

**« LA QPC EST-ELLE UNE VOIE DE RECOURS À ÉPUISER AVANT DE SAISIR LA COUR  
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ? »**

Thibaut LARROUTUROU

Doctorant contractuel, Université Jean Monnet Saint-Étienne  
Centre de recherches critiques sur le droit (UMR 5137)

Un « *big bang juridictionnel* ». C'est ainsi que le professeur D. Rousseau a pu, avant même que la réforme constitutionnelle de 2008 ne porte ses premiers fruits, qualifier le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>1</sup>. Et encore ne s'interrogeait-il alors que sur un éventuel bouleversement du paysage contentieux français. Si cette question est particulièrement intéressante<sup>2</sup>, elle est loin d'être la seule qui soit soulevée par l'introduction d'un procédé de contrôle *a posteriori* de la loi par le Conseil constitutionnel : entre autres raisons, « *la QPC constitue aussi une réforme majeure parce qu'elle a rapidement contraint la France à repenser ses liens avec les droits européens, qu'il s'agisse du droit de l'Union et surtout de celui de la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>3</sup>.

On sait en effet que la question prioritaire de constitutionnalité a notamment été adoptée dans le but de renationaliser un contentieux des droits de l'homme que d'aucuns jugeaient trop souvent laissé aux juridictions européennes. À ce titre, la question de l'articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, présente à la marge dès les travaux du Comité Balladur<sup>4</sup>, a logiquement pris une place de premier rang lors de l'examen par le Parlement du projet de loi organique relatif au nouvel article 61-1 de la Constitution. Afin d'assurer la réalisation des objectifs du constituant, le législateur organique a choisi d'accorder une priorité d'examen à la QPC dans toutes les hypothèses où celle-ci serait soulevée concomitamment à des moyens fondés sur la contrariété de la loi nationale au droit international ou européen. Cette priorité, qui a véritablement été pensée comme l'alpha et l'oméga des liens entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, a focalisé sur elle l'essentiel des débats parlementaires sur ce terrain. Elle n'épuise pourtant pas toutes les questions pouvant se poser dans un cadre de pluralisme des normes et des juridictions, loin s'en faut.

---

*Le présent article a été publié par la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (2015, n° 1, pp. 111-138) après avoir bénéficié d'une recommandation de l'Association française de droit constitutionnel attribuée par le jury du prix Louis Favoreu. L'auteur remercie vivement l'AFDC pour cette recommandation.*

<sup>1</sup> ROUSSEAU D., « La question prioritaire de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *RDP*, 2009, pp. 631-644.

<sup>2</sup> Voir, par exemple : CARTIER E. (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, 2013.

<sup>3</sup> SZYMCZAK D., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'europanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, n° 7, mars 2012.

<sup>4</sup> On se souvient que le président J.-L. Debré, lors de son audition par ce Comité, a consacré une large partie de ses développements à la nécessité d'intégrer de façon réfléchie la question de constitutionnalité dans un environnement contentieux dominé par le contrôle de conventionnalité : « *ajouter l'un à l'autre sans les rendre cohérents ni les articuler condamnerait la nouvelle exception d'inconstitutionnalité* ».

Parmi d'autres, la problématique de l'articulation du nouveau mécanisme constitutionnel avec la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme reste entièrement posée.

En effet, au stade de l'adoption de la loi organique, il semble déjà acquis que les requérants auront la faculté -et non pas l'obligation- de soulever une question de constitutionnalité. Ce choix fondamental ouvre cependant la porte à une hypothèse assez peu compatible avec la volonté de renationalisation de la protection des droits et libertés exprimée lors de la révision constitutionnelle : celle dans laquelle un justiciable se contenterait de soulever des moyens de conventionnalité, neutralisant ainsi la priorité constitutionnelle, avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour contrer ce risque, la voie était toute tracée. Il suffisait au législateur organique de faire en sorte que la Cour de Strasbourg impose de passer par la « case QPC » avant de se présenter à son prétoire, ceci au titre de la règle de l'épuisement des voies de recours internes prévue par l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>5</sup>. Si cette règle est formulée « *en des termes passablement vagues* »<sup>6</sup>, ses exigences ont depuis longtemps été précisées par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des recours devant les Cours constitutionnelles, permettant ainsi aux constituants et législateurs nationaux d'adapter le cas échéant les mécanismes de questions de constitutionnalité au cadre de la Convention.

Las, les débats et rapports parlementaires font preuve d'un mutisme presque total sur le sujet : le dossier législatif montre que ce problème n'a été abordé de front qu'une seule et unique fois, toujours *via* le prisme de la priorité accordée à la QPC. Dans son rapport sur le projet de loi organique, le sénateur H. Portelli indique ainsi que « *la priorité conférée à la question de constitutionnalité est un mécanisme indispensable à l'articulation de ce nouveau type de contrôle avec la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette saisine est subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes. Dans le cas où le Conseil constitutionnel, le juge de constitutionnalité de dernier ressort, rejette le moyen d'inconstitutionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être saisie, sans que le justiciable risque d'encourir le reproche de non-épuisement des voies de recours internes* »<sup>7</sup>. La passivité du législateur organique semble donc causée non par un désintérêt pour cette question, mais plutôt par une confiance absolue dans le fait que la QPC ne pourra qu'être reconnue par la Cour européenne comme un recours à épuiser.

Cette vision résolument optimiste du législateur, pour ne pas dire ce vœu pieux, tranche avec l'examen poussé des exigences conventionnelles qu'il a mené sur bien des aspects du projet de loi organique<sup>8</sup>, comme avec l'attitude du législateur belge confronté au même problème<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Cet article prévoit que « *la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus* ».

<sup>6</sup> VERDUSSEN M., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », *in liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant / LGDJ, 1995, pp. 435-451, spéc. p. 436.

<sup>7</sup> PORTELLI H., rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 29 septembre 2009, n° 637, p. 27.

<sup>8</sup> La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a en effet été étudiée et prise en compte de façon détaillée sur de nombreux points : respect des exigences de l'article 6§1 de la Convention par la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel, motivation des décisions de non-transmission des QPC, monopole reconnu aux avocats aux Conseils, compatibilité de l'existence d'un filtre des questions avec le droit à l'accès au juge etc.

<sup>9</sup> La question de l'éventuelle intégration du procès incident de constitutionnalité dans les voies de recours de l'article 35 a été étudiée de près par le Parlement belge, en 1989 et en 2003, à l'occasion de l'adoption de deux lois spéciales relatives à la Cour d'arbitrage. Les débats comme les questionnaires envoyés aux experts auditionnés

La doctrine spécialisée ne s'en est d'ailleurs pas satisfaite, la plupart des auteurs jugeant à la lumière de la jurisprudence européenne que le procès incident de constitutionnalité forgé par le Parlement n'est pas une étape à franchir avant de saisir le juge européen<sup>10</sup>.

Le Conseil constitutionnel n'a pas tardé à exprimer un point de vue contraire sur la question par la voix de son secrétaire général, lequel a résolument pris position en faveur de l'intégration de la QPC aux recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention<sup>11</sup>. Ce plaidoyer en forme d'invitation<sup>12</sup> est compréhensible : la décision qui sera prise sur ce sujet par la Cour de Strasbourg risque à première vue d'avoir des conséquences importantes s'agissant de la place respective des deux juridictions dans la protection des droits et libertés, de la qualité de leur dialogue, et plus largement de la réussite de la réforme constitutionnelle. En outre, le Conseil constitutionnel n'est certainement pas indifférent à l'idée qu'un refus de la Cour européenne d'intégrer la question prioritaire de constitutionnalité dans le cercle des recours à épuiser avant de pouvoir la saisir risquerait fort d'apparaître comme une seconde remise en cause européenne du mécanisme instauré par l'article 61-1 de la Constitution, lequel a déjà été mis à mal par une validation sous réserve de la priorité constitutionnelle par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>13</sup>.

À cet égard, il semble que tout ne soit pas perdu, bien au contraire. Si elle choisissait de soulever une exception de recevabilité relative à l'absence d'utilisation de la voie de droit constitutionnelle, la France pourrait bel et bien être entendue par la Cour européenne des droits de l'homme (I). Toutefois, au regard des effets secondaires probables qu'aurait l'intégration de la QPC aux recours visés par l'article 35 de la Convention, il apparaît qu'un tel choix ne serait pas des plus judicieux, et que la France serait inspirée de renoncer à soulever une telle exception (II).

---

reflètent son intérêt sur ce point, même si le dernier mot est laissé à la Cour européenne des droits de l'homme. Voir doc. parl. Sénat 1988-1989, n° 483/2 et doc. parl. Sénat 2002-2003, n° 2-897/6.

<sup>10</sup> Voir, par exemple : DUBOUT É., « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, pp. 107-134, spéc. pp. 116-117 ; SUDRE F., « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, pp. 671-684, spéc. pp. 672-673 ; SZYMCZAK D., « La compatibilité de la saisine prioritaire avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire de droit européen*, volume VII, Bruylant, 2009, pp. 79-92, spéc. pp. 82-83.

<sup>11</sup> GUILLAUME M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, juillet 2011, pp. 67-95.

<sup>12</sup> Rappelons que cet article aux Cahiers développe une contribution aux mélanges en l'honneur de J.-P. Costa, lequel achevait lors de leur parution sa présidence de la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>13</sup> On ne reviendra pas ici sur cet épisode, largement connu et commenté.

## **I. QPC et article 35 de la Convention : une intégration possible**

La question prioritaire de constitutionnalité est-elle un recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme ? L'analyse de la jurisprudence actuellement appliquée par la Cour de Strasbourg impose *a priori* une conclusion sans appel : non, elle ne l'est pas (A). Cependant, cette jurisprudence paraît pouvoir être remise en cause par la France : discutable juridiquement comme politiquement, la position actuelle du juge européen semble susceptible d'évoluer (B).

### **A. Le critère de l'accessibilité, pierre angulaire du raisonnement de la Cour européenne**

Le mécanisme de protection des droits et libertés instauré par la Convention européenne des droits de l'homme est profondément marqué par le principe de subsidiarité, qui veut que, « *en vertu de l'article 1 de la Convention, ce sont les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35§1 de la Convention* »<sup>14</sup>. La règle de l'épuisement des voies de recours internes a donc pour finalité, de façon très classique en droit international<sup>15</sup>, de protéger la souveraineté des États en leur laissant une chance de redresser les violations alléguées avant qu'une instance internationale n'examine le litige. Cette règle est également au service d'une protection des droits plus adaptée à chaque situation, dans la mesure où « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international* »<sup>16</sup> pour se prononcer sur la plupart des questions qui s'offrent à leur examen.

Si la *ratio legis* de cette règle est facilement compréhensible, ses conséquences pratiques le sont beaucoup moins, et la Cour européenne des droits de l'homme s'est rapidement heurtée à la question de savoir quelles voies de droit devaient être épuisées préalablement à sa saisine. À ce titre, les recours constitutionnels ouverts aux justiciables n'ont pas manqué d'attirer l'attention de la Cour de Strasbourg<sup>17</sup>. En effet, si la place accordée par les Constitutions nationales à la Convention varie très fortement d'un État européen à un autre, les protections constitutionnelles et conventionnelles sont dans la plupart des cas largement comparables d'un point de vue substantiel. La saisine de la Cour constitutionnelle par le justiciable constitue donc bien, au moins potentiellement, un moyen pour l'État de redresser lui-même la violation alléguée et une chance pour la Cour européenne de voir une partie du flux des requêtes se détourner de son greffe.

---

<sup>14</sup> Voir, parmi de nombreux exemples : CEDH, GC, *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, n° 30210/96, §152 ; CEDH, GC, *De Souza Ribeiro c. France*, 13 décembre 2012, n° 22689/07, §77. Sur ce principe, voir notamment : SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthémis, Collection Droit et Justice, 2014.

<sup>15</sup> Voir par exemple l'article 41§1 c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 46§1 a) de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, ou encore les articles 50 et 56§5 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

<sup>16</sup> Voir, parmi d'autres utilisations de cette formule : CEDH, Plén., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, §48 ; CEDH, GC, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, 3 avril 2012, n° 42857/05, §55.

<sup>17</sup> L'article 35§1 de la Convention n'est cependant pas le seul prisme par lequel les recours constitutionnels intéressent la Cour : elle accepte dans certains cas d'opérer un contrôle de ces derniers sous l'angle de l'article 6§1. Voir, par exemple : CEDH, Plén., *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 26 juin 1993, n° 12952/87.

Ce seul constat ne suffit cependant pas aux recours constitutionnels pour accéder au cercle de ceux visés par l'article 35 de la Convention : encore faut-il qu'ils respectent les exigences de la Cour européenne, qui impose seulement l'épuisement des recours « *vraisemblablement effectifs, suffisants, accessibles, relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats* »<sup>18</sup>.

Les voies de droit constitutionnelles ont connu des destins variés suite à l'application par la Cour de ces différents critères. À ce titre, il est possible d'établir une distinction entre les questions de constitutionnalité et les recours individuels. Ces derniers ont été définis par le professeur M. Fromont comme étant « *le résultat d'une saisine directe du juge constitutionnel par une personne privée [visant] à protéger un droit ou un intérêt personnel du requérant* »<sup>19</sup>. Ouverts très largement aux justiciables, ils ont logiquement fait l'objet d'une jurisprudence européenne abondante : ont ainsi pu être considérés comme des recours à épuiser -exception faite de rares hypothèses- le *recurso de amparo* espagnol<sup>20</sup>, le *Verfassungsbeschwerde* allemand<sup>21</sup>, l'*Ústavní stížnost* tchèque<sup>22</sup>, le recours en annulation belge<sup>23</sup> ou encore, plus récemment, le *Bireysel başvuru* turc<sup>24</sup>.

La jurisprudence est en revanche beaucoup moins riche en ce qui concerne les saisines indirectes du juge constitutionnel que sont les questions « *posées par le juge qui doute de la constitutionnalité de la loi [...] qu'il doit appliquer et qui visent à écarter l'application de cette loi* »<sup>25</sup>. On peut se risquer à une explication : dans la grande majorité des États européens connaissant une question de constitutionnalité, ce mécanisme coexiste avec des recours individuels similaires à ceux exposés plus haut<sup>26</sup>. De fait, si un tel recours individuel a été introduit par le requérant, l'État ne saurait lui reprocher de ne pas avoir soulevé une question de constitutionnalité dans la mesure où la Cour constitutionnelle a pu se prononcer lors de sa saisine directe, avant ou après le procès ordinaire. Au contraire, si un tel recours n'a pas été introduit, c'est sur cette omission que l'État préférera tout naturellement concentrer ses critiques : plus le recours dont il conteste le non-épuisement est accessible, plus l'exception d'irrecevabilité sera susceptible de porter ses fruits devant la Cour de Strasbourg. Dès lors, seuls les États qui connaissent uniquement la question de constitutionnalité, à l'exclusion de toute

---

<sup>18</sup> Voir, entre autres : CEDH, GC, *Sejdovic c. Italie*, 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 56581/00, §45 ; CEDH, déc. *Uzun c. Turquie*, 30 avril 2013, n° 10755/13, §38.

<sup>19</sup> FROMONT M., « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la question prioritaire de constitutionnalité », *Annuaire de droit européen*, volume VII, Bruylant, 2009, pp. 27-51, spéc. p. 28.

<sup>20</sup> Voir, entre autres : Comm. EDH, déc. *Bocos Rodriguez c. Espagne*, 12 avril 1996, n° 28236/95 ; CEDH, déc. *Del Pino Garcia et Ortin Mendez c. Espagne*, 14 juin 2011, n° 23651/07, §§26-34.

<sup>21</sup> Voir notamment : Comm. EDH, déc. *W. c. Allemagne*, 18 juillet 1986, n° 10785/84 ; CEDH, déc. *Schädlich c. Allemagne*, 3 février 2009, n° 21423/07.

<sup>22</sup> Voir, parmi d'autres : Comm. EDH, déc. *J. A. c. République tchèque*, 7 avril 1994, n° 22926/93 ; CEDH, déc. *Brandejs c. République tchèque*, 9 octobre 2012, n° 16878/09.

<sup>23</sup> Voir, par exemple : CEDH, déc. *S. B. et autres c. Belgique*, 6 avril 2004, n° 63403/00, §7 ; CEDH, déc. *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgique*, 10 novembre 2005, n° 60559/00.

<sup>24</sup> Voir notamment : CEDH, déc. *Uzun c. Turquie*, 30 avril 2013, n° 10755/13 ; CEDH, déc. *Zana c. Turquie*, 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 58756/09.

<sup>25</sup> FROMONT M., « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la question prioritaire de constitutionnalité », précité (note n° 19), spéc. p. 28.

<sup>26</sup> Voir sur ce point la très complète *Étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle* (n° 538/2009) adoptée par la Commission de Venise lors de sa 85<sup>ème</sup> session plénière, et notamment le tableau récapitulatif des voies d'accès aux Cours constitutionnelles État par État, pp. 67 s.

autre voie de saisine directe du juge constitutionnel par le justiciable, ont véritablement intérêt à faire reconnaître à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il s'agit d'un recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention.

Sur la demi-douzaine d'États européens étant ou ayant été dans ce cas, seules la Turquie, l'Italie et la Roumanie semblent avoir vu leur mécanisme de procès incident de constitutionnalité faire l'objet d'une décision des organes de la Convention.

Bien qu'elle ne soit pas l'exemple le plus connu en la matière, c'est la question de constitutionnalité turque qui s'est vue appliquer pour la première fois la jurisprudence actuellement en vigueur s'agissant des questions de constitutionnalité et de l'épuisement des voies de recours internes. Dans une décision *Sargin et Yagci c. Turquie*<sup>27</sup>, confirmée par la suite<sup>28</sup>, la Commission européenne des droits de l'homme a rejeté une exception d'irrecevabilité du gouvernement turc suivant laquelle les requérants auraient dû demander au juge *a quo* de poser une question à la Cour constitutionnelle. C'est sur le terrain de l'accessibilité du recours que la Commission a fondé sa décision, estimant que « *le renvoi à la Cour constitutionnelle ne constitue pas un recours accessible au motif qu'il appartient au tribunal dans le cadre de l'examen d'une affaire de décider souverainement qu'une exception d'inconstitutionnalité paraît suffisamment sérieuse pour qu'elle mérite d'être déférée à la Cour. L'intéressé, lui, ne peut pas saisir directement cette juridiction* ». La motivation est claire : les questions de constitutionnalité ne sont pas des recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention si leur transmission à la Cour constitutionnelle repose *in fine* sur la décision souveraine d'une juridiction plutôt que sur la seule volonté du justiciable.

La question de constitutionnalité italienne a donné à la Cour européenne des droits de l'homme l'occasion de confirmer cette prise de position. Dans un arrêt *Brozicek c. Italie*<sup>29</sup>, le juge du Palais des droits de l'homme a lui aussi rejeté l'exception préliminaire du gouvernement pour les mêmes motifs que la Commission avant lui, en estimant que « *dans le système juridique italien, un individu ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle pour l'inviter à vérifier la constitutionnalité d'une loi : seule a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, une juridiction qui connaît du fond d'une affaire. Dès lors, pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article [35] de la Convention exige l'épuisement* ». Cette jurisprudence est réaffirmée avec constance par la Cour<sup>30</sup>, qui l'a également appliquée à l'exception de constitutionnalité roumaine. Sa motivation est alors aussi limpide que lapidaire : « *pour qu'un recours soit accessible, l'intéressé doit être en mesure de déclencher lui-même la procédure du recours [...]. En l'espèce, la Cour note qu'un particulier ne peut pas soumettre*

---

<sup>27</sup> Comm. EDH, déc. part. *Sargin et Yagci c. Turquie*, 11 mai 1989, n<sup>os</sup> 14116/88 et 14117/88.

<sup>28</sup> Comm. EDH, Plén., déc. *Mitap et Müftüoğlu c. Turquie*, 10 octobre 1991, n<sup>os</sup> 15530/89 et 15531/89 ; Comm. EDH, déc. *Kafkasli c. Turquie*, 22 mai 1995, n<sup>o</sup> 21106/92 ; Comm. EDH, déc. *Incal c. Turquie*, 16 octobre 1995, n<sup>o</sup> 22678/93. Par la suite, il semble que la Turquie ait renoncé à soulever cette exception préliminaire devant les organes de la Convention, et la création en 2010 d'un recours constitutionnel direct fait penser qu'elle ne le fera pas plus à l'avenir.

<sup>29</sup> CEDH, Plén., *Brozicek c. Italie*, 19 décembre 1989, n<sup>o</sup> 10964/84, §34.

<sup>30</sup> L'Italie reprochant avec une remarquable opiniâtreté aux requérants de ne pas avoir soulevé une question de constitutionnalité, les réaffirmations par la Cour de son arrêt *Brozicek* sont presque légion. Seuls les arrêts de la Cour seront ici signalés, au détriment de ses décisions : CEDH, *Padovani c. Italie*, 26 février 1993, n<sup>o</sup> 13396/87, §20 ; CEDH, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, 28 septembre 1995, n<sup>o</sup> 12868/87, §24 ; CEDH, *Immobiliare Saffi c. Italie*, 28 juillet 1999, n<sup>o</sup> 22774/93, §42 ; CEDH, *C. G. I. L. et Cofferati c. Italie*, 24 février 2009, n<sup>o</sup> 46967/07, §48 ; CEDH, GC, *Scoppola c. Italie (n<sup>o</sup>2)*, 17 septembre 2009, n<sup>o</sup> 10249/03, §75 ; CEDH, *Pozzi c. Italie*, 26 juillet 2011, n<sup>o</sup> 55743/08, §17 ; CEDH, *Paleari c. Italie*, 26 juillet 2011, n<sup>o</sup> 55772/08, §19.

*directement à la Cour constitutionnelle une exception d'inconstitutionnalité. Un tel recours n'est dès lors pas un recours accessible au sens de l'article 35 de la Convention »*<sup>31</sup>.

Si la plupart des auteurs ont pu estimer que la question prioritaire de constitutionnalité avait peu de chances d'être reconnue en l'état comme un recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne, c'est parce que la solution de ces arrêts et décisions semble « *directement transposable [à la QPC] dès lors que le justiciable ne dispose pas d'un accès direct au Conseil constitutionnel et que la saisine de ce dernier est à la discrétion du Conseil d'État ou de la Cour de cassation* »<sup>32</sup>. En effet, quelle que soit l'effectivité de la QPC pour protéger les droits et libertés, quelles que soient les différences entre le mécanisme français et ses homologues européens, on ne saurait ignorer que le justiciable français n'a pas plus directement accès au Conseil constitutionnel que les justiciables roumains, italiens ou turcs n'ont accès à leur Cour constitutionnelle dans le cadre des questions de constitutionnalité. Dans les quatre systèmes, le requérant a l'opportunité de soulever une question mais la transmission de cette dernière dépend bien uniquement des juges *a quibus* qui, s'ils ont l'obligation de la poser lorsque certaines conditions de recevabilité sont réunies<sup>33</sup>, n'en disposent pas moins d'une large marge d'appréciation de ces conditions<sup>34</sup>. L'accessibilité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme semble donc devoir faire défaut à la QPC et, partant, faire obstacle à son intégration par le juge européen aux voies de recours à épuiser avant de se présenter devant lui.

Cette conclusion sans appel paraît inviter à arrêter ici la présente étude. Pourtant, une analyse critique de la jurisprudence de la Cour conduit à envisager l'hypothèse d'un changement de position sur cette question tant un revirement peut, au moins à première vue, sembler pertinent sur les plans juridique et politique.

---

<sup>31</sup> CEDH, déc. *Pantea c. Roumanie*, 6 mars 2001, n° 33343/96 ; CEDH, déc. *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, 2 septembre 2003, n° 46572/99.

<sup>32</sup> SUDRE F., « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », précité (note n° 10), p. 673.

<sup>33</sup> La QPC française et les questions de constitutionnalité roumaine, turque et italienne sont comparables du point de vue du principe du filtrage des questions par le juge *a quo*, même si des différences sont bien sûr observables. Voir, pour s'en convaincre, les dispositions internes pertinentes, notamment l'article 152 de la Constitution turque, l'article 23 de la loi italienne n° 87 du 11 mars 1953, ou encore l'article 29 de la loi roumaine n° 47/1992. Pour plus de détails sur ces différents mécanismes : GAY L. (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, Collection À la croisée des droits, 2014 ; GALLO F., « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, janvier 2014, pp. 89-99 ; SAĞLAM M., « La Cour constitutionnelle de Turquie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, avril 2011, pp. 263-275 ; ZEGREAN A., *L'exception d'inconstitutionnalité à la Cour constitutionnelle de la Roumanie*, rapport pour le séminaire sur l'exception d'inconstitutionnalité de la Commission de Venise (disponible sur le site internet de cette dernière).

<sup>34</sup> Le professeur P. Deumier estime en ce sens que le caractère sérieux de la question « *laisse par nature un large pouvoir d'appréciation au juge* » et que « *le degré d'examen qu'il implique ne peut être borné catégoriquement* ». Voir DEUMIER P., « Autopsie d'une polémique : la QPC, la Cour de cassation et la doctrine », in *Le droit entre autonomie et ouverture, mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Collection Penser le droit, 2013, pp. 171-200, spéc. p. 180. Notons à ce titre que l'exemple de la question de constitutionnalité roumaine est particulièrement intéressant dans la mesure où la Cour ne l'a pas intégrée aux voies de recours à épuiser avant de la saisir malgré deux de ses particularités : d'une part, la contestation de la décision de non-transmission de la question à la Cour constitutionnelle est possible par la voie d'un appel formé contre cette décision dans un délai de 48 heures ; d'autre part, le caractère discrétionnaire de la décision de transmission y est beaucoup moins marqué qu'en France, dans la mesure où les conditions de transmission du recours n'incluent pas le caractère sérieux de la question posée. La France ne saurait donc opposer la possibilité de contestation de la décision de non-transmission d'une QPC ou le faible nombre de conditions de recevabilité de cette dernière pour échapper à l'application de la jurisprudence *Brozicek c. Italie*.

## B. Le principe de subsidiarité, clé d'un éventuel revirement de jurisprudence européen

La Cour européenne des droits de l'homme, sans être farouchement hostile aux revirements de jurisprudence, essaye de limiter leur usage au strict nécessaire. Ainsi, si elle n'est pas « *formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, [elle] considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents* »<sup>35</sup>. Les questions de recevabilité des requêtes, notamment d'épuisement des voies de recours internes, ne font pas exception : un État ne peut espérer bénéficier d'un changement de position de la Cour en la matière sauf à lui présenter une solide argumentation. Or, en l'occurrence, les arguments juridiques comme politiques en faveur d'un revirement ne manquent pas.

D'un point de vue juridique, la preuve la plus éclatante de la possibilité d'intégrer les questions préjudicielles dans les voies de recours internes à épuiser a paradoxalement été apportée par la Commission européenne des droits de l'homme elle-même. En effet, cette dernière a dans un premier temps accepté d'inclure le procès incident de constitutionnalité italien aux recours visés par l'article 35 de la Convention, comme en témoigne sa décision *Sacchi c. Italie* de 1976<sup>36</sup>. La motivation de la Commission mérite d'être ici largement reproduite tant elle tranche avec la solution qui sera adoptée ultérieurement, à l'occasion d'un revirement brutal de jurisprudence, dans la décision *Sargin et Yagci c. Turquie* exposée plus haut : « *la Constitution italienne est en principe conforme à la Convention, de sorte que, en alléguant l'illégitimité constitutionnelle d'une loi, il est allégué en substance le contraste de cette loi avec la Convention. [...] On pourrait objecter que la procédure devant la Cour constitutionnelle n'est pas comprise parmi les recours au sens de l'article [35] de la Convention, du fait que l'accès à la Cour constitutionnelle n'est pas ouvert en Italie directement aux particuliers [...], mais une telle objection ne saurait être considérée comme fondée. En effet, cette voie de recours doit être prise en considération sur le plan international, puisqu'elle peut amener à un changement de législation de manière à satisfaire à des exigences d'ordre international. On peut donc affirmer en principe que, s'agissant du système italien, chaque fois qu'un particulier se trouve impliqué dans une procédure judiciaire ordinaire dans laquelle une question de légitimité constitutionnelle est susceptible d'être soulevée et que cette question concerne en substance la violation de l'un des droits garantis par la Convention, il incombe à ce particulier de soulever cette même question en tant que moyen de recours interne avant d'adresser une requête à la Commission : il y aura épuisement si la demande par laquelle il soulève la question constitutionnelle est rejetée ou après que la Cour constitutionnelle se sera prononcée* ». L'application de cette jurisprudence au cas français aurait de fait imposé aux justiciables d'obtenir, avant de saisir la Cour européenne, une décision du juge constitutionnel ou, *a minima*, une décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation refusant la transmission de la QPC.

Cette position de la Commission avait été accueillie par des réactions doctrinales diamétralement opposées.

---

<sup>35</sup> Voir notamment : CEDH, GC, *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, n° 27238/95, §70 ; en substance : CEDH, Plén., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, §35.

<sup>36</sup> Comm. EDH, déc. *Sacchi c. Italie*, 12 mars 1976, n° 6452/74. La question de constitutionnalité italienne sera à la suite de cette décision considérée plusieurs fois comme un recours à épuiser en principe : Comm. EDH, déc. *Ventura c. Italie*, 9 mars 1978, n° 7438/76 ; Comm. EDH, déc. *Colozza et Rubinat c. Italie*, 9 juillet 1982, n°s 9024/80 et 9317/81 ; Comm. EDH, déc. *Vallon c. Italie*, 13 octobre 1983, n° 9621/81. Si le requérant a été dans plusieurs cas dispensé de poser une question de constitutionnalité dans ces décisions, cela n'a jamais été du fait d'un défaut d'accessibilité de ce recours constitutionnel.



D'aucuns ont ainsi pu avancer qu'elle donnait à la notion de recours une trop grande portée<sup>37</sup>. Pourtant, on voit mal en quoi le contrôle des conditions de recevabilité par la Cour constitutionnelle elle-même serait fondamentalement différent de son exercice par les juridictions ordinaires : quelle différence cela fait-il pour le justiciable de voir sa question de constitutionnalité déclarée irrecevable par un juge ou par un autre ? F. Gallo, président honoraire de la Cour constitutionnelle, observe en ce sens que « *là où sont prévues des formes de recours direct, les Cours constitutionnelles reçoivent un nombre très élevé de questions qui oblige à faire présélectionner les affaires à trancher par des formations de jugement restreintes ou même par des assistants de justice. Ces formations finissent ainsi par exercer la même fonction que les juges ordinaires dans le modèle italien, mais parfois sans avoir à motiver leur choix. Il ne semble donc pas que l'absence de recours direct diminue en pratique la protection des droits* »<sup>38</sup>. Pourraient être avancés les coûts et l'accroissement des durées de procédure qu'un système de filtre externe à la Cour constitutionnelle peut occasionner, mais l'argument est facilement repoussé par la mise en place de courts délais de réponse et d'une extension de l'aide juridictionnelle. En outre, les juges du filtre, lorsqu'ils exercent le contrôle des conditions de transmission des questions de constitutionnalité, donnent une réponse au justiciable plus qu'ils ne lui opposent une simple fin de non-recevoir : la motivation de la décision de non-transmission fait par nature apparaître que la question posée n'a aucune chance de recevoir une réponse favorable de la part de la Cour constitutionnelle, qu'elle ne changerait rien à la solution donnée au litige, ou encore qu'elle a déjà fait l'objet d'une prise de position ayant force de chose jugée. Si le justiciable ne peut pas toujours se présenter au prétoire de la Cour constitutionnelle, il a à chaque fois accès au procès constitutionnel *lato sensu*, dont le filtre des questions par le juge ordinaire constitue le premier temps<sup>39</sup>.

Cette décision *Sacchi c. Italie* a pu au contraire être saluée par une partie de la doctrine comme étant plus respectueuse du principe de subsidiarité, dans la mesure où elle donne une chance supplémentaire à l'État de redresser les violations de la Convention alléguées par le requérant<sup>40</sup>. Cet argument, qui de toute évidence n'a pas su convaincre la Cour européenne des droits de l'homme, paraît pouvoir trouver une seconde jeunesse dans le cas particulier de la QPC française. En effet, dans les systèmes roumain, turc et italien, le juge ordinaire a l'opportunité

---

<sup>37</sup> Voir, par exemple : VERDUSSEN M., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », précité (note n° 6). L'auteur, favorable à la jurisprudence *Brozicek c. Italie*, estime, page 448, que « *l'exigence d'accessibilité du recours impose que la démarche entreprise par le particulier soit de nature à entraîner une décision du juge constitutionnel sur ce qui fait l'objet même de cette démarche, et ce en toute hypothèse, c'est-à-dire sans que la juridiction de fond ait la possibilité de s'interposer entre l'un et l'autre en dictant souverainement sa propre appréciation* ».

<sup>38</sup> GALLO F., « Le modèle italien de justice constitutionnelle », précité (note n° 33), p. 92.

<sup>39</sup> Rappelons ici que le choix du constituant d'instituer une procédure de filtrage des QPC ne répondait pas à une logique de verrouillage de l'accès du justiciable au Conseil constitutionnel, mais bien à une volonté d'éviter que ce dernier ne croule sous le poids des requêtes tout en associant les juges ordinaires à la réforme. La lecture des débats parlementaires démontre l'existence de ce double objectif.

<sup>40</sup> Voir, par exemple : MELCHIOR M., « Les Cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des Droits de l'Homme aux niveaux international, européen et national, mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003, pp. 231-241, spéc. pp. 239-241. L'auteur estime qu'un requérant, en soulevant personnellement une question de constitutionnalité, « *aura mis les autorités étatiques à même de régler, dans l'ordre juridique interne, la question de la conformité de la norme législative à la Convention. Si, pour quelque raison que ce soit, le juge de droit commun ne pose pas [...] la question préjudicielle, il aura été satisfait à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, puisque la victime potentielle d'une violation de la Convention aura accompli tout ce qui était en son pouvoir pour permettre aux autorités juridictionnelles internes de remédier, éventuellement, à une violation de la Convention* ».

de procéder à la saisine du juge constitutionnel de sa propre initiative. Ainsi, même si le justiciable n'estime pas opportun de soulever une question de constitutionnalité, l'État conserve bel et bien une chance de redresser constitutionnellement la violation qui lui est reprochée : il suffit pour cela qu'un de ses propres organes utilise une de ses prérogatives. Comment reprocher à un requérant de ne pas avoir utilisé une voie de droit que les juges nationaux eux-mêmes n'ont pas estimée nécessaire à la résolution du litige ? Au contraire, dans le système français, la QPC ne peut être soulevée qu'à la seule demande des parties. Cet état de fait conduit l'abstention du justiciable à priver définitivement et sans alternative possible la France d'une chance de voir le juge constitutionnel se prononcer. En ce sens, l'intégration de la question prioritaire de constitutionnalité aux voies de recours de l'article 35 de la Convention constitue bien, encore plus qu'ailleurs, une exigence du principe de subsidiarité.

Les deux positions juridiques, celle adoptée d'abord dans la décision *Sacchi c. Italie* et celle affirmée ensuite dans l'arrêt *Brozicek c. Italie*, sont donc chacune à même d'emporter la conviction. Si la seconde a finalement reçu les faveurs de la Cour européenne, c'est parce que l'accent a été mis par elle sur l'accessibilité du recours dans sa conception la plus stricte plutôt que sur le principe de subsidiarité.

Or, d'un point de vue politique cette fois, il semble que la donne ait changé ces dernières années : les États membres du Conseil de l'Europe ont plusieurs fois eu l'occasion de réaffirmer leur attachement au principe de subsidiarité et d'inviter la Cour européenne à lui donner en pratique une importance accrue. Ainsi, les déclarations d'Interlaken, d'İzmir et de Brighton ont toutes souligné le caractère essentiellement national de la protection conventionnelle des droits de l'homme, et se sont notamment concrétisées par l'adoption d'un protocole n° 15 à la Convention qui réaffirme qu'« *il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles* ». Cet attachement au caractère subsidiaire de la Convention ne vise pas seulement à apaiser une Grande-Bretagne particulièrement remontée contre la Cour de Strasbourg sur la question du droit de vote des prisonniers, mais également à assurer l'efficacité et la pérennité du mécanisme européen de protection des droits de l'homme. Ainsi, comme l'affirme le professeur A. Levade, « *au-delà du simple respect de la logique inhérente à la Convention, l'exigence de subsidiarité qui s'applique à la compétence de la Cour est une condition de la survie du système tout entier* »<sup>41</sup>. La Cour doit en effet faire face à un flot sans cesse croissant de requêtes en provenance des 47 États membres du Conseil de l'Europe. Longtemps menacée d'asphyxie, elle est aujourd'hui encore dans une situation délicate malgré de nombreuses réformes de ses méthodes de travail ou de son organisation<sup>42</sup>. Or, on l'a vu, l'intégration aux recours de l'article 35 des questions de constitutionnalité d'États qui ne reconnaissent pas aux justiciables un accès direct à leur Cour constitutionnelle est de nature à leur permettre de résoudre *ab initio* d'éventuelles contradictions entre leur législation et la Convention.

Comme ont pu le mettre en évidence plusieurs auteurs<sup>43</sup>, la portée de cet argument ne doit certes pas être exagérée : dans la grande majorité des cas, les requérants se plaignent devant la Cour

---

<sup>41</sup> LEVADE A., « La QPC pourrait-elle être un recours interne à épuiser ? », *Constitutions*, 2013, pp. 192-194, spéc. p. 192.

<sup>42</sup> Au 1<sup>er</sup> septembre 2011, le stock d'affaires en attente avait dépassé les 160.000 unités. Ce chiffre a connu depuis une sensible diminution, notamment grâce à l'instauration d'une formation de juge unique par le protocole n° 14 à la Convention : voir à ce titre le communiqué de presse CEDH 312 (2013) du 24 octobre 2013.

<sup>43</sup> Voir, par exemple : MELCHIOR M., « Les Cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », précité (note n° 40), spéc. pp. 236-237 ;

européenne de la mauvaise application d'une loi parfaitement conventionnelle. Les hypothèses dans lesquelles est contestée l'application correcte d'une loi inconventionnelle ne sont pas monnaie courante, et les questions de constitutionnalité ne constitueraient donc un recours à épuiser que dans de rares cas. À l'inverse, l'utilité de l'intégration de la QPC aux recours de l'article 35 ne doit certainement pas être sous-estimée du fait de la formidable efficacité de ce mécanisme constitutionnel. En cas de succès du recours, l'abrogation de la disposition législative litigieuse permet non seulement de prévenir la violation alléguée par le justiciable, mais aussi et surtout d'empêcher que des contentieux identiques puissent apparaître par la suite<sup>44</sup>.

Les décisions QPC « garde à vue I » ou « cristallisation des pensions »<sup>45</sup> sont topiques : s'attaquant aux racines de la violation de la Convention plutôt qu'à un seul de ses symptômes, elles ont détourné du prétoire de la Cour européenne des centaines, voire des milliers de requêtes en puissance.

À la fois conforme aux vœux des États et apte à réduire la pression des requêtes individuelles sur la Cour européenne, une application renforcée du principe de subsidiarité serait donc de nature à pousser le juge de Strasbourg à suivre de nouveau la solution retenue par la décision *Sacchi c. Italie* et, partant, à reconnaître que la QPC est dans certains cas un recours à épuiser avant de la saisir. La Cour européenne aurait-elle d'ailleurs déjà fait un premier pas dans le sens de cette reconnaissance ? La décision *Uzun c. Turquie* du 30 avril 2013<sup>46</sup>, par laquelle le juge du Palais des droits de l'homme a intégré aux voies de recours à épuiser pour le saisir le *Bireysel başvuru* turc, a conduit plusieurs auteurs à se poser cette question<sup>47</sup>. Néanmoins, comme le relèvent ces derniers, la plus grande prudence semble de mise lors de la recherche de conclusions transposables à la question prioritaire de constitutionnalité dans cette décision. L'on ne peut en effet qu'être circonspect face à cette dernière, à la fois parce qu'elle concerne un recours constitutionnel direct<sup>48</sup> et parce que rien dans ses développements n'apparaît réellement novateur<sup>49</sup>.

---

GUILLAUME M., « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », précité (note n° 11), spéc. p. 91.

<sup>44</sup> Voir par ailleurs ce même article de M. Guillaume : le secrétaire général du Conseil constitutionnel démontre de façon convaincante en quoi l'efficacité de la QPC pour prévenir des violations de la Convention est renforcée par la prise en compte de la jurisprudence européenne par le juge de la rue de Montpensier, ainsi que par la concordance entre catalogues constitutionnel et conventionnel de protection des libertés.

<sup>45</sup> CC, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC ; CC, *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC.

<sup>46</sup> CEDH, déc. *Uzun c. Turquie*, 30 avril 2013, n° 10755/13.

<sup>47</sup> LEVADE A., « La QPC pourrait-elle être un recours interne à épuiser ? », précité (note n° 41) ; SUDRE F., « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G*, n° 41, 6 octobre 2014, doctr. 1027, spéc. §13.

<sup>48</sup> Or, comme nous l'avons vu, les questions de constitutionnalité sont traitées de manière tout à fait spécifique par la Cour du fait de leurs particularités procédurales tenant à l'existence d'un filtre des questions par le juge *a quo*.

<sup>49</sup> La formule « *quand il s'agit d'un système juridique prévu pour la protection des droits et libertés fondamentaux, il incombe à l'individu qui se considère comme victime de tester les limites de cette protection* », dont la seconde moitié était jusqu'alors inédite dans les arrêts de la Cour, a pu être mise en avant de par son caractère extrêmement général. Le pendant anglais de cette affirmation (« *it is incumbent on the aggrieved individual to test the extent of that protection* ») a cependant été utilisé des dizaines de fois par les organes de la Convention depuis... 1993. Ce paradoxe s'explique très prosaïquement : la formule anglaise était systématiquement traduite, avant la décision *Uzun*, par « *il incombe à l'individu lésé d'éprouver l'ampleur de cette protection* ». Elle continue d'ailleurs d'être traduite de cette façon dans les arrêts postérieurs de la Cour (voir notamment les deux versions linguistiques de : CEDH, GC, *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire), 25 mars 2014, nos 17153/11, 17157/11 et autres,

Que la décision *Uzun* constitue ou non les prémices d'un revirement ne porte cependant pas atteinte à la démonstration : une première analyse de la jurisprudence européenne semble ainsi montrer que rien ne l'empêche réellement d'être modifiée dans un sens favorable à la question prioritaire de constitutionnalité. Néanmoins, si l'on se penche sur les effets secondaires qu'aurait une telle modification, force est de constater que ce qui pourrait apparaître comme une chance autant pour la Cour européenne que pour le Conseil constitutionnel tient en partie du miroir aux alouettes.

## **II. QPC et article 35 de la Convention : une intégration périlleuse**

Un revirement de jurisprudence européen, qui de prime abord peut apparaître opportun, ne doit être envisagé qu'avec prudence au regard des effets secondaires importants et peu souhaitables qu'il entraînerait pour l'ensemble des juridictions concernées. En effet, la Cour européenne elle-même se verrait contrainte, en cas d'intégration de la QPC aux recours à épuiser avant de la saisir, de prendre en compte des paramètres difficiles à manier dans son étude de la recevabilité des recours individuels. Elle pourrait, en dernière hypothèse, être tenue de trancher des différends entre juges internes (A). Par ailleurs, les effets négatifs d'une telle intégration ne seraient pas limités à Strasbourg, mais atteindraient également Paris : un certain nombre de problématiques verraient le jour ou seraient renforcées par un revirement européen (B).

### **A. La Cour européenne des droits de l'homme, nouveau juge de la recevabilité des QPC ?**

Si la QPC est demain considérée comme un recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention, le rôle joué par la Cour de Strasbourg sera modifié dans un sens que personne, et elle-même moins que quiconque, ne peut souhaiter.

Pour comprendre ce changement de rôle, il faut partir du constat selon lequel les justiciables français ne seront pas tenus de soulever une question prioritaire de constitutionnalité à chaque fois qu'ils invoqueront la contrariété d'une loi à une norme supérieure : dans tous les cas où une telle question semblera vouée à l'échec parce que les conditions de sa transmission n'apparaîtront pas remplies, forcer le requérant à la poser tout de même serait à la fois une perte de temps et d'argent pour lui et une charge supplémentaire de travail pour les juges du filtre. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rappelle de façon générale qu'un recours ne doit être épuisé que s'il présente « *des perspectives raisonnables de succès* »<sup>50</sup>. De fait, dès lors qu'une des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité paraîtra empêcher sa transmission<sup>51</sup>, le requérant sera selon toute vraisemblance dispensé d'actionner le mécanisme de l'article 61-1 de la Constitution.

---

§84). Le caractère inédit de la formule de la décision *Uzun* paraît donc être le résultat d'un changement accidentel de traduction et non pas d'un changement de paradigme !

<sup>50</sup> Voir, par exemple : CEDH, GC, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, n° 21893/93, §68 ; CEDH, GC, *Nada c. Suisse*, 12 septembre 2012, n° 10593/08, §141.

<sup>51</sup> Parmi les trois conditions formellement posées par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, seule la condition d'absence de déclaration de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel devrait être mobilisée régulièrement par les requérants dans ce cadre. Un requérant n'aurait en effet aucun intérêt à justifier son choix de ne pas soulever une QPC en arguant que la disposition dont il conteste la conventionnalité n'était pas

Partant, surviendront fatalement des situations dans lesquelles un justiciable se présentera devant la Cour de Strasbourg sans avoir auparavant soulevé une QPC -le cas échéant pour de très bonnes raisons- et verra le gouvernement français opposer à sa requête une exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes. L'on peut ici se permettre d'être catégorique dans la mesure où l'hypothèse n'est pas d'école : elle s'est en effet déjà présentée plusieurs fois durant la courte période d'application de la décision *Sacchi c. Italie*, sous l'empire de laquelle la question de constitutionnalité italienne était un recours à épuiser avant d'introduire une requête auprès des organes de la Convention.

L'affaire *Ventura c. Italie*<sup>52</sup> en offre une intéressante illustration. Face à un requérant se plaignant de la durée de sa détention préventive, le gouvernement italien excipa devant la Cour que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées, faute pour le requérant d'avoir contesté la constitutionnalité de l'article 272 du Code de procédure pénale définissant la durée maximale de ce type de détention. La Commission, s'éloignant au passage de la position défendue par le requérant, choisit de repousser l'exception préliminaire du gouvernement : dans la mesure où le requérant se plaignait seulement de l'usage fait par le juge italien de ses pouvoirs et non pas d'une éventuelle contrariété de la loi avec la Convention, la question de constitutionnalité ne constituait pas un recours à épuiser. Cette affaire met en évidence les difficultés qui peuvent se poser pour déterminer si le requérant argue de l'inconventionnalité d'une loi nationale ou simplement de l'application qui a été faite de cette dernière.

De façon similaire, la Commission a rejeté dans une décision *Colozza et Rubinat c. Italie*<sup>53</sup> une exception préliminaire du gouvernement. Elle a en effet estimé que le requérant n'avait pas à poser une question de constitutionnalité dans la mesure où il ne se plaignait pas de l'inconstitutionnalité de dispositions législatives -par ailleurs déjà validées par la Cour constitutionnelle italienne- mais bien de l'interprétation faite en l'espèce par la Cour de cassation de ces dispositions.

Des situations comparables ne manqueraient pas de voir le jour dans le cas français si la QPC venait à être reconnue comme un passage obligé pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière serait ainsi inévitablement poussée, afin de répondre aux exceptions préliminaires du gouvernement, à vérifier dans chaque cas si l'argument constitutionnel est bien équivalent à l'argument conventionnel puis, en cas de réponse affirmative, si une question prioritaire de constitutionnalité aurait eu une chance raisonnable de prospérer, et notamment une chance de passer le filtre du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Or, si les exemples italiens cités plus haut n'étaient sans doute pas des nœuds gordiens, il est aisé d'imaginer des cas que la Cour européenne aurait bien plus de mal à démêler. Envisageons par exemple qu'un requérant conteste devant le juge de Strasbourg la conventionnalité d'une loi au sujet de laquelle il n'a pas soulevé de QPC puisqu'elle avait, plusieurs années auparavant, été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. Rien n'empêcherait alors le gouvernement français de soulever une exception d'irrecevabilité en arguant qu'a eu lieu depuis la première saisine du Conseil constitutionnel un

---

applicable à son litige, ou en prétendant qu'une question de constitutionnalité n'aurait pas eu de caractère sérieux. En revanche, d'autres points de recevabilité peuvent poser problème, notamment la question de savoir si la norme litigieuse constitue ou non une disposition législative.

<sup>52</sup> Comm. EDH, déc. *Ventura c. Italie*, 9 mars 1978, n° 7438/76.

<sup>53</sup> Comm. EDH, déc. *Colozza et Rubinat c. Italie*, 9 juillet 1982, nos 9024/80 et 9317/81.

changement de circonstances au sens de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. La Cour serait alors dans la désagréable position de devoir trancher, sans être la mieux placée pour le faire, la question de l'existence d'un changement de circonstances.

Les exemples pourraient être multipliés, mais l'essentiel est bien là : intégrer les questions de constitutionnalité aux voies de recours à épuiser avant de saisir le juge de Strasbourg obligerait *de facto* celui-ci à maîtriser des conditions de filtrage des questions à la fois subtiles, complexes et variant d'un État à l'autre, à adopter des décisions qui ne manqueraient pas de soulever la critique, et *in fine* à dépenser dans l'examen de la recevabilité de certaines requêtes une énergie et un temps que cette intégration viserait précisément à économiser.

La Cour européenne pourrait même être conduite à endosser un rôle d'arbitre entre les différentes positions des juridictions internes s'agissant de l'exercice du filtre de la QPC.

Prenons pour exemple le conflit qui a opposé Cour de cassation et Conseil constitutionnel à ce sujet : la première a un temps estimé que l'interprétation d'une loi ne saurait faire l'objet d'une QPC<sup>54</sup>, tandis que le second adoptait résolument la solution inverse<sup>55</sup>. Imaginons que ce différend jurisprudentiel, résolu depuis<sup>56</sup>, soit encore d'actualité et que la Cour européenne des droits de l'homme intègre dans ce contexte la QPC au cercle des recours de l'article 35 de la Convention. Il ne faudrait probablement pas longtemps pour qu'un requérant souhaitant contester la conventionnalité d'une interprétation jurisprudentielle introduise une requête devant la Cour de Strasbourg sans avoir auparavant soulevé une QPC, et justifie son inaction par l'absence de chance de succès d'un tel recours du fait de la position constante de la Cour de cassation. Si le gouvernement français décidait alors de soulever le non-épuisement des voies de recours internes par cette requête, la Cour européenne des droits de l'homme se trouverait dans une situation fort délicate d'arbitre des deux lectures jurisprudentielles de la QPC. Donner raison au requérant ne manquerait pas d'être perçu comme une validation de la position de la Cour de cassation ; donner raison au gouvernement serait à coup sûr interprété comme une critique de cette position en faveur de celle du Conseil constitutionnel.

En cas d'intégration de la QPC aux voies de recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne, cette dernière pourrait ainsi être forcée de trancher les oppositions pouvant naître autour des conditions de recevabilité d'une voie de droit interne. Si un tel rôle d'arbitre est naturel s'agissant de l'interprétation des droits et libertés<sup>57</sup>, le juge de Strasbourg n'a en revanche pas vocation à se substituer au constituant ou au législateur organique, lesquels sont par essence les arbitres d'éventuelles divergences jurisprudentielles sur le terrain de l'ouverture

---

<sup>54</sup> Voir, par exemple : C. cass., Crim., 19 mai 2010, n° 09-87307 ; C. cass., Crim., 11 juin 2010, n° 10-81810 ; C. cass., Crim., 25 juin 2010, n° 10-82506 ; C. cass., Crim., 9 juillet 2010, n° 09-88414.

<sup>55</sup> Voir, entre autres : CC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* [Adoption au sein d'un couple non marié], 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC ; CC, *Compagnie agricole de la Crau* [Imposition due par une société agricole], 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC.

<sup>56</sup> Plusieurs chambres de la Cour de cassation ont accepté de renvoyer des QPC relatives à une interprétation jurisprudentielle, quelques semaines après les décisions du Conseil constitutionnel. Voir notamment : C. cass., 3<sup>ème</sup> Civ., 30 novembre 2010, n° 10-16828 ; C. cass., Crim., 19 janvier 2011, n° 10-85159.

<sup>57</sup> L'interpénétration accrue des différents ordres juridiques a entraîné la multiplication des hypothèses dans lesquelles les Cours européennes sont *de facto* placées dans un rôle d'arbitre des positions des juges internes. Ce nouveau rôle est cependant logique lorsque la question à trancher relève de l'interprétation du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour des figures récentes : BONNET B., « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... », *RDP*, 2013, pp. 1229-1257, spéc. pp. 1255-1256.

du mécanisme instauré par l'article 61-1 de la Constitution<sup>58</sup>. On comprend donc à quel point la situation de la Cour pourrait devenir délicate si la QPC était intégrée aux recours de l'article 35 de la Convention.

La position des juges français confrontés aux décisions d'irrecevabilité de la Cour ne serait d'ailleurs pas plus enviable, loin s'en faut. En effet, dans les cas où cette dernière accueillerait une exception du gouvernement et estimerait donc qu'une question prioritaire de constitutionnalité aurait dû être posée avant de la saisir, il sera bien difficile pour le juge du filtre saisi ultérieurement d'une QPC identique de ne pas la transmettre au Conseil constitutionnel, quand bien même son analyse divergerait de celle de la Cour européenne<sup>59</sup>. Le juge constitutionnel lui-même n'échappera pas à de lancinantes questions : si la Cour européenne estime que telle QPC devait être posée avant de la saisir, et présente donc un caractère sérieux, dans quelle mesure faudra-t-il y voir un indice du sens de l'arrêt qu'elle aurait pu rendre si elle s'était prononcée sur le fond de l'affaire ? L'intégration de la question de constitutionnalité aux voies de recours de l'article 35 de la Convention, supposée devoir encourager et fluidifier les relations entre juges nationaux et européens, pourrait au contraire se révéler être dans certains cas un facteur de complexification et de brouillage du dialogue.

Ces propos pessimistes doivent bien sûr être nuancés. Les différentes hypothèses décrites ci-dessus ne seraient selon toute vraisemblance appelées à se concrétiser que rarement, voire très rarement. Les exemples italiens montrent cependant qu'elles se concrétiseront forcément un jour, le cas échéant porteuses de tous les risques évoqués plus haut. Le juge européen devra donc, lorsqu'il mettra dans la balance les arguments en faveur et en défaveur d'un revirement de jurisprudence sur la question des recours constitutionnels indirects, prendre en compte ces éléments qui le touchent de près.

Une modification du rôle de la Cour ne serait cependant pas le seul effet indirect d'un revirement de jurisprudence européen, lequel risquerait d'affecter certains traits marquants des ordres juridique et juridictionnel français.

## **B. L'intégration de la QPC aux recours de l'article 35, facteur de transformation des ordres juridique et juridictionnel français ?**

Lorsque l'on s'interroge sur les effets potentiels de l'intégration de la QPC aux voies de recours de l'article 35 de la Convention, la pensée s'oriente très naturellement sur le déplacement du centre de gravité de la protection des droits fondamentaux en France vers le Conseil constitutionnel, lequel ne pourrait que sortir renforcé de cette intégration. Ce premier effet d'un éventuel revirement de jurisprudence européen ne serait probablement pas renié par le constituant français, et ne sera donc pas étudié ici. Dès lors, vers quelles conséquences moins immédiates orienter sa pensée ? Parmi d'autres, l'accent peut être mis sur deux effets potentiels

---

<sup>58</sup> Les deux rapports d'information sur l'évaluation de la loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité produits par la commission des lois de l'Assemblée nationale montrent d'ailleurs que le législateur est particulièrement attentif au devenir du mécanisme qu'il a contribué à créer. Il paraît donc prêt à se saisir de toute difficulté sérieuse d'application de la réforme qui pourrait voir le jour.

<sup>59</sup> Si une décision de recevabilité de la Cour européenne des droits de l'homme ne lie pas juridiquement les juges français, il n'en reste pas moins qu'il serait diplomatiquement hasardeux pour ces derniers d'affirmer que la Cour de Strasbourg a commis une erreur dans l'appréciation des conditions de recevabilité de la QPC. D'autant que le justiciable dont la question de constitutionnalité serait ainsi écartée n'hésiterait alors probablement pas à soulever la question de l'accès au juge constitutionnel devant la Cour européenne, fort de la première décision d'irrecevabilité de cette dernière.

d'un revirement, du fait de leur caractère hautement symbolique : sont ainsi posées la question des voies de droit qui devront effectivement être épuisées en cas d'intégration de la QPC aux recours de l'article 35, et celle de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles.

Cette première question prendra la forme d'une interrogation apparemment iconoclaste : lorsque le seul moyen du justiciable réside dans la contrariété entre une loi et ses droits fondamentaux, et que le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC a rejeté ce moyen, est-il besoin de poursuivre la requête devant les juges ordinaires afin de saisir la Cour européenne des droits de l'homme ? Dit autrement, la saisine du juge constitutionnel ne pourrait-elle pas suffire à remplir les exigences de l'article 35 de la Convention ?

Intuitivement, voire instinctivement, l'on est porté à répondre par la négative. Voir la Cour de Strasbourg être saisie sans que le Conseil d'État ou la Cour de cassation aient pu se prononcer auparavant bouleverserait les schémas procéduraux auxquels les juristes français sont habitués. En outre, une telle approche irait vraisemblablement à l'encontre de la volonté du constituant français, qui a souhaité instaurer un nouveau moyen à la disposition des justiciables et non pas une voie de droit autonome, pouvant se substituer entièrement aux voies de droit normales.

Pourtant, une étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la matière montre que la question de savoir si la saisine du juge constitutionnel suffit à épuiser les voies de recours internes n'est pas totalement dépourvue de pertinence.

Il est certes difficile de trouver des arrêts traitant de ce point précis, au regard des caractéristiques des voies de recours constitutionnelles en Europe : les recours constitutionnels indirects n'étant pas des recours à épuiser en l'état actuel de la jurisprudence, ils ne sauraient bien évidemment permettre à eux seuls de saisir la Cour de Strasbourg ; les recours constitutionnels directs supposant quasi-systématiquement l'épuisement préalable des recours ordinaires<sup>60</sup>, la question ne s'est que très rarement posée.

Elle l'a toutefois été dans le cas du recours en annulation belge. Contrairement à la plupart des recours constitutionnels directs, cette voie de droit précède par essence une éventuelle saisine des juges ordinaires, à laquelle elle est d'ailleurs parfaitement indifférente. En effet, ce recours prévu par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle permet notamment aux personnes physiques et morales de saisir directement cette juridiction afin de contester la constitutionnalité d'une loi dans les six mois suivant sa publication, à la seule condition de justifier d'un intérêt pour agir<sup>61</sup>. S'est donc posée la question de savoir si, à l'issue de ce recours, un requérant était tenu d'épuiser les voies de droit ordinaires avant de pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

---

<sup>60</sup> En Espagne, l'article 44§1 a) de la loi organique n° 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel impose que tous les recours utilisables devant le juge ordinaire aient été épuisés avant qu'un *recurso de amparo* ne soit possible. Une obligation similaire pèse sur les justiciables souhaitant actionner le *Bireysel başvuru* turc (article 148 de la Constitution du 18 octobre 1982), l'*Ústavní stížnost* tchèque (article 75 de la loi n° 182/1993 Sb. du 16 juin 1993 sur la Cour constitutionnelle) et le *Verfassungsbeschwerde* allemand (article 90§2 de la loi du 12 mars 1951 sur la Cour constitutionnelle fédérale).

<sup>61</sup> Sur le recours en annulation : DELPÉRÉE F., « Présentation de la Cour d'Arbitrage de Belgique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 12, mai 2002, pp. 49-63 ; ROSOUX G., « La Cour constitutionnelle de Belgique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 41, octobre 2013, pp. 201-214.



Le juge de Strasbourg a répondu à cette question par la négative dans un arrêt *Pressos Compania Naviera S. A. et autres c. Belgique* du 20 novembre 1995<sup>62</sup>, confirmé par la suite<sup>63</sup>. Son raisonnement est fondé sur l'idée que les juges ordinaires ne sauraient contredire la solution donnée par le juge constitutionnel : « *eu égard au rang et à l'autorité de [la Cour constitutionnelle] dans le système juridictionnel du Royaume, [le rejet par cette dernière des moyens des requérants peut] passer pour vouer à l'échec tout autre recours que les requérants auraient pu engager* »<sup>64</sup>.

Certes, le recours en annulation belge n'a que peu de points communs avec la question prioritaire de constitutionnalité française, et tout parallèle établi entre les deux peut paraître hasardeux. Certes, la Cour européenne pourrait parfaitement estimer que, puisque la QPC ne peut voir le jour sans la base d'une instance ordinaire, le fait de poursuivre dans cette voie de droit par le biais de l'appel et de la cassation ne peut être considéré comme un « autre recours ». Il n'en reste pas moins que, dans les deux cas, le juge ordinaire éventuellement appelé à se prononcer aura accès à une décision du juge constitutionnel qui risque bel et bien d'influer sur sa propre décision, si ce n'est de la commander.

L'on est alors confronté à « *la grande difficulté, voire l'impossibilité pour le juge ordinaire, non pas en droit mais en termes quasi politiques, du fait des relations avec le Conseil constitutionnel, dès lors que ce dernier a considéré qu'une loi était compatible avec la Constitution, de remettre en cause sa conventionnalité* »<sup>65</sup>. S'agit-il d'une grande difficulté ou d'une impossibilité ? Quelle que soit la réponse apportée à cette passionnante question, force est de constater qu'imposer la poursuite des voies de droit ordinaires après une décision QPC n'est en toute hypothèse pas satisfaisant sur le plan intellectuel.

Si la Cour européenne part du principe que le juge ordinaire ne saurait en France s'écarter d'une décision du juge constitutionnel, il serait pour le moins cynique de forcer le justiciable à poursuivre dans une voie longue, coûteuse et vouée à l'échec.

Si la Cour estime au contraire que le juge ordinaire est en pratique à même de contredire le Conseil constitutionnel, imposer au requérant d'épuiser les recours classiques reviendrait à l'encourager dans la recherche de divergences jurisprudentielles entre des juges garants du même ordre juridique. Cela ne semble pas devoir poser de problème particulier lorsque le Conseil a conclu à la constitutionnalité de la disposition litigieuse : les divergences ne sont alors qu'une conséquence logique de la distinction matérielle entre contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. En revanche, la situation est bien plus délicate s'agissant des hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel fait le choix de repousser dans le temps les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, en application de l'article 62 de la Constitution. La Cour sait en effet que le juge ordinaire -au moins le juge judiciaire- confronté à cette situation sait appliquer immédiatement un constat d'inconventionnalité<sup>66</sup>, en conformité avec l'esprit général de la jurisprudence strasbourgeoise<sup>67</sup>. Dès lors, imposer au justiciable de soutenir

---

<sup>62</sup> CEDH, *Pressos Compania Naviera S. A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, n° 17849/91.

<sup>63</sup> CEDH, déc. *EEG-Slachthuis Verbist Izegem c. Belgique*, 10 novembre 2005, n° 60559/00 ; CEDH, déc. *Vergauwen et autres c. Belgique*, 10 avril 2012, n° 4832/04.

<sup>64</sup> CEDH, *Pressos Compania Naviera S. A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, n° 17849/91, §27.

<sup>65</sup> BONNET B., *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Collection Forum, 2013, pp. 98-99.

<sup>66</sup> Voir les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 (n°s 10-30316, 10-30313, 10-17049 et 10-30242).

<sup>67</sup> Voir notamment : CEDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, n° 12849/87, spéc. §§25-26.

l'inconventionnalité de la loi après un constat d'inconstitutionnalité différé reviendrait pour la Cour à se prononcer indirectement sur le bien-fondé de la possibilité offerte au juge constitutionnel par l'article 62 de la Constitution, ce que, contrairement au juge de l'Union européenne<sup>68</sup>, elle n'estime peut être ni opportun ni souhaitable<sup>69</sup>.

Reste donc la possibilité pour le juge européen d'affirmer qu'avoir soutenu une question prioritaire de constitutionnalité dans le prétoire du Conseil constitutionnel suffit à satisfaire aux exigences d'épuisement des voies de recours internes. Une telle décision, outre le fait qu'elle bousculerait l'ordre juridictionnel français et qu'elle serait en désaccord avec l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008, serait le plus sûr moyen de porter un sérieux coup d'arrêt à cette dernière. En effet, on imagine mal les juridictions souveraines que sont le Conseil d'État et la Cour de cassation accueillir favorablement une telle jurisprudence. Le risque est grand de les voir resserrer le filtre de la QPC, au point d'en faire un bouchon, afin de garder l'opportunité de se prononcer sur la plupart des affaires avant toute saisine de la Cour européenne des droits de l'homme.

On le constate, intégrer la question prioritaire de constitutionnalité aux voies de recours de l'article 35 ne serait pas sans conséquences sur l'ordre juridictionnel français. Notons par ailleurs qu'une question particulièrement délicate serait également ravivée par cette intégration : l'existence d'une éventuelle responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle, problème que la simple existence de la QPC a d'ores et déjà contribué à rendre plus prégnant<sup>70</sup>.

C'est par le biais du critère de l'effectivité des recours internes que cette question pourrait être posée. La Cour européenne des droits de l'homme précise en effet que « *lorsqu'un Gouvernement excipe du non-épuisement des voies de recours internes, il doit convaincre la Cour que le recours était [...] susceptible d'offrir au requérant le redressement approprié de ses griefs* »<sup>71</sup>. Le recours est de fait classiquement analysé sous deux angles : son caractère

---

<sup>68</sup> La Cour de justice de l'Union européenne affirme ainsi que « *la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles* » : CJCE, *Filipiak*, 19 novembre 2009, aff. C-314/08, §85. Voir, dans le même sens : CJUE, GC, *Winner Wetten*, 8 septembre 2010, aff. C-409/06, §60.

<sup>69</sup> La Cour européenne des droits de l'homme n'a en tout état de cause pas semblé particulièrement pressée de se prononcer sur cette question dans sa décision *Tisset c. France* du 12 avril 2011 (n° 60681/10). Dans un arrêt en date du 19 octobre 2010 (n° 10-82902), la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait reconnu que les droits conventionnels du requérant avaient été violés du fait d'une absence de notification de son droit de garder le silence et de l'absence d'avocat dès le début de la garde à vue. Ne faisant pas preuve de l'audace qui caractérisera quelques mois plus tard les arrêts de l'Assemblée plénière, la Chambre criminelle estima cependant que l'arrêt contesté « *n'encourt pas la censure, dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; Que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011* ». Le requérant saisit donc la Cour européenne sur le fondement des articles 6 et 13 combinés afin de faire reconnaître que le refus d'annulation des actes établis au cours de la garde à vue en dépit d'une violation reconnue de ses droits l'avait privé de son droit à un recours effectif. Bottant en touche, le juge de Strasbourg rejeta la requête, estimant que le requérant n'avait pas encore été jugé définitivement sur le fond de l'affaire et qu'il pouvait donc, en cas de relaxe, perdre sa qualité de victime au sens de la Convention.

<sup>70</sup> Sur ce point : DISANT M., « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. Prolégomènes et perspectives », *RFDA*, 2011, pp. 1181-1197.

<sup>71</sup> Voir, parmi de très nombreux exemples : CEDH, GC, *Sejdovic c. Italie*, 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 56581/00, §46 ; CEDH, GC, *Scoppola c. Italie (n° 2)*, 17 septembre 2009, n° 10249/03, §71.

« préventif » –il doit être à même de prévenir ou d’empêcher la continuation de la violation- et son caractère « compensatoire » –il doit fournir au justiciable une réparation adéquate pour les préjudices subis-.

Si la QPC remplit de toute évidence le premier critère, elle est en revanche dénuée de tout caractère compensatoire, du moins d’un point de vue pécuniaire : l’engagement de la responsabilité de l’État du fait d’une loi inconstitutionnelle est impossible en l’état actuel du droit public français, l’arrêt *Gardedieu*<sup>72</sup> n’ayant pour l’instant pas trouvé son homologue constitutionnel. Or, si « *l’obtention d’une réparation ne constitue que rarement le but principal poursuivi par celui qui forme un recours en inconstitutionnalité, et [si] la constatation de la violation de la Constitution, qui doit bénéficier par principe au requérant, constitue dans la plupart des cas une “satisfaction” suffisante* »<sup>73</sup>, il existe un certain nombre de cas pour lesquels la seule abrogation du texte de loi ne semble pas permettre de redresser une violation des droits fondamentaux<sup>74</sup>.

Dans ces hypothèses, la QPC ne serait pas pour autant systématiquement considérée comme un recours ineffectif, et donc comme un recours qu’il n’est pas nécessaire d’épuiser. En la matière, il faut se référer à la jurisprudence de la Cour européenne, qui exige tantôt que les recours internes soient à la fois préventifs et compensatoires<sup>75</sup>, tantôt qu’ils soient préventifs ou compensatoires<sup>76</sup>. En l’état, la question prioritaire de constitutionnalité ne serait donc pas invariablement un recours à tenter : il conviendrait de trancher cette question au cas par cas, en fonction des demandes du requérant et de l’article de la Convention dont il invoque en substance une violation<sup>77</sup>. Une telle intégration « à géométrie variable » des voies de droit constitutionnelles aux recours de l’article 35 est déjà opérée par la Cour, comme le prouvent le *recurso de amparo* espagnol ou le *Verfassungsbeschwerde* allemand<sup>78</sup>.

Une éventuelle intégration du mécanisme de l’article 61-1 de la Constitution dans le rang des recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne pousserait donc l’État français à faire un choix : aménager un régime de responsabilité du fait de l’inconstitutionnalité des lois, et ainsi faire de la QPC un recours à épuiser quels que soient les griefs du requérant lorsque ce dernier

---

<sup>72</sup> CE, Ass., arrêt *Gardedieu*, 8 février 2007, n° 279522, *Rec.*, p. 78.

<sup>73</sup> DISANT M., « La responsabilité de l’État du fait de la loi inconstitutionnelle. Prolégomènes et perspectives », précité (note n° 70), p. 1183.

<sup>74</sup> Comme le relève le professeur M. Disant, « *ces situations correspondent à une casuistique variée et relativement abondante* ». *Idem*, p. 1184. Le contentieux du droit de propriété vient facilement à l’esprit sur ce point.

<sup>75</sup> Ainsi des allégations de violation de l’article 3 de la Convention prohibant les traitements inhumains et dégradants. Voir notamment : CEDH, *Ananyev et autres c. Russie*, 10 janvier 2012, nos 42525/07 et 60800/08, §98 ; CEDH, *Torreggiani et autres c. Italie*, 8 janvier 2013, nos 43517/09, 46882/09 et autres, §§47-50.

<sup>76</sup> Ainsi des allégations de violation de l’article 13 de la Convention imposant l’existence en droit interne d’un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés garantis par la Convention. Voir notamment : CEDH, GC, déc. *Mifsud c. France*, 11 septembre 2002, n° 57220/00, §17 ; CEDH, *Medeni Uğur c. Turquie*, 24 janvier 2012, n° 49651/06, §67.

<sup>77</sup> Pour un point de vue différent sur cette question de l’effectivité, voir : ROSOUX G., « La règle de l’épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTDH*, n° 71, 2007, pp. 757-822, spéc. pp. 814-819.

<sup>78</sup> Il résulte en effet de la combinaison des articles 161§1 et 53§2 de la Constitution espagnole que le droit de propriété ne peut être invoqué dans le cadre de ce recours : fort logiquement, les requérants sont donc dispensés de saisir le Tribunal constitutionnel lorsqu’ils souhaitent introduire une requête relative à leur droit de propriété. Voir, parmi d’autres : CEDH, déc. *Fernandez-Molina Gonzalez et autres c. Espagne*, 8 octobre 2002, n° 64359/01. De même, les requérants sont dispensés de saisir le juge constitutionnel allemand en cas de dépassement des délais raisonnables de procédure. Voir, par exemple : CEDH, GC, *Sürmeli c. Allemagne*, 8 juin 2006, n° 75529/01, §77.

met en cause la conformité d'une disposition législative aux droits fondamentaux ; ou refuser de s'engager sur ce terrain et faire de la QPC un recours à épuiser uniquement lorsque le requérant est susceptible d'être satisfait par la seule abrogation du texte litigieux.

Du point de vue de l'article 35 de la Convention, la première solution est néanmoins très largement à favoriser. À défaut, la question de savoir dans quelles hypothèses la question prioritaire de constitutionnalité devra être soulevée -question qui ne brillera de toute façon pas par sa simplicité- risquerait de devenir une véritable usine à gaz. En effet, dans les cas espagnol et allemand précédemment évoqués, l'absence d'obligation de saisine du juge constitutionnel est cantonnée à des domaines matériels déterminés avec précision. Une dispense accordée dans les cas où une indemnisation financière s'impose serait beaucoup moins prévisible car elle ne s'attacherait plus strictement à un droit en particulier, mais dépendrait dans de nombreux cas des circonstances de l'espèce et de la violation alléguée. Un tel système, difficilement lisible pour les avocats souhaitant savoir à quel juge se vouer autant que pour la Cour européenne des droits de l'homme cherchant à filtrer les requêtes, devrait être soigneusement évité. Tant que les juridictions françaises n'auront pas reconnu la responsabilité de l'État du fait de l'inconstitutionnalité d'une loi, la réflexion sur l'intégration de la QPC aux recours de l'article 35 de la Convention ne pourra éluder cette difficulté.

\*       \*       \*  
\*       \*

« La QPC est-elle une voie de recours à épuiser avant de saisir la Cour européenne des droits de l'homme » ? Répondre par la positive semble possible, à la faveur d'un revirement de jurisprudence inspiré par une volonté de responsabilisation des États et de concrétisation accrue du principe de subsidiarité. Cela n'apparaît pas pour autant forcément opportun au regard des paradoxes que pourrait entraîner pareille évolution jurisprudentielle.

La Cour européenne pourra, le moment venu, être aidée dans son choix par le fait que, précisément, il aura fallu plusieurs années à cette question pour être posée : l'éventuelle intégration de la QPC aux recours de l'article 35 de la Convention n'a toujours pas été débattue dans l'enceinte du Palais des droits de l'homme, ceci près de cinq ans après l'entrée en vigueur de ce mécanisme. À titre de comparaison, il aura fallu moins de huit mois à la Cour européenne pour reconnaître que le *Bireysel başvuru* turc, ouvert aux justiciables le 23 septembre 2012, était un recours à tenter avant de pouvoir la saisir valablement.

Cet état de fait semble autoriser deux conclusions : d'une part, et comme on l'a dit précédemment, les hypothèses dans lesquelles est contestée l'application correcte d'une loi inconstitutionnelle se présentent rarement aux organes de la Convention. D'autre part, lorsque de telles hypothèses se présentent, la question prioritaire de constitutionnalité n'a de toute évidence pas besoin de l'onction conventionnelle pour être attractive aux yeux de requérants qui, si cela est possible, soulèvent à l'heure actuelle sans hésiter l'inconstitutionnalité d'une loi qui semble porter atteinte à leurs droits fondamentaux<sup>79</sup>. Le « *réflexe constitutionnel* »<sup>80</sup> est bien là, favorisé par l'efficacité et la rapidité de la question prioritaire de constitutionnalité.

L'articulation actuelle entre question de constitutionnalité et saisine de la Cour européenne des droits de l'homme est de fait probablement la plus harmonieuse qui puisse être : si la QPC n'est pas *de jure* un recours à épuiser avant de saisir la Cour de Strasbourg, l'attractivité de la QPC fait qu'elle est *de facto* un recours épuisé lors de cette saisine. Le maintien du statu quo paraît dès lors plus qu'opportun : il paraît s'imposer.

---

<sup>79</sup> En témoignent une dizaine d'arrêts et de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme se référant à une question de constitutionnalité tranchée par le Conseil ou dont la transmission a été refusée par les juges du filtre. Notons toutefois que dans l'ensemble de ces affaires, le requérant ayant soulevé une QPC n'est pas le même que le requérant se présentant devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la plupart des cas, la QPC a même été soulevée après l'introduction de requêtes antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution. Les premières affaires présentant une identité de parties devant le juge constitutionnel et devant le juge européen sont cependant en cours d'examen par la Cour de Strasbourg, comme l'atteste une affaire communiquée début 2014 au gouvernement français : requêtes *Zlatkov Nikolov c. France*, n<sup>os</sup> 70474/11 et 68038/12.

<sup>80</sup> BIOY X., MAGNON X., MASTOR W., MOUTON S. (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, actes de la première journée d'études toulousaine « Question sur la question », Bruylant, 2013 ; ROUX J., « L'incidence de la construction européenne sur la norme constitutionnelle », in MATHIEU B. (dir.), *1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, pp. 693-701, spéc. p. 700.