cette situation.

Ainsi le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision 2010-14/22 QPC préc., que le régime légal de la garde à vue était conforme à la Constitution en ce qu'il limitait l'intervention d'un avocat dans les gardes à vue relatives à certaines infractions relevant du crime organisé et contraire à la Constitution en ce qu'il ne prévoyait pas l'intervention d'un avocat dès le début de la garde à vue dans les autres cas. Opérant une conciliation entre les exigences constitutionnelles relatives à la protection de la liberté individuelle et celles relevant de la sécurité juridique, il reporte les effets de l'abrogation afin de permettre au législateur d'édicter de nouvelles règles, sans faire bénéficier les requérant de cette abrogation. Cette décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée et s'impose aux juridictions nationales en vertu de l'article 62 de la Constitution. Par ailleurs, la jurisprudence européenne semble imposer largement la présence de l'avocat lors de la garde à vue. Elle a notamment indiqué dans l'arrêt Brusco c. France du 14 octobre 2010, que « la personne gardée à vue a le droit d'être assisté d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce a fortiori lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités du droit de se taire ». Sur ce point la Cour renvoie notamment aux principes dégagés par l'arrêt Adamkiewicz c Pologne du 2 mars 2010 dans lequel il est indiqué que « les modalités de l'application de l'article 6 § 1 et 3 durant l'instruction dépendent des particularités de la procédure et des circonstances de la cause ; pour savoir si le résultat voulu par l'article 6 (art. 6) - un procès équitable - a été atteint, il échet de prendre en compte la procédure litigieuse dans son ensemble ». Il ne nous appartient pas ici de discuter des exigences conventionnelles mais de relever que la Cour n'a pas formellement condamné les dispositions législatives organisant la présence de l'avocat dans les gardes à vue relatives au crime organisé. Pourtant, dans sa décision du 19 octobre 2010, n° 10-82.902 (*D.* 2010. 2809, obs. S. Lavric, note E. Dreyer ; *ibid.* 2425, édito. F. Rome ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2010. 479, étude E. Allain ; Cah. Cons. const. 2011. 242, obs. Y. Mayaud ; *Rev. science crim.* 2010. 879, chron. E. Gindre), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que ces dispositions spécifiques étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. De même dans ses décisions précitées du 15 avril 2012, qui confirment, sur ce point la décision de la Chambre criminelle, l'Assemblée plénière, se réfère aux décisions Soldouz c. Turquie et Doynoman c. Turquie des 17 novembre 2008 et 13 octobre 2009 en vertu desquelles il faut « en règle générale que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant les interrogatoires ». De ce point de vue la Cour de cassation ne viole pas directement l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel car elle ne se prononce que du point de vue conventionnel. Elle fait néanmoins prévaloir les effets de l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme sur les effets de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel. L'ambiguïté tient au fait que, sans le dire ouvertement, le Conseil constitutionnel prend largement en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, non a proprement parler comme norme de référence, mais pour interpréter les normes constitutionnelles, alors que la Cour de cassation est le juge naturel de la conventionnalité, l'un est l'autre interprétant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Au surplus, on relèvera à nouveau que la Cour de cassation se réfère dans ses décisions du 15 avril 2011 à une jurisprudence qui pose des principes qui s'appliquent « en règle général » en leur conférant une portée absolue et *erga omnes*. Cette situation n'est pas aberrante sur le plan théorique, elle est cependant source d'insécurité juridique et de désordre.

En revanche, s'agissant de la portée de l'abrogation de la disposition jugée inconstitutionnelle, la décision du Conseil constitutionnel s'impose sans que puisse être invoquée l'autorité de chose interprétée de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Seule une sanction de ce report par la Cour européenne des droits de l'homme, dans des conditions qui restent à définir, pourrait, le cas échéant, conduire le juge

ordinaire à faire obstacle à la décision du Conseil constitutionnel (40). C'est en ce sens que se prononce la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans sa décision du 19 octobre (10-82.902) en jugeant que les règles, conformes à la Convention européenne telle qu'elle l'a interprétée, ne peuvent s'appliquer immédiatement pour des raisons tenant au respect du principe de sécurité juridique et de bonne administration de la justice et déclare qu'elles ne prendront effet que lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel, modifier le régime de la garde à vue avant le 1 juillet 2011. Elle reconnaît ainsi l'autorité de la décision du Conseil sur ce point. De ce point de vue, c'est au législateur, en charge de l'intérêt général, qu'il appartient de définir l'équilibre à assurer entre les exigences constitutionnelles qui s'y rapportent et les droits fondamentaux des citoyens. Cette conciliation est placée sous le contrôle du juge qui peut censurer un déséquilibre manifeste, mais qui ne peut substituer sa propre appréciation à celle du législateur et, moins encore, lui dénier cette compétence.

C'est pourtant une position contraire que prend l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans ses décisions du 15 avril 2011 (Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *D.* 2011. 1080, et les obs. ; *ibid.* 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2011. 311, obs. C. Mauron° 589, 590, 591, 592), la plus haute formation de la Cour de cassation fait produire un effet immédiat à la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions relatives à la garde à vue, qu'elle confirme par ces mêmes décisions. Elle fait ainsi obstacle à l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. En effet, la Cour de cassation fait doublement prévaloir, sur la décision du Conseil constitutionnel, sa propre interprétation de l'effet de la déclaration d'inconventionnalité qu'elle prononce. D'abord, la décision même de priver d'effets immédiatement une disposition législative, dont le Conseil constitutionnel avait prévu le maintien en vigueur jusqu'à l'intervention d'une nouvelle loi et au plus tard jusqu'au 1^{er} juillet 2011, viole incontestablement l'autorité dont était revêtue cette décision qui s'impose à tous les organes juridictionnels. D'autre part, la Cour estime, comme il ressort du communiqué publié par la Première présidence, que le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable. Or ici encore, indépendamment du caractère discutable de cette affirmation, dans la généralité de sa formulation, le Cour de cassation interprète, de son propre chef, la Convention et fait prévaloir cette interprétation sur l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. D'un autre point de vue, la Cour de cassation fait obstacle à la volonté du législateur de faire produire effet à la nouvelle législation dans un délai raisonnable, à savoir le 1^{er} juin (41). On peut estimer qu'ainsi la Cour de cassation opère une double manœuvre. Elle se pose d'abord dans une posture de meilleur défenseur des droits fondamentaux que le Conseil constitutionnel en tentant de démontrer que le contrôle de conventionnalité est plus performant que le contrôle de constitutionnalité. D'autre part, la Cour de cassation « reprend la main » en faisant échec à une décision du Conseil constitutionnel, pourtant revêtue d'une autorité spécifiquement affirmée par la Constitution. Faute de pouvoir faire obstacle au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, la Cour de cassation tente d'en limiter les effets. Incontestablement, la suite donnée aux décisions relatives aux « QPC » constitue un nouvel enjeu de la lutte sourde qui oppose la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. On pourrait souhaiter que la résolution de ces problèmes, incontestablement sérieux, soit abordée avec plus de recul.

Une autre évolution, qui n'est manifestement pas à l'ordre du jour, conduirait à ce que le Conseil constitutionnel assure, ou assume, lui même un contrôle de conventionnalité. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2006-605 DC, pérennise, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, la distinction entre le contrôle de conventionnalité, qui relève des juridictions administratives et judiciaires, et le contrôle de constitutionnalité, qui relève de sa propre compétence. De ces points de vue, le droit de l'Union européenne est traité comme l'ensemble du droit conventionnel. Il en résulte qu'un brevet de constitutionnalité décerné par le Conseil constitutionnel ne vaut pas brevet de conventionnalité. Une remise en cause de cette jurisprudence poserait un certain nombre de problèmes au regard du droit de l'Union européenne. Elle conduirait, au surplus et de fait, à faire de la Cour européenne des droits de l'homme une cour suprême, ce qui ne peut s'admettre dans un système qui n'est à aucun titre fédéral. Il convient seulement d'envisager que le Conseil constitutionnel puisse être conduit, avec une certaine marge de manœuvre, à prendre en compte le droit conventionnel pour interpréter la norme constitutionnelle et qu'il assume plus clairement cette opération à laquelle il se livre déjà. On notera d'ailleurs que dans sa décision 2004-505 DC, rendue à propos de Traité sur l'Union européenne, le Conseil prend en compte l'autorité interprétative des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Quelques pistes pour une régulation

Pour conclure, et à titre exploratoire, quelques solutions peuvent être proposées. Elles s'appuient sur un certain nombre de présupposés :

- D'abord il convient d'admettre que la loi est soumise à une double exigence de conformité, ou de compatibilité, à la loi et aux droits européens ;
- D'autre part, les décisions du Conseil constitutionnel, comme les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, doivent se voir reconnaître l'autorité de chose interprétée ;
- Par ailleurs, les juridictions judiciaires et administratives sont les interprètes privilégiées de la loi ;

- Enfin, il conviendrait de faire prévaloir l'autorité de chose jugée sur l'autorité de chose interprétée.

Si l'on reprend les hypothèses précédemment envisagées, plusieurs solutions peuvent être proposées.

Première hypothèse : Il existe une contrariété entre l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et l'autorité de chose jugée (lato sensu) de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. La loi dont la validité est mise en cause par l'une de ces juridictions doit être inappliquée, sauf si elle constitue la mise en oeuvre d'un principe constitutionnel identitaire et impératif.

Deuxième hypothèse : Il existe une contrariété entre l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, certes le justiciable ne doit pas être privé des droits que lui reconnaît la Convention, mais il conviendrait que la Cour européenne des droits de l'homme puisse trancher le conflit en se prononçant spécialement sur la disposition législative contestée. Soit que le justiciable puisse opérer un recours justifié par le fait qu'il estime que le principe de subsidiarité n'a pas permis d'assurer la protection de ses droits. Soit que soit mis en place une procédure de question préjudicielle. En attendant, et à défaut, il convient de se référer au principe de subsidiarité et à une présomption de conventionnalité. En effet, comme le relève Jean Paul Costa [\(42\)](#), le principe de subsidiarité implique que la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe au premier lieu aux autorités des Etats contractants et non à la Cour, cette dernière n'intervenant qu'en cas de défaillance des autorités nationales. Ainsi, s'agissant de droits ou libertés appartenant à la fois au corpus constitutionnel et au corpus conventionnel, il convient de considérer que cette protection est d'abord assurée, s'agissant du contrôle de la loi, dans l'ordre constitutionnel. On peut également présumer que l'affirmation de la conformité à la Constitution vaut présomption de compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme. Mais il s'agit bien évidemment d'une présomption simple. Cette présomption peut être combattue soit par un recours du justiciable devant la Cour de Strasbourg, soit par une déclaration de contrariété à la Convention visant spécifiquement la disposition législative en cause, prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Si tel est le cas, l'on est en présence d'un conflit avéré entre une norme constitutionnelle et une norme conventionnelle. Alors même que la Convention ne prévaut pas sur la Constitution, faute de dispositions équivalentes à l'article 81-1C, il devrait être possible de s'orienter vers la reconnaissance de la prévalence des exigences conventionnelles sous réserve du respect des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Contrairement à ce qui est généralement admis, du point de vue constitutionnel c'est ce principe de prévalence qui est le plus difficile à construire que la réserve identitaire. De ce dernier point de vue, il appartient à la Cour européenne d'abandonner une logique « majoritaire » et d'admettre qu'il ne lui appartient pas d'uniformiser en toute matière la manière dont les droits fondamentaux sont protégés, s'agissant par exemple de questions comme le mariage, la fin ou les débuts de la vie, la place de la religion dans la vie publique. Comme le relève le Président Sauvé dans la conférence prononcée le 19 avril 2010 au conseil d'Etat en réponse au discours du président Costa [\(43\)](#). Le corolaire du principe de subsidiarité est le respect de la marge d'appréciation des Etats, « traduction de la diversité des cultures européennes, composante essentielle de l'humanisme européen ».

La difficulté tient à l'existence d'ordres juridiques différents auxquels sont rattachés des mécanismes de contrôle différents, alors même que les normes de référence sont substantiellement équivalentes et que les juges, sous couvert d'une référence aux normes suprêmes de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, se réfèrent, au moins de manière implicite, à l'interprétation retenue dans un autre système juridique. Ainsi, certes le contrôle de constitutionnalité assuré par le Conseil constitutionnel ne s'opère pas au regard des normes conventionnelles, mais il est évident qu'elles sont prises en compte. De même que, comme le relève Jacques Arrighi de Casanova [\(44\)](#), « Le Conseil d'Etat ne fait, en principe, pas mention des décisions du Conseil constitutionnel dont il s'inspire, pas plus qu'il ne cite la Cour EDH lorsqu'il fait sienne une jurisprudence qu'elle a dégagée ».

Ainsi, au delà du parallélisme des contrôles assurés d'une part par le Conseil constitutionnel, au titre de la Constitution, et d'autre part par le juge ordinaire, au titre de la Convention, en cas d'appréciation différente sur la validité de loi au regard de ces deux systèmes de référence, c'est un conflit dans l'interprétation de la portée de la Convention qui se manifeste. Si l'on admet que c'est cette situation qui est prégnante dans nombre d'hypothèses, il convient de considérer que seule la Cour européenne des droits de l'homme est l'interprète authentique de la Convention. En ce sens, afin que puisse être assuré un meilleur respect des exigences conventionnelles, s'agissant de dispositions législatives déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, il conviendrait qu'un revirement de jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme puisse être considéré comme justifiant un changement de circonstances justifiant une « QPC ».

Tout cela peut paraître très complexe et les lignes de démarcation entre les différentes hypothèses envisagées ne sont pas toujours très claires. Les développements qui précèdent ont pour seul but de démontrer la nécessité de chercher de nouvelles pistes et la possibilité de les tracer. Les outils méthodologiques demandent à être élaborés.

Une autre difficulté tient au fait qu'il faut faire jouer des instruments tel que l'autorité de la chose jugée ou l'autorité de la chose interprétée sur

des registres et des partitions différents. Mais on peut estimer que la régulation opérée par le juges, devenue le cadre des rapports de systèmes, doit elle même être régulée. Le moment est certainement venu, à la suite de travaux qui ont ouvert la voie (45) de renouveler nos concepts en tant qu'instruments. Mais, comme le relève Denys de Bechillon (46), il ne peut y avoir remise en ordre de cette polyphonie sans qu'une longue et sérieuse réflexion ait précédé le mouvement.

Par ailleurs, le traitement spécifique qui doit être réservé au droit de l'Union européenne ne manquera pas de créer un certain nombre de difficultés, dans l'hypothèse, redoutable, d'une adhésion de l'union européenne, à la Convention européenne des droits de l'homme.

(1) Les Cahiers du Conseil constitutionnel, dans le n° 32 de juillet 2011, ont publié un dossier intitulé « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme » qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivant :

Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme, par Vincent Berger, p. 7.

La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme, par Joël Andriantsimbazovina, p. 19.

L'Autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme, par Marc Robert, p. 29.

Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, par Marc Guillaume, p. 67.

(2) Selon la formule de Bruno Genevois.

(3) Cf. Aff. Esso, Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-33 QPC, *AJDA* 2010. 1732 ; *ibid.* 2384, note F. Rolin ; *ibid.* 2011. 375, chron. A. Lallet et X. Domino ; *D* 2011. 136, note E. Carpentier ; *AJDI* 2011. 111, chron. S. Gilbert ; *RDI* 2010. 574, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJCT* 2010. 136, obs. A. Vincent ; *RFDA* 2010. 1257, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

(4) Cf., à propos de la garde à vue, Crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.902, *D* 2010. 2809, obs. S. Lavric, note E. Dreyer ; *ibid.* 2425, édito. F. Rome ; *ibid.* 2696, entretien Y. Mayaud ; *ibid.* 2783, chron. J. Pradel ; *ibid.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2010. 479, étude E. Allain ; Cah. Cons. const. 2011. 242, obs. Y. Mayaud ; *Rev. science crim.* 2010. 879, chron. E. Gindre.

(5) Cf., en ce qui concerne les rapports entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne, T. Papadimitriou, La régulation des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique constitutionnel français par le Conseil constitutionnel.

(6) CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, *AJDA* 1995. 719, chron. J.-F. Flauss ; *D* 1996. 201, obs. S. Perez.

(7) Cf. P. Ardant, B. Mathieu, Institutions politiques et Droit constitutionnel, LGDJ, 2010, n° 97.

(8) Cons. const., 22 janv. 1999, n° 98-408 DC, *AJDA* 1999. 266 ; *ibid.* 230, note J.-E. Schoettl ; *D* 1999. 285, note P. Chrestia ; *ibid.* 2000. 111, obs. M.-H. Gozzi ; *ibid.* 196, obs. S. Sciortino-Bayart ; *ibid.* 2001. 949, chron. P.-H. Prélôt ; *RFDA* 1999. 285, note B. Genevois ; *ibid.* 715, note P. Avril ; *ibid.* 717, obs. B. Genevois ; *Rev. science crim.* 1999. 353, obs. J.-F. Seuvic ; *ibid.* 497, obs. E. Dezeuze ; *ibid.* 614, obs. A. Giudicelli.

(9) Cf., par exemple, CEDH, 10 nov. 2005, n° 44774/98, *Sahin (M^{me} Leyla) c/ Turquie*, *AJDA* 2006. 315, et les obs., note G. Gonzalez ; *ibid.* 2005. 2149 ; *ibid.* 2006. 466, chron. J.-F. Flauss ; *D* 2006. 1717, obs. J.-F. Renucci.

(10) Cf., par exemple, décis. Marckx du 13 juin 1979.

(11) Cf., par exemple, décis. Airey c. Irlande du 9 octobre 1979.

(12) Sur cette question, cf. not. F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, 2011, not. n° 451.

(13) Cf. B. Mathieu, La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le « voile intégral ». La reconnaissance implicite d'un ordre public immatériel, *La Semaine juridique, éd g^{ale}*, n° 42, 1018.

(14) Cf. en ce sens D. de Béchillon, Conférence « Les Jeudis de la Société de législation comparée », Conseil constitutionnel, 26 novembre 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, « *L'entreprise et les droits fondamentaux* », 2010, p. 205 et s.

(15) Cf. égal. Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC, *AJDA* 2010. 1553, tribune J.-D. Dreyfus ; *D* 2010. 2686, note C. Lacroix ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel ; *Rev. science crim.* 2011. 188, obs. B. de Lamy ; *ibid.* 193, chron. C. Lazerges à propos du recours en cassation de la partie civile.

(16) Cf. *infra* à propos de cette question.

(17) Cass., 8 juill. 2010, n° 10-60.189, *D.* 2010. 2264, obs. B. Ines, note V. Bernaud et F. Petit ; *ibid.* 2264, note V. Bernaud et F. Petit ; *ibid.* 2011. 840, obs. Equipe de recherche en droit social de Lyon 2 ; *RDT* 2010. 564, rapp. J.-M. Béraud.

(18) Cass. crim., 23 novembre 2010, n° 10-86.067.

(19) Cass., 19 mai 2010, n° 09-83.328, *D.* 2010. 1351, et les obs. ; *ibid.* 2236, point de vue H. Nico ; *Rev. science crim.* 2011. 190, obs. B. de Lamy et Cass., 19 mai 2010, n° 09-82.582, *D.* 2010. 1352 ; *ibid.* 1352 ; *ibid.* 2236, point de vue H. Nico ; Cah. Cons. const. 2011. 246, obs. J. Boudon ; *Rev. science crim.* 2011. 190, obs. B. de Lamy ; *RTD civ.* 2010. 508, obs. P. Deumier - motivation des arrêts des cours d'assises.

(20) Civ. 1^{re}, 16 nov. 2010, n° 10-40.042, *AJDA* 2011. 375, chron. A. Lallet et X. Domino ; *D.* 2011. 209, obs. I. Gallmeister, note J. Roux ; *ibid.* 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ famille* 2010. 545.

(21) Constitutions, 2010, n° 1, sur cette question, cf. B. Mathieu, La question de l'interprétation de la loi au coeur de la QPC, *La Semaine juridique, éd. g^{ale}*, 2010, n° 44, 1071.

(22) Cf. L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, cette revue, n° 28, 2010.

(23) Cf. thèse Mathieu Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, et, s.d., B. Mathieu et M. Verpeaux, L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, *Les Cahiers constitutionnels de Paris I*, Dalloz, 2010.

(24) Décis. 88-244 DC.

(25) Cf. B. Mathieu, Chroniques Question prioritaire de constitutionnalité, *La Semaine juridique, éd. g^{ale}*, 2010, n° 28-29, p. 801, 2010, n° 38, p. 1758, 2010, n° 47, p. 2192, 2011, n° 7, p. 346.

(26) L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, *Les Cahiers constitutionnels de Paris I*, Dalloz, p. 78.

(27) P. Rolland, l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* F. Sudre (s.d.), Le juge administratif français et la CEDH, R.U.D.H., 1991, p. 182.

(28) Mathieu Disant, *L'autorité de chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010, p. 9.

(29) La Cour de cassation et la CEDH, *in* C. Teigen-Colly (s.d.), *Cinquantième anniversaire de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 257.

(30) Éloge de la bénévolance des juges, *Rev. Sc. Crim.*, 2005, p. 799.

(31) Arrêts Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *D.* 2011. 1080, et les obs. ; *ibid.* 1128, entretien G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *AJ pénal* 2011. 311, obs. C. Mauro n° 589, 590, 591, 592.

(32) Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre, *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33 et s.

(33) Cf. CEDH, 28 oct. 1999, n° 24846/94, *Zielinski c/ France*, *AJDA* 2000. 526, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2000. 184, obs. N. Fricero ; *RFDA* 2000. 289, note B. Mathieu ; *ibid.* 1254, note S. Bolle ; *RTD civ.* 2000. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 439, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 629, obs. R. Perrot, et Cons. const., 18 déc. 1997, n° 97-393 DC, *AJDA* 1998. 181 ; *ibid.* 127, note J.-E. Schoettl ; *D.* 1998. 523, note V. Champeil-Desplats ; *ibid.* 1999. 234, obs. L. Favoreu ; *GDCC*, 15^e éd. 2009, n° 39 ; *RFDA* 1998. 148, note B. Mathieu, sur cette question cf. egal. A. L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit constitutionnel français*, LGDJ, 2005, p. 181.

(34) Cons. const., 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *AJDA* 2005. 211, note O. Dord ; *ibid.* 219, note D. Chamussy ; *D.* 2004. 000 ; *ibid.* 3075, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005. 100, point de vue D. Chagnollaude ; *ibid.* 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *GDCC*, 15^e éd. 2009, n° 44 ; *RFDA* 2005. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron ; *ibid.* 30, note C. Maugué ; *ibid.* 34, note F. Sudre ; *ibid.* 239, étude B. Genevois ; *RTD eur.* 2005. 557, étude V. Champeil-Desplats.

(35) CEDH, 18 mars 2011, n° 30814/06, *Lautsich c/ Italie*, *AJDA* 2011. 594 ; *D.* 2011. 949, obs. O. Bachelet ; *ibid.* 809, édito. F. Rome ; *RTD civ.* 2011.

303, obs. J.-P. Marguénaud, et CEDH, 16 déc. 2010, n° 25579/05, *D.* 2011. 1360, chron. S. Hennette-Vauchez ; *RDSS* 2011. 293, note D. Roman ; *Constitutions* 2011. 213, obs. E. Dubout ; *RTD civ.* 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud.

(36) [www.conseil-constitutionnel.fr/\\$DB_EXP/root/bank/download/2011113_115QPCccc_113qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/$DB_EXP/root/bank/download/2011113_115QPCccc_113qpc.pdf)

(37) CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*, *AJDA* 2011. 889, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel ; *ibid.* 2010. 2761, édito. F. Rome ; *ibid.* 2011. 26, point de vue F. Fourment ; *ibid.* 277, note J.-F. Renucci ; *Rev. science crim.* 2011. 208, obs. D. Roets.

(38) Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, *D.* 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *Rev. science crim.* 2011. 193, chron. C. Lazerges.

(39) Crim., 15 déc. 2010, n° 10-83674, *D.* 2011. 338, obs. S. Lavric, note J. Pradel ; *Cah. Cons. const.* 2011. 231, obs. W. Mastor ; *Rev. science crim.* 2011. 142, obs. A. Giudicelli.

(40) Cette solution ne serait pas applicable au regard du droit de l'Union européenne (D. Simon, Conventionnalité et constitutionnalité, *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 29.

(41) Loi 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

(42) Conférence du 19 avril 2010 au Conseil d'État, *Les Annonces de la Seine*, 10 mai 2010.

(43) *Les Annonces de la Seine*, 10 mai 2010.

(44) *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011, p. 24.

(45) Pour des analyses récentes et de portée différente, cf. D. de Bechillon, art. précité, *Pouvoirs*, 2011, et, pour les rapports avec le droit de l'Union européenne, T. Papamitriou, *La régulation des rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique constitutionnel français par le Conseil constitutionnel*, thèse dactyl., Paris I, 2010.

(46) Article précité, p. 44.