

Les rapports de système: retour sur la spécificité française de séparation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

Marie-Caroline Arreto

En France, lorsque l'on évoque les recours individuels directs, on pense de manière systématique au recours ouvert devant la Cour EDH. Or, les recours individuels directs n'ont pas ce caractère d'exception dans d'autres pays d'Europe comme en Allemagne, Autriche, Belgique ou Espagne. Dans ces pays, ces recours sont ouverts devant la Cour constitutionnelle, chargée d'assurer la garantie des droits fondamentaux constitutionnalisés dans le texte fondamental. Se pose alors la question de l'articulation entre le niveau européen et le niveau national de protection des droits fondamentaux ; or, celle-ci n'est pas abordée dans ces pays par le prisme exclusif de la distinction entre le contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité qui a une telle importance en France.

La question de l'articulation entre le recours individuel direct devant la Cour constitutionnelle et le recours individuel devant la Cour EDH, étudiée du point de vue du droit comparé, est justement susceptible de faire émerger des solutions à la vieille querelle française portant sur l'articulation de ces deux contrôles. En effet, depuis les décisions 71-44 DC et 74-54 DC, le Conseil constitutionnel a déclaré son monopole pour contrôler les lois par rapport aux normes de valeur constitutionnelle, quand il revenait au juge de droit commun de procéder au contrôle des lois par rapport aux conventions. Mais la question prioritaire de constitutionnalité semble avoir modifié cette architecture et l'équilibre qui avait été trouvé dans l'articulation de ces deux contrôles. La jurisprudence IVG qui expliquait cette distinction fondamentale et la différenciation de compétences entre le contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire celui exercé par rapport aux dispositions de nature constitutionnelle, et le contrôle de conventionnalité, à savoir celui exercé par rapport aux normes de source conventionnelle, paraît aujourd'hui fragilisé¹. Ceci explique pourquoi la doctrine française se pose régulièrement la question de la nécessité de son maintien². L'argument principal pour justifier cette position consiste à soutenir qu'initialement, cette jurisprudence reposait sur un raisonnement d'une faiblesse argumentative trop importante³. Et Guy Carcassonne de poser l'enjeu du débat dans ces termes : « La majeure partie des objections, essentiellement techniques, à l'exercice du contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel, tomberait d'elle-même avec l'introduction d'une procédure *a posteriori*. »⁴ On a ainsi constaté qu'à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a posé une question préjudicielle à la CJUE, faisant ainsi un premier pas vers le contrôle de conventionnalité. Et l'on peut se demander si à terme, il ne serait pas amené à poser des

¹ Alors même que cette jurisprudence a été consacrée dans les nouveaux articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

² Dossier spécial : « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *R.D.P.*, n°3, 2009, pp. 565-684; Eva BRUCE, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », *R.F.D.C.*, n°63, 2005, pp. 539-560 ; Charlotte DENIZEAU, « L'entrée du droit européen dans le bloc de constitutionnalité : bilan et perspectives », *Politeia*, n°22, 2012, pp. 283-307 ; Guy CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, décembre 1999, p. 141 et s.

³ Jean RIVERO, Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, *A.J.D.A.*, 1975, p. 134 et s.

⁴ Guy CARCASSONNE, *Op. cit.*

questions semblables à la Cour EDH⁵. Disparaitrait alors cette autonomie du Conseil constitutionnel par rapport à la Cour EDH dans laquelle Guy Carcassonne avait vu l'un des plus sérieux avantages de la dichotomie entre les deux contrôles⁶. De cette manière, « son prestige est sauvegardé à n'être pas soumis, entre autres, au " contrôle indirect de la Cour européenne des droits de l'homme ". » Parallèlement à ce phénomène, on peut se demander dans quelle mesure le rôle de « filtre » conféré au Conseil d'État ainsi qu'à la Cour de cassation, contribuerait également à la disparition de cette distinction⁷. Pourtant, l'enjeu est là. En effet, la thèse que nous défendrons dans cette contribution est que les cours constitutionnelles européennes, en appliquant indifféremment des dispositions de nature constitutionnelle ou conventionnelle lors de leur contrôle, sont devenues les juridictions de premier degré de la conformité des normes de droit interne par rapport à la Convention ESDH, mais surtout à la jurisprudence de la Cour EDH ; et que l'accès direct des individus devant elles a favorisé une telle évolution. C'est donc dans la perspective de ce contrôle unifié sous l'égide de la Cour EDH et opéré par les cours constitutionnelles européennes que nous étudierons la tendance à l'amenuisement de la distinction entre les deux contrôles, qui paraît être en cours en droit français.

Ne seront abordés que les relations entre juges constitutionnels et juges de la Cour EDH. Notre perspective en effet est celle de la protection des droits fondamentaux. Or, la CJUE ne possède pas à proprement parler de compétences comme juge garant de droits fondamentaux. Elle ne protège que des libertés fondamentales, à savoir les quatre libertés au fondement de l'Union européenne : liberté de circulation des marchandises et des services, liberté d'établissement, liberté de circulation des personnes et liberté de circulation des capitaux. La Cour EDH s'avère être la juridiction protégeant les droits fondamentaux en Europe, ce que les institutions de l'Union européenne tendent elles-mêmes à confirmer⁸, notamment par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention ESDH dans le Traité de Lisbonne. C'est pourquoi, le cœur du débat semble se fixer sur la place et la valeur reconnue à la Convention ESDH dans les ordres internes. Et n'oublions pas la jurisprudence ! Puisque selon la Cour elle-même, « les arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assurés en leur qualité de parties contractantes »⁹. Selon le Professeur Rideau, « les dispositions de la Convention ont un sens autonome distinct des qualifications nationales et le droit de la Convention est un droit jurisprudentiel et évolutif. Son application nationale doit donc tenir

⁵ Alors que le Protocole n°14 à la Convention ESDH amendant le système de contrôle de la Convention, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, ouvre la possibilité aux juges nationaux de saisir la Cour afin d'obtenir un « avis consultatif », qui n'a certes pour le moment aucun effet contraignant.

⁶ Guy CARCASSONNE, *Op. cit.*

⁷ Xavier MAGNON, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? », in Xavier MAGNON, Xavier BIOY, Wanda MASTOR et Stéphane MOUTON (Dir.), *Le réflexe constitutionnel – questions sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 167-188.

⁸ L'Union européenne a proclamé depuis les années 70, son attachement à la CESDH et aux valeurs qu'elle défend. Par une déclaration commune du 5 avril 1977 de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission européens, a été reconnue « l'importance primordiale qu'ils (les auteurs de cette déclaration) attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dans cette continuité, le Parlement a adopté une Déclaration des droits fondamentaux et des libertés le 12 avril 1989. Depuis le Traité de Maastricht et l'article F paragraphe 2, l'Union a inscrit le respect de la CESDH et se pose régulièrement la question de l'adhésion de l'Union européenne à la CESDH.

⁹ CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, série A, vol. 25, §518.

compte des interprétations données par la Commission et la Cour EDH »¹⁰. De la sorte, on ne peut que constater la contrainte exercée sur le juge national par la Cour EDH et la mainmise de cette dernière sur la fonction de protecteur des droits fondamentaux dans les ordres internes.

C'est donc cette unification en cours de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux sous l'égide de la Cour EDH que nous examinerons dans cette contribution, le processus nous paraissant être plus avancé à mesure que la différenciation entre les deux contrôles s'amenuise. De ce point de vue, le Conseil Constitutionnel est situé à une extrémité du spectre. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme semblent à première vue être deux institutions qui s'ignorent, même si la Cour EDH et la jurisprudence de cette dernière exercent une influence non explicite sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. À l'autre extrémité nous trouvons la Cour constitutionnelle autrichienne qui exerce indifféremment le contrôle des normes à l'égard des droits fondamentaux de la Constitution autrichienne et à l'égard des droits fondamentaux de la Convention ESDH.

Le cas autrichien nous met au demeurant sur la piste d'une explication de cette plus ou moins grande soumission des cours constitutionnelles à la Cour EDH. En effet, la Convention a valeur constitutionnelle en Autriche. Or, comme l'a remarqué Hans-Jürgen Papier, Président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le rapport entre une cour constitutionnelle et la Convention ESDH dépend significativement du niveau qu'occupent les seconds dans la hiérarchie des normes du système juridique dans lequel on raisonne¹¹. « L'influence de la Convention ESDH sur les systèmes constitutionnels de protection dépend évidemment de la place faite à la Convention dans les sources de droit par lesdits systèmes et par les juridictions constitutionnelles ou ordinaires chargées d'assurer la protection des droits fondamentaux. »¹² Ainsi, la valeur et le respect de la Convention peuvent différer en fonction de sa réception et de son intégration à l'ordre interne ou de leur absence. Et le Professeur Rideau de poursuivre : « il faut aussi s'interroger sur l'attitude des Cours constitutionnelles à son égard dans les États où elle est intégrée à l'ordre interne en se demandant si les juges constitutionnels intègrent la Convention dans le bloc de constitutionnalité dont ils assurent le respect ou s'en inspirent dans l'interprétation des dispositions nationales ». Avec le Professeur Rideau, on peut toujours constater la diversité des situations nationales, qui cependant a tendance à s'amenuiser depuis 1991. Mais l'observation formulée pose le problème implicite de savoir quelle valeur possède la Convention dans l'ordre interne. Certains auteurs ont revendiqué pour un tel instrument, une valeur constitutionnelle¹³, comme certains exemples étrangers, qui seront développés par la suite, peuvent en faire état. On peut d'ores et déjà mentionner l'Autriche et l'Allemagne, mais aussi la Belgique, l'Espagne et le Portugal.

¹⁰ Joël RIDEAU, « La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses États membres », *A.I.J.C.*, VII, 1991, p. 17.

¹¹ Hans-Jürgen PAPIER, « Le Conseil constitutionnel et les juridictions européennes – Introduction », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors série, 3 novembre 2009. On notera au passage qu'il ne parle que de la Convention et non de la Cour, probablement pour ne pas faire trop apparaître la coupe sous laquelle la CEDH tient les cours constitutionnelles.

¹² Joël RIDEAU, *Op. cit.*, p.16.

¹³ Dominique ROUSSEAU, « L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité », in Dominique ROUSSEAU et Frédéric SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, S.T.H., 1990, p. 117.

Il nous paraît donc loisible de déplacer notre point de vue depuis celui des rapports entre juridictions vers celui des rapports entre normes. Autrement dit, il s'agit de passer d'une vision organocentrée à une vision normocentrée du contentieux¹⁴.

En effet, la distinction entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité qui prévaut en France signale précisément la prééminence d'une vision organocentrée du contentieux. Si l'on s'intéresse seulement à l'organe compétent pour procéder au contrôle, en dérive nécessairement cette dichotomie. Alors que dans une approche normocentrée, le contentieux est appréhendé sous l'angle du conflit de normes et dans ce cas, il ne s'agit pas au premier chef d'examiner les compétences organiques mais de résoudre le conflit de normes. La vision organocentrée paraît prédominante dans les différents courants de la culture juridique française. On la retrouve aussi bien dans l'institutionnalisme de Maurice Hauriou, que dans le parallèle dessiné par Carré de Malberg entre la hiérarchie des normes et la hiérarchie des organes¹⁵. C'est tout l'objet de l'analyse organocentrée de raisonner en termes de hiérarchie des organes : à chaque organe appartient le contrôle du respect d'un texte. Or, il n'existe ni en Allemagne, ni en Autriche une théorie de la hiérarchie des organes.

Dans cette perspective normocentrée, on examinera la potentielle disparition de la distinction française du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité, résultant de l'effet combiné de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et de l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour EDH sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel (I). Après cette étude purement interne, il s'agira, à la lumière de l'expérience étrangère, de montrer que tant par le biais des recours individuels directs devant la cour constitutionnelle, que par l'indifférenciation des deux contrôles, une unification du contentieux des droits fondamentaux s'opère sous l'égide de la Cour EDH (II).

I. La distinction entre les deux contrôles : une spécificité française tendant à s'amenuiser

La distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité tend à s'effacer pour deux raisons. D'une part, le Conseil constitutionnel tend de manière croissante à faire rejoindre sa propre jurisprudence avec celle de la Cour EDH (A). D'autre part, et symétriquement, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, on peut se demander si le juge de droit commun, lorsqu'il doit se prononcer sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, ne devient pas lui-même juge de la constitutionnalité (B). Cette hypothèse a d'ailleurs été abordée en doctrine, et l'on considèrera que si elle était avérée, ce serait davantage dans les décisions de refus de renvoi des questions au Conseil constitutionnel que dans le cas d'une acceptation du renvoi.

A. Le Conseil constitutionnel : juge indirect de conventionnalité

Alors que selon la distinction traditionnelle, le Conseil constitutionnel ne procède pas au contrôle de conventionnalité, on peut relever tant dans la jurisprudence que dans les analyses doctrinales, une réelle volonté du Conseil de se conformer à la jurisprudence de la

¹⁴ Otto PFERSMANN, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », *En hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant, L.G.D.J., 2007, pp. 1153-1167.

¹⁵ Otto PFERSMANN, « Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes" », *R.F.D.C.*, n°31, 1997, pp. 481-509.

Cour EDH¹⁶. Soulignons d'ores et déjà que ce contrôle de conventionnalité n'est pas opéré explicitement. En effet, le Conseil constitutionnel nourrit l'illusion selon laquelle il procède à un contrôle des lois par rapport à des normes de valeur constitutionnelle, même s'il s'avère que ces normes ne sont que des équivalents fonctionnels aux droits protégés par la Convention. Cette pratique fait donc apparaître un paradoxe : le Conseil interprète les principes constitutionnels à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Convention, mais refuse d'étendre les normes de référence de son contrôle à celle-ci.

L'influence implicite de la Convention et de la jurisprudence de la Cour a débuté bien avant l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁷. Tout d'abord, la Convention a eu un impact majeur en matière de garantie des droits. Sur le fondement de l'article 16 de la DDHC, le Conseil constitutionnel a reconnu le droit à un recours effectif¹⁸, ainsi que la nécessité d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties¹⁹ et s'inspirant ainsi directement de l'article 6§1 de la CESDH.

En outre, en matière de validations législatives, le Conseil a modifié sa jurisprudence au regard de la jurisprudence rendue en la matière par la Cour EDH. La validation législative consiste, par une disposition législative rétroactive, à purger une irrégularité qui serait autrement sanctionnée par le juge. Consacrée pour la première fois en 1980 par le Conseil constitutionnel, elle répondait alors à un souci d'équité. Le but était d'éviter que des fonctionnaires ne pâtissent de l'annulation pour irrégularité d'un concours, souvent plusieurs années après l'avoir passé²⁰. Mais certains membres de la doctrine peuvent regarder ce procédé comme une arme juridique permettant au Gouvernement et au Parlement de s'immiscer dans le cours normal de la justice²¹. Alors ce procédé sert à faire échec à l'autorité de chose jugée d'une décision juridictionnelle ou d'une jurisprudence, puisque par l'adoption d'une nouvelle loi, les parlementaires peuvent limiter ou annuler une telle décision ou jurisprudence en lui substituant une règle nouvelle. Dans ce cas, la crédibilité de la fonction juridictionnelle est cause²². À l'occasion d'une décision de la Cour EDH²³, le contrôle moins exigeant du Conseil constitutionnel fut sanctionné²⁴. Le Conseil constitutionnel a

¹⁶ Cf. Dossier spécial : « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2010, pp. 7-95 ; Dossier spécial : « Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme. Entre équivalence et complémentarité », *R.F.D.A.*, 2012, p. 621 et s.

¹⁷ Robert BADINTER et Bruno GENEVOIS, « Rapport français à la neuvième conférence des cours constitutionnelles européennes », *R.F.D.A.*, 1993, p. 863 et s. ; Jean-Claude COLLIARD, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 165 et s. ; Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et CEDH : un dialogue sans parole », in *Mélanges Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403 et s.

¹⁸ Cons. constit., 23 juillet 1999, n°99-416 DC.

¹⁹ Cons. constit., 28 juillet 1989, n°89-261 DC.

²⁰ Noëlle LENOIR, « Le métier du juge constitutionnel », *Le débat*, n°114, mars-avril 2001, disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-juge-constitutionnel.25704.html> (dernière consultation le 8 mai 2014).

²¹ Christophe DE ARANJO, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'Homme, Étude comparée : France – Allemagne*, th., Bruylant, 2009, pp. 302-314 ; Xavier PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives », in *Le nombre constitutionnalisme, Hommage à Conac*, Economica, 2001, pp. 219-221.

²² *Ibid.*

²³ CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzales et a. c. France, Grande Chambre, req. n°24846/94, *Rec.*, 1999-VII.

²⁴ Cons. constit., 13 janvier 1994, n° 93-332 DC.

« derechef »²⁵ modifié sa jurisprudence dans le sens de celle de la Cour²⁶, s'inspirant des conditions posées par l'arrêt de la Cour de Strasbourg. Il est alors devenu plus sévère. Il a d'abord considéré que l'intérêt financier de l'Etat n'était pas à lui seul de nature à légitimer une validation. Puis, il a exigé un intérêt général « suffisant ». L'évolution actuelle de la jurisprudence n'en est pas moins bénéfique. Elle profite à tous. Les ministres ne sont plus conduits à couvrir les erreurs ou irrégularités commises au niveau de leur administration. Les services sont invités à être plus vigilants. Les citoyens n'ont plus le sentiment qu'il y a deux poids deux mesures, et que ceux qui font la loi ont les moyens d'échapper si cela leur plaît à sa rigueur.

« Les progrès de la jurisprudence sur les validations, bien que limités dans leur objet et au surplus peu connus du public, sont révélateurs. Ils traduisent en France un changement d'époque. Ils marquent une transformation dans les relations entre gouvernants et gouvernés. De même que les citoyens demandent à être consultés sur les décisions prises en leur nom, quel que soit l'intérêt général qui s'attache à ces décisions, de même veulent-ils que l'Etat se plie aux lois qui s'imposent à tous. Et que la loi respecte la Constitution. »²⁷ Il apparaît ainsi que la méthode utilisée par le Conseil constitutionnel soit la suivante. En identifiant des normes internes qui peuvent se rapprocher dans leur signification des principes et règles identifiés par la Cour EDH, et sous couvert de ces normes de valeur constitutionnelle qui prévoiraient l'équivalent des dispositions de la Convention ESDH telle qu'interprétée par la Cour EDH²⁸, le Conseil constitutionnel aboutit aux mêmes résultats que la Cour EDH. C'est ce que l'on peut qualifier d'équivalent fonctionnel ou de « droits équivalents »²⁹. Comme le soulignait le professeur François Luchaire, « le Conseil constitutionnel et la cour européenne protègent en fait les mêmes droits »³⁰.

La volonté du Conseil constitutionnel de conformer son contrôle à la jurisprudence de la Cour EDH de manière plus stricte se fait plus forte depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, « dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge constitutionnel situe toujours sa solution par rapport aux engagements internationaux liant la France »³¹. C'est pourquoi, malgré une réaffirmation de la distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois dans le contentieux QPC³², le Conseil refusant d'exercer ce dernier, « il n'en reste pas moins que le Conseil constitutionnel veille à la cohérence de sa jurisprudence avec celle de la Cour EDH »³³. Les commentaires commencent en effet de plus en plus par définir la jurisprudence

²⁵ Marc GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2010, pp. 77-95.

²⁶ Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC.

²⁷ Noëlle LENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (Dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Actes de la deuxième journée d'étude annuelle du C.R.D.C., Dalloz, collec. Cahiers constitutionnels de Paris I, 2006.

²⁸ On peut noter qu'il existe une exception qui confirme la règle. Dans sa décision sur le Traité portant Constitution pour l'Europe du 30 novembre 2004, le Conseil constitutionnel a fait une mention expresse à la décision de la Cour EDH, Leyla Sahin c. Turquie, du 7 septembre 2004.

²⁹ Arnaud JAUREGUIBERRY, « Les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel dans l'ordre externe : la place ambiguë du droit européen », in Emmanuel CARTIER (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, pp. 266-277.

³⁰ François LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 10 juin 2007, n° 161, p. 11.

³¹ Xavier MAGNON, *Op. cit.*

³² Cons. constit., 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC, M. Alain C. et autres.

³³ Cf. Commentaire de la décision Cons. constit., du 21 janvier 2011, n°2010-87 QPC.

de la Cour EDH avant de présenter sa réception en droit constitutionnel français³⁴. Selon la typologie du Professeur Xavier Magnon, il existe trois cas dans lesquels la jurisprudence du Conseil constitutionnel se conforme à la jurisprudence de la Cour EDH : concernant la France, soit il en existe, soit il n'en existe pas, soit enfin les juridictions de droit commun ont déjà été saisies d'une demande de contrôle de conventionnalité par rapport à la Convention ESDH³⁵. Cette prise en compte renforcée de la jurisprudence de la Cour EDH a pour effet que les décisions QPC sont insérées de manière systématique dans la présentation du droit national dans les arrêts de la Cour³⁶. Les droits équivalents sont alors définis unilatéralement par le Conseil constitutionnel, ce qui peut alors donner lieu à la typologie suivante : le droit protégé par la Convention pourra ne pas être constitutionnellement garanti³⁷, ou n'être garanti que partiellement³⁸ ou encore être entièrement garanti³⁹.

L'équivalence fonctionnelle a cependant pour effet pervers de confondre les deux contrôles en substance, ce qui pousserait le juge à effectuer ces deux contrôles de manière indifférenciée. Ainsi, par la confusion des deux contrôles en pratique, le requérant ne serait pas à même de s'assurer que les deux contrôles aient bien été exercés, puisqu'ils résultent de deux compétences distinctes. En l'absence de toute indissociation, cela donnerait lieu à un contrôle des juridictions suprêmes manquant cruellement de sécurité juridique.

B. Les juridictions suprêmes : juges indirects de constitutionnalité

Le juge de droit commun qui est le juge compétent pour procéder au contrôle de conventionnalité, en application de la décision IVG du Conseil constitutionnel, n'est originellement pas compétent pour statuer sur le contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire sur le contrôle des lois par rapport à la constitution. Mais on constate aujourd'hui une certaine confusion entre les deux contrôles, dans l'examen des dossiers de questions prioritaires de constitutionnalité. En effet, en examinant si la question doit être transmise ou non au Conseil constitutionnel, il apparaît que le juge de droit commun procède déjà à une évaluation de la constitutionnalité de la loi. On peut formuler deux hypothèses pour caractériser une telle évaluation. D'une part, le cumul des deux contrôles entre les mains du juge suprême, c'est-à-dire le Conseil d'État et la Cour de cassation, lui permettrait de valoriser celui qui lui semblerait le plus opportun, effectuant alors un contrôle négatif de constitutionnalité⁴⁰. Ce contrôle est qualifié de « négatif » puisque le juge suprême peut déclarer qu'une loi ne pose aucun problème de constitutionnalité parce que cette dernière est conforme aux traités et conventions ratifiées par l'État français. D'autre part, il serait possible de caractériser l'évaluation faite par le juge suprême comme un contrôle positif de la constitutionnalité, autrement dit le juge suprême se placerait en véritable juge de la constitutionnalité des lois.

³⁴ Arnaud JAUREGUIBERRY, *Op. cit.*

³⁵ Xavier MAGNON, *Op. cit.*, pp. 177-179.

³⁶ Arnaud JAUREGUIBERRY, *Op. cit.*

³⁷ Par ex. l'inconstitutionnalité des frais irrépétibles octroyés à la personne non condamnée mais pas aux autres personnes atraites à la procédure : Cons. constit., 21 octobre 2011, n°2011-190 QPC.

³⁸ Dans le cas des validations législatives, l'intérêt général suffisant exigé par le Conseil constitutionnel n'est pas toujours identique à l'intérêt général impérieux exigé par la Cour EDH.

³⁹ L'alignement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. constit., 20 mai 2011, n°2011-131 QPC Térésa C. e. a.) sur la jurisprudence de la Cour (CEDH, 7 novembre 2006, Mamère c. France, req. N°12697/03.) estimant contraire à la liberté d'expression l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 interdisant que l'on puisse rapporter la véracité des faits poursuivis pour diffamation lorsqu'ils remontent à plus de dix ans.

⁴⁰ On peut d'ailleurs noter que Marc Guillaume s'est réjoui du rôle de « juge constitutionnel négatif » pour qualifier la fonction des juridictions suprêmes et pour valoriser l'utilité et l'équilibre du système de filtrage, in Compte-rendu des auditions devant la commission des lois de l'Assemblée nationale du 21 novembre 2012, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cloi/12-13/c1213016.asp> (dernière consultation le 17 mai 2014).

Ainsi, la distinction traditionnelle entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité apparaît inopérante en vue de mettre en ordre l'ensemble du contentieux examiné par ces juges.

Une première hypothèse, soutenu d'ailleurs par le Professeur Xavier Magnon, consiste à soutenir l'idée selon laquelle il est possible que la réunion des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité entre les mains du Conseil d'État et de la Cour de cassation, nuise au contrôle de constitutionnalité. En effet, dans la décision de non-renvoi relative à la loi Gayssot⁴¹, la conformité de cette dernière par rapport aux normes conventionnelles a incité les juges de la Cour de cassation à ne pas identifier un problème de constitutionnalité. Autrement dit la conventionnalité d'une loi garantirait sa constitutionnalité⁴². Cette idée a été reprise dans une analyse concernant le Conseil d'État, qui ne reconnaît pas un caractère sérieux à la question de constitutionnalité, la disposition en cause étant « certainement conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution dès lors qu'elle est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi la conventionnalité de la disposition législative sert sa constitutionnalité certaine »⁴³. On voit donc bien le danger d'une telle distinction. Il y aurait alors fusion des deux contrôles, sous la coupe des juges suprêmes français. Cela justifierait aussi la position de certains auteurs opposés à l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, en ce que l'on peut se demander alors si le contrôle de conventionnalité ne serait pas redondant avec le contrôle de constitutionnalité⁴⁴. Alors, à l'appui des remarques formulées par le Professeur Henry Roussillon, on pourrait se demander à quoi a servi la création d'une telle procédure. Alors que l'on soutenait l'idée selon laquelle la question prioritaire de constitutionnalité aurait pour but de remettre la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, soutenue notamment par Guy Carcassonne⁴⁵, on constate après quatre ans de pratique de cette nouvelle procédure une préférence pour le contrôle de conventionnalité par les deux cours suprêmes. Mais le choix entre ces deux contrôles n'est pas une fatalité, comme le démontre les expériences étrangères.

La seconde hypothèse, celle d'un contrôle positif de constitutionnalité par le juge de droit commun, découle entièrement de la notion de « filtrage ». Alors que ce terme n'est défini nulle part, des praticiens et des universitaires n'hésitent pas à s'en saisir pour en vanter les mérites. Mais de quoi s'agit-il exactement ? Par l'opération de « filtrage » lors de l'examen de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge de droit commun est amené à dire si le doute sur la constitutionnalité de la loi soulevé par une partie est avéré. Le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit ainsi examiner les critères du caractère sérieux ou nouveau de la question posée⁴⁶. Ce « système de filtrage laisse au Conseil d'État et à la Cour de cassation une prérogative essentielle [...] elles demeurent donc juges de

⁴¹ Cass., ch. Crim., 7 mai 2010, n°09-80774.

⁴² Xavier MAGNON, *Op. cit.*

⁴³ Agnès ROBLOT-TROIZIER et Thierry RAMBAUD, « Chronique de jurisprudence – droit administratif et droit constitutionnel », *R.F.D.A.*, 2010, p. 1257 ; cité par Xavier MAGNON, *Ibid.*

⁴⁴ Henry ROUSSILLON, « L'accès du citoyen à la justice constitutionnelle : mythe et réalité », in Xavier BIOY et Fabrice HOURQUEBIE (Dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Actes de la journée d'études de Toulouse du 2 octobre 2009, L'Harmattan, collec. Logiques juridiques, Paris, 2010, pp. 385-397 ; Ghislaine ALBERTON, « Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ? », *A.J.D.A.*, 2008, p. 967.

⁴⁵ « [...] la volonté du constituant, en créant la QPC, a été explicitement de permettre aux justiciables de se placer à l'abri de la Constitution et de se réclamer d'elle ce qui tend, si l'on ose l'expression, à laver son linge sale en famille. », in Guy CARCASSONNE et Olivier DUHAMEL, *La QPC, la question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, À savoir, 2011, p. 68.

⁴⁶ Article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

la constitutionnalité (comme tous les juges du fond qui dépendent d'elles) alors que seule l'inconstitutionnalité relève nécessairement de l'intervention du Conseil constitutionnel. »⁴⁷

À la question de savoir jusqu'où il faut aller dans l'instruction du dossier lors du filtrage, le Professeur Béchillon nous répond qu'il « faut aller loin [...] car l'intérêt général est du côté du dégrossissement constitutionnel assez poussé de la requête au moment du filtrage »⁴⁸. Cela revient donc assez rapidement à justifier le fait que les juges suprêmes des deux ordres juridictionnels procèdent à l'examen de la constitutionnalité de la loi, tel que demandé par une des parties au procès *a quo*. Certes, il ajoute que « cela n'a rien d'une substitution du Conseil d'État au Conseil constitutionnel. C'est au sens strict une véritable mise en l'état juridique du dossier ». Pourtant, au cours du même colloque, il regrette que le raisonnement soutenu dans la décision de non-renvoi de la loi Gayssot, ait été tenu par la Cour de cassation et non par le Conseil constitutionnel⁴⁹. N'est-ce pas l'indication que le juge suprême procède tout de même à un certain contrôle de constitutionnalité de la loi, dans l'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité ?

La question de l'exercice du contrôle de constitutionnalité par le juge de droit commun, se pose plus encore pour les décisions de non-renvoi que pour celles transmettant la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. D'ailleurs, il est remarquable que seules sont publiées les décisions de non-renvoi au Recueil Lebon. À titre subsidiaire, il faut remarquer que le contrôle du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est réalisé de manière identique à celui effectué dans le cas d'une question préjudicielle dans la concrétisation du droit communautaire⁵⁰. Dans ce dernier cas, en effet, le juge doit à tout le moins examiner au fond la requête afin de savoir si la question préjudicielle doit être renvoyée devant la CJUE. Par analogie, le Conseil d'État observe également au fond la question prioritaire de constitutionnalité avant de décider si elle doit être transmise ou non au Conseil constitutionnel. Enfin, Bernard Stirn reconnaît l'inavouable, et cela malgré la réfutation introductive du Professeur Béchillon, en soulignant que le Conseil d'État assure depuis cette réforme un rôle nouveau. « Jusque-là, quand ce genre de question était posé, il suffisait de mettre dans la décision "la loi dont il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux d'apprécier la constitutionnalité". Cette formule n'a plus cours. Il y a ce rôle nouveau, qui fait du juge administratif le juge du droit commun d'application de la Constitution ; il applique les principes constitutionnels, y compris vis-à-vis des lois, et son office s'arrête lorsqu'une difficulté sérieuse apparaît »⁵¹. Parce que les mots ont un sens, on peut raisonnablement soutenir l'idée selon laquelle le Conseil d'État, et par suite la Cour de cassation, effectue un contrôle de la constitutionnalité de la loi lors de l'instruction d'un dossier de question prioritaire de constitutionnalité. Même si le juge administratif ne fait qu'« appliquer les principes constitutionnels », on peut logiquement en déduire que le contrôle des normes par rapport à la Constitution n'est plus le monopole du Conseil constitutionnel, mais est désormais accessible au juge de droit commun, surtout au Conseil d'État et à la Cour de cassation, lors du « filtrage » de la question prioritaire de constitutionnalité. Bernard Stirn parle de la caractérisation d'une « difficulté sérieuse » posée par une question prioritaire de constitutionnalité mais sans définir toutefois ce que le juge

⁴⁷ Bertrand WARUSFELL, « Les juridictions suprêmes dans l'ordre interne », in Emmanuel CARTIER (Dir.), *La OPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, pp. 248-252.

⁴⁸ Denys DE BECHILLON, « Table ronde 3 – Les filtres – Propos de l'animateur », *JCP G La semaine juridique – Édition générale*, NS 48, 29 novembre 2010, p. 47.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Bernard STIRN, « Le filtrage selon le Conseil d'État », *JCP G La semaine juridique – Édition générale*, NS 48, 29 novembre 2010, p. 50.

⁵¹ *Ibid.*

entend par là. Il pose simplement l'alternative suivante : « Est-ce que, compte tenu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la contestation de la conformité d'une loi à la Constitution laisse place à un véritable doute ou, bien au contraire, conduit à écarter sans hésitation l'argumentation qui est présentée ? »⁵²

La Cour de cassation, par la voix du président de la première chambre civile, reconnaît plus ouvertement encore qu'elle exerce un contrôle de constitutionnalité, ou plutôt « d'application des principes constitutionnels ». Ainsi, Christian Charruault nous dit que la Cour n'a pas attendu l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité pour vérifier « l'adéquation des normes qu'elle applique aux principes fondamentaux constitutionnellement garantis dès lors que ceux-ci sont, pour la plupart, sinon en totalité, communs aux principes que proclame également la Convention EDH »⁵³. Cette approche donne à l'hypothèse développée précédemment, sur le contrôle des équivalents fonctionnels du Conseil constitutionnel avec la jurisprudence de la Cour EDH, une justification supplémentaire à la thèse selon laquelle la dichotomie des deux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité tendrait à s'amenuiser de manière importante. Pourquoi la Cour de cassation serait-elle en mesure de soutenir cette position et non le Conseil constitutionnel ? Et dès lors, pourquoi ce dernier ne contrôlerait-il pas explicitement la conventionnalité des lois au regard de la Convention ESDH ?

Mais le président de la première chambre civile de la Cour de cassation va plus loin dans le raisonnement, lorsqu'il réclame que le juge *a quo* qui possède la compétence de transmettre la question au Conseil constitutionnel, puisse réécrire, ou tout du moins reformuler, ladite question. Cette demande appelle deux commentaires. Premièrement, apparaît de manière indiscutable que le recours introduit récemment en droit français n'est absolument pas un recours individuel, puisque le requérant est seulement à l'initiative du recours et que par la suite, le « procès fait à la loi » lui échappe totalement. S'ajoute à cela le fait que la reformulation de la question par la juridiction suprême est susceptible de modifier la demande initiale formulée par le requérant. Deuxièmement, ce serait un élément de plus attestant de l'exercice effectif par le juge de droit commun, d'un premier contrôle de constitutionnalité. Enfin, Christian Charruault ne définit pas non plus le caractère sérieux de la question, mais nous dit qu'il « est toujours révélé par l'examen attentif de la question »⁵⁴. On notera à titre subsidiaire, que le Conseil d'État a sur ce point un avis assez opposé à celui de la Cour de cassation. Il admet en effet plus facilement la subjectivité de la procédure qui découle du fait qu'elle est nécessairement initiée par le justiciable⁵⁵.

La fonction réelle du filtre, telle qu'analysée par Jean Barthélémy, achève de nous assurer dans notre thèse : le juge de droit commun procède bien à un contrôle de constitutionnalité, et ajoute-t-il, « il y a bien des manières de faire de la constitutionnalité, cela a toujours été fait, même au temps qui paraît déjà si lointain de la loi-écran »⁵⁶. En effet, « le filtre a pour objet et pour effet d'associer les cours suprêmes au contrôle de constitutionnalité [...] même si elles ne sont pas juges positifs de constitutionnalité, elles sont conduites qu'on le veuille ou non à porter une appréciation sur la constitutionnalité, et coopèrent donc au

⁵² *Ibid.*

⁵³ Christian CHARRUAULT, « Le filtrage selon la Cour de cassation », *JCP G La semaine juridique – Édition générale*, NS 48, 29 novembre 2010, p. 51.

⁵⁴ *Eod. loc.*, p. 54.

⁵⁵ Jean BARTHELEMY, « Le point de vue de l'avocat », *JCP G La semaine juridique – Édition générale*, NS 48, 29 novembre 2010, p. 56.

⁵⁶ *Eod. loc.*, p. 57.

contrôle ». Ceci confirme que le contrôle de constitutionnalité des lois n'est plus le monopole du Conseil constitutionnel, et que la distinction entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité se réduit de plus en plus.

On identifie ainsi deux phénomènes en droit français : d'une part, le contrôle de conventionnalité que le Conseil constitutionnel exerce par équivalence fonctionnelle, d'autre part, le contrôle de constitutionnalité exercé par les juges suprêmes à l'occasion du filtrage. Il est remarquable que ces phénomènes aient pour conséquence la disparition de la dichotomie entre ces deux contrôles. Cette disparition apparaît d'autant plus certaine à terme, que ladite dichotomie ne trouve pas d'équivalent dans les systèmes juridiques européens. La spécificité française tend à s'affaiblir sous l'effet de l'harmonisation des droits européens par la jurisprudence de la Cour EDH. Ceci apparaît à l'étude du droit comparé, puisque l'expérience étrangère indique une propension des juges, surtout des juges constitutionnels, à servir à l'implantation et à l'assimilation du droit de la Convention et de la jurisprudence de la Cour dans l'ordre juridique interne. On peut alors se demander si le rôle du juge constitutionnel ne serait pas dévoyé partout en Europe, car il conduirait à terme à ne plus être l'organe au sommet de l'architecture juridique mais serait ravalé au rôle de juge de premier degré, en dessous de la Cour EDH.

II. Vers un alignement de la France sur les formes européennes de cumul des contrôles ?

L'horizon d'un effacement complet de la dichotomie entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité paraît inscrit dans l'expérience de grands voisins européens, tels que l'Allemagne et l'Autriche. En effet, les juges peuvent contrôler la conformité de toutes les normes par rapport au droit de la Convention ESDH, sans qu'une compétence ne soit le monopole d'une juridiction particulière (A). Cette analyse normocentrée nous permettra de montrer que le droit et surtout la jurisprudence EDH s'installent dans le droit interne par le biais du dévoiement de la procédure de recours individuel direct devant la Cour constitutionnelle, qui lui permet de devenir un véritable juge de premier degré de la conformité des normes internes à celles de la Convention (B).

A. L'absence de distinction entre les deux contrôles : le juge constitutionnel sous la coupe de la Cour EDH

Tant le système juridique autrichien⁵⁷, que le système juridique allemand⁵⁸, diffèrent du système français du point de vue de la distinction entre contrôle de constitutionnalité et

⁵⁷ Philipp CEDE, « Some aspects of the case law of the Austrian Constitutional Court on Art. 6 ECHR », *Journal on International Constitutional Law*, vol. 3, 2009, pp. 27-43 ; Andreas A. KHOL, « The Influence of the Human Rights Convention on Austrian Law », *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970, pp. 237-258 ; Theo ÖHLINGER, « Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 286-291.

⁵⁸ Nicolas NOHLEN, « Commentary ECHR Von Hannover v. Germany, 24.06.2004 », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 196-201 ; Christian TOMUSCHAT, « The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to German Constitutional Court », *German Law Journal*, n°5, vol. 11, 2010, pp. 513-526 ; Franck HOFFMEISTER, « Germany : Status of European Convention on Human Rights in domestic law », *International Journal of Constitutional Law*, n° 4, vol. 4, 2006, pp. 722-731 ; Andrea CALIGIURI & Nicola NAPOLETANO, « The Application of the ECHR in the Domestic Systems », *Italian Yearbook International Law*, vol. 20, 2010, pp. 125-159.

contrôle de conventionnalité. En effet, en Autriche, les normes d'origine internationale considérées comme les plus importantes ont valeur constitutionnelle, c'est-à-dire qu'elles sont directement applicables lorsque le juge constitutionnel autrichien exerce un contrôle déterminant si un acte administratif individuel a été pris en violation des « droits constitutionnellement garantis » ou sur le fondement d'une norme non valide, et ayant pour conséquence de violer les « droits constitutionnellement garantis » de l'individu exerçant le recours. Dans une perspective comparée avec le cas français, il convient de noter que la Cour constitutionnelle autrichienne refuse de contrôler la constitutionnalité des traités, laissant cette compétence aux juridictions de droit commun, par le biais de la vérification de la publication effective des traités ratifiés. Alors que ceci pourrait entraîner un problème au niveau international, précisons que le traité lie toujours l'État sur le plan international malgré la reconnaissance de sa nullité en droit interne⁵⁹. En Allemagne, une loi ordinaire doit reprendre le contenu de la convention internationale, pour que celle-ci soit applicable dans l'ordre interne. Le juge constitutionnel allemand exercera un contrôle par rapport à la Convention ESDH, qui est de rang législatif en droit interne, seulement dans l'hypothèse où les normes de niveau supérieur, donc de valeur constitutionnelle, ne seront pas à même de protéger suffisamment le requérant.

Avant d'en venir au fond, précisons comment s'est faite la ratification dans chaque ordre, ainsi que la mise en place de la Convention ESDH. La ratification de la Convention ESDH par l'Autriche, en 1958, a eu pour effet de procéder à son intégration dans l'ordre interne, ce qui a pour conséquence qu'elle est directement applicable. Il a même été décidé d'incorporer la Convention aux normes de valeur constitutionnelle. Ainsi, la Convention a été adoptée par le biais d'une loi constitutionnelle. Au niveau interne, la Convention ESDH est donc de valeur constitutionnelle et a par conséquent force obligatoire à l'égard des organes administratifs et judiciaires de l'État. Ceci a pour conséquence que d'une part, la Convention est un standard à l'aune duquel les lois ordinaires peuvent être remises en cause directement par la Cour constitutionnelle. D'autre part, cela signifie que la Convention donne aux individus des droits qui sont invocables devant les autorités administratives et juridictionnelles, qui sont obligées d'interpréter les lois ordinaires en accord avec la Convention⁶⁰. À première vue, il y avait un équivalent de contenu entre le catalogue de droits fondamentaux issu de diverses lois constitutionnelles autrichiennes et les dispositions même de la Convention ESDH. Mais suite à la multiplication des recours individuels devant la Cour constitutionnelle autrichienne contre un acte administratif individuel⁶¹, il est rapidement apparu que ces dispositions n'étaient pas totalement identiques. En effet, la législation autrichienne n'a pas été en mesure d'assurer que les institutions légales autrichiennes ne mettraient pas en péril la Convention. Face à une jurisprudence européenne encore hésitante et peu développée, les institutions autrichiennes ont préféré garder leurs traditions juridiques héritées de leur histoire constitutionnelle, plutôt que de les mettre en danger en appliquant des principes relativement vagues de la Convention⁶².

⁵⁹ Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « Relation of International Law to Internal Law in Austria », *American Journal of International Law*, vol. 49, 1955, pp. 451-476.

⁶⁰ Andrea CALIGIURI et Nicoleta NAPOLETANO, *Op. cit.*, p. 133.

⁶¹ En vertu de l'article 144 de la Constitution autrichienne, il est possible d'exercer un recours direct devant la Cour constitutionnelle, contre les actes administratifs individuels qui porteraient atteinte aux droits constitutionnellement garantis ou pris en vertu d'un acte supérieur illégal lato sensu et qui porteraient atteinte aux droits constitutionnellement garantis. La Cour administrative bénéficie d'une compétence en matière de contrôle des actes administratifs individuels qui sont estimés porter atteinte aux droits législativement garantis.

⁶² Andreas A. KHOL, *Op. cit.*

Par une décision du 14 octobre 1961, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé que la Convention ESDH n'avait pas de statut constitutionnel du fait d'une erreur procédurale importante lors de la ratification par le Parlement⁶³. Cette décision eut pour effet de réduire la Convention au rang de loi ordinaire. Mais le pouvoir législatif ne s'est pas laissé faire. Un amendement constitutionnel en date du 3 mars 1964, s'ajoutant aux nombreuses révisions qu'a connues la Constitution depuis son entrée en vigueur en 1920, a complètement modifié la procédure de ratification des traités en Autriche. Cette révision a été dotée d'un effet rétroactif ce qui permet de conserver à la Convention ESDH, réputée correctement ratifiée, une valeur de norme constitutionnelle.

Le respect des dispositions de la Convention ESDH n'a pas posé autant de problème en Allemagne qu'en Autriche, du fait d'une formulation assez proche du catalogue de droits fondamentaux inscrit aux dix-neuf premiers articles de la Loi fondamentale allemande, et considérant que les deux textes sont contemporains et que l'Allemagne est un des États fondateurs du Conseil de l'Europe et qui a participé à la rédaction de la Convention. La ratification allemande s'est faite par une loi du 7 août 1952, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, sous la forme d'une loi fédérale. C'est pourquoi la Convention ESDH n'a pas automatiquement la priorité face à d'autres lois fédérales. Lors de la réunification, cela n'a pas posé de grand problème concernant l'application à l'ancienne RDA puisque le juge interne a suivi la règle de droit international public inscrite à l'article 29 de la Convention de Vienne sur les traités. Cette règle prévoit qu'un traité est applicable par les États parties à la Convention dans le respect de leur territoire entier. En application de l'article 59 al. 3 de la Loi Fondamentale, le traité doit être ratifié par une loi adoptée par le Parlement ce qui aura pour effet de lui donner force de loi.

Dans le cas des traités portant sur les droits fondamentaux, l'approche systématique a pour inconvénient que toute loi postérieure peut déroger à certains droits garantis en application de la règle *lex posterior derogat legi priori*. Mais la doctrine allemande tente régulièrement de trouver un moyen d'éviter ces effets indésirables. Certains auteurs soutiennent ainsi que du fait de la particulière importance que la Loi fondamentale attribue aux droits fondamentaux, les traités concernés par ce même objet devraient être reconnus comme des instruments bénéficiant d'une autorité constitutionnelle⁶⁴. Cette valeur constitutionnelle des traités internationaux concernant les droits de l'homme se retrouve notamment dans les constitutions espagnole⁶⁵ et portugaise⁶⁶. Mais cette hypothèse s'inscrit aussi dans la pensée du Professeur Christian Tomuschat, dont le cœur de l'analyse consiste à établir que le droit international joue un rôle constitutionnel dans n'importe quel exercice de

⁶³ VfGH, Sig. 4049, 14 octobre 1961.

⁶⁴ Albert BLECKMANN, « Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention ? », 21 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 149, 1994, p. 513 s.; Franck HOFFMEISTER, « Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland », 40 *Der Staat* 149, 2001, p. 367 s.; Georg RESS, « Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge », in *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, 1775, pp. 1789-1796 ; Christian WALTER, « Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungprozess », 59 *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 961, 1999, pp. 974-977.

⁶⁵ Constitution espagnole du 27 décembre 1978, Article 10, alinéa 2 : « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne. »

⁶⁶ Constitution portugaise du 2 avril 1976, Article 16, « Portée et sens des droits fondamentaux :

1. Les droits fondamentaux consacrés par la Constitution n'excluent aucun des autres droits provenant des lois et des règles de droit international applicables.
2. Les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme. »

l'autorité publique. Cette position fait également écho à la position défendue par Jean-Louis Debré qui, lors de son audition par le Comité Balladur en 2007, proposait d'attribuer au Conseil constitutionnel la compétence de contrôle des lois par rapport aux traités ayant pour objet la protection des droits fondamentaux, et de ne laisser de ce fait aux juridictions de droit commun qu'une compétence résiduelle en matière de conventionalité. Mais la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a jamais accepté cette théorie. De manière constante, elle a affirmé que l'approche générale des traités ne pouvait trouver d'exception dans le cas des traités protecteurs des droits fondamentaux. C'est pourquoi, un recours constitutionnel direct devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Verfassungsbeschwerde*) ne peut invoquer seulement des violations de la Convention ESDH⁶⁷. En parallèle, la Cour a invariablement appliqué l'axiome selon lequel les dispositions du droit allemand devaient être interprétées en harmonie avec les dispositions de la Cour EDH. Par un arrêt de principe, la Cour est venue préciser que le droit de la Convention ne pouvait servir de méthode d'interprétation des droits fondamentaux, que dans la mesure où ils n'en diminuent pas la portée, jurisprudence confirmée par un arrêt du 14 octobre 2004⁶⁸. Il en résulte qu'aucun cas jurisprudentiel ne semble avoir appliqué le principe de la *lex posterior* au détriment de la Cour EDH. C'est ce que la Cour qualifie de *Völkerrechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale, c'est-à-dire de l'amabilité témoignée par les institutions allemandes à l'égard du droit international. Cette amabilité se traduit par une utilisation de la Convention pour compléter les éventuelles lacunes des droits fondamentaux allemands, apparaissant lors d'une comparaison entre les deux instruments. D'ailleurs, la Cour ne se prive pas d'exercer son contrôle de telle façon qu'elle plaise à la Cour EDH puisqu'elle relève que « la décision n'est pas contraire ni avec la Convention ESDH, ni avec la jurisprudence de la Cour EDH »⁶⁹.

Dans le prolongement de cette idée, la Cour constitutionnelle fédérale allemande souhaite que les juridictions allemandes se conforment à la force de chose jugée matérielle des décisions de la Cour EDH⁷⁰. Mais cette règle tolère deux exceptions. D'une part, ces juridictions ne doivent respecter la jurisprudence de la Cour EDH que dans la mesure où ses arrêts respectent les règles et principes inscrits dans la Loi fondamentale allemande. D'autre part, la Cour constitutionnelle n'est pas liée elle-même par cette obligation. Elle se réserve la possibilité d'écarter un arrêt de la Cour EDH au nom des droits constitutionnels fondamentaux, justifiant cette réserve par son rôle de gardien de la Loi fondamentale, et insistant au passage sur la valeur législative de la Convention, déduite de l'article 25 de la Loi fondamentale⁷¹. À ce titre, elle utilise pour la première fois la notion de souveraineté pour justifier la primauté des droits constitutionnels fondamentaux sur toute règle de droit international⁷². Or ce concept est quasiment inexistant en droit allemand et ne possède traditionnellement qu'une valeur politique, permettant de caractériser l'indépendance de l'État fédéral dans les relations internationales.

En Autriche, il n'existe pas de recours contre les décisions juridictionnelles devant la Cour constitutionnelle. Ainsi, on ne pourrait systématiser un ensemble de directives qu'elle souhaiterait voir respecté par les juridictions de droit commun. Ce que l'on observe alors est une compétence qui n'appartient pas à la Cour constitutionnelle, contrairement au cas du

⁶⁷ BVerfG, 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04 ; BVerfG, 17 mai 1983, 2 BvR 731/80.

⁶⁸ BVerfG, 26 mars 1987, 2 BvR 589/79, 740/81 et 284/85 ; jurisprudence réaffirmée BVerfG, 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04.

⁶⁹ BVerfG, 26 octobre 2004, 2 BvR 955/00, 1038/01.

⁷⁰ Christophe DE ARANJO, *Op. cit.* citant J.-A. FROWEIN, « Anmerkung zur Pakelli-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *ZaöRV*, 48, 1986, p. 286 et s.

⁷¹ Christophe DE ARANJO, *Op. cit.*, p. 325.

⁷² BVerfG, 26 octobre 2004, précédemment citée.

recours constitutionnel direct en Allemagne qui est possible contre les décisions juridictionnelles devant la Cour constitutionnelle fédérale⁷³, mais à la Cour Suprême de l'ordre juridictionnel. Les décisions juridictionnelles peuvent ainsi faire l'objet d'un recours en cassation devant la Cour Suprême, lorsque le requérant estime qu'un de ses droits constitutionnellement garantis a été violé par ladite décision (*Grundrechtebeschwerde*). Ainsi, le contrôle par rapport aux normes de valeur constitutionnelle n'est pas un monopole de la Cour constitutionnelle autrichienne. C'est par rapport à l'acte attaqué que sera déterminée la compétence de l'organe juridictionnel. De ce fait, il n'y a aucun monopole de contrôle par rapport à la Constitution ou de contrôle par rapport aux normes de valeur conventionnelle. Chaque juridiction possède une compétence de contrôle par rapport à ces deux ensembles de normes, dans la mesure où rentre dans ses attributions le contrôle de l'acte attaqué, celui-ci déterminant sa capacité à juger. Ceci traduit une approche normocentrée du contentieux, qui n'est perçu que sous l'angle du conflit de normes.

Malgré cette différence, il semble que ce soit à l'occasion d'un recours individuel devant la Cour constitutionnelle autrichienne, que la Convention ESDH ait le plus de chances d'être appliquée. En effet, les recours s'élèvent autour de 450 par an en ce qui concerne la contestation de la constitutionnalité des actes administratifs individuels, et les décisions rendues par la Cour à l'occasion de la mise en œuvre de cette procédure possèdent un poids important. C'est pourquoi, l'application de la Convention ESDH est garantie davantage par la Cour constitutionnelle dans le système juridique autrichien. Cette dernière joue en effet un rôle crucial, notamment en tant que législateur négatif⁷⁴. À l'occasion de l'examen d'un recours individuel, d'une part, elle veille à la constitutionnalité des décisions administratives comme un tout, et, d'autre part, elle examine la conformité des lois et règlements à la Constitution et les déclare invalides le cas échéant. Or, lors de ce contrôle, elle doit aussi vérifier la conformité des actes administratifs, des règlements et des lois par rapport à la Convention ESDH, qui a valeur constitutionnelle dans l'ordre interne. Ainsi, la Cour constitutionnelle a l'obligation de remédier aux conséquences induites par l'inattention avec laquelle le Parlement a appréhendé l'incorporation de la Convention dans le système juridique autrichien. La Cour peut alors invalider, selon les injonctions des dispositions de la Constitution, toutes les lois qui seraient contraires à la Constitution, et également contraire à la Convention, pour forcer ainsi la législature à adopter des lois conformes à la Convention ESDH.

La Cour constitutionnelle autrichienne apparaît ainsi comme le fer de lance de la Cour EDH et du texte de la Convention dans le système juridique autrichien. Elle reprend les décisions de la Cour EDH et de la Commission et parfois cite même leur texte *in extenso*. Toutefois, les textes de la Convention ne figurent pas au visa des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne, puisque l'ensemble des professionnels du droit autrichiens n'est pas familier avec ces dispositions mais davantage avec celles des normes constitutionnelles issues de lois aristocratiques adoptées au cours du XIX^e siècle.

⁷³ En vertu de l'article 93 al. 1 4a de la Loi fondamentale du 23 mai 1949, qui prévoit que toute personne estimant être lésée par un acte de puissance publique dans ses droits fondamentaux peut présenter un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale.

⁷⁴ La notion de législateur-négatif a été élaborée par Hans Kelsen, afin de caractériser l'activité du juge constitutionnel exerçant sa compétence de contrôle des normes législatives par rapport à la constitution et sculptant des normes « négatives ». Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J./Bruylant, La pensée juridique, 1999, pp. 249-254 ; Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Traduction et introduction par Sandrine Baume, Michel Houdiard, Paris, 2006, p. 87.

Cependant, de ces deux exemples résulte une tendance, que l'on voit se dessiner également en Belgique et en Espagne. Ainsi, il apparaît que la meilleure façon de permettre l'articulation du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité en France, serait de mettre en place un véritable recours individuel direct devant le juge constitutionnel.

B. L'influence de la Cour EDH sur les recours individuels directs devant la Cour constitutionnelle : un dévoiement politique

Au regard des développements sur le plan du droit comparé, il apparaît que la constitutionnalisation de la Convention ESDH permet au juge constitutionnel allemand et autrichien de contrôler les normes internes à l'aune du droit issu de la Convention ESDH. Ainsi, la Cour EDH s'insinue davantage dans la mise en conformité des normes internes avec la Convention. Or ce processus constitue un dévoiement de l'accès de l'individu au juge constitutionnel permis par la procédure du recours individuel direct. En effet, le contrôle n'est plus simplement exercé par rapport à la cohésion des normes dans le système juridique interne, ce qui était le sens premier du recours individuel direct, mais aussi par rapport aux normes internationales. Ainsi, le droit de la Convention ESDH s'intègre aux normes constitutionnelles. Mais comme la jurisprudence de la Cour EDH a un caractère pandémique dans l'appréhension des situations juridiques, elle tend à dépasser le domaine des droits fondamentaux en droit constitutionnel. De cette façon, elle substitue inexorablement au contrôle de conformité par rapport aux normes constitutionnelles, un contrôle toujours plus exclusif par rapport à la Convention. C'est ce que traduit la volonté du Conseil constitutionnel de trouver des équivalents fonctionnels aux droits garantis dans la Convention, ainsi que la pratique des juges suprêmes consistant à privilégier le contrôle de conventionnalité au détriment du contrôle de constitutionnalité.

Peut-on espérer que le Conseil constitutionnel reste tout de même à l'abri de l'absorption et du contrôle opérés par la Cour EDH ? Il nous semble que la réponse soit encore positive, même si certains éléments tendent à menacer l'indépendance du Conseil constitutionnel, si chère à Guy Carcassonne. Le Conseil constitutionnel semble encore à l'abri pour deux raisons. D'une part, le maintien de la dichotomie entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, autrement dit la confirmation de la valeur infra-constitutionnelle de la Convention ESDH, permet de résister à la pénétration et à l'étouffement du droit constitutionnel du fait du droit issu de la Convention ESDH. D'autre part, puisque la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas un recours individuel direct, il n'y a aucun risque que ce contrôle soit l'occasion pour le Conseil constitutionnel de devenir juge de premier degré de la Convention ESDH. Toutefois, il y a deux éléments qui risquent de mettre en danger l'indépendance du juge constitutionnel français. Alors que les juges suprêmes risquent, par le cumul de la compétence d'exercer le contrôle de conventionnalité et celle du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, de privilégier le premier sur le second ; il revient en fin de compte au Conseil constitutionnel de ne pas capituler de lui-même en cédant trop facilement à un raisonnement par équivalence fonctionnelle de manière systématique.

Tout le problème de la distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité en France s'explique principalement par le fait que le Conseil constitutionnel n'était initialement pas envisagé comme une Cour constitutionnelle, comme il en existe dans le modèle dit de justice constitutionnelle européen. Au fur et à mesure, le

Conseil constitutionnel, aidé du bras armé de la doctrine juridique⁷⁵, a construit sa place au sein des institutions de la V^e République en se plaçant comme une Cour constitutionnelle. Or, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, il semble que ce rôle ait été consacré, tout en évitant l'épineuse révision des conditions de nomination⁷⁶, parce que la question prioritaire de constitutionnalité est un moyen d'accès au juge constitutionnel au service de l'individu. Cependant, ce n'est pas parce que le constituant a cherché « à rapprocher le citoyen de la Constitution », que l'on peut assimiler la question prioritaire de constitutionnalité à un recours individuel⁷⁷. En comparant cette procédure à celles existant en Europe, on ne peut que constater que ce nouveau recours n'est au mieux assimilable qu'à un système de question préjudicielle de constitutionnalité, que le juge de droit commun pose au juge constitutionnel⁷⁸. Toutefois, soulignons ici une observation importante précédemment relevée : tel qu'il a été conçu, le filtrage pourrait bien remettre en cause ce mécanisme de question préjudicielle. Ces considérations doivent dissuader toute qualification de la question prioritaire de constitutionnalité de recours individuel.

Mais ne pas assimiler la question prioritaire de constitutionnalité à un recours individuel n'empêche pas de soutenir l'idée selon laquelle la question prioritaire de constitutionnalité serait une « voie de droit interne », au sens de la Convention ESDH. Cette voie interne particulière permettrait tout de même à la Cour EDH d'avoir le droit de contrôler l'application faite de la Convention, que ce soit du fait de l'équivalence fonctionnelle, ou du fait que les juges en charge du filtrage privilégient le contrôle de conformité par rapport à la Convention, plutôt que d'examiner la question de la constitutionnalité. En effet, alors que le principe de subsidiarité posé par l'article 35, est censé s'exprimer dans les rapports entre les ordres internes et la Cour EDH, on constate que la prétendue « nécessité de laisser aux États la possibilité d'assurer, eux-mêmes, la protection des droits de l'homme »⁷⁹ est un leurre. Certes, avec ce nouveau contrôle *a posteriori*, le Conseil constitutionnel participe encore davantage à la protection des droits fondamentaux. Mais parce que les droits et libertés constitutionnellement garantis peuvent trouver leur équivalence dans la Convention, ils doivent être invoqués préalablement par le biais d'une question prioritaire. L'existence d'une protection analogue doit justifier la saisine préalable du Conseil constitutionnel. « Encore faut-il néanmoins vérifier cette congruence : certains droits et libertés ne trouvent pas leur concordance dans les deux normes, constitutionnelle et conventionnelle. Justifiée par cette condition d'équivalence, l'assimilation de la question prioritaire de constitutionnalité à une voie de recours interne confronterait alors l'avocat à une interrogation supplémentaire consistant à vérifier si la garantie constitutionnelle invoquée trouve son pendant dans la Convention. »⁸⁰ Mais cette assimilation se réalise de fait, par le ralliement des juges constitutionnels au respect des dispositions de la Convention, de manière plus ou moins explicite, et par le fait que lorsque le juge de droit commun français a voix au chapitre, il n'est pas sûr qu'il ne confonde pas ses habilitations dans la mise en œuvre des deux contrôles⁸¹.

⁷⁵ Notamment par le biais des études de droit comparé, menées par ex. par le GERJC.

⁷⁶ Dominique ROUSSEAU, « Une procédure de nomination toujours discutable », *Les Petites affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 101 s.

⁷⁷ Ainsi Dominique ROUSSEAU parle de « recours du justiciable médiatisé par le juge », in « Vive la QPC! La quoi ? », *Gazette du Palais*, 26 janvier 2010 n° 26, p. 13 s.

⁷⁸ Otto PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori (Les articles 61-1 et 62 de la Constitution) », *Les Petites Affiches*, 19 décembre 2008, n°254, pp. 103-110.

⁷⁹ Véronique TELLIER-CAYROL, « La question prioritaire de constitutionnalité, voie de recours interne ? », *AJ Pénal*, n°1, 2011, p. 25-26.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ cf. IB. Les juridictions suprêmes : juges indirects de constitutionnalité.

L'idée que le recours devant le juge constitutionnel puisse être qualifié de voie de droit interne semble appuyée par l'approche de droit comparé. Ainsi, les exemples allemand et autrichien sont éclairants concernant la question de l'articulation des deux contrôles. En effet, tant la cour constitutionnelle allemande que la cour autrichienne, par le biais du recours individuel direct, exercent un contrôle tant par rapport aux normes constitutionnelles qu'aux normes conventionnelles, se positionnant de fait comme juges de premier degré du droit de la Convention ESDH⁸². C'est d'ailleurs dans la qualification du juge national comme « juge naturel » de la Convention ESDH⁸³, bien évidemment couplée à la condition de recevabilité consistant en l'épuisement des voies de recours pour pouvoir agir devant la CEDH⁸⁴, que l'on découvre l'ampleur de l'entreprise d'harmonisation. Et cela est invariablement le cas même si la Cour EDH a estimé que « la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale était de toute manière vouée à l'échec dès lors que le recours constitutionnel n'est pas un recours de nature à fournir au requérant le redressement de son grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention »⁸⁵. Cela n'empêche toutefois pas que les simples déclarations d'irrecevabilité de recours constitutionnels prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande puissent être attaquées devant la Cour EDH⁸⁶.

La pratique du recours individuel au juge constitutionnel permet d'établir un premier niveau de recours, secondé par le recours direct existant devant la Cour EDH. Ainsi, la Cour EDH ne serait qu'un second degré de juridiction et non pas le premier. Mais ce que ce discours plus ou moins explicite ne dit pas, c'est qu'il est encore moins facile pour les juges nationaux d'appliquer les dispositions de la Convention ESDH telles qu'elles ont été interprétées par la Cour EDH. C'est ce qui résulte de la nécessité politique de respecter la jurisprudence de la Cour EDH, qui n'hésite pas à réaliser une « interprétation constructive » du texte de la Convention⁸⁷ et impose la reprise de cette jurisprudence par les juges nationaux. Parmi ceux-ci, qui plus est, le juge constitutionnel est aujourd'hui perçu comme le mieux à même de réaliser la tâche de mettre de la cohérence entre les deux systèmes. Ceci a pour résultat évident de transformer la Cour EDH en juridiction contrôlant les cours constitutionnelles dans leur application de sa jurisprudence et de sa vision de ce que doit ou ne doit pas prévoir le droit interne de chaque système juridique. Cette tâche que l'on appelle « le dialogue des juges » sert en fait de cache-sexe à la volonté politique de la Cour EDH d'unifier le droit en Europe. C'est également pour cette raison que l'Union européenne s'est rattachée à l'entreprise ; la question de son adhésion à la Convention ESDH se faisant de plus en plus prégnante.

Au surplus, cette nouvelle procédure a également modifié l'architecture juridique du système juridique français⁸⁸. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a agi alors comme une

⁸² Certains membres de la doctrine ne s'en cachent absolument pas : Christian TOMUSCHAT, *Op. cit.*, p. 516.

⁸³ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit au juge, accès à la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 123-141.

⁸⁴ Article 35 de la Convention.

⁸⁵ CEDH, *Sürmeli c/ Allemagne*, 8 juin 2006, n°75529/01.

⁸⁶ Voir les arrêts de la CEDH : *König* (28 juin 1978, série A, n°27) ; *Luedicke, Belkacem et Koç* (28 novembre 1978, série A, n°29) ; *Eckle* (15 juillet 1982, série A, n°51) ; *Pakelli* (25 avril 1983, série A, n°64), *Niemietz* (16 décembre 1992, série A, n°251-B).

⁸⁷ Frédéric SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme : Un exercice de " jurisprudence fiction " ? », *RTDH*, n°55, 2003, pp. 755-779 ; Paul TAVERNIER, « L'affaire du "mur de Berlin" devant la Cour européenne: la transition vers la démocratie et la non-rétroactivité en matière pénale », *RTDH*, n°48, 2001, pp. 1109-1181.

⁸⁸ Isabelle REGHI, « De quelques réflexions d'un juge civiliste de base saisi par le doute », *JCP G Semaine Juridique – Édition générale*, 27 juin 2011, NS 26, pp. 27-31.

véritable Cour constitutionnelle en passant outre la dichotomie de compétence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, lorsqu'il a posé une question préjudicielle à la CJUE⁸⁹. Ceci a eu pour conséquence de permettre à la doctrine française d'identifier un aménagement de l'articulation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, du fait des nouvelles possibilités ouvertes au Conseil constitutionnel par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité⁹⁰. On constate en effet une légitimation par la nouvelle procédure du développement et de l'utilisation de certains procédés techniques par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a le monopole de la garantie de la Constitution par le contrôle qu'il exerce sur les lois. Et du coup, pour être sûr que la Constitution sera bien appliquée, il va émettre des réserves d'interprétation afin d'assurer une certaine unité dans l'interprétation et l'application de la Constitution par les autres juges⁹¹. Ces réserves doivent lors de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité être appliquées par les juridictions suprêmes. Et c'est peut-être finalement cette tâche assumée et assurée par le juge de droit commun, qui mérite d'être identifiée dans les décisions de non-renvoi de question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, « Le Conseil d'État est en revanche plus disert en tant que « juge constitutionnel positif » : il motive les arrêts de non-renvoi quant à l'absence de sérieux ou de nouveauté de la question, lorsque celle-ci a déjà été jugée applicable au litige et non frappée d'autorité de chose jugée »⁹².

En résumé, l'absence de toute assimilation de la question prioritaire de constitutionnalité à un recours individuel possède un certain avantage. Selon la configuration procédurale française, le Conseil constitutionnel ne peut pas être assimilé à un juge de premier degré de la Convention ESDH. Mais il faudrait veiller à ce que cela ne se produise pas. Certes il n'existe pas encore de système de question préjudicielle, mais ceci n'est plus une hypothèse totalement irréaliste. Alors qu'une procédure de mécanisme de question préjudicielle émerge progressivement⁹³ dans le contentieux de la Cour EDH afin de réduire le nombre trop important de recours, on peut se poser la question de savoir si le Conseil constitutionnel osera utiliser cette nouvelle procédure, de la même façon qu'il a pu le faire devant la CJUE. Ceci serait un moyen d'affirmer haut et fort que le Conseil constitutionnel est une juridiction à part entière. Cela confirmerait d'autant plus la thèse défendue selon laquelle le juge national, quel que soit son qualificatif, devient somme toute un juge de premier degré du contrôle de la conformité des normes législatives et réglementaires par rapport à la Convention ESDH. On voit donc l'intérêt qu'apporte la préservation de la distinction entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité dans le maintien d'un certain équilibre et de l'intégrité du système juridique français.

⁸⁹ Cons. constit., 4 avril 2013, n°2013-314 P QPC.

⁹⁰ Xavier MAGNON, *Op. cit.* Pour un avis contraire, cf. Mathieu DISANT, « Question (préjudicielle) sur question (prioritaire) - Célébration ou mirage du "dialogue des juges" ? » ; Note sous Conseil constitutionnel, 4 avril 2013, décision numéro 2013-314P question prioritaire de constitutionnalité », *La Gazette du Palais*, 19 octobre 2013, n° 292, p. 18 s. ;

⁹¹ Francis HAMON, « Les pouvoirs respectifs du Conseil constitutionnel et des juges chargés de l'application des lois en matière d'interprétation », *Les Petites affiches*, 19 juillet 2013 n° 144, p. 3 s.

⁹² Pauline TÜRK, « Les spécificités de l'appréciation des caractères nouveau et sérieux dans la jurisprudence du Conseil d'État », in Emmanuel CARTIER (Dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013, p. 474.

⁹³ Mouvement traduit notamment par l'adoption des Protocoles n°14, n°15 et n°16 à la CESDH. Ainsi Frédéric Sudre, qui n'assimile pas encore cette procédure à un mécanisme de renvoi préjudiciel, estime tout de même que ces nouvelles dispositions amendant la Convention traduisent une réorientation du rôle de la Cour EDH. Frédéric SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G La semaine juridique – Édition générale*, n°42, 14 octobre 2013, pp. 1912-1920.