

**CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET CONTRÔLE  
DE CONVENTIONNALITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE  
QUELLES DISTINCTIONS DANS LES CONTRÔLES EXERCÉS ?**

Patrick GAÏA<sup>1</sup>

La question que les organisatrices de ce colloque nous ont invité à traiter ne nous conduit pas, *a priori*, à pénétrer en terre inconnue.

Ce serait bien tout le contraire même.

Mais c'est bien là, la raison de redouter le risque que je n'irai pas toutefois jusqu'à faire procès aux intéressées de m'avoir fait sciemment courir.

Car comment éviter de commettre un propos figé dans la banalité sur un sujet aussi ressassé que celui des rapports entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité.

On connaît en effet tout ou presque de la vie mouvementée et parfois tourmentée de ce vieux couple. On a pu suivre pas à pas ses disputes, retracer par le menu détail ses ruptures fracassantes, puis ses rapprochements, jusqu'à peut-être devoir faire son miel aujourd'hui de cette forme « d'entente cordiale » (à moins qu'il ne faille parler de « paix armée ») et qui s'observe désormais sous nos latitudes françaises – moins ailleurs – s'agissant de leurs relations. Mais chacun a pu observer aussi – en jetant à l'occasion un peu d'huile sur le feu – les « chamailleries » de ceux qui en observent le cours depuis fort longtemps et se disputent le bon pronostic : qui du juge de droit commun ou du juge constitutionnel doit s'en emparer, se les accaparer ? Est-il recommandable qu'ils s'en répartissent ou bien en monopolisent, pour le tout, l'exercice ? Lequel du contrôle de constitutionnalité ou du contrôle de conventionnalité parviendra à imposer sa préséance et ainsi, d'une certaine manière, à disposer de l'autre ? Et cela ne date pas (en France) de 1975 – moment fondateur certes, où, par une série de considérants dont chacun ici garde la mémoire intacte, le Conseil constitutionnel a paru définitivement acter le divorce entre les deux « partenaires ». Un tel débat a resurgi de l'ombre en 2008 au moment où la QPC sortait des limbes. Il reprend de la vigueur aujourd'hui encore à l'heure où la Cour de cassation par exemple a semble-t-il fait du « contrôle de conventionnalité européen » (axé essentiellement sur la mobilisation très audacieuse de la Convention européenne des droits

---

<sup>1</sup> Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF-GERJC, Aix-en-Provence, France.

de l'homme) le vecteur d'une (ré)affirmation d'un pouvoir juridictionnel que l'on s'est complu à présenter comme quelque peu entamé ces derniers temps<sup>2</sup>.

Car c'est bien de cela qu'il faut se convaincre en première intention, si l'on veut délaissier un instant le champ du « micro normatif » (les jugements et arrêts des cours et tribunaux) pour restituer à l'échelle « macro normative » (celui des normes générales et abstraites) ce que recèle d'intérêt le contrôle – juridictionnel si l'on comprend bien – des décisions de justice.

Cet examen n'est en effet bien compris, c'est-à-dire en tant qu'il est rapporté aux deux paramètres que l'on sait, qu'une déclinaison d'espèce, un avatar du contrôle de la licéité des normes en général. Ce que nous nommons « décision de justice » ne peut se défaire de l'exigence commune qui désormais contraint tout énoncé normatif de rang subordonné (ou posé comme tel) d'avoir à composer avec le respect d'une « légalité » dite supérieure. La constitutionnalité comme la conventionnalité sont en ce sens devenues, pour faire nôtre la formule de Charles Eisenmann, des « mètres de calcul » de la licéité juridique de toute décision prise en la forme juridictionnelle comme elles le sont ordinairement – banalement – s'agissant de la loi ou du décret ; et aussi, comme l'une et l'autre peuvent l'être lorsqu'elles entreprennent de passer au tamis de la licéité les normes venues d'un « ailleurs juridique », c'est-à-dire d'un autre système normatif. La constitutionnalité peut ainsi, comme à l'ordinaire, se maintenir à bonne distance de la conventionnalité et réciproquement, toutes les fois que des règles relevant d'une autre allégeance normative prétendent être portées à effet dans un ordre qui n'en a pas directement décidé la production. C'est dire que, comme cela se vérifie pour tout autre énoncé normatif, constitutionnalité et conventionnalité peuvent au choix, entretenir un commerce pacifique ou, à l'inverse, plus « heurté » au moment où elles décident du sort qu'il convient de réserver à la *res judicata* selon que celle-ci s'accorde ou se désaccorde avec l'une ou l'autre. L'on peut par suite être mis en présence, comme cela a été savamment énoncé, de concordances ou de discordances de sentences juridictionnelles en fonction du point d'observation choisi<sup>3</sup>.

Le propos pourrait alors s'interrompre dans l'instant ; et prendre la forme d'un aveu à peu de frais : « rien à dire » – de neuf s'entend – sur le sujet. Il suffirait pour s'en justifier, de subsumer l'espèce sous le genre et de renvoyer chacun au cadre général dans lequel les deux types de contrôles ont posé leurs marques depuis quatre décennies.

Point besoin de gloser dans la répétition d'une histoire cent fois écrite.

De là à être accusé de céder à la facilité ... il y a un pas qu'il faut néanmoins se garder de franchir ; car en creusant un peu plus profond le sillon, on s'aperçoit que le bornage des frontières entre les deux contrôles ne se laisse pas aussi facilement découvrir lorsque, précisément, il s'agit de passer à examen des décisions de justice.

<sup>2</sup> Voir en ce sens l'étude de Marc GUERRINI, « L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation », *RDLF*, 2017, chron. 21.

<sup>3</sup> Denys DE BECHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, *Les Cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, p. 107-122 ; « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, *La question prioritaire de constitutionnalité*, p. 33-45.

Cela tient d'abord à ce que celles-ci recouvrent une grande variété de situations selon les locuteurs concernés. On ne traite pas en bloc, sous l'angle considéré, les décisions de justice dites « ordinaires » et les décisions de justice constitutionnelle ; on ne peut davantage faire masse de ce qui émane de juridictions jugeant du fait et du fond par comparaison avec ce que décident les cours suprêmes, en pur droit. L'on est sans doute enclin aussi, à prêter attention à la manière dont une décision de justice produite par un locuteur supranational pourrait ou devrait être contrainte par le respect d'une « autre conventionnalité » que la sienne (l'on songe ici par exemple au contrôle de conventionnalité internationale ou européenne du droit de l'Union européenne), voire être obligée de se plier au respect d'une constitutionnalité plurielle (celle des ordres juridiques qu'elle prétend surplomber). La Cour constitutionnelle italienne – et l'exemple n'est pas resté isolé, loin s'en faut – a montré en quelle estime elle tenait les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au moment même où le législateur constitutionnel a fait le choix, en 2001, de hisser la Convention au rang de « *norma Interposta* »<sup>4</sup>. Décidément, le dualisme italien a la vie dure et il n'est probablement pas le seul.

À la vérité donc, la catégorie des décisions de justice fournit des déclinaisons autrement plus riches que celles qui s'appliquent aux lois par exemple.

Ce qui interdit ensuite de tout ramener aux acquis d'une analyse « légicentrée », c'est l'idée que le contrôle juridictionnel des décisions de justice, qu'il soit rapporté à leur constitutionnalité ou à leur conventionnalité, fait incontestablement bouger les lignes ; celles des compétences, celles des procédures ou même celles qui touchent à la portée du contrôle exercé. Alors même qu'en France par exemple, le clivage entre constitutionnalité et conventionnalité produit des effets assez radicaux lorsque le sujet est le contrôle de la loi ou du décret, la force en est quelque peu atténuée, le rendant plus mouvant, plus ondulé, aussitôt qu'il s'agit d'accuser constitutionnellement ou conventionnellement ce qu'a décidé un juge. L'hybridation entre les deux normativités semble alors prendre des formes renouvelées et bousculer les schémas de pensée habituels.

Enfin, les décisions de justice ont ceci de particulier qu'elles sont des énoncés de concrétisation de normes générales et abstraites – de normes conventionnelles internationales, de normes constitutionnelles, législatives, réglementaires, ou encore de normes conventionnelles internes ... Si bien que ces énoncés une fois repris (dans les visas) et devenant partie intégrante du raisonnement syllogistique d'un jugement ou arrêt, vont en définitive faire corps avec la décision censée clore le débat contentieux. C'est dire que toute décision de justice n'est jamais dissociable du ou des textes qu'elle applique et qu'au moment d'en juger la régularité ou le bien fondé, il peut être entrepris aussi – quoique de manière non systématique – de juger la licéité de la norme issue du texte positionné en amont. C'est ce qui explique (en partie) comment, par exemple, le juge supra étatique de la conventionnalité peut, au détour du sort fait au requérant par le juge interne, entreprendre de sceller celui de la loi, de la Constitution ou de tout autre énoncé de portée plus générale sous l'angle de leur conventionnalité ou inconvencionnalité.

<sup>4</sup> Voir Fanny JACQUELOT, « La Cour constitutionnelle italienne La Cour constitutionnelle italienne et la Convention européenne des droits de l'homme : la révolution à rebours des arrêts n° 348 et n° 349 de 2007 », *RFDC*, 2008, p. 883-892 ; Nicoletta PERLO, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *RFDC*, 2013, p. 717-734.

Il faut par suite se convaincre de ce que l'exercice des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des décisions de justice peut, tantôt être le lieu d'une distinction atténuée entre les deux normativités (I), tantôt être le motif d'une confirmation de leur spécificité respective (II).

## **I. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité des décisions de justice : des distinctions globalement atténuées**

On prendra la mesure de cette atténuation en évoquant la question des compétences et celle des procédures. Quant au contenu du contrôle, il suit pour sa part, non sans nuance, les lignes dessinées de longue date en faveur de l'hybridation des contrôles.

### **A. Les compétences et les procédures**

C'est sans conteste sous cet angle que les ajustements sont les plus visibles.

1. Allons à l'essentiel : les compétences ont, en premier lieu, tendance à déborder de leur lit, se déclinant dans une sorte de chassé croisé qui consiste pour certains juges à occuper la place laissée vacante par d'autres ; bref, à s'immiscer en des lieux où ils n'ont pas pour habitude de s'aventurer ; ce qui leur laisse à loisir le soin d'étendre à peu de frais, c'est-à-dire sans y avoir été expressément conviés, leur office. La constitutionnalité peut surgir ainsi, là où on l'attend moins que d'ordinaire, donnant même à observer la possibilité d'un véritable cumul des compétences consistant à rapporter dans les mains d'un même juge l'exercice des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. En France, par exemple, le juge de droit commun peut sans aucun doute (mais sans toujours le dire ouvertement), pratiquer ce cumul des contrôles, ajoutant le contrôle de constitutionnalité à l'endroit d'une décision de justice subordonnée, au contrôle de conventionnalité ou inversement ; ou même, comme cela a été montré, pratiquer une forme « d'auto révision » ou d'auto-censure de sa propre jurisprudence pour se plier à l'autorité (au besoin même à l'autorité de chose interprétée) supérieure de la Loi fondamentale.

Il peut tout autant, et dans le même temps, en qualité de juge suprême de l'ordre juridictionnel qu'il coiffe, et pour peu qu'il y ait en principe, été invité, se poser en juge de la conventionnalité des autres décisions – celles prononcées par d'autres juridictions placées sous sa dépendance ; et même s'investir de la compétence de juger ses propres décisions en les couvrant d'une autorité déduite de leur « orthodoxie conventionnelle » ou en les infirmant – parfois après quelque velléités de résistance – dans le cas contraire. Au passage, le Conseil constitutionnel a beaucoup œuvré à l'entreprise lorsqu'il rappelait en 1986 « qu'il appartient aux divers organes de l'État » (ce qui, assurément, visait en première intention les juridictions) de veiller à l'application des traités et accords liant la France « dans le cadre de leurs compétences respectives » (nous soulignons). Au risque d'appuyer encore des dires maintes fois entendus, le séisme jurisprudentiel de 1975 (*Jacques Vabre*) et sa réplique de 1989 (*Nicolo*), ont fait sentir leurs effets bien au-delà de ce pourquoi ils avaient été pensés au départ : non seulement tous les juges, administratifs comme judiciaires, ont été, « à tout moment, en mesure

de faire échec à une loi »<sup>5</sup>, mais ils sont aussi devenus, à chaque niveau supérieur, des censeurs potentiels de l'inconventionnalité des jugements frappés de contestation.

Les procédures organisant les voies de recours viennent ici au renfort de l'exercice des compétences contentieuses pour en élargir au besoin le cercle selon une heureuse conjonction. À l'étage des cours suprêmes de l'ordre de juridiction concerné, les moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité peuvent l'un et l'autre être mobilisés (sans, il est vrai, l'être ni dans les mêmes conditions, ni avec la même fréquence) comme moyens de droit dirigés contre un arrêt ou jugement frappé d'appel ou de pourvoi. Les deux contrôles peuvent alors, selon le cas, se cumuler et se confondre en fonction des normes de références mobilisées et selon que celles-ci s'accordent ou se distinguent tout en se complétant. Le clivage ressurgira néanmoins lorsque la constitutionnalité et la conventionnalité en viendront à s'opposer dans un conflit irréductible en dépit de l'usage bien compris des voies ordinaires de l'interprétation. Le juge devra alors faire le choix (difficile) de la précellence en faveur ou en défaveur de l'un des paramètres avant de statuer la rectitude du jugement querellé. Le même clivage est susceptible de se réaliser au niveau de cours suprêmes car si elles n'échappent pas au contrôle de conventionnalité de leurs décisions, elles sont pour l'heure, en France, à l'abri d'un contrôle de constitutionnalité de celles-ci.

On ne peut davantage s'imaginer, sans céder à la spéculation, que le juge relevant d'un ordre de juridiction puisse sans sourciller s'autoriser à contrôler la constitutionnalité d'un jugement ou arrêt émanant de l'ordre de juridiction voisin. Le doute ne paraît pas davantage permis s'il s'agissait pour un juge judiciaire de juger la chose jugée par un juge administratif à l'aune de la conventionnalité. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, s'il a bien cédé devant le Tribunal de conflits face au droit de l'Union européenne pour juger de la licéité conventionnelle d'un acte administratif<sup>6</sup>, ne semble pas devoir conduire au même résultat s'agissant d'une décision de l'autre ordre de juridiction nantie de l'autorité ou de la force de chose jugée car alors c'est au sens précis, l'article 16 de la déclaration de 1789 qui y ferait obstacle.

La question demeure néanmoins posée de savoir si une décision du Conseil constitutionnel, sans bien évidemment pouvoir faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, pourrait néanmoins être sujette à une autre forme de contrôle de la part du juge administratif, par exemple un contrôle de conventionnalité. Pour étrange qu'elle paraisse, la question a néanmoins surgi dans le débat à la suite de l'arrêt lu en assemblée du contentieux par le Conseil d'État en 2002 dans l'affaire *Brouant*<sup>7</sup>

5 René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome.1, 15<sup>e</sup> éd, 2001, n° 193, p. 161.

6 Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, *Préfet de la Région Bretagne, Préfet d'Ille-et-Vilaine, Société civile d'exploitation agricole du Chéneau c. Interprofession nationale porcine, M. C et autres c. Centre national interprofessionnel de l'économie laitière*, RFDA, 2012, p. 1122, concl. Jean-Dominique SARCELET ; Rec. Dalloz. 2011, p. 3046, note F. DONNAT.

7 CE, Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*. Il s'agissait en l'espèce, de la décision du Conseil constitutionnel, dite « règlement intérieur » du 27 juin 2001 posant le principe et définissant les conditions d'accès à ses archives. Le Conseil d'État y a vu un acte administratif non détachable des « missions constitutionnelles » incombant au Conseil constitutionnel et, par suite, insusceptible de recours contentieux. Sur cette question et de manière plus générale, voir notamment, Louis FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », RFDA 2003. p. 8 et s. ; Pascale GONOD et Olivier JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? », RFDA, 2003, p. 14 et s.

2. Inversement, et en second lieu, le Conseil constitutionnel est, pour l'heure et de prime abord, délesté de cet office contrairement à certains de ses homologues. Il n'a pas reçu compétence, du moins directement, pour connaître de la constitutionnalité d'un jugement ou arrêt quelconque émanant d'une juridiction nationale (non plus que supra étatique d'ailleurs). Ainsi, si l'examen de la constitutionnalité des jugements et arrêts des juridictions inférieures est en mesure d'être assurée par les cours suprêmes, ces dernières, sauf à pratiquer un auto contrôle conduisant à une forme d'autocensure de leurs propres décisions sous cet angle, sont par hypothèse beaucoup plus libres vis-à-vis de l'argument constitutionnel. Quoi qu'il en soit, constitutionnalité et conventionnalité lui échappent l'une et l'autre pour le tout et finalement, se conjuguent à identité de conséquences parmi lesquelles, celle de l'éviction pure et simple de la compétence du Conseil constitutionnel à entreprendre quelque exercice contentieux que ce soit dans ces deux périmètres. L'on gage toutefois que l'asymétrie dans la manipulation des moyens ressurgirait si d'aventure la QPC venait à s'élargir pour saisir autre chose que des « dispositions législatives » : appelé sur renvoi – n'imaginons pas autre chose dans l'instant – à connaître par exemple de la constitutionnalité d'un arrêt ou jugement prononcé par une juridiction française, le Conseil constitutionnel, s'il reste fidèle comme tout semble le laisser supposer, aux préceptes de sa jurisprudence IVG, procéderait à l'identique de ce qu'il pratique à l'endroit des lois : il prononcerait l'éviction sans appel de tout moyen d'inconventionnalité. Le motif en serait identiquement dirimant : celui de son incompétence à manier autre chose que des moyens de constitutionnalité.

La prudence est pourtant de mise car il n'est pas dit que le Conseil constitutionnel soit totalement mis hors jeu et incapable, à son tour, de venir prendre sa part dans cet espace distrait formellement de son office habituel. Les frontières de sa compétence sont par exemple d'ores et déjà amenées à se déplacer lorsqu'il accepte, en QPC, de se prononcer sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives telles qu'interprétées par les cours suprêmes des deux ordres de juridiction. Il est vrai que cette éventualité demeure résiduelle et pour le dire sans détour, exceptionnelle. De manière plus conjecturale, l'occurrence d'un examen de constitutionnalité atteignant indirectement la décision d'un juge pourrait se vérifier s'il était saisi directement ou sur renvoi, d'une loi qui aurait fait sienne, en la codifiant, une jurisprudence consolidée voire une simple décision de justice isolée. Dans le cas d'une jurisprudence consolidée au niveau suprême des deux ordres de juridictions respectif, le Conseil d'État ou la Cour de cassation pourrait toutefois se retrouver indirectement affectés par l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité de la loi ayant cet objet.

Le propos comme on le verra invite à l'inverse à une égale prudence s'agissant de ce que pourrait entreprendre le Conseil constitutionnel sous l'angle de l'examen éventuel de la constitutionnalité d'une sentence émanant de l'une ou l'autre cour européenne.

3. Les données de l'analyse apparaissent symétriquement inverses vu du côté des Cours européennes précisément. Celles-ci ne connaissent – jamais qu'indirectement certes – que de la conventionnalité sans avoir en principe le moindre égard ou regard pour la constitutionnalité ou inconstitutionnalité

d'une décision de justice interne. Tout au plus, pourrait-on s'interroger sur le lien – dont il serait bienséant que la Cour de Strasbourg reprenne l'étude – entre la règle conventionnelle de l'épuisement des voies de recours internes et la mobilisation des procédures réglant constitutionnellement, c'est-à-dire en interne, les procès incidents de constitutionnalité. Elle a déjà fait un premier pas en ce sens – en mettant toutefois sur le même pied le renvoi préjudiciel conventionnel et constitutionnel – en ouvrant la porte à une possible déclaration d'incompatibilité avec la Convention d'une décision de refus de renvoi qu'elle jugerait entachée d'arbitraire comme procédant notamment d'une motivation insuffisante. Où l'on voit que la Cour de Strasbourg peut, une fois n'est pas coutume, se poser en défense du bon usage des procédures constitutionnelles ou communautaires réglant les procès incidents...

Pour le reste, c'est d'une conventionnalité pour ainsi dire totale ou indifférenciée dont il faut faire état lorsque le juge supra étatique devient juge de ce qui s'est déjà jugé par devant les prétoires nationaux. Le contrôle de conventionnalité peut alors « sauter sur tout ce qui bouge » : sentence constitutionnelle et sentences ordinaires confondues. Non pourtant sans nuance et particularités dans ce cas aussi. Si par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme est en mesure de connaître en second examen d'une décision du Conseil constitutionnel<sup>8</sup>, elle ne le fait jamais officiellement ou formellement comme « juge d'appel » (ou de « quatrième degré ») strictement entendu et donc, en tant qu'elle serait par la seule vertu du traité qui l'institue une juridiction « hiérarchiquement au-dessus » de toutes les autres, c'est-à-dire « suprême ». Les présentations en raccourci sont ici trompeuses lorsqu'il est par exemple écrit que la Cour de Strasbourg a été « saisie d'un recours contre une décision du Conseil constitutionnel » dans telle ou telle affaire.

La mesure nécessaire donnée au propos tient également à ce que la conventionnalité ne se présente pas dans tous les cas sous un profil uniforme, notamment quant aux possibilités pour le justiciable disons « de base », d'actionner les voies de droit permettant de faire (re)juger en surplomb, le travail des juges internes. Il faut ici rappeler, même si cela froisse certaines susceptibilités, que les deux cours européennes ne jouent pas si l'on peut dire « à égalité des armes » dans ce domaine. En premier lieu, vu de Luxembourg, le déficit structurel d'accessibilité des individus à la Cour de justice fait du seul recours un tant soit peu efficace en la matière – le recours en manquement – une voie de droit dont les juridictions nationales ont, tout compte fait, peu à redouter. Ce recours étant fermé au commun des justiciables, il n'y a guère (en pratique) que la Commission qui, s'estimant froissée par une sentence nationale contraire au droit de l'Union, pourrait décider de traduire l'État fautif devant la Cour de justice et le faire condamner du chef d'avoir laissé ses juridictions se mettre en infraction avec la légalité communautaire. En bref, la probabilité pour le Conseil d'État ou la Cour de cassation et, *a fortiori*, le Conseil constitutionnel de se faire déjuger à Luxembourg est faible<sup>9</sup>. À l'inverse, les possibilités de recours étant autrement plus ouvertes du côté de Strasbourg, les juridictions nationales (ensemble leurs décisions) sont toutes, sans exception désormais, des cibles faciles pour la

8 P. JAN, « Les recours ouverts contre les décisions du Conseil constitutionnel », *Les Petites affiches*, 1998, n° 40, p.10 et s.

9 Denys DE BECHILLON et Philippe TERNEYRE, « Le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes. Nouvelle donne », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 114.

Cour EDH. Surtout, l'emprise des règles conventionnelles décidant les conditions dans lesquelles la « bonne justice » est censée se rendre partout et selon les mêmes standards, est telle que « la Cour de Strasbourg est en situation incomparablement plus venimeuse » vis-à-vis des juridictions nationales<sup>10</sup>. Usant du balisage rigoureux que lui fournissent les dispositions phares de la Convention (notamment ses articles 5, 6 et 13), la Cour est en mesure de s'ériger en superviseur général de l'essentiel de l'activité contentieuse des juridictions nationales.

Au demeurant, ces dernières ne sont pas les seules touchées par le phénomène : la soumission fonctionnelle et matérielle du droit de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme – en clair, au regard attentif de la Cour de Strasbourg – quoiqu'encore non actée par une adhésion en bonne et due forme à la Convention de Rome – conduit *volens nolens*, la Cour de justice de l'Union européenne à faire montre d'une vigilance très singulière sous cet angle ; il s'agit d'éviter tout dérapage qui pourrait convaincre le juge de Strasbourg de prononcer aussi à l'endroit du « droit communautaire jurisprudentiel » un arrêt de condamnation pour infraction à la Convention de Rome et contraire à la parole de son interprète authentique. Ceci conduit à des situations inédites dans lesquelles on voit la Cour de Luxembourg, pour soulager sa conscience, se laisser aller à entreprendre ni plus ni moins qu'un auto contrôle de conventionnalité pour se délivrer au final un brevet de conventionnalité strasbourgeois. Elle en donne la mesure en ces termes, par exemple dans l'ordonnance rendue en 2006 dans l'affaire *Echouikh* : « [...], il suffit de relever à cet égard que l'interprétation que la présente ordonnance consacre en ce qui concerne l'article 65, paragraphe 1, premier alinéa, de l'accord d'association est conforme aux exigences des articles 14 de la CEDH et 1<sup>er</sup> du protocole additionnel, tels qu'interprétés notamment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Gaygusuz c/Autriche* du 16 septembre 1996 [...], de sorte que la Cour fournit à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par celle-ci, de la conformité de la réglementation nationale en cause avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels que ceux garantis par la CEDH »<sup>11</sup>.

C'est aussi au stade du contenu du contrôle qu'il faut se placer pour percevoir en quoi, deux types de contrôle se situent dans une proximité globalement recherchée.

## **B. Le contenu du contrôle ou les ombres et lumières de l'hybridation entre constitutionnalité et conventionnalité**

1. Le passage à examen des décisions de justice n'échappe pas au constat plus général que l'on est amené à faire lorsque la constitutionnalité et la conventionnalité s'appliquent à déterminer la licéité juridique d'autres normes. Tantôt elles se distinguent, conduisant même à l'occasion à l'opposition et au conflit (*infra*, II). Tantôt constitutionnalité et conventionnalité se combinent par l'effet de leur superposition ; ou encore cette combinaison prend la forme d'une complémentarité dans l'application, conduisant à apprécier la situation juridique qui se présente au juge, alternativement

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> CJCE, Ord, 13 juin 2006, aff. C-336/05, *Echouikh c/ Secrétaire d'État aux Anciens combattants*.



à l'aune de normes constitutionnelles puis conventionnelles différentes mais non opposées. C'est cette démarche que le Conseil d'État a suivie par exemple dans l'affaire *M'Rida* jugée en 2011 concernant le contentieux de la cristallisation des pensions : l'intégralité des conclusions de la requérante n'ayant pu être accueillies sous l'angle de la constitutionnalité, le repositionnement du litige « sous le timbre » (M. Guyomar) de la conventionnalité a conduit la Haute juridiction à purger plus avant le litige, évitant de la sorte le déport d'un nouvel épisode contentieux à Strasbourg<sup>12</sup>.

2. C'est cette occurrence qui met en présence d'une atténuation des distinctions communément admises et peut conduire à ce que l'on a pris pour habitude de décrire comme une forme d'hybridation ou de mixité des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Les décisions de justice comme les autres modes de production normative sont ainsi amenés à composer avec le respect d'une « double normativité fondamentale » qui, loin de se contredire conjugue le plus clair du temps ses forces au soutien de l'examen de licéité des normes. La production juridictionnelle en ressort selon le cas affermie ou affaiblie. Le cumul des effets qui s'attachent à la conjonction du constat de compatibilité (ou son contraire) montre ainsi comment, en saisissant aussi les décisions de justice, la conventionnalisation/constitutionnalisation du droit produit des implications de grande ampleur sur la reconfiguration de l'ordre juridique. Ce processus d'ajustement peut prendre la forme de renversements de jurisprudence et se limiter même à cela. Les modifications de jurisprudence peuvent avoir en effet des conséquences aussi décisives qu'un changement de la législation et/ou de la réglementation écrite, surtout lorsque les positions des cours suprêmes convergent, aidées en cela par la possibilité d'évincer les règles du droit national contraires. Il en ira *a fortiori* ainsi lorsque les mêmes règles sont appliquées par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Parallèlement, les lignes de force dessinées par cette double « fondamentale » désormais à l'œuvre, offre aux justiciables une souplesse accrue pour actionner en justice ainsi qu'un large éventail de stratégies contentieuses pour agir dans le sens aussi bien du renforcement de leurs droits procéduraux que de leurs droits substantiels.

Le vecteur principal de ce mouvement est, on ne s'en étonnera pas, les droits et libertés fondamentaux qui sont devenus un point d'accroche tout à fait essentiel à l'aune duquel la régularité autant que le bien-fondé des jugements et arrêts, ont désormais vocation à s'apprécier.

Mais au-delà de la substance des droits, c'est aussi d'une « communauté de méthodes » dont il convient de faire état pour appuyer la relativité de la distinction sous examen. Les juges de la constitutionnalité comme les juges de la conventionnalité n'en viennent pas seulement à porter un regard le plus souvent convergent sur les décisions de justice en mobilisant en substance les mêmes droits ou libertés ; il le font aussi en usant de moyens et techniques de raisonnement très proches donnant

<sup>12</sup> CE, Ass., 13 décembre 2011, *M'Rida*. Le Conseil d'État précise en ce sens que lorsque le juge n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, il lui appartient d'examiner, sous réserve qu'un tel moyen soit soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une règle conventionnelle dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée.

corps à l'émergence de « méthodes commutatives » ou interchangeable articulant les motifs de leurs jugements respectifs. C'est le cas lorsqu'il faut arbitrer les « collisions » de droits fondamentaux, ou décider de moduler l'étendue du contrôle juridictionnel en fonction d'une marge d'appréciation ou d'un pouvoir discrétionnaire laissés aux autorités compétentes. Les décisions de justice ne restent pas à l'écart de cette sorte de manifestation de « *self restraint judiciaire* ». Par exemple lorsque la Cour européenne de Strasbourg concède que les écarts pris avec les règles du procès équitable peuvent être corrigés à un stade ultérieur de la procédure ou lorsqu'elle décide de ne pas attirer dans le champ matériel de la Convention certains contentieux.

3. Il faut néanmoins ajouter que le défaut, là où il se constate, d'une procédure adaptée et spécifique de contestation des arrêts et jugements sous l'angle particulier de leur légitimité constitutionnelle, laisse, en quelque sorte mécaniquement, un avantage comparatif sérieux aux moyens de conventionnalité par rapport aux moyens de constitutionnalité. C'est le cas en France où l'avance prise de longue date par le contrôle diffus de conventionnalité continue de s'affirmer (et peut être même de se creuser) au détriment du contrôle de constitutionnalité compte tenu de la double réfraction du périmètre dans lequel le législateur constitutionnel a maintenu jusqu'à présent la QPC : le mécanisme ne s'applique pas de plein droit aux décisions de justice et il ne protège pas toutes les normes de constitutionnalité. Ce qui fait que les jugements et arrêts sont, selon une proportion très clairement en faveur du droit conventionnel, censurés pour motif d'inconventionnalité plutôt que pour motif d'inconstitutionnalité. L'ampleur du contentieux de masse que représente les recours fondés sur les violations supposées ou avérées des règles du procès équitable découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, continue ainsi pour une large part à asseoir le réflexe du « tout conventionnel » dans l'esprit des justiciables et des praticiens du droit, y compris dans les cas où ce sont des décisions juridictionnelles qui sont attaquées.

Ce n'est ainsi qu'assez rarement que la Constitution est seule convoquée pour fonder le rejet ou l'admission dans son bienfondé d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation par exemple<sup>13</sup>. Le plus souvent, la Constitution, lorsqu'elle est invoquée ou appliquée d'office par le juge, doit plutôt composer avec le renfort de la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci étant de surcroît, placée en pôle position dans les visas<sup>14</sup>.

Le Conseil d'État semble pour sa part sensible à l'argument constitutionnel lorsque celui-ci est convoqué à l'appui d'un pourvoi en cassation introduit contre un arrêt ou jugement. Le moyen d'inconstitutionnalité est, le cas échéant, traité seul et examiné sous l'angle de l'erreur de droit<sup>15</sup>.

13 En ce sens par ex., Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 juin 1995, *Bechta*, n° 94-50002.

14 Voir par ex., Cass, AP, 24 novembre 1989, n° 89-84439.

15 Voir par ex et récemment : 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 389095 (invocation de la Charte de l'environnement) ; CE, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 390841 (application de l'article 8 DDHC, rétroactivité *in mitius* ; confirmation de l'arrêt de la Cour administrative de Nancy, n° 13NC01560 du 21 mars 2015, arrêt faisant application d'office des dispositions de l'article 8 précité ; et plus ancien : CE, Ass., 16 décembre 2005, *Syndicat national des huissiers de justice*, n° 259584). Sur cette question, voir not., Karine BUTERI, *L'application de la Constitution par le juge administratif*, Thèse Université d'Aix-Marseille III, 2000, 460 p. ; Guillaume DRAGO, (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2007, 234 p.

## II. Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité des décisions de justice : une spécificité partiellement confirmée

L'idée que contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité s'affirmeraient comme irréductibles l'un à l'autre aurait vécu. Le constat semblerait même relever d'un autre temps, appartenir à d'autres « mœurs judiciaires ». Pour preuve, l'usage du contrôle de conventionnalité de la loi n'est pas seulement devenu d'une banalité confondante, une partition sur-jouée par tous les « acteurs judiciaires ». Même les « juges constitutionnels » (en France et ailleurs) ont, pour reprendre les mots du Président Debré, commencé à « goûter au fruit défendu ». Inversement au pays des arrêts *Paulin* et *Arrighi*, les juridictions judiciaires et administratives ont, en convoquant par devers elles la QPC, comblé en partie le vide qui les tenait à distance du soin de se soucier de la constitutionnalité de la loi.

Un petit grain de sable semble pourtant s'être glissé dans cette mécanique bien huilée : c'est que, là où l'on imaginait que les convergences qui se sont fait jour ne pussent faire autrement que de se perpétuer dans une suite de progrès ininterrompus et dont la fusion des deux contrôles signerait – peut-être un jour – la fin de l'histoire (l'on n'ose dire en vérité, l'absorption du premier par le second et donc sa disparition programmée) le temps plus rapproché de ce qui s'observe actuellement incline à un jugement plus nuancé.

Que l'on comprenne bien le sens du propos. Il n'est pas dans notre intention de nier que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité connaissent désormais des trajectoires convergentes après avoir coexisté et prospéré – pour l'essentiel – dans une indifférence réciproque dont seules, n'en déplaise aux faiseurs de systèmes, quelques rares passe d'armes isolées sont venus troubler le cours.

Les droits fondamentaux et leur inexorable montée en puissance devenus l'archétype du *Rule of law* sont passés par là ; la crainte aussi d'une déflagration de grande ampleur à tous les étages – et le temps – ont probablement fait le reste pour œuvrer à des relations apaisées entre les systèmes et les juges censés les protéger.

Mais, si beaucoup ont fait leur cette vérité supposée définitive que l'étude des rapports de systèmes pouvait se ramener en entier à la dogmatique des droits et libertés fondamentaux, et même, à supposer que celle-ci fournisse l'essentiel des preuves et raisons de plaider pour l'avènement d'un monde normatif pacifié vu sous le prisme des rapports de systèmes, il y a encore loin avant que cette façon de cadrer la problématique n'épuise le sujet.

D'abord parce que ces rapports débordent encore largement le périmètre des seuls droits et libertés et alors surtout que les normes qui les substantifient en droit, ne sont pas pourvues de cette toute puissance qui leur permettrait de l'emporter dans chaque cas qui se présente sur tout autre énoncé normatif contraire. L'arrêt *Melloni* (pour n'évoquer que lui) a eu ce grand mérite de déciller tous ceux qui rêvaient tout éveillés que la primauté du droit de l'Union avait enfin trouvé en son sein même, plus fort qu'elle...

Ensuite, parce que dans le cercle restreint des lieux dans lesquels justice se prononce, les faveurs que s'attire l'aphorisme « le dialogue plutôt que la guerre » (des juges)<sup>16</sup> ont beau avoir été promues au rang de credo indépassable par tous ceux qui font commerce de leur « savoir dire le droit » en Europe, on pencherait plutôt, comme le laissent entre apercevoir quelques décisions soigneusement pensées rendues récemment par certaines juridictions constitutionnelles, pour le possible avènement d'un nouveau cycle ; peut-être un « post modernisme normatif » où l'opposition, la divergence, la résistance au « pseudo pouvoir de dernier mot », la dysharmonie entre choses jugées, et le désordre relatif que cela induit, ne seraient pas ou plus systématiquement tenus pour des dysfonctionnements insupportables dont il faudrait faire rendre gorge dans l'instant à tous les empêchements de tourner en rond.

Précisément, là où il y a matière à contrôle opéré sur des décisions de justice, les distinctions entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité trouvent donc encore de fortes raisons de s'exprimer.

Et elles s'y emploient de diverses manières dans la bouche des juges. On fera état en ce sens de deux séries d'observations. Les unes ont trait aux conditions dans lesquelles les deux contrôles sont déclenchés et peuvent s'accomplir (A), les autres, aux effets qui s'y attachent (B).

## A. La distinction quant aux conditions de déclenchement et d'exercice du contrôle

### 1. *La question de la nature des moyens : moyen d'ordre public ou non ?*

Sans être uniquement déterminé par cela, le déclenchement des contrôles que l'on sait, est-il pour une part importante, sous la dépendance – c'est-à-dire découlant de leur qualification – des moyens propres à établir la « légalité » ou au contraire « l'illégalité » des actes que le juge a pour mission de contrôler ? En suite de quoi, le contrôle qui sera, le cas échéant, effectué postérieurement par un autre juge sur la décision qu'il aura rendue sur ce point, sera-t-il donc aussi, pour partie, conditionné par l'attitude qui aura été la sienne relativement au traitement qu'il pourra ou devra réserver aux moyens dont s'agit et cela, en considération de leur nature juridique ?

Sous cet angle, la question essentielle met en présence d'une opposition – pas forcément radicale et toujours fixée avec la constance et l'étendue que l'on serait en droit d'attendre – entre les moyens d'ordre public et les autres. Au demeurant, la manière dont se positionnent les juges sur cette question est assez variable. Et cela peut se répercuter en aval sur l'étendue du contrôle qu'un juge « supérieur » sera à même d'exercer sur la décision de son subordonné. En France par exemple, l'attitude des juges judiciaires et des juges administratifs sur la question des conditions de reconnaissance des moyens d'ordre public (ou d'office) est loin d'être identique tandis qu'à l'intérieur d'un même ordre de juridiction, on peut assister à des variations également tenant compte de la nature

<sup>16</sup> Patrick WACHSMANN, « Le dialogue plutôt que la guerre » in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1121-1138.

des normes de référence éligibles à cette qualité. Il en résultera que le contrôle exercé par les juges d'appel et de cassation notamment, sur les décisions des juridictions subordonnées, sera lui-même plus ou moins étendu.

Le même constat peut être fait au niveau des juridictions supra-étatiques : vis-à-vis des moyens d'ordre public – ceux qui sont tirés de la violation des normes découlant des traités – les deux cours européennes ont une approche différente qui s'explique en grande partie par la considération tirée des particularités de leur office respectif et des missions qui leur incombent. La Cour de justice de Luxembourg est plus attentive au regard que portent les juridictions internes sur le sort des moyens tirés de la violation du droit communautaire. Ce qu'elle a en vue avant tout, c'est que les justiciables soient certains de trouver dans le droit procédural national des garanties propres à leur assurer la sauvegarde des droits qu'ils tirent de l'effet direct du « droit communautaire » et qu'il n'y ait pas à cet égard un traitement moins favorable appliqué à ce dernier comparé à celui réservé au droit national. La Cour européenne des droits de l'homme est plus « indifférente » à cette question des moyens d'ordre public en considération du caractère essentiellement subsidiaire du mécanisme mis en place par la Convention ; mais elle ne s'y oppose pas non plus, bien au contraire dans la mesure où précisément le relevé d'office de moyens tirés de la violation de la Convention peut renforcer « l'effet utile » et la finalité tirée de la subsidiarité du contrôle conventionnel.

Dans le cadre limité de la présente étude on ne peut d'ailleurs retracer qu'à grands traits l'état du droit sur cette question éminemment complexe et qui le doit beaucoup à la grande variabilité des positionnements adoptés par les acteurs juridictionnels eux-mêmes.

La ligne directrice que l'on peut, avec prudence, dégager de l'étude du droit positif est la suivante : les moyens d'inconventionnalité sont *en règle générale et par principe* écartés au titre de moyens d'ordre public ; à l'inverse, mais avec des nuances également, la violation de la Constitution peut être, dans certains cas, reconnue comme moyen d'ordre public.

*a. Rejet, en règle générale, des moyens d'inconventionnalité comme moyens d'ordre public*

La position adoptée en ce sens est très marquée, voire constante du côté des juridictions administratives<sup>17</sup>. Le Conseil d'État en particulier, en fait sa ligne de conduite depuis l'arrêt de Section *Société anonyme Morgane* de 1991 et cela, indifféremment, selon que se trouve mise en cause une règle du droit communautaire ou une stipulation de la Convention européenne des droits de l'homme. Réexaminée à nouveau dans l'arrêt *Maciolak*, la question y reçoit une réponse identique parée cette fois de l'autorité de l'Assemblée du contentieux<sup>18</sup>.

À la suite de quoi, la Haute juridiction administrative en tire par exemple la conséquence que n'est pas recevable à l'appui d'un pourvoi, un moyen d'inconventionnalité (incompatibilité avec une

<sup>17</sup> Voir not., Karine MICHELET « La loi inconventionnelle », *RFDA* 2003, p. 23 et s.

<sup>18</sup> Voir ég., dans le même sens : CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture*, *Leb.*, p. 35 ; CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, n° 232276.

directive communautaire) non soulevé devant les juges du fond « et qui n'est pas d'ordre public ». Implicitement, le juge de cassation donne en l'espèce raison au juge d'appel de s'être gardé de soulever d'office un tel moyen, l'abstention à ce faire de la juridiction d'appel n'étant pas entachée d'erreur de droit<sup>19</sup>. Inversement, l'examen (avant l'arrêt *Nicolo*) de la compatibilité d'une loi antérieure à la prise d'effet en France de la Convention européenne des droits de l'homme, auquel le juge du fond a procédé (sans commettre d'erreur de droit), est subordonné à la condition qu'un tel moyen ait été préalablement soulevé devant lui par le requérant<sup>20</sup>. Si bien que serait entaché d'erreur de droit un arrêt ou jugement qui procéderait à tel relevé d'office. Dans le prolongement, participe tout autant de cette attitude réservée la position adoptée par le Conseil d'État dans sa décision *Cheriet Benséguir* de 2010<sup>21</sup> alors même qu'il y procède au renversement de sa jurisprudence *Rekhou* de 1981<sup>22</sup> : s'il appartient au juge administratif de s'assurer que la condition de réciprocité visée par l'article 55 C est ou non remplie, *c'est à la condition qu'ait été soulevé devant lui le moyen* tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de cette réserve, soit écarté l'application d'un traité, soit fait application de ses stipulations. La même solution devrait sans difficulté pouvoir être transposée au cas d'un jugement. Enfin, il n'est pas indifférent, à titre de dernier exemple, de relever que le Conseil d'État s'abstient de relever d'office tout moyen tendant à mettre en cause la compatibilité internationale d'une réserve émise par la France à un traité international, alors même que celle-ci peut être sérieusement contestée à la lumière d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>23</sup>. On devrait logiquement en inférer que le moyen tiré de la méconnaissance de la chose jugée par la Cour européenne des droits de l'homme ou par la Cour de justice de l'Union européenne ne doit pas davantage être relevé d'office<sup>24</sup>.

19 CE, 28 juillet 1993, *M. Raymond Bach et autres*, n°118717 ; Ass., 6 décembre 2002, *Jean Maciolak* n° 239540, Concl. contr. P. Fombeur. Ce dernier arrêt retient particulièrement l'attention en ce, qu'après avoir rappelé dans un premier temps, que le moyen tiré de la régularité de la composition d'une juridiction est un moyen d'ordre public et donc, que cette composition doit être conforme aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ainsi qu'aux principes généraux qui en gouvernent la mise en œuvre, il précise, dans un second temps, que la conformité de ces dispositions législatives aux traités et accords internationaux ne constitue pas une question d'ordre public. Comp. et du même jour : CE, Ass., 6 décembre 2002, *Jacques Trognon*, n° 240028, Concl. P. Fombeur ; *Abdelaziz Aïn-Lhout*, n° 221319, concl. F. Séners. Les deux arrêts examinent le moyen soulevé par les requérants de la compatibilité des mêmes dispositions législatives fixant la composition de juridictions administratives spécialisées avec les stipulations de l'article 6, §1 de la CEDH. Comp. aussi avec CE, 29 mai 2002, *M. Vaillant*, n° 222279 jugeant, au visa de ces stipulations, le requérant « recevable et fondé à soutenir qu'en ne soulevant pas d'office l'irrégularité de la composition de la juridiction de première instance la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre des chirurgiens-dentistes a entaché sa décision d'erreur de droit ».

20 CE, 30 janvier 1981, n° 18327.

21 CE, Ass., 9 juillet 2010, *M<sup>me</sup> Cheriet Benseghir*, n° 317747.

22 CE, Ass., 29 mai 1981, *Sieur Rekhou*, n° 15092.

23 Voir en ce sens, conclusions A. Lallet sur CE, 22 octobre 2014, *Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, n° 364384, 365276, 365818, 36582 ; Voir ég., CE, 16 mars 2016, *SAS Rapa*, n° 377874 : « Considérant [...] que la société requérante ne peut utilement contester le bien-fondé de l'arrêt qu'elle attaque en invoquant, pour la première fois devant le juge de cassation, le moyen, qui n'est pas d'ordre public et n'est pas né de cet arrêt, tiré de la méconnaissance d'une espérance légitime devant être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

24 Quelque restrictive que soit la doctrine du juge administratif quant à l'identification de « l'acte pris en dehors du champ d'application de la loi », on peut raisonnablement se demander s'il ne serait pas amené à n'avoir d'autre choix que de censurer un jugement à lui déféré après avoir relevé, au besoin d'office, le moyen tiré de ce qu'il aurait été fait application à la cause d'un acte dont l'inconventionnalité aurait par ailleurs été prononcée par une décision devenue définitive. Le Conseil d'État ayant, comme on le sait, admis la légalité du refus de pendre un décret d'application d'une loi viciée d'inconventionnalité, un tel acte néanmoins édicté, semble correspondre à la qualification que l'on sait ; ce qui devrait conduire le juge d'appel ou de cassation à censurer pour erreur de droit, le jugement rendu au fond pour n'avoir pas relevé, au besoin d'office, un tel moyen.

De manière positive, l'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité conduit toutefois le Conseil d'État à faire en sorte que le premier soit, le cas échéant, relayé par le second<sup>25</sup>.

La position tout en réserve du Conseil d'État, se sépare en partie de celle de la Cour de justice de Luxembourg qui n'écarte pas l'éventualité pour le juge national d'avoir à relever d'office les moyens tirés de l'incompatibilité du droit national avec le droit communautaire (CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 : « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de procédure nationale qui, dans des conditions telles que celles de la procédure en cause en l'espèce au principal, interdit au juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable » (pt 21)<sup>26</sup>.

La Cour administrative d'appel de Paris a pour sa part déjà accepté de procéder au relevé d'office du moyen (non invoqué en première instance) tiré de la contrariété d'une disposition du CGI à une directive communautaire : « il incombe le cas échéant au juge national de soulever d'office le moyen tiré de la non conformité du droit interne à (une) directive (communautaire) »<sup>27</sup>.

Comme le souligne le Professeur Chapus<sup>28</sup>, la position traditionnelle de la juridiction administrative sur cette question est fondée sur une approche raisonnable et l'on ajoutera, réaliste : elle procède de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouverait le juge du fond à s'obliger systématiquement et dans chaque litige, à rechercher dans la masse considérable des normes européennes et internationales en vigueur en France les normes invocables et applicables à la cause.

– *Jurisprudence de la Cour de cassation.* La Haute juridiction judiciaire manifeste de son côté une attitude en règle générale réservée sur la question du sort réservé aux moyens d'inconventionnalité soulevés pour la première fois devant elle y compris lorsqu'il s'agit de faire application de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais elle fonde sa position sur une argumentation différente de celle du juge administratif. Néanmoins, comme le relève le rapport 2013 de la Cour de cassation : « Compte tenu de la nature du texte et de sa valeur supranationale, le moyen est

25 Décision *M'Rida* précitée et appliquant cette solution : « Il appartient au juge du litige, s'il n'a pas fait droit aux conclusions d'une requête en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui (nous soulignons) s'il doit écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne » (CE, 10 avr. 2015, n° 377207, *Sté Red Bull on Premise*).

26 CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 : « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de procédure nationale qui, dans des conditions telles que celles de la procédure en cause en l'espèce au principal, interdit au juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable » (pt 21). Voir ég., CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93 ; CJUE, 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, aff. C-455/06 ; CJUE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, (pt 45) ; CJUE, 6 octobre 2009 *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, point 54). La Cour précise encore que lorsque le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante, cette faculté se transforme en obligation pour lui, d'appliquer d'office la règle de droit de l'Union contraignante.

27 CAA Paris, 1<sup>er</sup> juin 2005, n° 00PA03825

28 *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd. 2008, n° 938, p. 805.

assurément d'ordre public ; mais ce critère ne suffit pas au juge du droit pour s'en saisir »<sup>29</sup>. La raison tient aux spécificités des conditions de recevabilité des moyens appuyant un pourvoi qui ne doivent pas être mélangés de fait et de droit. Ainsi, comme le souligne le rapport précité : « La Cour de cassation ne peut connaître pour la première fois que des moyens de pur droit ou nés de la décision attaquée. Or, le moyen tiré de la violation de la Convention [...] est rarement de pur droit, même si on entend cette notion comme incluant les éléments de fait disponibles dans le débat dont la Cour de cassation peut se saisir ». S'appuyant sur le bilan de l'année 2013, l'étude précise que « toutes les chambres de la Cour de cassation ont eu l'occasion de déclarer irrecevable un moyen tiré de la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au motif qu'il était nouveau et mélangé de fait et de droit »<sup>30</sup>.

La doctrine de ses différentes chambres sur la question n'est cependant pas arrêtée une fois pour toute, certaines chambres faisant même à l'occasion, preuve d'audace. L'Assemblée plénière quant à elle n'a pas hésité à faire usage de cette possibilité, en de rares occasions il est vrai<sup>31</sup>. En des occasions plus nombreuses en revanche, d'autres formations se sont convaincues d'appliquer d'office, soit la Convention, soit la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. C'est le cas de la chambre sociale qui est sans doute – ou du moins l'a été car les choses ont changé depuis quelques années – la plus en pointe sur cette question<sup>32</sup>.

– *Relevé d'office d'un moyen tiré du droit de l'UE*. La Cour de cassation répond là encore de manière nuancée à cette question. Le relevé d'office d'un moyen tiré du droit de l'Union s'impose aux *juges du fond* eu égard aux effets combinés « des règles procédurales françaises » (articles 12 et 18 du code de procédure civile) « et de la jurisprudence de la Cour de justice »<sup>33</sup>. Il en résulte que l'obligation joue (sous la seule réserve du respect du principe dispositif)<sup>34</sup> indépendamment de la qualification du moyen comme moyen d'ordre public. S'agissant de la Cour de cassation elle-même, l'on retrouve la règle traditionnelle qui découle *a contrario* de l'article 620 du code de procédure civile qui veut qu'un moyen de cassation ne puisse, sauf à se heurter à une irrecevabilité, être mélangé de fait et de droit. Seuls sont donc éligibles au relevé d'office les moyens de pur droit. Il résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour qu'« un moyen de cassation est de pur droit dès lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations du juge du fond »<sup>35</sup>. S'y ajoute la considération que la Haute juridiction a la faculté mais non l'obligation de soulever d'office un

29 Texte du rapport disponible sur le site de la cour de cassation, [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2013\\_6615/etude\\_ordre\\_6618/notion\\_ordre\\_6659/ordre\\_public\\_6660/utilisation\\_ordre\\_29155.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/notion_ordre_6659/ordre_public_6660/utilisation_ordre_29155.html).

30 *Ibid.* et la jurisprudence citée.

31 Voir par ex. C. cass., *A.P.*, 24 novembre 1989, n° 89-84439.

32 Voir par ex., 15 novembre 1990, *M. Pedrono, Association pour la formation professionnelle et le développement de l'éducation permanente*, n° 87-45.862 : relevant d'office la violation du principe du « libre exercice des droits de la défense ainsi que la règle, selon laquelle toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement » ; Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 94-42.241 : relevé d'office de la violation par un jugement prudhommal du principe d'impartialité posé par l'article 6, §1 CEDH ; Cass. soc., 14 janv. 1999, *Bozkurt c/ CPAM de Saint-Étienne* : relevé d'office des articles 14 de la Convention EDH et 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, combinés et « tels qu'interprétés par la Cour EDH ».

33 Rapport précité.

34 Le principe dispositif impose d'une part que le juge ne puisse sortir des limites du litige tel que circonscrit par les demandes des parties, d'autre part, qu'il ne puisse se fonder que sur des faits qui sont dans le débat et tels qu'ils ressortent par conséquent des pièces du dossier, *Ibid.*

35 *Ibid.* et illustrant ce cas, voir, par exemple, 1<sup>re</sup> Civ., 16 février 1994, pourvoi n° 91-17.270, *Bull.*1994, I, n° 68.

36 Rapport précité.



moyen de pur droit ; toutefois, faisant application de la jurisprudence précitée de la Cour de justice de Luxembourg, la Cour de cassation s'est rangée à l'idée que comme les juges du fond, elle est dans l'obligation de soulever d'office un moyen tiré du droit de l'Union à la condition qu'il s'agisse d'un moyen de pur droit. La question demeure néanmoins posée de savoir si la Cour irait jusqu'à se réserver le pouvoir de censurer un arrêt qui méconnaîtrait l'obligation pesant sur les juges du fond, de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit et ce, pour les besoins de l'application du droit de l'Union<sup>37</sup>.

*b. Le moyen d'inconstitutionnalité est-il moyen d'ordre public ?*

Le débat sur la nature de la Constitution en tant qu'elle peut être vecteur d'un « contrôle de légalité » des décisions de justice, et à ce titre, donnant lieu à l'identification de moyens d'ordre public ou pouvant (ou devant) être soulevés d'office, reste empreint d'une grande incertitude. Et disons-le d'emblée, les cas correspondants, sans être inexistantes, sont rares.

Du reste et sur un plan général, la mobilisation de principes ou règles de valeur constitutionnelle comme moyens d'ordre public appliqués au contrôle de légalité des actes juridiques en général n'est pas des mieux établis. Le mécanisme de la QPC, loin d'avoir clarifié le débat, en a accentué le flou ; l'exigence de principe demeure que le juge *a quo* doit s'interdire d'entreprendre de la soulever d'office. Tandis que placée, quant à son déclenchement, dans les mains du justiciable, celui-ci peut en faire un usage modulé, la tenant tantôt en réserve au seuil de l'instance, décidant tantôt de la faire surgir dans le débat en appel et même, pour la première fois, en cassation.

Le jeu de la QPC laisse toutefois subsister la question du sort à réserver, devant le juge de droit commun, aux moyens d'inconstitutionnalité qui ne prendraient pas pour cible une disposition législative, mais seraient dirigés, directement et exclusivement, contre un acte distinct et reconnu comme indépendant parce que détaché de toute prédétermination législative. L'hypothèse est, avouons-le, des plus improbables compte tenu de l'extension continue du domaine de la loi et du jeu très contraignant de la réserve de loi<sup>38</sup> ainsi que, par voie de conséquence, de la prégnance, fut-elle toute relative désormais, de la théorie de la loi écran. Il y a donc de fortes chances que la plupart des situations mettent en présence de l'existence d'une loi écran intercalée entre l'acte administratif attaqué et la Constitution, ce qui conduira le juge administratif à rejeter sans l'examiner le moyen tiré de la méconnaissance d'une norme constitutionnelle par une loi et présenté à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un acte administratif pris *segundum legem* ; le moyen sera pareillement, et par principe écarté, devant le juge judiciaire appelé à se prononcer par exemple sur un argument en défense fondé sur l'inconstitutionnalité d'une infraction ou d'une peine établie par la loi.

<sup>37</sup> Sur ce point, le rapport précité demeure prudent.

<sup>38</sup> Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de relever, à la suite de Karine Michelet (article précité, note 2 *supra*) que dans l'hypothèse, comme cela a été le cas pour la fixation des dates d'ouverture et de fermeture de la chasse, de régulation réalisée en totalité par la loi, le contrôle de conventionnalité lui-même peut être neutralisé faute d'intervention de tout acte subséquent d'application ou de mise en œuvre.

Si bien que décidant aussi du sort à réserver cette fois, aux décisions de justice, l'invocation d'office de la Constitution ne peut pas donner lieu à des prises de positions catégoriques et encore moins définitives. La recherche de la « perle rare » permettant d'étayer l'hypothèse d'un relevé d'office d'un moyen d'inconstitutionnalité s'apparente davantage à la quête de Graal. En règle générale, la question n'est pas ou peu abordée par la doctrine<sup>39</sup>. Ce qui évidemment ne signifie pas qu'elle ne se pose pas devant le juge. M. Régis de Gouttes, évoquant à l'occasion d'un colloque tenu en 2007 la question de « l'application de la Constitution par la Cour de cassation » avançait en ce sens que si cette application intervient « généralement, en réponse à des moyens de cassation présentés par les parties, [...] rien n'empêche que la Cour de cassation soulève d'office un moyen de pur droit tiré de la violation de la Constitution »<sup>40</sup>

Sur le plan des principes, il ne manque cependant pas d'arguments pour plaider en faveur de cette éventualité.

Un premier argument tient à ce que le Conseil constitutionnel lui-même n'hésite pas à avoir recours à la technique du relevé d'office, y compris en QPC. Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier d'ailleurs « le contentieux constitutionnel des lois » de « contentieux d'ordre public par nature » (G. Drago). L'on s'appuie pour cela, notamment sur la considération des plus significative que le Conseil peut déployer son contrôle dans les cas mêmes de saisines non motivée (ou de désistement)<sup>41</sup> et se détacher si besoin, des arguments des requérants pour en faire émerger des conclusions ou moyens d'office. Ceci est en mesure de conforter le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité des normes (de toutes les normes ?), un contrôle fondé sur l'idée que la Constitution structure un *ordre constitutionnel objectif* imposant ses contraintes, en particulier à l'ensemble des organes ou acteurs dotés d'un pouvoir normatif.

Un deuxième élément se réfère à l'idée que le contrôle de constitutionnalité poursuit des objectifs qui excèdent l'intérêt immédiat que les requérants – animés au demeurant par des préoccupations différentes – peuvent rechercher. L'examen de constitutionnalité des normes est en ce sens, présenté comme un instrument de « défense de la Constitution » (G. Drago), et même, allons jusqu'à le dire, de « l'ordre constitutionnel », plus qu'une simple voie de droit bornée par la défense de droits subjectifs ou la défense d'intérêts communs (la défense de leurs prérogatives pour les parlementaires ou la protection de leurs droits fondamentaux pour les individus).

39 Voir par exemple, B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, ouvrage précité, pp.31-54 ;

40 R. DE GOUTTES, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation », in G. DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, ouvrage précité, p. 66. L'auteur cite à titre d'exemple un arrêt de la chambre criminelle du 5 juillet 1983 relevant d'office un moyen tiré de la violation l'article 26, alinéa 2 de la Constitution. L'arrêt est en effet explicite : « Sur les moyens relevés d'office, pris de la violation des articles 26 de la Constitution du 4 octobre 1958, 467 et 593 du code de procédure pénale » (Crim., 5 juillet 1983, n° 82-92737). On relèvera cependant que le relevé d'office de la violation de la norme supérieure n'est pas dissocié de celui qui bénéficie aux règles de valeur législative du code de procédure pénale.

41 C'est évidemment le cas lorsque le Conseil est saisi, comme il en est d'ordinaire, par le président de la République de l'examen de la compatibilité d'un engagement international avec la Constitution en application de son article 54. De manière plus singulière, on relèvera aussi le cas qui s'est présenté au Conseil en 2015 à propos de la loi sur le renseignement : sans mettre directement en cause la constitutionnalité de la loi, le président de la République invitait le Conseil à en confronter certaines dispositions expressément visées à un certain nombre d'exigences constitutionnelles également précisées.

Un troisième et dernier élément tient à la place singulière et pour tout dire exclusive qu'occupe la Constitution dans l'ordre juridique étatique. La Constitution n'est pas une norme « ordinaire » ; sa supériorité n'est à nulle autre comparable ; au point qu'il est davantage seyant de rehausser encore la terminologie pour évoquer plutôt que sa supériorité, sa suprématie. La Constitution étant, comme le constatent unanimement les juges français, située « au sommet de l'ordre juridique interne » – aucune autre norme (si ce n'est celle produite en la forme constitutionnelle) n'étant, ni en mesure de l'égaliser, ni en possession du pouvoir de la contraindre à plier devant elle – elle est par la même dotée d'une « supériorité » d'une nature particulière : à la fois permanente, unique, absolue et générale (dans l'ordre juridique interne s'entend). L'extension des exigences de conformité au-delà de la seule validité (les conditions de production) est d'ailleurs renforcée par le fait que le contenu des normes subordonnées devient pour partie à son tour déterminé par le respect d'exigences constitutionnelles de fond. Si bien qu'il peut paraître recommandable, s'agissant de la Constitution plus que de tout autre norme, que validité et conformité soient mises en situation de coïncider le mieux possible. Le relevé d'office ou l'admission comme moyen d'ordre public des distorsions ou défauts constatables, s'impose dès lors de plus fort en vue de la correction qu'exige le respect de la règle de droit suprême.

Ces arguments se heurtent toutefois :

1°/ À la considération que le caractère d'ordre public d'un moyen est laissé à la libre appréciation du juge ;

2°/ À celle que ce n'est pas la gravité de l'atteinte à la « légalité » qui détermine à elle seule l'attitude qu'adoptera le juge ;

3°/ À ceci que l'irrecevabilité d'un moyen l'emporte sur son caractère d'ordre public (tel est le cas en situation de loi écran)<sup>42</sup>

L'hypothèse d'une invocation d'office de la Constitution contre une décision de justice est dans ces conditions d'autant plus rare qu'elle ne pourrait concerner en amont que le cas où un acte administratif par exemple, puisse être directement confronté à la Constitution (absence de loi écran).

Il faut ensuite que l'absence d'invocation du moyen d'inconstitutionnalité frappant l'acte administratif soit suppléée par son relevé d'office. Il n'y a cependant pas toujours de relation de condition à conséquence entre moyen d'ordre public et relevé d'office. Si c'est le cas devant le juge administratif (les moyens d'ordre public étant les seuls éligibles au relevé d'office) il n'en va pas de même devant le juge judiciaire (celui-ci pouvant relever d'office des moyens qui ne sont pas d'ordre public).

Dans le prolongement, on pourrait en inférer en toute logique que devant le juge administratif, un jugement ayant omis de procéder à un relevé d'office d'un moyen d'inconstitutionnalité encourrait la réformation ou l'annulation *ex post* ; ou encore, situation qui aboutirait au même résultat, que ledit

42 Sur ces différents points, voir René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> éd. 2005, n° 932, p. 800.

moyen soit soulevé après l'expiration du délai de recours (et ce, sans considération pour le fait qu'il s'agisse d'une demande nouvelle) ou encore pour la première fois en appel ou en cassation et que le juge accepte, au titre de sa qualité de moyen d'ordre public d'en examiner le bienfondé. Une difficulté supplémentaire résulte de la situation qui veut que, hormis le cas où ils sont expressément dits comme tels (ou reconnaissables par utilisation d'une formule fréquente mais pas systématique)<sup>43</sup>, il se peut que le juge en ait bien identifié l'existence tout en le rejetant par prétérition s'il n'est pas fondé<sup>44</sup>.

Enfin, l'hypothèse d'un relevé d'office d'un moyen d'inconstitutionnalité dirigé contre la décision d'un juge ne pourrait s'appliquer par hypothèse qu'aux jugements de première instance ou d'appel.

On est conduit par suite à dresser un bilan globalement stérile relativement à la question évoquée.

Une première hypothèse fournit un indice intéressant. C'est celle du constat de caducité de la loi inconstitutionnelle ; si l'on met à part les avis prononcés en ce sens par le Conseil d'État<sup>45</sup>, les arrêts (ou ordonnances) connus s'appuient non pas sur un relevé d'office mais bien sur un moyen soulevé par les requérants<sup>46</sup>. Cette éventualité est au contraire radicalement exclue par la chambre criminelle de la Cour de cassation : « il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de relever l'inconstitutionnalité des lois, quelle que soit la date de leur promulgation »<sup>47</sup>.

La précision énoncée ci-avant quant au rapport de condition (gravité de l'illégalité de l'acte ou du comportement) à conséquence (qualité d'ordre public du moyen tiré de cette illégalité), met en présence de situations au demeurant tout à fait opposées ; comme celle qui conduit d'un côté le juge administratif à censurer d'office la composition irrégulière d'une juridiction et de l'autre, à ne pas identifier comme d'ordre public, un moyen tiré de l'atteinte aux droits de la défense. Et alors que dans le même temps peut être sujet à relevé d'office un moyen de procédure comme l'absence de saisine du Conseil constitutionnel aux fins de déclassement d'un texte de forme législative avant sa modification par décret<sup>48</sup>.

Un certain nombre de cas de figure ne devraient pas du reste prêter à discussion.

Il en va ainsi tout d'abord du moyen tiré de la violation de la chose définitivement jugée et que, s'agissant des actes administratifs, le Conseil d'État considère de longue date et sans difficulté, comme étant d'ordre public ; on pourrait donc assimiler à cet prise de position le cas où un jugement aurait fait application d'un texte (loi, règlement, décision individuelle...) entaché *d'inconstitutionnalité* alors que celle-ci aurait été déjà constatée par une décision définitive.

Devraient être censurée sur les mêmes fondements, une décision juridictionnelle faisant application d'une loi sans tenir compte des réserves d'interprétation énoncées par le Conseil

43 La formule identifiant le fait que le juge a statué en considération d'un moyen d'ordre public est : « sans qu'il soit besoin de d'examiner les moyens de la requête ».

44 René CHAPUS, ouvrage précité, n° 932, p. 800.

45 Le premier cas fut celui rendu par son Assemblée générale le 4 Nivôse an VIII.

46 Voir notamment, les arrêts *Société Eky* du 12 février 1960 (*Leb.*, p. 101) et *Syndicat national des huissiers de justice*, 16 décembre 2005, *précité*.

47 Cass. crim., 18 n.ov. 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 359.

48 CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Leb.*, p. 479.

constitutionnel. Comme le soulignaient de manière générale, en 1992, le doyen Favoreu et le professeur Renoux<sup>49</sup> : « L'autorité de chose jugée attachée aux décisions de justice est souvent présentée comme découlant d'un principe général du droit applicable sans texte [...]. Il s'agit en réalité d'un principe à valeur constitutionnelle, conséquence directe de la séparation des pouvoirs consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen... » et l'on ajoutera, pour ce qui concerne les décisions du Conseil constitutionnel, de l'article 62 de la Constitution. Et les auteurs d'insister : « La violation par un acte administratif de la chose jugée d'une décision du Conseil constitutionnel constituera dès lors, comme pour toute décision de justice, un cas d'inconstitutionnalité (les auteurs soulignent) entraînant l'annulation pour excès de pouvoir, prononcée par le juge administratif dans les conditions du droit commun » (nous soulignons)<sup>50</sup>.

C'est également par application de l'article 13 de la Constitution que sera censuré d'office pour non délibération préalable en conseil des ministres un décret qui devait satisfaire à cette condition.

La solution est identique pour le relevé d'office qui pourrait être fait du principe fondamental reconnu par les lois de la République touchant aux compétences constitutionnellement réservées à l'un ou l'autre ordre de juridiction.

S'agissant enfin de l'hypothèse d'une validation législative d'un acte administratif, l'état du droit révèle une situation plus complexe. Confronté à une loi portant directement atteinte à la chose jugée (par exemple celle redonnant vie à un acte administratif annulé), le Conseil d'État n'avait auparavant d'autre choix que de s'incliner<sup>51</sup>. Il peut aujourd'hui procéder différemment en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme mais à condition que le moyen tiré de la violation de l'article 6 §1 ait été soulevé par les requérants. Mais surtout, sous l'angle de l'examen de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a bien précisé dans sa décision du 22 juillet 1980 qu'il n'appartenait pas au législateur « de censurer les décisions des juridictions ». Le Conseil d'État aurait-il pu tirer toutes les implications de cette interprétation à l'égard d'une loi en vigueur ayant cet objet et ayant échappé à l'examen du Conseil constitutionnel, notamment en relevant d'office l'atteinte au principe de séparation des pouvoirs ? Il ne le semble pas dans la mesure où cette situation ne relèverait pas au sens strict du champ d'application de l'article 62 de la Constitution et alors, au surplus, qu'elle serait couverte par la théorie de l'écran législatif. L'entrée en lice de la QPC offre désormais une « porte de sortie » ... au requérant dans une telle hypothèse, notamment pour des lois de validation anciennes. Ce qui montre que l'écran législatif, s'il est partiellement maintenu, se trouve potentiellement en sursis.

49 L. FAVOREU et Th. S. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992, n° 244, p. 125.

50 *Ibid.* n° 245, p. 125 et la jurisprudence citée ; *Adde*, René. Chapus, ouvrage précité, n° 939, p. 806 et la jurisprudence citée. Il est important de rappeler que la méconnaissance de la chose jugée par un jugement ou arrêt est, de manière très ancienne, un motif de cassation devant le Conseil d'État (CE, 8 juillet 1904, *Botta*, *Leb.*, p. 557, concl. Romieu ; *GAJA*, 19<sup>e</sup> éd. 2015, n° 13, p.79).

51 Par ex., CE, 7 mars 1980, *Association de défense des intérêts des étudiants de l'Université de Paris XIII*, *Leb.*, p. 128.

## 2. *Le reflux constant mais non définitif de « l'écran législatif »*

Au-delà du cas particulier que peut représenter la technique de la validation législative, la théorie de la loi écran peut concerner toutes les autres hypothèses où une disposition législative vient s'intercaler entre la Constitution et la norme infra législative contestée. De telles hypothèses conduisaient, par le passé, le juge de droit commun à opposer au requérant son incompetence pour se prononcer sur un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un acte administratif, par exemple, dès lors que ce dernier apparaissait au juge comme procédant dans sa substance même de l'inconstitutionnalité médiate – par omission ou par commission – de la loi. Alors même que le requérant se gardait bien dans un tel cas d'invoquer expressément l'inconstitutionnalité de la loi, le juge le ramenait derechef à la réalité en faisant remonter à sa source – la loi – l'inconstitutionnalité opposée au décret par exemple. Le juge avait alors toute aisance pour vouer au rejet le moyen soulevé, réitérant une position de principe qui, sous la plume du Conseil d'État, avait pris, dès 1936, la formulation que l'on sait : « Sur le moyen tiré de ce que l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avr. et 10 mai 1934, serait contraire aux lois constitutionnelles : Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux »<sup>52</sup>.

L'hypothèse ainsi ciblée a pu, paradoxalement, et dans un premier temps, apparaître comme vouée à une extension constante à la mesure même de l'extension corrélatrice du domaine de la loi sous l'impulsion conjuguée des jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, alors même que celle-ci procédait d'intrusions indues de la part du législateur dans le domaine constitutionnellement déterminé du règlement.

La théorie de la loi écran s'est néanmoins réduite progressivement sous l'effet conjugué de la banalisation du contrôle de conventionnalité et de l'implication étroite des juridictions du filtre dans le pré examen de constitutionnalité de la loi qu'appelle le mécanisme de la QPC. Il n'en reste pas moins que l'interdit qu'oppose – sans doute potentiellement et non définitivement – la loi écran n'a pas été réduit à néant alors même que, comme cela a été souligné, son jeu relèverait d'une forme d'inconséquence fortuite de la part du justiciable (et de son conseil). Il « suffit » pour qu'elle resurgisse, que l'intéressé ait « oublié » de se réclamer, et selon les cas, du moyen (d'inconventionnalité) ou de la nouvelle voie de droit (QPC)<sup>53</sup>. On ne peut, toutefois, exclure une démarche parfaitement consciente en ce sens, mais avec les conséquences que l'on sait<sup>54</sup>.

52 Conseil d'État, Section, 6 novembre 1936, *Arrighi et Dame veuve Coudert*, *Leb.* p. 966, concl. Latournerie ; l'impossibilité ainsi énoncée prenait dans la bouche du président Latournerie une tournure catégorique : « Si large qu'ait été [...] l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif [...] Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard [...] même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle, selon nous, qu'en l'état du droit puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine qui vous est propre, des actes administratifs. ». Et réitérant cette doctrine plus récemment, CE, 5 janvier 2005, *M<sup>lle</sup> Deprez et Baillard*, n° 257341.

53 Voir l'étude de Marguerite CANEDO-PARIS, « La QPC et l'avenir (heureux ?) de la théorie de l'écran législatif », *Les petites affiches*, 6-7 septembre 2011, p. 7. L'oubli pouvant également prendre la forme de l'absence d'un écrit distinct et motivé.

54 Le Conseil d'État ne manque pas de le rappeler à l'occasion : « qu'en l'absence (...), de toute contestation de la constitutionnalité de la loi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, les moyens tirés de ce que cette limitation serait contraire au principe d'égalité ainsi qu'à l'article 2 de la Constitution (...) ne sont pas de nature à être utilement soulevés devant le juge administratif » (CE, 16 juillet 2010, *Djamila D.*, n° 319993).

## B. Distinction quant aux effets du contrôle

C'est dans ce registre que les distinctions entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité sont (encore) susceptibles de se manifester avec le plus de relief. On peut aller jusqu'à considérer que lorsque sont en cause des décisions de justice, la radicalité qui s'attache au constat de leur inconstitutionnalité, comparée à la relativité avec laquelle s'affirme (en règle générale) un constat d'inconventionnalité, renforce les termes de la distinction que l'on est conduit à faire d'ordinaire, s'agissant des lois, entre les exigences respectives de constitutionnalité et de conventionnalité (absence de ou perte de validité/inapplicabilité). Dit autrement, l'effet du constat d'inconstitutionnalité d'une décision juridictionnelle est beaucoup plus fort et plus étendu que ce que peut entraîner, sur sa « validité », la mise en évidence de son inconventionnalité.

On en tirera pour conséquence l'idée que si, sanctionnant au fond la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'une décision de justice est appelée à produire des effets *grosso modo* identiques dans tous les cas (sanction de l'annulation/abrogation, impossibilité pour la règle ainsi frappée, d'accéder à la validité), le vice d'inconventionnalité d'une décision de justice produit des effets plus modulés, tantôt radicaux, tantôt relatifs, parce que précisément, dans certaines hypothèses, le principe de séparation des pouvoirs protège, sauf exception, la chose définitivement jugée de sa remise en cause frontale.

Il faut donc là encore, distinguer.

1°/ Corrélation entre sanction de l'inconstitutionnalité et sanction de l'inconventionnalité d'une décision de justice : annulation/*infirmation*. C'est une donnée importante : ici s'opère en effet une jonction entre les deux formes de contrôles, ce qui conduit à une superposition de leurs effets. Encore faut-il préciser que nous raisonnons ici, s'agissant de la fonction de justice constitutionnelle, dans le cadre du modèle concentré de type européen (et sans tenir compte de son aménagement éventuel en modèle mixte, mi diffus, mi concentré).

Lorsque donc, un juge est appelé à statuer sur la régularité ou le bienfondé d'un jugement à lui déféré et que l'examen auquel il procède fait ressortir, en tout premier lieu, son *inconstitutionnalité*, l'annulation du jugement ainsi vicié est encourue, soit pour erreur de droit, soit pour violation directe de la règle de droit supérieure (par ex. l'article 62 de la Constitution). Elle sera prononcée soit par la juridiction constitutionnelle compétemment saisie d'un tel examen selon les voies de droit appropriées (recours direct, renvoi préjudiciel, question de constitutionnalité...), soit par le juge de droit commun saisi selon les voies de recours ordinaires ou extraordinaires (appel, cassation pour l'essentiel). En France, si la première voie est pour l'instant fermée aux requérants, la seconde leur laisse des possibilités d'action non négligeables pouvant conduire, en cas de « jugement entaché d'inconstitutionnalité » et selon le cas, à sa mise à néant exclusivement (cassation) ou à son infirmation (soit par réformation ou par annulation partielle). Ainsi, en se fondant sur des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel pour rejeter une requête tendant à obtenir la décharge d'une imposition, et alors même que le Conseil avait précisé

que la déclaration d'inconstitutionnalité pouvait être invoquée dans toutes les instances en cours, une cour d'appel a commis une erreur de droit<sup>55</sup>.

Par comparaison, et en second lieu, la méconnaissance d'une norme conventionnelle internationale est susceptible de produire les mêmes effets : le juge administratif ou judiciaire pourra prononcer l'annulation d'un jugement de premier instance ou d'appel au motif que ce dernier fait apparaître qu'en statuant comme il l'a fait, le juge a « violé », « méconnu », le ou les textes pertinents ou encore, « a commis une erreur de droit ».

Ainsi, par exemple, après avoir affirmé que la personne qui a assisté une partie à un procès prudhommal ne peut être membre de la juridiction appelée à se prononcer sur le différend opposant les mêmes parties, la Cour de cassation juge qu'un conseil de prudhommes, statuant au fond, étant composé du même délégué syndical qui avait assisté le salarié, la cause n'a pas été entendue par un tribunal impartial et que le jugement prononcé doit être cassé pour violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>56</sup>. De même (après relevé d'office du moyen de cassation) la même chambre sociale, après avoir énoncé que l'immunité accordée par la loi du 29 juillet 1881 aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux et qui est destinée à garantir le libre exercice des droits de la défense ainsi que la règle, selon laquelle toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, interdit, sauf le cas d'abus, de retenir à faute contre leur auteur le contenu de ces discours ou écrits, casse et annule un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers qui, pour décider que le licenciement du salarié était fondé sur une cause réelle et sérieuse, a relevé le caractère injurieux des conclusions, l'arrêt attaqué ayant de ce chef, violé l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble, « le principe de la liberté des droits de la défense »<sup>57</sup>. La position du Conseil d'État n'est au demeurant pas différente<sup>58</sup>.

2° / Distinction entre sanction de l'inconstitutionnalité et sanction de l'inconventionnalité d'une décision de justice : l'obstacle décisif de l'autorité de chose définitivement jugée.

L'on touche là sans doute à l'un des talons d'Achille du droit international en général et même – nonobstant une jurisprudence tout en progression et en fermeté des cours européennes – du « droit de la Convention européenne des droits de l'homme » et du droit de l'Union européenne : celui des effets des décisions de justice des juridictions supranationales sur la validité des décisions de justice

55 CE, 6 avril 2016, *Société Metro Holding France*, n° 367256. On ajoutera que l'inconstitutionnalité affectant le jugement ou arrêt pourra résulter selon le cas, de leur irrégularité (par exemple, l'absence du contradictoire dans le déroulé de la procédure juridictionnelle) ou de leur absence de bien fondé (méconnaissance au fond d'un autre principe de valeur constitutionnelle révélant une erreur de droit). La circonstance que s'agissant des principes de valeur constitutionnelle protégeant des « droits garantis », ceux-ci trouvent aussi leur affirmation dans des dispositions de valeur législative repris dans les textes (par exemple, dans le code de procédure pénale) est indifférente dans la mesure où de telles dispositions ne sont au fond que la concrétisation législative de règles ou de principes de valeur constitutionnelle. C'est donc bien au final ces derniers que le juge saisi sanctionnera le cas échéant en prononçant l'annulation du jugement querellé.

56 Cour cass., soc., 8 janvier 1997, n° 94-42.241.

57 Cour cass., 15 novembre 1990, n° 87-45.862 ; et mettant en évidence, après leur relevé d'office, les conséquences, ensemble, des moyens d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité dirigés contre un procès-verbal d'écoute et d'enregistrement d'une conversation téléphonique sur le sort d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, voir : Cour de cass., Ass. plén., 24 novembre 1989, n° 89-84-439.

58 Voir notamment, CE 17 décembre 2014, n° 369037 : erreur de droit entachant une décision du Haut conseil du commissariat aux comptes et prise en méconnaissance du « droit au recours » (sans autre précision mais alors que la Convention européenne des droits de l'homme est néanmoins mentionnée dans les visas.



des juridictions internes, notamment suprêmes. Plus particulièrement, cela concerne la détermination de la capacité d'invalidation produite par les premières sur les secondes et les éventuelles conséquences à déduire en cas de réponse positive ou négative à cette question.

Les réponses « internes », notamment françaises à cette interrogation ne sont certes pas inexistantes. Les juridictions « suprêmes » en particulier, ne sont pas restées passives, encore moins figées, face une difficulté qui est devenue centrale dans la problématique de l'interaction des systèmes. Cela se comprend aisément. Les rapports de systèmes doivent dorénavant s'observer non plus seulement de manière en quelque sorte statique – ceux qui mettent aux prises les *instruments normatifs* – mais de manière dynamique, celles qui concernent les « positions doctrinales » respectives des différents « locuteurs juridictionnels », nationaux et supranationaux (rapports de systèmes *juridictionnels et jurisprudentiels*). Tous ces acteurs sont de la sorte appelés dans l'exercice ordinaire de leur office, à (re)structurer en les configurant par touches successives, les rapports de systèmes. En ce sens, il n'y a pas un mais une pluralité de « régulateurs des rapports de système » (Anne Levade), intervenant chacun dans un périmètre et à un niveau prédéterminé mais placés eux-mêmes dans des positions d'interdépendance de plus en plus resserrées.

En outre, on assiste, face à un certain nombre de positionnements jurisprudentiels qui apparaissent frontalement contradictoires, à un relèvement progressif du niveau d'intervention (constituant, législatif) où s'opère le processus de mise en adéquation du droit interne par rapport au droit supranational. Ainsi, en France, c'est par la loi que (de manière très ciblée pour le moment), la possibilité de réouverture d'une procédure juridictionnelle a été rendue possible pour pallier l'inconventionnalité constatée d'une décision juridictionnelle interne définitive. C'est du reste, la situation de loin la plus délicate à gérer : celle où la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la condamnation d'un État parce que la cause directe de la violation de la Convention réside dans la décision de justice « nationale » elle-même (et, plus précisément, eu égard aux conditions irrégulières de son prononcé) et alors que celle-ci peut se prétendre revêtue de la qualité de force de chose jugée.

Les réponses apportées sur ce point par le droit européen et par les juridictions françaises (et de plus en plus par le législateur) restent empreintes en règle générale d'une grande prudence. Une prudence qui contraste là encore avec l'effet plus radical qu'emportent dans leur sillage les déclarations d'inconstitutionnalité.

L'état du droit demeure marqué par un principe essentiel et invariable jusqu'à présent : celui de l'interdiction que s'impose toute juridiction supranationale (à l'exception notoire de la Cour interaméricaine des droits de l'homme) de pouvoir prononcer l'annulation ou de déclarer nulle une sentence interne porteuse d'une incompatibilité frontale avec une norme supra étatique.

L'onde de choc provoquée par une telle déclaration se fait par suite ressentir de manière plus pondérée selon la nature de l'acte frappé d'inconventionnalité et l'autorité qui l'a édicté. Sous cet angle, le sort des décisions de justice est distinct de celui des actes sur lesquels le juge national a été amené à statuer.

Le Conseil d'État a ainsi été conduit à franchir une série d'étapes importantes dans le sens d'une prise en considération plus soutenue des arrêts par lesquels la Cour européenne des droits de l'homme constate la violation de la Convention résultant de l'irrégularité du prononcé d'une sanction administrative devenue définitive. Mais, s'il admet dans son arrêt *Vernes*<sup>59</sup>, et dans le prolongement des arrêts *Chevrol*<sup>60</sup> et *Baumet*<sup>61</sup>, que l'existence d'un arrêt de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme constitue un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité administrative investie du pouvoir de sanction, il oppose à cette avancée une double limite : 1°/ L'exécution de l'arrêt de la Cour n'implique pas, en l'absence de procédure organisée à cette fin, que l'autorité administrative compétente réexamine la question ; 2°/ L'exécution de l'arrêt ne peut davantage avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles, y compris celle où il a été statué sur l'acte querellé de leur caractère exécutoire, ce qui présuppose l'affirmation de leur pleine validité<sup>62</sup>.

Doit par ailleurs être rapprochée de cette solution, celle non moins classique selon laquelle, le constat de la durée excessive d'une procédure n'est d'aucun effet sur la validité de la décision juridictionnelle qui clôt la procédure<sup>63</sup>.

La Haute juridiction administrative rejoint par là même la Cour de cassation qui considère de longue date qu'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme est dépourvu d'incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne<sup>64</sup>. Par comparaison, on soulignera que la position de la Cour constitutionnelle allemande sur la question est plus nuancée<sup>65</sup>.

Les deux Hautes juridictions françaises se séparent ainsi assez nettement des « recommandations » ou des « exigences » posées respectivement, par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne en la matière, et alors même qu'il demeure établi, une fois n'est pas coutume, que la première apparaît plus en pointe que la seconde sur la question<sup>66</sup>.

En définitive, et ainsi que le préconise à mots couverts le Conseil d'État, c'est au législateur que revient le soin d'introduire dans le droit interne des dispositifs spécifiques permettant la réformation des décisions passées en force de chose jugée statuées comme contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme à la suite d'un arrêt de la Cour de Strasbourg. Si la France, à l'instar d'autres

59 CE Ass., 30 juillet 2014, *Vernes*, n° 358564. L'arrêt met en évidence le fait qu'un traitement plus favorable est désormais réservé aux requérants bénéficiant d'un relèvement d'une sanction administrative déclarée contraire à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme, comparé à celui réservé aux personnes sanctionnées en application d'une décision juridictionnelle définitive (respect de l'autorité de chose jugée).

60 CE, 11 février 2004, *Chevrol*, n° 257682.

61 CE, Sect., 4 octobre 2012, *Gilbert Baumet*, n° 328502.

62 V. déjà la rédaction très ferme de l'arrêt *Chevrol* ; « il ne résulte d'aucune stipulation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'État du 9 avril 1999 à l'issue de laquelle M<sup>me</sup> X a saisi la Cour européenne des droits de l'homme ».

63 Par ex., CE, 6 avril 2016, *Société Stud'Arts*, n° 374489.

64 Cass. crim., 3 févr. 1993, *Kemmache* ; Cass. crim., 4 mai 1994, *Saïdi*.

65 Voir en ce sens notamment, son arrêt du 14 oct. 2004, *BVerfG*, 2BvR 1481/04, *Neuejuristische Wochenschrift*.

66 La Cour de justice impose quant à elle et dans certains cas, le réexamen des décisions administratives violant le droit de l'Union mais pas des décisions juridictionnelles tout en considérant qu'une telle violation peut donner lieu à une obligation de réparation ; une telle obligation relève, en définitive, d'un mécanisme somme toute classique existant en droit international.

États parties à la Convention (Autriche, Belgique, Danemark, Norvège, Suisse ...), s'est convaincue d'emprunter ce chemin, elle n'a pour l'heure choisi de le faire que dans le domaine pénal et à des conditions au demeurant assez strictes<sup>67</sup>.

On ne peut cependant exclure une évolution plus marquée de l'état du droit en la matière et ce, dans un avenir plus ou moins proche, y compris par la voie prétorienne. Pourrait être de nature à donner force à cette hypothèse, le constat de la capacité renouvelée dont fait montre depuis quelques années la Cour de cassation dans la mobilisation de la Convention européenne des droits de l'homme et surtout, de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ; une telle « empathie conventionnelle » traduit non seulement un nouvel état d'esprit de la Haute juridiction judiciaire en direction du droit conventionnel européen mais également la volonté de poursuivre la stratégie de démarcation (voire de neutralisation par contournement) entamée dès 2010 vis-à-vis de la QPC et à travers elle, vis-à-vis du Conseil constitutionnel<sup>68</sup>. Ce n'est pas tant ici la mise en cause au regard du droit de l'Union, du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité « à la française » qui doit retenir l'attention que celle de la « neutralisation conventionnelle » à laquelle il a été procédé des effets différés d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée en QPC par le Conseil constitutionnel. L'épisode bien connu de la garde à vue à l'occasion duquel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a imposé l'effet immédiat d'une déclaration d'inconventionnalité de la loi (par ailleurs déclarée inconstitutionnelle) par adhésion sans la moindre réserve à l'autorité interprétative de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg<sup>69</sup>, n'est au demeurant pas resté isolé<sup>70</sup>. En parfaite orthodoxie juridique, cette doctrine ne fait d'ailleurs que prolonger les implications de la scission actée en 1975 entre constitutionnalité et conventionnalité et cela, sans prise de distance critiquable avec l'article 62 de la Constitution. Il n'en reste pas moins que cette jurisprudence ouvre des perspectives renouvelées au contrôle de conventionnalité, y compris des décisions de justice.

67 Article 626-1 du code de procédure pénale (inséré par loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, art. 89, *JORF* 16 juin 2000) : « Le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la "satisfaction équitable" allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme ».

68 Voir l'étude de Marc Guerrini précitée.

69 C. cass., Ass. plén., 15 avril 2011.

70 C. cass., civ., 1<sup>re</sup>, 9 mars 2013, n° 11-27.071.

