

Ordres juridiques, protection des droits fondamentaux et matière pénale : de la hiérarchie à l'interpénétration des normes ?

Proposition de communication orale lors du Congrès français de droit constitutionnel (Atelier C)

par Jean-Baptiste PERRIER
Maître de conférences à l'Université d'Auvergne

La présentation de cette proposition est provisoire ; elle ne vise qu'à présenter les idées susceptibles d'être présentées oralement lors de l'atelier, en attendant la version écrite définitive. Si celle-ci devait être retenue pour une présentation orale, l'auteur se propose d'inclure dans la présente communication la question du droit européen des droits de l'homme, voire les questions portant sur la reconnaissance, ou non, de la question prioritaire de constitutionnalité comme étant une voie de recours interne, dans l'hypothèse où les propositions faites sur ces thèmes ne devaient pas être présentées oralement.

La question renvoyée le 4 mai 2013 à la Cour de Justice de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel a mis en évidence le renouvellement des rapports entre la norme constitutionnelle interne et les traités européens. Les ordres constitutionnel et européen se rapprochent, puis s'éloignent, voire s'entrechoquent, dans une valse juridique à laquelle les observateurs sont désormais habitués. Après la question de la soumission de l'un à l'autre, se pose la question de la pénétration de l'un par l'autre, avec pour décor la protection des droits fondamentaux.

A n'en pas douter, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité est à l'origine de ce renouvellement, en ce qu'elle conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la conformité d'un texte en vigueur, et donc susceptible d'être également critiqué sur le terrain conventionnel. Pourtant, si elle a été l'occasion de confronter comme jamais le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité, la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas conduit à une évolution des positions des différentes juridictions concernant la hiérarchie des normes.

Le Conseil constitutionnel continue d'affirmer la supériorité de la norme constitutionnelle dans l'ordre juridique interne¹, tandis que la Cour de justice l'Union européenne rappelle la primauté conférée à la norme de l'Union européenne².

¹ A l'occasion de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, réglementant la QPC, le Conseil a d'ailleurs réaffirmé la place de la Constitution « au sommet de l'ordre juridique interne », Cons. constit. 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC ; *Gaz. Pal.* 9-10 déc. 2009, p. 4, obs. D. Rousseau ; *RDP*, p. 233, note J. Roux ; *RFD-A*, 2010, p. 1, note B. Genevois ; *RTD civ.* 2010, p. 517, obs. P. Puig. Dans le même sens, et sur l'absence d'incidence d'une Constitution européenne sur la place de la Constitution française, Cons. constit. 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, spéc. consid. n° 10 ; *AJDA*, 2004, p. 2248 ; *ibid.* p. 2417, note M. Verpeaux ; *D.* 2004, p. 3075, note B. Mathieu ; *RDP*, 2005, p. 19, note A. Levade. Sur cette même affirmation, par le Conseil d'Etat, de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne, CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran*, n° 200286, *Rec.* p. 368 ; sur la reprise de cette position par la Cour de cassation, Cass. Ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull. civ.* n° 4.

² Sur le principe de primauté, CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6-64, *Rec.* p. 1160, où la Cour indique que le droit né du Traité ne pourrait « se voir judiciairement opposer à un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, notamment le § 16, où la Cour rappelle qu'il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire, d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers.

Pourtant, la question préjudicielle renvoyée par le Conseil à la Cour de justice semble révéler une modification, sinon dans la hiérarchie, du moins dans l'articulation des normes. Une telle modification invite dès lors à étudier cette interpénétration supposée des normes, en prenant pour appui la protection des droits fondamentaux dans la matière pénale. Le choix d'une telle matière s'explique aisément : d'une part au regard de l'importance de la matière pénale dans le contentieux du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, d'autre part, au regard de la diffusion de la protection des droits en cette matière, tant par les organes internes qu'euro-péens. Surtout, il est indéniable que la concurrence existant entre les différents ordres juridiques est favorisée par la superposition des mécanismes de contrôle du respect des droits et libertés ; le respect des autres dispositions constitutionnelles n'est vérifié que dans le cadre du contrôle *a priori*.

A l'évidence, l'entrée en vigueur du mécanisme constitutionnel a été l'occasion de révéler la concurrence qui existe entre l'ordre constitutionnel interne et l'ordre juridique de l'Union européenne, et cette valse de la concurrence des ordres juridiques peut s'observer dans ses quatre temps. La perspective d'un conflit entre ces différents ordres a très vite été identifiée, avant d'être écartée (I), au profit d'une distinction (II). Passés ces premiers atermoiements, la coexistence du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité s'est ensuite fait sans heurts, permettant aux justiciables de profiter des avantages de chacun d'eux, jusqu'à cette question renvoyée par le Conseil constitutionnel à la Cour de Luxembourg le 4 avril 2013. Preuve de l'interpénétration des ordres juridiques pour certains, cette question révèle un enchevêtrement limité (III), qui invite toutefois à s'interroger sur les évolutions possibles et/ou souhaitables (IV).

I./ Un conflit évité

Dès l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, la question de la conformité de cette nouvelle procédure au droit de l'Union européenne a mis en évidence les tensions existant entre les ordres juridiques en cause. La question préjudicielle, renvoyée par la Cour de cassation à la Cour de justice le 16 avril 2010³, a surtout renouvelé les interrogations relatives à la hiérarchie des normes. Le premier pas de cette valse, à laquelle se préparaient le droit de l'Union européenne et le droit constitutionnel, aurait pu dès lors être un faux pas. Pourtant, l'exigence de conformité de la procédure applicable à la QPC au droit de l'Union ne signifiait pas, nécessairement, que la Constitution se situait à un échelon inférieur dans la hiérarchie. La procédure prévue pour ce nouveau moyen de protection des droits fondamentaux est réglementée non pas par la Constitution, mais par la loi organique du 10 décembre 2009. La question préjudicielle ne visait donc qu'à vérifier la conformité d'une loi au droit de l'Union européenne ; mais il n'en demeure pas moins qu'elle aurait pu conduire à remettre en cause la procédure, prévue par la loi, pour ce contrôle *a posteriori* de constitutionnalité, particulièrement son caractère prioritaire. Une telle remise en cause aurait été indiscutablement préjudiciable à la protection des droits et libertés fondamentaux, tout particulièrement dans la matière pénale, lorsque l'on regarde les décisions rendues dans les semaines qui ont suivi⁴.

³ Cass. 16 avril 2010, pourvois n° 10-40.001 et n° 10-40.002, préc..

⁴ L'on pense notamment à la décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue, 2010-14/22 QPC, celle du 23 juillet 2010 relative aux droits de la partie civile, 2010-15/23 QPC, ou encore à la sanction des peines automatiques, notamment en matière électorale le 11 juin 2010, 2010-6/7 QPC.

Il était donc important d'apporter les précisions utiles pour « sauver » la QPC, et ces précisions ont été apportées par le Conseil constitutionnel lui-même. Dans sa décision du 12 mai 2010⁵, il indique en effet que l'autorité qui s'attache à ses décisions ne limite pas la compétence des juridictions ordinaires pour faire prévaloir les engagements internationaux sur une disposition législative, même si celle-ci a été déclarée conforme à la Constitution. Il précise également que le caractère prioritaire de la QPC n'empêche pas le juge ordinaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, et ce malgré le sursis à statuer lié à la transmission de la QPC. Le juge constitutionnel précise enfin que ce sursis à statuer ne s'oppose pas à ce que le juge suspende tout effet de la loi contraire aux droits et libertés que les justiciables tiennent des engagements internationaux. Les conditions sont ainsi posées, même si l'on peut s'étonner d'une telle précision relative à la QPC dans le cadre d'une décision DC, et elles viennent anticiper, point par point, les précisions apportées par la Cour de justice, le 22 juin 2010⁶, répondant à la question préjudicielle renvoyée par la Cour de cassation.

Le conflit, le faux pas est évité, même s'il faut rappeler que seule la procédure applicable à la QPC aurait pu ainsi être affectée. Sur la question de la hiérarchie des normes, la Cour de justice et le Conseil constitutionnel continuent d'affirmer leur vision, en prônant une distinction, une indifférence, pour éviter la confrontation.

II./ Une distinction rappelée

Si les confrontations sont récurrentes entre le mécanisme constitutionnel et la protection issue du droit européen des droits de l'homme⁷, permettant ainsi une protection accrue par la complémentarité, les confrontations entre le mécanisme constitutionnel et le droit de l'Union ont longtemps été l'occasion pour le Conseil de rappeler son indifférence à l'égard du droit européen. Après un premier faux pas, évité de peu, le deuxième temps de cette valse de la protection des droits fondamentaux ne semble pas conduire le pas des danseurs dans la même direction.

Le délit de séjour irrégulier, exposé aux feux du contrôle de conventionnalité, a par exemple été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. En effet, alors que la Cour de justice de l'Union européenne avait expressément relevé la contrariété au droit de

⁵ Cons. const. 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* ; *D.* 2010, p. 1321, note A. Levade ; *Constitutions*, 2010, p. 363, obs. A.-M. Le Pourhiet ; *JCP G* 2010, 576, obs. B. Mathieu ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, p. 12, note G. Drago.

⁶ CJUE, Gde ch., 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Rec. CJUE*, I-05667 ; *LPA*, 30 août 2010, p. 9, note J.-B. Perrier ; *D.* 2010, p. 1640, note F. Donnat *RFD.A.*, 2010, p. 458, note P. Gaïa ; *Constitutions*, 2010, p. 392, obs. A. Levade ; *RTD civ.* 2010, p. 499, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2010, p. 577, étude J. Dutheil de la Rochère.

⁷ L'on pense par exemple à la question de la garde à vue, le Conseil constitutionnel se prononce le 30 juillet 2010, Cons. constit. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et a.* ; *D.* quelques semaines avant la Cour de Strasbourg, CEDH, 5^{ème} sect., 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, req. n° 1466/07 . L'on pense également à la question de la motivation des arrêts d'assises, avec les décisions rendues par la Cour de Strasbourg contre la Belgique, CEDH, 2^{ème} sect., 13 janvier 2009, *Taxquet c/ Belgique*, et CEDH, Gde ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/95, puis par le Conseil constitutionnel, Cons. constit. 1^{er} avril 2011, n° 2011-113/115 QPC, *M. Xavier P. et a.*, avant que la Cour européenne ne se prononce sur le dispositif français, pour révéler l'excès de prudence du Conseil, v. notamment CEDH, 5^{ème} sect., 10 janvier 2013, *Agnelet c/ France*, req. n° 61198/08. L'on pourrait ici multiplier les exemples, sur le statut du ministère public, la question des sanctions automatiques, etc., preuve de la récurrence de cette confrontation.

l'Union, le 6 décembre 2011⁸, le Conseil constitutionnel n'y a vu aucune méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution⁹.

Certes, il est important ici de rappeler que le fondement de l'inconventionnalité, reconnue par la Cour de Luxembourg et repris ensuite par la Cour de cassation¹⁰, n'était pas lié à la protection des droits et libertés, mais à l'objectif premier du retour de l'étranger en séjour irrégulier, poursuivi par la directive dite « retour ». N'ayant jamais consacré un tel objectif parmi ceux dont il doit assurer le respect (et l'on voit mal comment il aurait pu le faire), le Conseil constitutionnel n'a donc pas contrôlé le texte contesté à l'aune des mêmes principes supralégislatifs, de telle sorte qu'il n'est pas possible de considérer que le contrôle de constitutionnalité est plus en retrait. Surtout, il n'est pas possible de considérer que la protection des droits fondamentaux est moins bien assurée.

D'ailleurs, si ce n'est par l'abrogation du délit de séjour irrégulier, opérée par la loi du 31 décembre 2012¹¹, il n'est pas certain que les droits fondamentaux aient progressé, notamment avec la mise à l'écart de la garde à vue au profit de la rétention aux fins de vérification du droit de séjour, sous-garde à vue créée par la même loi¹².

La confrontation des décisions est néanmoins intéressante. Elle s'inscrit dans le sillage des décisions de 2010, où le Conseil constitutionnel et la Cour de Luxembourg avaient pris soin d'indiquer qu'une déclaration de constitutionnalité ne s'oppose pas à ce que le juge national ou européen reconnaisse une inconventionnalité. Le 3 février 2012, de façon inédite tant une telle situation n'est possible qu'à la suite de l'introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel indique que la reconnaissance par le juge européen (voire par le juge national) d'une inconventionnalité ne l'empêche pas de déclarer le texte conforme à la Constitution. Sans trop prendre de risque, l'on peut également considérer qu'une conventionnalité reconnue ne s'opposerait pas plus à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Le Conseil rappelle, martèle la distinction qui doit être faite entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité ; le deuxième pas de cette valse semble bien être fait dans des directions différentes. Cependant, la distinction doit parfois être écartée, lorsque le conventionnel pénètre le constitutionnel.

⁸ CJUE, Gde ch., 6 décembre 2011, *Achughbavian*, C-329/11, D. 2012, p. 333, chron. G. Poissonnier, *Constitutions*, 2012, p. 63, obs. A. Levade ; CJUE, 1^{re} ch., 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11, D. 2011, p. 1880, note G. Poissonnier, *AJDA*, 2011, p. 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *AJ Pénal*, 2011, p. 362, obs. S. Slama et M.-L. Basilien-Gainche.

⁹ Cons. constit. 3 février 2012, n° 2011-217 QPC, *M. Mohammed Akli B.* ; *JCP G*, 2012, 198, obs. A. Levade ; *Europe*, 2012, repère 3, D. Simon ; *Droit pénal*, 2012, comm. 34, obs. J.-H. Robert ; *Droit administratif*, 2012, comm. 38, obs. V. Tchen ; *AJ Pénal*, 2012, p. 410, obs. C. Saas ; *RFDC*, 2012, p. 889, obs. J.-B. Perrier.

¹⁰ Crim. Avis, 5 juin 2012, n° 12-09.002, D. 2012, p. 1997, note C. Mathon ; Civ. 1^{re}, 5 juillet 2012, n° 11-30.371, *Bull. crim.* n° 158, *AJDA*, 2012, p. 1372, *Droit pénal*, 2012, comm. 124, obs. A. Maron et M. Haas, *Europe*, 2012, repère 8, D. Simon, *JCP G*, 2012, 895, note A. Levade ; sur ces décisions, D. 2012, p. 2001, obs. S. Slama, *RSC*, 2012, p. 621, obs. J. Danet

¹¹ L'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile a été abrogé par l'article 8 de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit de séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *JORF* du 1^{er} janvier 2013, p. 48.

¹² Dispositif créé par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 et inséré à l'article L. 611-1-1 du CESEDA.

III./ Une interpénétration limitée

En renvoyant une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen¹³, le Conseil n'a-t-il pas accepté de mettre ses pas dans ceux de la Cour de justice ? La question portait sur le fait de savoir si l'absence de recours (prévue par l'article 695-46, alinéa 4, du code de procédure pénale) contre la décision de la chambre de l'instruction acceptant l'extension des poursuites à des faits non visés par le mandat originel était ou non conforme au droit à un recours juridictionnel effectif et au principe d'égalité devant la loi. A l'aune des droits et libertés garantis par la Constitution, la réponse semble devoir être négative. Toutefois, compte tenu de la référence faite par l'article 88-2 de la Constitution aux actes pris par les institutions de l'Union européenne s'agissant du mandat d'arrêt européen, le Conseil constitutionnel devait vérifier si cet article 88-2 ne venait pas couvrir l'inconstitutionnalité découlant de l'absence de recours. Le Conseil révèle ici « l'imbrication des ordres constitutionnel et européen »¹⁴.

Existait-il une exception spéciale, d'origine européenne mais constitutionnalisée par le jeu de l'article 88-2, permettant de déroger au principe général du droit à un recours ? Considérant que cette question revenait à interpréter la décision-cadre, le Conseil a renvoyé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, qui a répondu à la question par la négative : le délai de trente jours n'impose pas une absence de recours contre la décision rendue¹⁵. A la suite de la réponse donnée par la Cour de justice, le Conseil constitutionnel n'a pu que constater l'absence d'exception et censurer l'absence de recours. De cet épisode remarquable, il convient surtout de retenir que si la réponse de la Cour de justice avait été différente, si la Cour avait indiqué que le droit de l'Union, la décision-cadre de 2002, exigeait une absence de recours (ce qui aurait été préjudiciable pour les droits des intéressés), le Conseil aurait dû s'incliner et s'abstenir d'abroger la disposition interne contestée.

Pour ce troisième temps de la valse qui se danse entre le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne, le Conseil en vient donc à une interpénétration assumée, soumettant sa décision de non-conformité à celle de la Cour de justice. Pour autant, il n'est pas possible de considérer que, par ce pas de valse, le Conseil constitutionnel a expressément reconnu la supériorité du droit de l'Union. La saisine de la Cour de justice a eu lieu dans un contexte précis, tenant à la référence expresse aux textes européens au sein de la Constitution. Au surplus, dans la matière pénale comme dans les autres matières, il n'existe que peu d'hypothèses pouvant conduire de nouveau à une telle saisine. Dès lors, si le Conseil a mis ses pas dans ceux de la Cour de justice, il n'est pas certain qu'il en soit de même sur un autre tempo. Reste que ce pas de rapprochement, certes ponctuel, permet d'espérer que le quatrième temps de la valse conduise le Conseil constitutionnel à faire virevolter la hiérarchie des normes pour hisser la protection des droits fondamentaux.

¹³ Décision-cadre n° 2002/584/JAI du 13 juin 2002 du Conseil, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *JOUE* du 18 juillet 2002, n° L 190.

¹⁴ C. Geslot, « Une fois n'est pas coutume, le Conseil constitutionnel saisit la Cour de Justice », *RDUE*, 2013, p. 537.

¹⁵ CJUE, 2^{ème} ch., 30 mai 2013, *Jérémy F.*, aff. C-168/13, *JCP G*, 2013, 851, note C. Mauro ; *RFDA*, 2013, p. 691, note H. Labayle et R. Mehdi ; *Europe*, 2013, comm. 294, obs. D. Simon ; *Constitutions*, 2013, p. 189, obs. A. Levade ; *RTD civ.* 2013, p. 564, obs. P. Puig.

IV./ Une évolution souhaitée ?

Le troisième pas, fait par le Conseil vers la Cour de justice, repose donc sur une hypothèse limitée, mais cette limite ne doit pas conduire à nier toute influence entre les différents ordres juridiques : le droit européen porte une attention particulière aux décisions internes, la protection constitutionnelle est par ailleurs influencée par l'évolution des considérations européennes. Surtout, l'on peut observer, suivant un réalisme constitutionnel, que si, dans la protection des droits fondamentaux, il n'y a qu'une interpénétration limitée, il existe une juxtaposition des systèmes de protection. Et cette juxtaposition renvoie à cette concurrence, qui s'inscrit dans cette complémentarité opportune, qui permet d'allier les avantages d'un contrôle de conventionnalité diffus, souvent circonstanciel, mais utile pour les justiciables, à ceux du contrôle de constitutionnalité, plus abstrait, centralisé, peut-être vu comme plus difficile d'accès.

La problématique structurelle ne doit pas occulter l'objectif de ces différents mécanismes, à savoir la protection des droits fondamentaux, tout particulièrement dans la matière pénale. Plus que sur la question de savoir quelle est la norme supérieure, l'importance de l'enjeu – la protection des droits fondamentaux – invite à se demander quelle est la norme susceptible d'assurer la protection la plus efficace. La réponse n'est pas aisée tant il apparaît que l'efficacité de la protection des droits et libertés en matière pénale appelle à une complémentarité entre les différents ordres juridiques.

En effet, la loi doit respecter la Constitution, les droits et libertés garantis par elle, et le droit de l'Union européenne. En poursuivant une sorte de « réalisme des droits fondamentaux », en préférant l'effectivité de la protection à sa source, il apparaît que la coexistence des normes est nécessaire à la protection des droits et libertés. Au-delà de cette coexistence, l'on peut toutefois s'interroger sur l'avenir, et se demander quelles seraient les conséquences d'une soumission de la Constitution aux normes européennes. La reconnaissance de la supériorité de l'ordre juridique européen pourrait conduire à favoriser cette opportune complémentarité.

De nombreuses perspectives d'évolution sont alors envisageables, pour renforcer cette complémentarité, et terminer cette valse de la concurrence des ordres juridiques dans la protection des droits fondamentaux sur un quatrième temps d'optimisme, celui de la volonté d'un dépassement structurel des difficultés.

Pourquoi ne pas réfléchir à saisine plus large de la CJUE, lorsque la disposition contestée est issue d'une loi de transposition, sur le modèle de ce qu'envisage la Cour EDH suite à l'adhésion de l'Union à la Convention EDH ?

Et pourquoi ne pas reconnaître la QPC comme une voie de recours interne, au sens de la Convention EDH ?