

La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés

Denys SIMON - Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne

Anne RIGAUX - Maître de Conférences à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 29 (DOSSIER : QPC) - OCTOBRE 2010

Incontestablement, la question de la priorité du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité est au cœur des débats politiques et juridiques sur la nouvelle procédure introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

On soulignera d'emblée que ce n'est pas le constituant qui a été à l'origine des difficultés que chacun connaît, dans la mesure où l'article 61-1 de la constitution ⁽¹⁾ n'attribuait aucune priorité au renvoi au Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité : il s'agissait d'une simple question préjudicielle, d'ailleurs facultative (« Le Conseil constitutionnel *peut* être saisi. ») et en tout cas non exclusive d'un contrôle de conventionnalité préalable, pas plus que d'un éventuel renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. C'est en réalité le législateur organique, par la loi organique du 10 décembre 2009 ⁽²⁾, qui a entériné l'initiative du gouvernement d'ajouter, par rapport au texte constitutionnel, le principe de préséance reconnu à la question de constitutionnalité, en la faisant passer du statut de question *préjudicielle* à celui de question *prioritaire* ⁽³⁾. On en connaît les raisons. Le législateur organique a prêté une oreille particulièrement réceptive aux arguments qui s'étaient exprimés lors des auditions organisées par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à l'Assemblée nationale et par la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale au Sénat ⁽⁴⁾. On peut rappeler à cet égard les propos musclés du Professeur Guy Carcassonne : « Oui, bien sûr, la priorité de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité est une nécessité. La première raison en est que, faute de cette priorité, l'article 61-1 serait mort-né. (...) Parmi les partisans de la nouvelle disposition constitutionnelle, on s'est d'abord inquiété que le filtre ne devînt pas un bouchon ; et on a découvert un autre risque, celui que le bouchon laisse la place à un canal de dérivation, détournant vers le contrôle de conventionnalité tout ce qui, en bonne logique, devrait relever du contrôle de constitutionnalité, lequel n'aurait alors plus aucun sens (...) » ⁽⁵⁾. De même, le Professeur Molfessis estimait que « la question de constitutionnalité est effectivement préalable, sans quoi elle pourrait rester sans réponse, au risque de ruiner le mécanisme en pratique, et plus fondamentalement de méconnaître ce qui en fait l'essence même » ⁽⁶⁾.

S'y ajoutait le sentiment, plus obscur, que l'absence de priorité de la question de constitutionnalité aurait pu être perçue comme affectant la hiérarchie sanctuarisée à l'avantage du texte constitutionnel – en tout cas en droit interne français – entre la constitution d'une part et d'autre part le droit international conventionnel et le droit de l'Union. On trouve trace de cette crainte dans les propos initiaux du Secrétaire général du Conseil constitutionnel, pour qui l'absence de priorité, et donc la faculté, pour les juridictions ordinaires, de procéder, à l'inverse, prioritairement au contrôle habituel de conventionnalité, sans donner effet à la nouvelle procédure de l'article 61-1 de la constitution, « *impliquerait une nouvelle hiérarchie des normes, avec au sommet le droit communautaire, puis le droit constitutionnel, puis le reste du droit.* » ⁽⁷⁾. Il n'est évidemment pas exclu par ailleurs qu'aient en outre joué un rôle certaines arrière-pensées « euro-réservées », parfois brutalement avouées, comme celle de « permettre une renationalisation de certains contentieux », pour reprendre l'expression du Président de la République ⁽⁸⁾. Quels qu'en soient finalement les motifs déterminants, il en est résulté que le Parlement s'est montré déterminé à consacrer un ordre de priorité qui était d'ailleurs déjà inscrit dans le projet gouvernemental de loi organique.

Ce choix, dont chacun peut apprécier comme il l'entend la légitimité sur le plan politique, n'en a pas moins fait naître, sur le plan juridique cette fois, de sérieuses interrogations qui se sont exprimées aussi bien dans les études doctrinales ⁽⁹⁾ que dans les travaux préparatoires à l'Assemblée nationale et au Sénat ⁽¹⁰⁾, quant à la conformité du dispositif avec les exigences particulières du contrôle de compatibilité des législations nationales au regard du droit de l'Union.

En effet, l'articulation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité prend une acuité particulière s'agissant des hypothèses où est en cause le droit de l'Union européenne ⁽¹¹⁾. C'est pourquoi il avait d'ailleurs pu sembler souhaitable *a priori* d'opérer une distinction entre contrôle de conventionnalité et contrôle de compatibilité avec les normes communautaires. C'est ainsi que le Vice Président du Conseil d'État, lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale, avait insisté sur le fait que, « par exception à la priorité du droit constitutionnel sur les engagements internationaux de la France, il doit y avoir une priorité des questions de conformité au droit

communautaire sur les autres questions de constitutionnalité »⁽¹²⁾. De même, le Premier Président de la Cour de cassation marquait la spécificité du droit de l'Union en rappelant que « s'agissant du droit communautaire, la CJCE, depuis l'arrêt Simmenthal du 9 mars 1978, estime que "le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel" ».

La question de savoir si le dispositif ainsi proposé était « euro-compatible »⁽¹³⁾ était alors directement posée. C'est sans doute ce souci de tenir compte de la spécificité du droit de l'Union européenne qui a conduit le gouvernement à insérer, dans le projet de loi organique, une référence, en forme de réserve, à l'article 88.1 de la constitution⁽¹⁴⁾. Or le libellé du projet gouvernemental, et notamment cette réserve, ont été à peu près unanimement contestés devant les assemblées, au point que les oppositions à toute référence à la « clause européenne » de l'article 88-1 devaient finalement l'emporter. La part essentielle des critiques, largement fondées, pointait les imprécisions et les incertitudes affectant la portée de cette mention de l'article 88-1.⁽¹⁵⁾

Quoiqu'il en soit, la « réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la constitution » a disparu, ce qui a eu pour effet de consacrer formellement l'abandon de toute prise en compte du particularisme du droit communautaire.

Il est d'ailleurs également significatif à cet égard que n'aient pas été retenues les propositions tendant à maintenir une incise visant à imposer explicitement l'impossibilité pour les règles nationales, fussent-elles constitutionnelles, de paralyser la faculté de renvoi préjudiciel des juridictions nationales, par exemple en insérant dans la loi organique la mention « sans préjudice de l'article 267 TFUE⁽¹⁶⁾ ». Une telle introduction aurait eu l'avantage de lever toute ambiguïté sur la signification de la « priorité » accordée à la question de constitutionnalité, au moins au regard de la faculté, pour toute juridiction interne, de procéder à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, dès lors qu'une loi nationale pouvait être jugée incompatible avec les dispositions du droit de l'Union.

Même si l'insertion d'un renvoi à l'article 88-1 de la constitution ou à l'article 267 TFUE pouvait certes être discutée, le choix délibéré d'écarter toute référence spécifique aux exigences de la mission de juge communautaire de droit commun des juridictions nationales ne pouvait en revanche que susciter un certain nombre d'interrogations, ne serait ce que du fait de la rédaction même de la clause de priorité finalement retenue.

En premier lieu, la priorité est en effet établie dès lors qu'une même loi est contestée au regard des droits et libertés garantis par la Constitution d'une part, et, d'autre part, au regard des engagements internationaux de la France. Cette formulation présente le premier inconvénient de « banaliser » le droit de l'Union en le soumettant au même traitement que l'ensemble des « engagements internationaux de la France », alors même que le Conseil constitutionnel avait souligné que « que le constituant a (...) consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁽¹⁷⁾. Mais surtout la rédaction est manifestement trop large : on aurait pu comprendre le jeu de la priorité, si l'on accepte la logique qui la sous-tend, dans le cas où la juridiction est saisie de moyens fondés sur la violation des *droits fondamentaux* tels que garantis *à la fois* par des normes constitutionnelles et par des normes conventionnelles ; or la contestation de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union peut porter sur toute autre chose que l'incompatibilité avec les droits fondamentaux⁽¹⁸⁾, alors que la question posée au Conseil constitutionnel ne peut porter par hypothèse *que* sur les droits fondamentaux. On voit mal dans le cas de figure où la loi serait contestée d'une part au regard des droits fondamentaux garantis par la constitution et d'autre part au regard de dispositions matérielles des traités communautaires, la *ratio legis* d'une quelconque priorité au profit du contrôle de constitutionnalité⁽¹⁹⁾.

En second lieu, la notion même de « priorité » est confuse. S'agit il d'une consécration indirecte de la primauté de la constitution sur les engagements internationaux de la France, ou seulement d'une priorité d'ordre procédural, analogue à celle qui conduit tout juge à examiner « en priorité » les moyens de recevabilité et « ensuite » les moyens de fond, sans que cette ordre chronologique n'implique une quelconque supériorité de la recevabilité sur le fond⁽²⁰⁾

Au delà des problèmes sémantiques, dont on sait néanmoins qu'ils sont évidemment essentiels dans le débat juridique, le mutisme éloquent de la loi organique comportait indéniablement un risque concret : on pouvait en effet raisonnablement imaginer que pouvait germer dans l'esprit d'une juridiction nationale l'idée de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle portant indirectement sur la compatibilité avec les exigences de la primauté du droit communautaire de la loi organique elle-même, en tant qu'elle priverait les juridictions nationales de la possibilité d'écarter *immédiatement* une loi française qu'elles estimeraient contraire au droit de l'Union, ainsi que de leur *faculté intangible* de surseoir à statuer et de procéder à un renvoi préjudiciel.

C'est exactement ce qui s'est passé avec le retentissant arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 avril 2010, qui, en saisissant la Cour de justice de

l'Union européenne, a mis en cause directement la compatibilité avec le droit communautaire du dispositif institué par la loi organique du 10 décembre 2009. Les réactions du Conseil constitutionnel, puis du Conseil d'État, qui ne se sont pas fait attendre, ont révélé la forte tension opposant les juges constitutionnel et administratif au juge judiciaire. La réponse de la Cour de justice de l'Union a finalement, sans céder un pouce de terrain sur le plan des exigences de la primauté du droit de l'Union, dégagé une solution qu'une partie de la doctrine avait pu suggérer ⁽²¹⁾, de manière à valider, sous certaines réserves d'interprétation, le mécanisme de priorité instauré par la loi organique. Alors même qu'on pouvait s'attendre, au lendemain de l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour de justice de l'Union ⁽²²⁾, à un cessez le feu dans la guerre des juges provoquée par l'arrêt du 16 avril 2010, la Cour de cassation a néanmoins préféré poursuivre les hostilités, en écartant formellement l'application de la loi organique au nom d'une lecture orientée de la jurisprudence communautaire.

Encore faut-il, si l'on ne veut pas réécrire l'histoire, reconstituer les épisodes successifs de ce feuilleton juridictionnel, en tentant de s'abstraire des polémiques inutiles, des excommunications violentes, des prises de position excessives, et donc insignifiantes, qui ont jalonné cette période agitée des premières mises en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, en lien avec l'articulation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union.

Une fois la partition de la QPC inscrite dans le texte constitutionnel et dans la législation organique, on ne peut que comparer les différentes interprétations qui ont été données du même thème, à la fois par les juridictions françaises et par le juge communautaire ⁽²³⁾, en trois mouvements successifs.

I. Une valse à deux temps : la jurisprudence française

L'exposition du thème de la QPC a donné lieu à une singulière dissonance au sein des premières applications jurisprudentielles de la réforme constitutionnelle. Pour la majorité des observateurs, l'arrêt de la Cour de cassation a « résonné comme un coup de pistolet au milieu du concert de louanges adressé au mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité » ⁽²⁴⁾. Les critiques de presse n'étaient pas moins bruyantes : « un coup de tonnerre juridique est parti, vendredi 16 avril de la Cour de cassation » ⁽²⁵⁾, ou encore « dans le monde très feutré des juristes, la décision rendue vendredi... a fait l'effet d'une bombe » ⁽²⁶⁾. Au chœur des réactions doctrinales, s'est joint en contrepoint, moins d'un mois plus tard, le duo harmonisé des décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

Le premier temps : l'arrêt du 16 avril 2010 de la Cour de cassation

Cette décision a été suffisamment commentée pour qu'il soit seulement nécessaire d'en restituer les grandes lignes ⁽²⁷⁾.

On rappellera tout d'abord que ce n'est pas la compétence de la Cour de cassation pour poser une question préjudicielle qui est en cause. Il est certain que la plus haute juridiction judiciaire, en sa qualité de juge communautaire de droit commun, avait parfaitement le droit de saisir, par un arrêt avant dire droit, la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation des exigences du droit communautaire en matière de mise en œuvre juridictionnelle du principe de primauté et du mécanisme du renvoi préjudiciel. Ce n'est donc pas à notre sens le principe du renvoi qui pose problème, mais le raisonnement par lequel la Cour de cassation s'est estimée tenue de renvoyer. Ainsi, comme on a pu le dire, « s'il ne fait aucun doute que la question fait débat, il n'en reste pas moins que la démarche suivie par la Cour de cassation pour poser le débat fait question » ⁽²⁸⁾.

Sans doute la Cour de cassation était-elle dans l'attente d'un « cas test » aux prétentions d'« arrêt-pilote » afin de « vider l'abcès » créé par l'introduction de la règle de priorité de la QPC sans prise en compte spécifique des exigences du droit de l'Union. Malheureusement, il apparaît que la formation spéciale a confondu vitesse et précipitation, en choisissant de frapper un grand coup en sélectionnant un dossier, sur les deux cent vingt pendants devant elle à l'époque, qui n'était pas, tant s'en faut, le plus pertinent.

En effet, il était indéniable que l'ordonnance émise par le juge des libertés et de la détention (JLD) dans le contexte d'un placement en rétention de deux ressortissants algériens en situation irrégulière à la suite d'un contrôle de police dans la zone frontalière de 20 km, dite « zone Schengen », soulevait une question de conventionnalité de l'article 78-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale (CPP), compte tenu du libellé de l'article 67 TFUE consécutivement à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La logique juridictionnelle aurait voulu que la Cour de cassation saisisse la Cour de justice de l'Union de l'interprétation de cette disposition, et par voie de conséquence, de la compatibilité de l'article 78-2 al. 4 CPP avec les règles du droit de l'Union. Mais il est tout aussi indéniable que la question de constitutionnalité soulevée par les parties devant le JLD aurait dû normalement donner lieu d'entrée à une décision de non lieu à transmission. Le problème de compatibilité de l'article 78-2 al. 4 CPP avec les droits fondamentaux garantis par la constitution avait en effet déjà été tranché par le Conseil constitutionnel saisi sur la base de l'article 61 de la constitution ⁽²⁹⁾. Dans ces conditions, la seule possibilité de conclure à la recevabilité de la question supposait que soient établies des circonstances nouvelles au sens des articles 23-2, 2^o et 23-5, 3^o de l'ordonnance organique. Or l'entrée en vigueur du traité de

Lisbonne ne peut avoir pour conséquence la modification des normes de référence constitutionnelles internes, et est donc sans incidence sur le contrôle de constitutionnalité qui incombe au Conseil constitutionnel ⁽³⁰⁾, à moins d'admettre que la mention du traité de Lisbonne dans l'article 88-1 a eu pour effet d'intégrer la totalité du droit de l'Union dans le bloc de constitutionnalité, en conférant ainsi au droit communautaire valeur constitutionnelle, ce qui est manifestement indéfendable ⁽³¹⁾.

C'est pourtant ce mode de raisonnement confondant allégrement contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, qui sous-tend l'analyse de la Cour de cassation. Sur le terrain du droit, il est pourtant insoutenable, en tout cas en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et ce depuis la décision IVG du 15 janvier 1975, de déduire que celui-ci pourrait juger « la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne ». Une telle analyse reposerait, pour reprendre les termes du Premier président Lamanda, sur une « assimilation inexacte du contrôle de "conventionnalité" au contrôle de "constitutionnalité" » ⁽³²⁾. Il est d'autant plus paradoxal de se fonder sur l'autorité de chose jugée d'une décision du Conseil constitutionnel, qui se prononcerait – ce que, pour l'heure, il exclut explicitement – sur la rectitude conventionnelle d'une disposition législative interne, afin, comme la Cour de cassation le laisse supposer, d'en inférer une interdiction qui pèserait sur les juridictions nationales, en vertu de l'article 62 de la constitution, « postérieurement à cette décision, (de) saisir la Cour de justice de l'Union européenne, d'une question préjudicielle ».

Plus précisément, le raisonnement de la Cour de cassation repose sur deux prémisses. D'une part, la préséance du renvoi au Conseil constitutionnel, telle qu'inscrite dans l'ordonnance organique, signifierait priorité absolue, obligation immédiate de surseoir à statuer et dessaisissement temporaire mais radical du juge du fond. D'autre part, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel impliquerait qu'il se prononce non seulement sur la compatibilité de la loi avec les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, mais également sur la compatibilité de la loi avec les engagements communautaires de la France, absorbés par une sorte de contagion osmotique par le bloc de constitutionnalité grâce à une transmutation qui aurait été opérée par l'article 88-1 de la constitution. Si l'on admet ces deux axiomes originaires, le raisonnement qui en découle est logiquement irréfutable. Dans ces conditions, il est plus que probable que la loi organique du 10 décembre 2009 est incompatible avec les exigences de la primauté du droit de l'Union et les modalités du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE. Mais la conclusion ne vaut que pour autant que les deux prémisses fondant le raisonnement soient vérifiées. Or on peut très sérieusement en douter. En d'autres termes, la faiblesse congénitale de l'arrêt de la Cour de cassation résulte non pas des conclusions tirées du double syllogisme utilisé implicitement, mais des majeures elles-mêmes. L'attention de la Cour de cassation avait pourtant été clairement attirée sur ce vice de raisonnement par l'Avocat général Domingo. De l'avis de ce dernier, soutenir que le droit de l'Union était absorbé par le bloc de constitutionnalité « aurait pour effet de saisir le juge constitutionnel d'une question qu'il ne peut pas résoudre, puisqu'elle impliquerait à travers l'interface artificielle de l'article 88-1 la vérification de la conformité d'une loi à un traité, opération à laquelle s'est toujours refusé le Conseil constitutionnel ».

En revanche, si l'on considère, à l'inverse des prémisses retenues, que le Conseil constitutionnel ne statue pas sur la conventionnalité des lois, et que la loi organique du 10 décembre 2010 ne prive pas les juridictions du fond de leur faculté de saisir la Cour de justice et le cas échéant d'écarter une loi inconventionnelle, c'est tout le raisonnement de la Cour de cassation qui s'écroule.

On serait par conséquent tenté de dire que tout se passe comme si le syllogisme juridictionnel était en l'occurrence un paralogisme inconscient, du fait de prémisses entachées d'erreur de droit ⁽³³⁾, voire un pur sophisme délibéré, relevant non de la logique juridique, mais de la théorie de l'argumentation ⁽³⁴⁾.

Le deuxième temps : les prises de position du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État

C'est précisément à cette invalidation des bases de l'analyse de la Cour de cassation à laquelle vont se livrer, dans une harmonie aussi bien mise en scène que savamment orchestrée, le juge constitutionnel et le juge administratif ⁽³⁵⁾.

Dans sa décision du 12 mai 2010 ⁽³⁶⁾, profitant d'une saisine classique sur la base de l'article 61, le Conseil constitutionnel a procédé à un « rappel à la constitution » particulièrement vigoureux. Contrairement à ce qui a pu être dit ⁽³⁷⁾, le long passage consacré par la décision à la QPC n'est pas un *obiter dictum*, dans la mesure où une saisine complémentaire opportune s'était fondée sur l'arrêt du 16 avril 2010 de la Cour de cassation pour interroger le Conseil sur l'inconventionnalité éventuelle de la loi sur les jeux en ligne et l'inviter à exercer « un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire ».

Le Conseil constitutionnel s'est saisi de l'occasion ainsi offerte pour rappeler solennellement que les dispositions de l'article 55 de la constitution « ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ». Les dispositions des articles 23-2 al. 5 et 23-5 al. 2 de l'ordonnance organique issues de la loi organique du 10 décembre 2009 « précisent l'articulation entre le *contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel*, et le *contrôle de leur*

compatibilité avec les engagements internationaux et européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ; qu'ainsi, le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité » (38).

D'une part, une décision du Conseil constitutionnel statuant sur une QPC ne prive aucunement les juridictions du fond de leur compétence pour se prononcer *ex post* sur l'éventuelle inconstitutionnalité, au regard des engagements internationaux de la France et du droit de l'Union, d'une loi qui aurait été reconnue conforme à la constitution.

D'autre part, s'agissant plus précisément du droit de l'Union, « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité (...) peut, d'une part, *statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité* si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; qu'il peut ainsi *suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union*, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » (39). Par ailleurs, comme cela avait pu être suggéré (40), le mécanisme de la QPC doit être conçu comme ne faisant pas obstacle à ce que « le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, *à tout moment*, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige » (41). En tout cas, les dispositions de l'article 61-1 et de la loi organique du 10 décembre 2009 ne privent en aucun cas les juridictions ordinaires, « y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de leur faculté ou de leur obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en vertu de l'article 267 TFUE ».

Le Conseil constitutionnel ajoute enfin – et il s'agit cette fois d'un véritable *obiter dictum* – que la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives n'est pas affectée en elle-même, mais demeure sans incidence sur une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité, cette dernière ne pouvant porter que sur les droits et libertés garantis par la constitution, ce qui n'englobe pas le contrôle spécifique de la transposition des directives, de toute façon hors sujet en l'espèce.

Quant au Conseil d'État (42), il se montre aussi catégorique, de façon d'autant plus significative que le litige dont il était saisi n'avait aucun rapport, fût-ce indirect, avec le droit de l'Union et concernait exclusivement l'application de la convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés (43). Cela n'empêche pas la formation de jugement de souligner que les dispositions de la loi organique « ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, *juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit *à tout moment de cette procédure*, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser *immédiatement* tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union » (44). De même, le Conseil d'État estime que le dispositif de la QPC n'interdit aucunement au juge administratif de poser à tout moment, une question préjudicielle sur la base de l'article 267 TFUE.

Ces prises de position sont d'autant plus significatives que la lecture ainsi suggérée de la priorité donnée à la question de constitutionnalité par les dispositions de la loi organique du 10 décembre 2009 n'était pas à l'évidence la seule possible. Il semble même que le Conseil constitutionnel ait singulièrement nuancé son interprétation initiale, telle qu'elle s'était exprimée dans la décision 2009-585 DC du 3 décembre 2009 opérant contrôle *a priori* de la loi organique conformément aux articles 46 alinéa 5 et 61 alinéa 1 de la constitution. On rappellera que, pour le Conseil constitutionnel, « en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité *avant* les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, *après* avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne ; qu'ainsi, elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution, ni son article 88-1 (...) » (45). Le commentaire autorisé aux Cahiers du Conseil constitutionnel précisait sur ce point que « la juridiction doit examiner le moyen tiré de la conformité à la Constitution *avant* le moyen tiré de la conformité d'une loi aux engagements internationaux de la France » (46).

Les décisions du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010 et du Conseil d'État du 14 mai 2010, sans contredire explicitement la décision du Conseil constitutionnel sur la loi organique, n'en expriment pas moins un infléchissement dans le sens d'une interprétation plutôt flexible des expressions utilisées par le législateur organique. Comme on l'a très bien dit, « Le Conseil constitutionnel prend à son compte le caractère vivant de la langue française et le met à profit (...). Désormais, il faut se convaincre à le lire « qu'avant » signifie « à tout moment ». Sortant de l'impasse par le haut, il vide ainsi la querelle »... (47). Même si le raisonnement peut apparaître, à certains égards, un peu acrobatique au regard de la lettre du texte de l'ordonnance organique, il a le mérite d'ouvrir une possibilité de lire la *priorité* de la QPC dans un sens qui ne heurte pas

frontalement les exigences du droit de l'Union.

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel a clairement scindé la branche sur laquelle le raisonnement de la Cour de cassation était assis, en rappelant dans des termes particulièrement vigoureux la distinction entre le contrôle de constitutionnalité, qui lui incombe, et le contrôle de conventionnalité, qui est et qui demeure de la compétence exclusive des juridictions ordinaires, ce qui invalide définitivement les errements tendant à feindre s'assimiler les deux types de contrôles. Le fait qu'il ait été procédé à cette réaffirmation solennelle dans le cadre du contrôle *a priori* sur la base de l'article 61 de la constitution est sans incidence. Si l'on avait pu en douter, le Conseil constitutionnel a plus récemment confirmé cette solution dans une décision rendue sur une « saisine QPC » dans les termes suivants : « Considérant qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ; que, par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les engagements internationaux de la France ; que l'examen d'un tel grief relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires »⁽⁴⁸⁾.

Indéniablement, les prises de position des juges constitutionnel et administratif contenaient donc un message à peine codé à destination de la Cour de justice, en vidant de son venin la lecture univoque à laquelle la Cour de cassation avait cru pouvoir procéder.

II. Une valse à trois temps : la position de la Cour de justice de l'Union européenne

Comme on l'a très finement relevé, « rarement question aussi importante fut posée à la Cour de justice dans des conditions aussi singulières »⁽⁴⁹⁾. L'enjeu constitutionnel du débat⁽⁵⁰⁾ était évident, et la Cour était parfaitement consciente de la difficulté de trancher en urgence⁽⁵¹⁾ un problème aussi délicat, sans de surcroît laisser à penser qu'elle pourrait arbitrer une guerre des juges franco-française. Mais la difficulté majeure venait du fait que la Cour était appelée à statuer sur la compatibilité avec le droit de l'Union, moins de l'ordonnance organique, que de la lecture qui en était faite par la Cour de cassation. Cette équivoque intrinsèque conduit la Cour de justice à proposer, avec une subtile habileté, non pas une, mais deux réponses alternatives à la question posée.

La première consiste à accorder une présomption de pertinence à l'hypothèse interprétative retenue, explicitement ou implicitement, par la juridiction de renvoi, et à faire « comme si » la conception du mécanisme de QPC qui lui avait été exposée par la Cour de cassation était bien conforme à la réalité juridique et juridictionnelle française. Cette première appréhension de la question s'inscrit dans la pratique jurisprudentielle classique de la Cour de justice en matière de renvoi préjudiciel, tendant à accepter la description du cadre juridique et factuel fournie par le juge de renvoi, qui est censée *a priori* correspondre à la réalité du droit national et servir de point de départ à l'analyse de la Cour⁽⁵²⁾.

La seconde procède du souci de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, ce qui conduit fréquemment la Cour à examiner les autres interprétations possibles du cadre juridique et factuel, en admettant que la qualification juridique de la situation par le juge de renvoi l'ait éventuellement conduit à ne pas percevoir ou à ne pas valoriser certaines dimensions de la question juridique en cause.

L'arrêt du 24 juin 2010 est donc construit en deux mouvements curieusement opposés : comme on l'a dit, non sans une certaine cruauté à l'égard du juge de renvoi, « le premier répond à la Cour de cassation sur la base du dispositif imaginaire qu'elle avait cru devoir soumettre à la Cour de justice, le second répondant à la question que la Cour de cassation aurait dû poser si elle avait correctement décrit le droit national applicable »...⁽⁵³⁾

Ce dédoublement apparaît dès le stade de la recevabilité. Le gouvernement français estimait que la question était purement hypothétique, dans la mesure où ni l'ordonnance organique ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne disent ce que leur fait dire la Cour de cassation. La Cour de justice juge en revanche qu'« il n'apparaît pas *de manière manifeste* que l'interprétation, effectuée par la Cour de cassation, du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est à l'évidence exclue au regard du libellé des dispositions nationales » et que « partant, la présomption de pertinence dont bénéficie la demande de décision préjudicielle dans chacune des affaires n'est pas renversée par les objections émises par le gouvernement français »⁽⁵⁴⁾. En d'autres termes, même si d'autres lectures ne sont pas *a priori* exclues, celle de la Cour de cassation n'est pas *manifestement* erronée au regard de la lettre des textes, et justifie que la question ne soit pas jugée *a priori* irrecevable. Il était alors logique que la Cour de justice examinât la loi organique à travers le prisme fourni par la Cour de cassation, d'autant qu'on concevait mal un rejet pour irrecevabilité dans une affaire d'une aussi haute importance politico-juridique.

Mais cela ne devait évidemment pas empêcher le juge communautaire de ne pas considérer la lecture de la Cour de cassation comme s'imposant de manière exclusive. La double réponse de la Cour de justice est donc encore plus significative sur le fond.

La Cour commence, comme on pouvait s'y attendre, par un rappel particulièrement vigoureux des « exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union », impliquant l'impossibilité absolue, d'une part, de priver une juridiction nationale de sa faculté intangible de poser, si elle le juge utile à la solution du litige, une question préjudicielle ⁽⁵⁵⁾, et d'autre part, d'empêcher une juridiction nationale d'écarter de sa propre autorité toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'elle ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ⁽⁵⁶⁾. Reprenant sa jurisprudence classique, le juge communautaire réaffirme qu'en effet, « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union ».

C'est ensuite que la construction de l'arrêt est particulièrement remarquable : la Cour procède en effet – en seulement deux attendus – à une première application de ces principes en partant de la « *prémisse* » ⁽⁵⁷⁾ exprimée dans l'arrêt de renvoi, selon laquelle le contrôle de constitutionnalité phagocyterait en quelque sorte le contrôle de conventionnalité, et en reconnaissant que « *selon cette interprétation* » ⁽⁵⁸⁾, force est de constater que le dispositif de la QPC est incompatible avec les exigences inhérentes au droit de l'Union. Mais elle ajoute immédiatement que « toutefois », les gouvernements français et belge ont présenté une « *interprétation différente* de la législation française », qui est fondée en particulier sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État intervenue depuis la décision de renvoi ⁽⁵⁹⁾. Il n'est donc pas exclu que les dispositions de l'ordonnance organique permettent une lecture « euro-compatible », comme nous l'avions suggéré à plusieurs reprises avant même l'intervention de ces deux décisions ⁽⁶⁰⁾. Ainsi que le relève explicitement la Cour de justice, « eu égard aux décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue » ⁽⁶¹⁾.

Comment concilier ces deux interprétations différentes, sinon radicalement opposées ? La Cour de justice, tout en admettant que ce n'est pas à elle, mais au juge de renvoi, de se prononcer sur la signification de dispositions de droit national, suggère cependant que soit mise en œuvre la technique de l'interprétation conforme, en vertu de laquelle le juge national, confronté à différentes interprétations possibles d'un même texte national, *est tenu* de retenir celle qui est conforme au droit de l'Union ⁽⁶²⁾. On notera que la méthode juridictionnelle utilisée par le juge communautaire n'est pas très différente du procédé des réserves d'interprétation tel que pratiqué par le Conseil constitutionnel français ⁽⁶³⁾, ou encore du raisonnement « *Solange dass...* », si cher à la Cour constitutionnelle allemande ⁽⁶⁴⁾. La construction du dispositif de l'arrêt confirme cette analyse : « L'article 267 TFUE *s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :*

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et
- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. » ⁽⁶⁵⁾.

Or le dispositif institué par l'article 61-1 de la constitution et par la loi organique du 10 décembre 2009 est susceptible d'être compris comme respectant ces conditions.

En premier lieu, selon l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel ⁽⁶⁶⁾, les juridictions ordinaires, y compris le Conseil d'État et la Cour de cassation, peuvent saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle si elles ont un doute sur la compatibilité de la législation nationale avec le droit de l'Union, et ce y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, ou après qu'une disposition soumise dans ce contexte à l'examen du Conseil constitutionnel ait été déclarée conforme à la constitution. Si l'on en croit le commentaire de cette décision aux Cahiers du conseil constitutionnel, « le fait de poser une question préjudicielle constitue une mesure d'instruction avant dire droit que le juge peut prendre lorsqu'il l'estime nécessaire, sans que le fait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée au juge, ni le fait qu'il ait procédé à sa transmission puissent faire obstacle à cette faculté (ou, pour la Cour de cassation et le Conseil d'État, cette obligation) ».

En deuxième lieu, le juge ordinaire peut « prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires », et notamment « suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » ⁽⁶⁷⁾.

En troisième lieu, le juge ordinaire peut, s'il est prévu qu'il statue dans un délai déterminé ou en cas d'urgence, statuer immédiatement, sans attendre la décision relative à la QPC.

Enfin, « l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, *à tout moment*, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige » ⁽⁶⁸⁾.

On relèvera – pour être complet – que cette réponse en forme de *Janus Bifrons* est complétée par une coda un peu inattendue, dans la mesure où rien dans la question déferée n'impliquait directement cette prise de position. La CJUE consacre en effet trois attendus sous forme d'un incontestable *obiter dictum* à envisager le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité qui porterait sur une loi nationale dont le contenu se limiterait à transposer les dispositions impératives d'une directive, et serait donc susceptible d'aboutir à l'abrogation du texte législatif de transposition en raison de sa contrariété avec la constitution ⁽⁶⁹⁾. Dans ce cas de figure, la Cour souligne avec vigueur qu'elle pourrait être privée du monopole, qui est le sien depuis l'arrêt Foto-Frost ⁽⁷⁰⁾, de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, « par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Elle livre ensuite un *vade-mecum* particulièrement précis à l'usage des juridictions nationales qui auraient à faire face à cette hypothèse, dans des termes qui méritent d'être reproduits : « *Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable* » ⁽⁷¹⁾.

Le caractère « prioritaire » de la question de constitutionnalité est donc dans cette hypothèse soumis à un « préalable », consistant en une obligation faite aux juges nationaux d'assurer que l'appréciation par le juge communautaire de la validité de la directive puisse se déployer pleinement, et ce antérieurement à l'appréciation par le juge constitutionnel de la constitutionnalité de la loi de transposition. Cette partie imprévue de l'arrêt constitue sans doute l'un des éléments du dialogue des juges perpétuellement sous-jacent à cette affaire. Elle résonne en effet en écho et en complément des indications données par le Conseil constitutionnel dans les considérants 17 à 21 de sa décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, relatives aux exigences de transposition des directives européennes, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*.

Si l'on comprend bien le souci légitime qui anime la Cour en articulant ces exigences, on doit mesurer aussi les éventuelles difficultés de mise en œuvre de celles-ci par les juridictions nationales et l'effort d'adaptation qu'elles impliqueront, dans le cadre strict des différents délais procéduraux imposés par la QPC, dont la Cour précise qu'ils ne sauraient faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause ⁽⁷²⁾.

Il résulte de ces observations que le fameux « dialogue des juges » a remarquablement fonctionné entre la juridiction constitutionnelle française et la Cour de justice de l'Union. La lecture de la loi organique à laquelle s'était livré le Conseil constitutionnel a été parfaitement « reçue » par le juge communautaire, qui a rappelé les exigences du droit de l'Union dans des termes qui coïncidaient avec les garanties interprétatives fournies par le Conseil constitutionnel.

III. Une valse à quatre temps : la Cour de cassation prend le risque de la cacophonie

Une valse à quatre temps, c'est beaucoup plus troublant...

On pouvait s'attendre à ce que le dernier temps de la valse juridictionnelle corresponde à un retour à l'harmonie au lendemain de ces quelques dissonances probablement inévitables dans le concert de la QPC.

La Cour de cassation pouvait s'estimer rassurée d'abord par les garanties fournies par le Conseil constitutionnel rappelées précédemment : contrairement à ses angoisses, le Conseil constitutionnel n'avait pas l'intention de priver les juridictions du fond de leur compétence de contrôler la compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union ni de les empêcher de procéder à tout moment à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union.

La Cour de cassation pouvait déduire de l'arrêt de la Cour de justice que la loi organique n'était pas incompatible avec le droit de l'Union, pour autant qu'elle respectait les conditions énumérées dans le dispositif, ce qui était le cas selon la lecture qu'en a donnée le Conseil constitutionnel ⁽⁷³⁾.

La Cour de cassation disposait donc de tous les éléments pour se livrer à l'opération d'interprétation conforme que la Cour de justice suggérait dans le deuxième mouvement de sa réponse à la première question posée par le juge de renvoi.

Pourtant, la Cour de cassation, par son arrêt du 29 juin 2010 ⁽⁷⁴⁾, rendu le jour même de l'expiration du délai de saisine du Conseil constitutionnel, a persévéré de manière obstinée dans son refus de donner effet à la loi organique.

Appliquant la *jurisprudence Simmenthal* à l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, la formation spéciale estime en effet qu'elle n'est pas en mesure, pour des raisons procédurales, de mettre en œuvre les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen. Or cette première affirmation est *a priori* discutable : à supposer qu'une règle procédurale interne empêche la Cour de cassation de suspendre l'application d'une loi dans l'attente de la réponse du Conseil constitutionnel à une question prioritaire de constitutionnalité, il lui appartiendrait, avant tout autre détour, en vertu de la *jurisprudence Factortame I* ⁽⁷⁵⁾, d'écarter l'application de toute règle procédurale nationale faisant obstacle à l'indication de mesures provisoires.

La suite du raisonnement n'est guère plus convaincante. On aurait pu comprendre que la Cour de cassation décidât de laisser inappliquées les dispositions de l'article 78-2 alinéa 4 CPP, et estimât qu'il était dès lors exclu de poser sur ce point une question prioritaire de constitutionnalité, qui aurait été de nul intérêt pour la solution du litige au principal. Au lieu de cela, la formation spéciale décide d'une part, de laisser inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité, et, d'autre part, dit n'y avoir pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel sans que cette dernière affirmation soit le moins du monde motivée. Certes, on pourrait partager le point de vue selon lequel la question de constitutionnalité de l'article 78-2 al. 4 CPP ayant déjà été tranchée en 1993 par le Conseil constitutionnel et faute d'élément nouveau, le non-lieu à renvoi s'imposait. Mais il s'imposait alors depuis la saisine par le JLD : il aurait suffi à la Cour de cassation de déclarer le 16 avril 2010 le non lieu à renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, tout en saisissant la Cour de justice de la question de conventionnalité, c'est-à-dire de la compatibilité de l'article 78-2 alinéa 4 CPP avec l'article 67 TFUE. Au contraire, si la Cour de cassation estimait, comme elle avait semblé le penser précisément dans son arrêt du 16 avril 2010, que l'application de cette disposition posait une question de constitutionnalité, on ne voit pas pourquoi elle ne procède pas dès lors à un renvoi au Conseil constitutionnel ⁽⁷⁶⁾.

Dans ces conditions, on ne peut que s'interroger sur les implications de la solution retenue par la Cour de cassation. Dans la mesure où ce n'est plus la « priorité » de la question prioritaire de constitutionnalité qui est en cause, l'alarmisme sur la compatibilité du dispositif avec le droit de l'Union ayant été calmé à la fois par le Conseil constitutionnel et par la Cour de justice, on peut se demander si le refus d'application de l'ordonnance organique ne remet pas en cause le caractère obligatoire de la transmission au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité dès lors que les conditions fixées par la loi organique sont réunies. Si tel était le cas, on peut se demander quelles conséquences pourraient ou devraient être tirées du refus formel de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire d'appliquer la loi.

Au terme de ce feuilleton jurisprudentiel, on serait tenté, pour conclure, au moins provisoirement, de reprendre les termes de conclusions désormais célèbres prononcées devant le Conseil d'État : « Il est des isolements splendides ; d'autres sont pathétiques »... ⁽⁷⁷⁾. Fallait-il aboutir à cette cacophonie juridique alors que la reconnaissance du principe d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été unanimement reconnu comme un progrès de l'État de droit ⁽⁷⁸⁾ ?

ANNEXE

ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE du 22 juin 2010* (grande chambre)

« Renvoi préjudiciel – Article 267 TFUE – Examen de la conformité d'une loi nationale tant avec le droit de l'Union qu'avec la Constitution nationale – Réglementation nationale prévoyant le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité – Article 67 TFUE – Libre circulation des personnes – Suppression du contrôle aux frontières intérieures – Règlement (CE) n° 562/2006 – Articles 20 et 21 – Réglementation nationale autorisant des contrôles d'identité dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention d'application de l'accord de Schengen et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà de cette frontière »

Dans les affaires jointes C-188/10 et C-189/10,

ayant pour objet des demandes de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduites par la Cour de cassation (France), par décisions du 16 avril 2010, parvenues à la Cour le même jour, dans les procédures contre

Aziz Melki (C-188/10),

Sélim Abdeli (C-189/10),

LA COUR (grande chambre),

composée de M. V. Skouris, président, MM. J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, M^{mes} R. Silva de Lapuerta et C. Toader, présidents de chambre, MM. K. Schiemann, E. Juhász, T. von Danwitz (rapporteur), J.-J. Kasel et M. Safjan, juges,

avocat général : M. J. Mazák,

greffier : M. M.-A. Gaudissart, chef d'unité,

vu l'ordonnance du président de la Cour du 12 mai 2010 décidant de soumettre les renvois préjudiciels à une procédure accélérée conformément aux articles 23 bis du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et 104 bis, premier alinéa, du règlement de procédure,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 2 juin 2010,

(…)

Arrêt

(…)

46. S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

47. Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi.

48. Toutefois, tel que cela ressort des points 33 à 36 du présent arrêt, les gouvernements français et belge ont présenté une interprétation différente de la législation française visée par la première question posée en se fondant, notamment, sur les décisions du Conseil constitutionnel

n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, et du Conseil d'État n° 312305, du 14 mai 2010, rendues postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice.

49. À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national.

50. En vertu d'une jurisprudence constante, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union (arrêts du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39 ; du 27 octobre 2009, CEZ, C-115/08, non encore publié au Recueil, point 138, et du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, non encore publié au Recueil, point 70). Eu égard aux décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue.

51. L'examen de la question de savoir si une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est possible ne saurait remettre en cause les caractéristiques essentielles du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE telles qu'elles découlent de la jurisprudence rappelée aux points 41 à 45 du présent arrêt.

52. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement dudit système de coopération nécessite que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire.

53. Dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union.

54. Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20 ; du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27, ainsi que du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53).

55. En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités.

56. Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause.

57. Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale

chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :

de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,

d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et

de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

(...)

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :

de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,

d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et

de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

(1) Selon l'article 61-1, « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

(2) Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (JORE, 11 décembre 2009).

(3) Sur l'analyse comparative des notions de question préalable, préjudicielle et prioritaire, v. Labayle (H.),

Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : ordonner le dialogue des juges, à paraître RFDA 2010.

(4) Ci après désignées par l'appellation simplifiée de « commission des lois » pour les deux assemblées.

(5) Carcassonne (G.), Auditions devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (Rapport n° 1898 de Warsmann (J.-L.)), CR n° 63.

(6) Molfessis (N.), Auditions devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (Rapport n° 1898 de Warsmann (J.-L.)), CR n° 63.

(7) Guillaume (M.), Auditions de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 30 juin 2009, CR n° 63.

(8) Discours prononcé le 1^{er} mars 2010 au Conseil constitutionnel.

(9) V. notamment Burgorgue Larsen (L.), Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, État des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 §1 de la Constitution, RFDA 2009, 787 ; Cassia (P.), Question sur le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, AJDA 2009. Tribune 2193. V. également Simon (D.), Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? Europe 2009 repère 5.

(10) V. les auditions du 23 et du 30 juin devant la commission des lois à l'Assemblée nationale (Rapport n° 1898 de Warsmann (J.-L.)), CR n° 58 et 63, et les auditions du 23 septembre 2009 devant la commission des lois du Sénat (Rapport n° 637 de M. Portelli (H.)).

(11) Compte tenu de l'objet de la présente contribution, nos propos seront centrés pour l'essentiel sur la question de la coordination du contrôle confié au Conseil constitutionnel par l'article 61-1 de la constitution d'une part et d'autre part, du contrôle de compatibilité par le juge national, juge communautaire de droit commun, le cas échéant la collaboration juridictionnelle de la Cour de justice de l'Union, de la loi française avec les droits fondamentaux tels que garantis par le droit de l'Union européenne.

(12) L'idée sous jacente au point de vue défendu par Sauvé (J.-M.) était que le renvoi opéré par le législateur organique à l'article 88-1 de la constitution impliquait nécessairement que le contrôle des lois en vigueur au regard des principes fondamentaux garantis par le droit de l'Union fût un contrôle de constitutionnalité des lois au regard des exigences dégagées de l'article 88-1. On peut certes objecter à cette lecture que le contrôle de conventionnalité, y compris au regard des normes du droit de l'Union, demeure distinct du contrôle de constitutionnalité, conformément à la jurisprudence « IVG », comme l'a d'ailleurs rappelé implicitement le considérant 14 de la décision du Conseil constitutionnel sur l'examen de la loi organique relative à l'article 61-1 (Décision 2009-595 DC du 03 décembre 2009).

(13) En réservant ce terme à la compatibilité avec le seul droit de l'Union, compte tenu de son statut spécifique en droit interne.

(14) Le projet d'article 23-2 de l'ordonnance organique tel que proposé disposait : « La juridiction doit en tout état de cause, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant, de façon analogue, la conformité de la disposition à la Constitution et aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la question de constitutionnalité, sous réserve, le cas échéant, des exigences résultant de l'article 88-1 de la Constitution ».

(15) V. à titre d'exemple la position défendue par Colliard (J.-C.) lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale : « Je trouve également un peu imprudente la formule « sous réserve de l'article 88-1 » de la Constitution. Elle risque de permettre au juge du fond, qui a mon sens souhaitera plutôt privilégier la question d'inconventionnalité, d'exciper à cette fin de la nécessité de respecter l'article 88-1. Or, nous ne connaissons pas exactement la portée de cet article. Sur ces bases, le Conseil constitutionnel a commencé à construire une théorie relative à la transposition des directives. Il n'est pas certain qu'elle le conduise à considérer que le droit communautaire l'emporte sur le droit constitutionnel. L'idée que le respect de l'article 88-1 impose d'abord de traiter la conformité au droit communautaire, voire de poser la question préjudicielle porte le risque de l'affirmation d'une sorte de priorité du droit communautaire sur le droit constitutionnel national. Tel n'est certainement pas l'objet de ce texte ; sa philosophie est plutôt, au contraire, de donner au citoyen une arme en droit constitutionnel interne. Cette formule devrait donc être supprimée ».

(16) Ex-article 234 TCE, ex article 177 CEE.

(17) Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, sp. pt. 11.

(18) Par exemple sur l'incompatibilité matérielle d'une règle législative nationale avec une disposition substantielle du droit originaire, ou avec les dispositions d'un règlement ou d'une directive, sans rapport avec les droits fondamentaux.

(19) En ce sens, v. par ex. Bon (P.), La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA 2009, p. 1107 s., sp. p. 1120.

(20) Pour cette analogie, v. l'audition du professeur Delperrée (F.), Vice président du Sénat de Belgique, Auditions de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 23 juin 2009, CR n° 58.

(21) V. notamment Simon (D.) et Rigaux (A.), Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité, Europe 2010 Etude 5.

(22) CJUE, Grande Chambre, 22 juin 2010 *Melki et Abdeli*, Aff. jtes C-188/10 et C-189/10.

(23) Le mécanisme de la QPC ne peut en effet être analysé en faisant abstraction de l'interprétation de la loi organique donnée par les différentes juridictions. Le Président Genevois (B.), avec sa lucidité habituelle, l'avait parfaitement anticipé : « L'attitude qui sera adoptée par les différentes juridictions est également un facteur d'incertitude. Sans doute le législateur organique a-t-il nettement pris position et sur la priorité conférée à la question de constitutionnalité et sur les critères du filtrage. Mais dès lors qu'il s'est éloigné de la procédure traditionnelle des questions préjudicielles, le rodage des nouveaux mécanismes prendra du temps ». (Genevois (B.), Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, RFDA 2010, p. 1 s., sp. p. 10).

(24) Donnat (F.), La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu, Dalloz 8 juillet 2010, chron 26.

(25) Roger (P.), La Cour de cassation surprend sur la question prioritaire de constitutionnalité, Le Monde, 23 avril 2010.

(26) « Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel », Les Echos, 28 avril 2010.

(27) Pour une série de commentaires « à chaud », v. notamment Carcassonne (G.) et Molfessis (N.), « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », Le Monde, 23 avr. 2010 ; Rousseau (D.) et Levy (D.), La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?, Gaz. Pal. 25-27 avr. 2010 ; Mathieu (B.), La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg, JCP G 2010. 464 20 ; Simon (D.) et Rigaux (A.), Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité, Europe 2010, Etude 5. Parmi les rares analyses favorables à la position retenue par la Cour de cassation, v. Cassia (P.) et Saulnier Cassia (E.), Imbroglie autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), Dalloz 27 mai 2010, chron 20, et dans une certaine mesure, Manin (P.), La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne, AJDA 2010, p. 1023. Voir également Béchillon (D. de), « La question prioritaire de constitutionnalité peut-elle être prioritaire ? », JCP G 2010, note 550 ;

Akandji-Kombé (J.-F.), « QPC versus question préjudicielle à la CJUE : à qui la priorité ? », JCP G 2010 note 563 ; Levade (A.), « Renvoi préjudiciel versus question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », Dalloz 2010 note 1254 ; Fombeur (P.), « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », Dalloz 2010 note 1229 ; Cassia (P.) et Saulnier Cassia (E.), Dalloz 2010, chronique 1234 ; Biancarelli (J.) et Barraud (G.), « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : un faux pas dans le dialogue des juges », Petites Affiches 26 mai 2010 p. 4 ; Gautier (M.), « La question de constitutionnalité peut-elle rester prioritaire ? », RFDA 2010, 449 ; Gaïa (P.), RFDA 2010, 458 ; Dintilhac (J.-P.), Sargos (P.), Weber (J.-F.), « Le droit européen est-il soluble dans la question prioritaire de constitutionnalité ? », Le Monde 11 mai 2010 ; Ludet (D.), « La question qui ne devait pas être posée ? », Le Monde 13 mai 2010.

(28) Simon (D.) et Rigaux (A.), préc., Europe 2010, Etude 5. A cet égard, la vertueuse indignation exprimée par certains commentateurs, qui contestaient la légitimité de la Cour de cassation pour poser une question préjudicielle à la Cour de justice au motif que cela conduirait la plus haute juridiction judiciaire à « renouer avec les traditions qui firent les beaux, puis les très mauvais jours de Parlements d'ancien régime, lorsque ces derniers refusaient de se plier à la loi » (Carcassonne (G.) et Molfessis (N.), préc.) méconnaît la soumission du législateur à la hiérarchie des normes, qui implique qu'une loi, fût-elle une loi organique, soit subordonnée, en vertu de l'article 55 de la constitution, aux traités régulièrement ratifiés. Il en est de même des prises de position de certains parlementaires, et surtout du coup bas qui a consisté, par un cavalier législatif inséré dans la loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, à modifier les dispositions de la loi organique sur la QPC en vue de supprimer la formation spéciale de la Cour de cassation et d'évincer le Premier Président de la présidence des formations susceptibles de transmettre des QPC au Conseil constitutionnel.

(29) Déc. n° 93-323 DC du 5 août 1993. Seule avait été jugée inconstitutionnelle l'extension à 40 km de la zone frontalière concernée, qui n'était pas en cause en l'espèce.

(30) En ce sens, v. la position de l'Avocat général Domingo, qui concluait sans hésitation au non lieu à renvoi. L'avis de M. Domingo est publié *in* RFDA 2010, 445.

(31) Sauf pour les conseils des requérants et pour certains journalistes habituellement plus rigoureux : v. Quatremer (J.), <http://bruxelles.blogs.liberation.fr/coulisses/2010>. Juridiquement, le fondement de l'article 88-1 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, quelle que puisse être sa portée dans le domaine pour l'instant circonscrit à la transposition des directives, ne constitue qu'une « couverture constitutionnelle » de l'engagement de la France au sein de l'Union européenne, qui ne peut avoir pour effet de conférer valeur constitutionnelle aux dispositions du droit communautaire originaire ou dérivé (En ce sens, v. par ex. sur la portée de l'article 88-1, Magnon (X.) et Simon (D.), La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004-nov. 2004) : CDE 2005, p. 217).

(32) Audition de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 30 mai 2010, CR n° 63.

(33) V. dans le même sens Donnat (F.), préc. Dalloz 8 juillet 2010 n° 26, sp. p. 4. La principale « erreur de droit » est évidemment la confusion entretenue entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité.

(34) Il serait intéressant de relire l'arrêt de la Cour de cassation à la lumière des « Réfutations sophistiquées » d'Aristote et de « L'art d'avoir toujours raison » de Schopenhauer...

(35) V. sur ces arrêts, Simon (D.) et Rigaux (A.), Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : drôle de drame, quai des brumes, Le jour se lève ?, Europe 2010 Repère 6.

(36) Déc. n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (rendue en l'absence de M. Charasse et des membres de droit).

(37) Notamment par Cassia (P.) et Saulnier Cassia (E.), préc. sp. p. 236.

(38) Italiques ajoutées.

(39) Italiques ajoutées.

(40) Simon (D.) et Rigaux (A.), Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité, Europe 2010, Etude 5.

(41) Italiques ajoutées.

(42) CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

(43) On a pu noter sur ce point que « Dans une copie d'examen, de tels hors sujets seraient biffés d'un trait de plume rageur ; dans une décision juridictionnelle, ils doivent être examinés avec une attention supérieure à celle portée sur les considérants ayant permis de résoudre le litige » (Cassia (P.) et Saulnier Cassia (E.), Imbroglia autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), Dalloz 27 mai 2010, chron 20, préc. sp. p. 1235.

(44) Italiques ajoutées.

(45) Décision 2009-585 DC du 3 décembre 2010, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, sp. pt. 14, italiques ajoutées. V. les commentaires de Rousseau (D.), Gaz Pal 9-10 décembre 2009, p. 4-5 ; Mathieu (B.), JCP ed G 2009, n° 52, p. 54 s. ; Roux (J.), RDP 2010, p. 233 s. ; Genevois (B.), RFDA 2010, p. 1 s.

(46) Italiques ajoutées.

(47) Labayle (H.), préc.

(48) Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, M. Alain C. et autres.

(49) Donnat (F.), *préc.* Dalloz 8 juillet 2010 n° 26, sp. p. 1.

(50) Compte tenu de l'objet de cette étude, notre propos se concentrera évidemment sur ce seul aspect du renvoi opéré par la Cour de cassation, à l'exclusion du problème de fond lié à la compatibilité de l'article 78 CPP avec le droit de l'Union. Il convient cependant de garder présent à l'esprit que le juge communautaire a donné à la Cour de cassation et au JLD tous les éléments leur permettant d'écarter la disposition du Code de procédure pénale jugée incompatible avec le droit de l'Union, au motif que le défaut d'encadrement des pouvoirs des autorités de police dans la zone des 20 km ne garantissait pas que les contrôles effectués ne revêtaient pas un effet équivalant à celui des vérifications aux frontières.

(51) On sait que le Président de la Cour de justice a fait droit à la demande de la Cour de cassation et admis que le renvoi soit soumis à la procédure accélérée prévue aux articles 23 bis du statut et 104 bis du règlement de procédure de la Cour : v. CJUE Ord Prés. 12 mai 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Europe 2010 comm 232 obs. Rigaux (A.).

(52) Cette attitude semblait d'autant plus devoir s'imposer qu'il est normal pour le juge de l'Union, dans l'esprit de coopération juridictionnelle qui caractérise le mécanisme de l'article 267 TFUE, d'accorder le crédit qu'elle mérite à l'interprétation du droit interne opérée par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire.

(53) Donnat (F.), *préc.* Dalloz 8 juillet 2010 n° 26, sp. p. 5.

(54) Pts 27-28, italiques ajoutées.

(55) Conformément à la jurisprudence classique : CJCE 16 janv. 1974, aff. 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, Rec. p. 33 ; 27 juin 1991, aff. C-348/89, *Mecanarte*, Rec. p. I-3277 ; 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio* ; 9 mars 2010, aff. C-378/08 ERG e.a., Europe 2010 comm 178 obs. V. Michel.

(56) V. CJCE 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal* ; 3 mai 2005, aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Berlusconi* ; 19 nov. 2009, aff. C-314/08, *Filipiak*.

(57) Pt 46.

(58) Pt 47.

(59) CC Déc n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010 ; CE 14 mai 2010, *Rukovic*, n° 312305, précitées.

(60) V. notamment Simon (D.) et Rigaux (A.), *Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité*, Europe, 2010 Etude 5.

(61) Pt 50.

(62) V. en ce sens la jurisprudence historique, CJCE 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, Rec p. 1891 ; 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec p. I-4135. Pour des exemples plus récents, CJCE 26 septembre 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, Rec. p. I-7321 ; 27 octobre 2009, CEZ, C-115/08 ; 13 avril 2010, *Wall*, C-91/08.

(63) V. notamment Viala (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Parsi LGDJ 1999.

(64) La motivation de l'arrêt de la Cour de justice peut en effet se lire de la façon suivante : aussi longtemps que (ou pour autant que) l'application de la priorité de la question de constitutionnalité ne privera pas les juridictions nationales de leur possibilité d'écarter une disposition législative incompatible avec le droit de l'Union, ni de leur faculté intangible d'adresser à tout moment à la Cour de justice un renvoi préjudiciel, alors le dispositif de la QPC est compatible avec le droit de l'Union...V. sur ce point Simon (D.) et Rigaux (A.), *Solange*, le mot magique du dialogue des juges..., Europe 2010, Repère 7.

(65) Italiques ajoutées.

(66) Décision 2010-605 DC du 12 mai 2010, sp. pt. 15.

(67) *Eod. loc.* pt. 14. V. également CE 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

(68) *Eod. loc.* pt. 14, italiques ajoutées

(69) On rappellera en revanche, comme le Conseil constitutionnel l'a précisé, qu'un moyen, tiré de ce que la loi ne transposerait pas correctement une directive, ne saurait être invoqué dans le cadre de la QPC, dans la mesure où le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » (déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, précitée, cons. 19).

(70) CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20.

(71) Arrêt *Melki et Abdeli* précité, sp. pt. 56, italiques ajoutées.

(72) Il dépasse le cadre de la présente étude d'envisager la manière dont les juridictions françaises confrontées à un tel cas de figure devront concrètement tirer les conséquences des exigences posées par la Cour. Pour des suggestions sous forme de modélisation, on pourra se reporter aux observations fouillées de Donnat (F.), *La Cour de justice et la QPC, chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, précit., sp. p. 8. (73) En ce sens, v. notamment Simon (D.) et Rigaux (A.), *Solange*, le mot magique du dialogue des juges, Europe 2010 Repère 8 ; Donnat (F.), *La Cour de cassation et la QPC, chronique d'un arrêt imprévisible et imprévu*, Dalloz 2010 chron 26 ; Duhamel (O.), *La Cour de cassation veut à tout prix casser la QPC*, France Culture, 5 juillet 2010. La Cour de justice semblait d'ailleurs elle-même privilégier la lecture « eurocompatible » de l'ordonnance organique si l'on se reporte au communiqué de presse, qui pour être dépourvu de toute valeur juridique, n'en est pas moins un

document révélateur (Communiqué de presse n° 59/10 du 22 juin 2010).

(74) Cass 29 juin 2010, aff. M 10-40.001, arrêt n° 12132 F-P+B. Pour un premier commentaire sommaire, v. Simon (D.) et Rigaux (A.), *Perseverare autem diabolicum*: La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité...Europe 2010

Repère à paraître.

(75) CJCE 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame*, Rec., I-2433, sp. pt. 21.

(76) Qui pourrait en outre être justifié par le fait qu'une éventuelle déclaration de non conformité avec la constitution opérée par le Conseil constitutionnel aurait entraîné l'abrogation de cette disposition avec effet *erga omnes*, ce qui pouvait présenter un avantage indiscutable du point de vue de la sécurité juridique.

(77) Concl. Guyomar (M.), CE 30 octobre 2009, M^{me} Perreux, n° 298348.

(78) En témoignent les décisions de non-conformité, totale ou partielle, rendues par le Conseil Constitutionnel, chaque fois qu'il a estimé que la législation en vigueur violait les droits fondamentaux garantis par la Constitution : v. par ex. les décisions 2010-1 QPC (cristallisation des pensions), 2010-10 QPC (tribunaux maritimes commerciaux), 2010-18 QPC (carte du combattant), 2010-14/22 QPC (garde à vue)...