

**CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET CONTRÔLE
DE CONVENTIONNALITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE
QUELLES FONCTIONS DIFFÉRENTES ?**

Emmanuel PIWNICA¹

Un recours dirigé contre une décision juridictionnelle, qui, par hypothèse, a pour objet l'annulation – ou la réformation – de cette décision se fonde *toujours* sur un moyen pris de la méconnaissance d'un droit consacré par une norme, quelle que soit la valeur de cette norme, son origine, son contenu.

Que fait-on lorsque le jugement est conforme à la norme ? Sa validité ne serait pas contestable. Quoique...

Ne peut-on pas contester la norme ? Il y a là, il est vrai, une mise en abyme : la juridiction qui doit appliquer la norme en vue de sanctionner un acte ou un fait qui la méconnaît est invitée à la désapprouver, purement et simplement.

C'est le comportement à l'origine du procès qui recevra – éventuellement – l'approbation du juge et c'est la norme que cette attitude a transgressée qui sera sanctionnée : le gardien de la loi écarte la loi.

Cela étant, la situation n'est pas nouvelle : le juge administratif annule les actes réglementaires, c'est même sa raison d'être, le juge civil peut renvoyer la question de leur validité au juge administratif tandis que le juge répressif l'apprécie lui-même. Faut-il rappeler que, depuis plus de 40 ans, le juge judiciaire écarte les lois contraires aux conventions internationales², la même solution étant adoptée par le juge administratif depuis près de 30 ans³ ? Et la question prioritaire de constitutionnalité permet, désormais, de mettre à l'écart les lois contraires à la Constitution.

Contrôle de conventionnalité, contrôle de constitutionnalité, le pouvoir reconnu aux juridictions est considérable : elles peuvent – doivent –, toutes, exercer un contrôle de conventionnalité. Et, à l'exception, d'une part, du Tribunal des conflits⁴ qui n'est, par hypothèse, subordonné ni au Conseil

¹ Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

² Ch. mixte, 24 mai 1975, *Bull. ch. mix.*, 1975, n° 4.

³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* p. 190.

⁴ Qui peut cependant exercer un contrôle de conventionnalité : TC, 13 décembre 2010, *Green Yellow*, n° C3800.

d'État ni à la Cour de cassation, et, d'autre part, de la cour d'assises⁵, pour des raisons évidentes de fonctionnement d'un jury, elles peuvent toutes exercer un contrôle de constitutionnalité.

Mieux, ce contrôle de conventionnalité ne se limite plus ni à une vérification abstraite de la validité de la loi, ni à une appréciation concrète d'une situation pour vérifier que le comportement en cause est conforme à une loi elle-même conforme à un traité, selon la hiérarchie classique des normes. Le juge peut, dans un premier temps, *valider* la loi, dans un deuxième temps, *qualifier* le comportement en cause au regard de la loi pour, dans un troisième temps, en écarter l'application car les conséquences de sa mise en œuvre au cas d'espèce seraient *excessives*. Un nouveau contrôle de proportionnalité est né⁶. Une latitude considérable est ainsi accordée au justiciable qui, non content de contester la loi au regard d'une norme supérieure, peut encore demander à ce que cette loi soit mise en suspens, à son seul profit, parce que son application, concrète, ne serait pas *juste*.

De nouveaux droits sont ainsi accordés au justiciable à qui il appartient de déterminer les modalités de leur mise en œuvre, le cas échéant en opérant des choix. Si la situation à l'origine du procès paraît conforme à la norme applicable, il lui est loisible de contester cette norme. S'il s'agit d'une loi, il a la faculté, le cas échéant, de poser une question prioritaire de constitutionnalité ou encore de contester sa conventionnalité. Il peut aussi suggérer une interprétation, voire une question préjudicielle dans l'hypothèse où un traité le prévoit. Ou encore demander à ce que cette loi ne soit pas appliquée dans ces circonstances particulières.

Comment vont s'articuler ces deux contrôles, respectivement de *constitutionnalité* et de *conventionnalité* ? Faut-il choisir ? De quelle manière ? Et quelle est l'incidence de ce nouveau contrôle de proportionnalité ?

À la nécessité des exigences de droit processuel (I) fait écho le hasard des circonstances particulières relevant du droit substantiel (II).

I. Le droit processuel ou la nécessité

Il n'est pas question ici de présenter de manière exhaustive et complète les techniques procédurales permettant, à l'occasion de la contestation d'une décision de justice, de remettre en cause la norme applicable, le cas échéant par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité ou en soulevant un moyen d'inconventionnalité. Il s'agit plus simplement de confronter, sur le plan du droit processuel, question de constitutionnalité et question de conventionnalité en relevant certains aspects qui leurs sont inhérents (A) pour apprécier ensuite si le cumul est souhaitable (B).

⁵ Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dans sa rédaction résultant de l'article 1^{er} de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁶ Les deux arrêts considérés comme fondateurs de ce nouveau contrôle de proportionnalité sont, en matière civile : 1^{re} Civ., 4 décembre 2013, *Bull.* 2013, I, n° 234 ; *Dalloz actualité*, 13 déc. 2013, obs. R. MÉSA ; *Dalloz* 2014, 179, obs. C. de la Cour, note F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ famille* 2014, 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013.663, point de vue F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2014, 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; en matière administrative : CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396.848, *M^{me} Gonzalez Gomez*, *AJDA* 2016, p. 1398, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Dr. famille* 2016, comm. 178, R. VESSAUD ; *Dr. famille* 2016, étude 15, J.-R. BINET ; *JCP G* 2016, 864, J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *Procédures* 2016, comm. 244, S. Deygas ; *RFDA* 2016, p. 740, concl. A. BRETONNEAU, note P. DELVOLVÉ ; et on ne compte plus les articles, contributions, interviews et colloques consacrés à cette notion.

A. Les mérites respectifs de la question prioritaire de constitutionnalité et du moyen d'inconventionnalité

1. *La question prioritaire de constitutionnalité*

À la liberté du justiciable (a) répond la contrainte qui pèse sur le juge (b).

a) *Le rôle des parties*

Seul le justiciable peut soulever une question prioritaire de constitutionnalité, ce qui lui donne une maîtrise totale de la procédure dont la souplesse est indiscutable. Cette facilité de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité est sans doute l'un des éléments à l'origine de son succès.

La question peut être posée à tout moment de la procédure, que ce soit en première instance, en appel ou devant le juge de cassation, tant en demande qu'en défense. Peu importe qu'il s'agisse d'une exception, d'une fin de non-recevoir, d'un moyen nouveau. Il faut et il suffit que la disposition en cause soit applicable, qu'elle n'ait pas déjà été soumise au Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances et, enfin, qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux en première instance ou en appel, ou qu'elle présente un caractère sérieux devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Quant aux exigences de forme – un écrit distinct et motivé portant la mention *question prioritaire de constitutionnalité* –, elles sont, somme toute, raisonnables⁷.

Il y a certes des distinctions sur les modalités de traitement des décisions rejetant les questions selon qu'elles relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Dans un cas, il faut impérativement former le recours contre l'arrêt qui refuse la transmission si l'on veut soumettre la question au Conseil d'État⁸. La situation est inverse devant la Cour de cassation : il est inutile de former un recours contre le refus de transmission ; il est en revanche indispensable de présenter à nouveau la question prioritaire de constitutionnalité devant la Cour de cassation si l'on veut obtenir son examen⁹. Ces distinctions sont claires et elles sont, désormais, connues.

Le justiciable dispose, sur le plan procédural, d'une marge d'appréciation sans limite ; il décide seul, de la question qu'il va poser ; s'il va, ou ne va pas la poser, puisqu'elle ne peut être relevée d'office par le juge ; du moment opportun pour la poser, en première instance, en appel, devant le juge de cassation. C'est donc une liberté pleine et sans entrave qui lui est accordée.

Le juge est, en revanche, soumis à des exigences beaucoup plus sévères.

⁷ Article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée ; les règles fixées tant par le code de justice administrative que par les codes de procédure pénale et de procédure civile sont limitées.

⁸ Article R. 771-9 du code de justice administrative.

⁹ Ass. Plén., 23 juillet 2010, *Bull.* 2010, Ass. Plén., n° 2.

b) *L'office du juge*

À la liberté des parties aux procès fait écho la contrainte pesant sur le juge. Il ne peut soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité. En revanche, s'il est saisi – et quel que soit le moment auquel il est saisi –, il doit se prononcer par *priorité* sur la question posée avant de trancher tout autre point. Les cours et tribunaux statuent « sans délai »¹⁰. Quant au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ils disposent d'un délai de 3 mois à compter de l'enregistrement de la question, qu'elle soit posée directement devant eux ou transmise par le juge *a quo* pour se prononcer sur un éventuel renvoi¹¹.

Il existe ainsi un double filtre : celui du juge *a quo*, puis celui du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Et, à cela, s'ajoute qu'*in fine*, le Conseil constitutionnel, peut, en déterminant les effets de sa décision en application de l'article 62 de la Constitution, priver le justiciable du bénéfice d'une décision d'annulation. Pour autant, ces contraintes limitées n'ont pas altéré l'enthousiasme des justiciables pour la question prioritaire de constitutionnalité ainsi qu'en atteste leur nombre depuis l'entrée en vigueur de la réforme.

Mais ces contrôles ne sont que d'ordre processuel : le juge *a quo* peut décider de ne pas transmettre la question, le Conseil d'État et la Cour de cassation de ne pas la renvoyer au Conseil constitutionnel et ce dernier d'abroger la disposition en fixant les effets de sa décision ainsi qu'il résulte de l'article 62 de la Constitution.

Ces considérations ne suffisent pas à détourner le justiciable au bénéfice d'un contrôle de conventionnalité.

2. *Le moyen d'inconventionnalité*

Si le moyen d'inconventionnalité obéit à des règles processuelles strictes (a), son dénouement n'est pas enfermé dans un délai (b).

a) *La rigueur des règles processuelles*

Les parties ne peuvent poser une question de conventionnalité qu'à la seule condition que les règles générales de droit processuel le permettent.

C'est donc par facilité de langage que l'on parle de question de conventionnalité. En réalité, il faut soulever un moyen, en demande ou en défense, pris de la méconnaissance d'une norme internationale. Et il ne suffit pas que la loi dont la contestation est entreprise soit *applicable* à l'instar de ce que prévoit l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée pour la question prioritaire de constitutionnalité. Il faut un véritable *moyen* qui doit répondre aux exigences classiques pour qu'il puisse être examiné : il doit être *recevable* ; et *opérant*. Il faut que cette question de conventionnalité soit posée à l'appui d'un moyen recevable. S'il s'agit d'une exception, elle répondra à ce régime. Si

¹⁰ Article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée.

¹¹ Article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée.

le moyen est mélangé de fait, il ne peut être présenté pour la première fois devant le juge du droit, etc. Et il faut que le moyen soit *opérant*. La réponse qui lui est donnée doit donc être nécessaire à la solution du litige. Pas question, ici, de se borner à affirmer que la loi est applicable.

Il est vrai qu'il existe un débat sur cette notion de *loi applicable* : si le moyen pris de la méconnaissance par la loi en cause d'une norme supérieure est opérant, la loi est nécessairement applicable. En revanche, la loi peut être applicable au litige sans que, pour autant, un moyen opérant soit soutenu, ou même soit susceptible de l'être.

Et le juge judiciaire peut relever d'office un moyen pris de la méconnaissance d'un traité international.

On voit ici que les rôles se partagent et que le justiciable perd la maîtrise des termes du débat.

b) *L'absence de délai spécifique*

La méconnaissance par la loi d'un traité n'étant que l'un des moyens venant au soutien d'une argumentation, le juge a, certes, le devoir de l'examiner lui-même, sauf à envisager un renvoi préjudiciel dans les cas où il est éventuellement possible. Mais un tel moyen ne présente aucun caractère prioritaire. Il sera examiné avec les autres moyens du recours, et peut être pas, s'il n'est pas nécessaire à la solution du litige.

S'agissant du droit de l'Union européenne, le renvoi préjudiciel appartient au seul juge ; et il ne portera que sur l'interprétation du droit de l'Union – ou sur sa validité – mais pas directement sur la validité de la loi interne. Et les renvois à Luxembourg prennent un temps considérable hors les cas rares qui bénéficient de la « procédure accélérée » ou de la « procédure préjudicielle d'urgence ». Étant observé que, selon les dispositions de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, seuls le Conseil d'État et la Cour de cassation ont le devoir de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, sachant qu'il leur appartient d'apprécier si les conditions d'un tel renvoi sont réunies conformément à la jurisprudence *Cilfit*¹².

Enfin, si « bloc de constitutionnalité » et « bloc de conventionnalité », ne sont pas si différents, les *droits fondamentaux*, tout au moins pour ce qui est des plus classiques, étant, somme toute, comparables, quel que soit le texte qui leur sert de support¹³, il n'en reste pas moins qu'il faut s'armer de patience pour avoir une réponse de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'issue d'un procès où aura été épuisé l'ensemble des voies de recours *utiles* – hors les cas exceptionnels¹⁴.

Et le mécanisme de l'avis consultatif prévu par le protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'est toujours pas en vigueur faute de ratification suffisante.

12 CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, 283/81.

13 Sur les différences de solution selon la juridiction *suprême* qui en connaîtra voir D. de Béchillon, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n°137, avril 2011, p. 33.

14 Dans l'affaire *Lambert*, un délai inférieur à un an s'est écoulé entre l'arrêt du Conseil d'État (24 juin 2014) et celui de la Cour européenne des droits de l'homme (5 juin 2015).

La question prioritaire de constitutionnalité est donc la seule manière d'obtenir l'annulation d'une norme de valeur législative dans un délai raisonnable. Le contrôle de conventionnalité qui échoue devant le juge national suppose une saisine *a posteriori* du juge européen, qui n'est pas enfermé dans un délai raisonnable. Quant au droit de l'Union européenne, il est entre les mains du seul juge, qui décide de renvoyer ou non une question préjudicielle.

Pour autant, loin de s'exclure, les deux contrôles se cumulent.

B. Le cumul de la question prioritaire de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité

Par hypothèse, le débat sur le cumul ne peut exister qu'à l'égard d'une norme de valeur législative.

Si la norme est supérieure à la loi, le juge ne saurait en apprécier la validité. Il ne peut apprécier la validité d'un traité¹⁵ et, s'agissant du droit de l'Union européenne, a le devoir de renvoyer une question de validité des actes de l'Union à la Cour de Luxembourg¹⁶.

Pour les normes subordonnées à la loi, le juge de droit commun a tous les pouvoirs ; le Conseil d'État pour tous les actes administratifs qui relèvent de son office et le juge judiciaire non seulement pour les actes de droit privé, mais également pour les actes administratifs dans deux cas : méconnaissance tant du droit communautaire que d'une jurisprudence constante du Conseil d'État¹⁷.

Concernant une loi, la question peut se poser, sur un plan procédural, de savoir s'il est préférable de poser une question prioritaire de constitutionnalité ou un simple moyen de conventionnalité.

On observera, d'abord, que cette difficulté ne surgit que dans l'hypothèse où le débat porte effectivement sur la validité de la norme législative en cause, indépendamment de son application concrète au cas d'espèce.

Et on relèvera ensuite que, dans les cas où la norme est effectivement en cause, il n'y a aucune raison de choisir de manière exclusive l'un ou l'autre contrôle. Au contraire, il paraît souhaitable de cumuler. D'autant que le cumul n'est pas prohibé.

La réponse à une question de constitutionnalité est quasi immédiate. Si elle négative, elle ne présage pas nécessairement une réponse positive d'un autre juge. Certes. Mais rien n'est moins sûr¹⁸.

Et cela même s'il est vrai que la question de constitutionnalité ne paraît pas un préalable indispensable à la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme (1) et n'exclut pas la spécificité du droit de l'Union européenne (2).

15 CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303.678, *Rec.* p. 624, concl. J. BOUCHER ; *RFDA* 2012, p. 1 ; p. 26 note D. ALLAND.

16 CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, C-314/85.

17 TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau* n° C3828 et *Chérel* n° C3829, *Rec.* p. 698 ; *JCP A* 2011, 2354, note H. PAULIAT ; *Dr. adm.* 2012, comm. 9, note F. MELLERAY.

18 Cf. en ce sens, D. DE BÉCHILLON, préc. note 12.

1. *L'épuisement des voies de recours ou le voyage de Strasbourg implique-t-il un arrêt rue de Montpensier ?*

Les deux contrôles ayant des objets différents et le juge de la question prioritaire de constitutionnalité ne pouvant être saisi directement par le justiciable, on pourrait conclure, en application de la jurisprudence *Spadea* de la Cour européenne des droits de l'homme, que l'on peut soulever un moyen pris de la méconnaissance de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans soulever son pendant sous le visa de la Constitution et, le cas échéant, saisir la Cour de Strasbourg sans se voir opposer une absence d'épuisement utile des voies de recours faute d'avoir présenté une question prioritaire de constitutionnalité¹⁹. Et il est vrai que cette question ne se pose que dans le cas où est discutée la validité même de la loi, de manière abstraite, indépendamment de tout contrôle concret sur son application dans les circonstances d'une espèce.

Même si la question de constitutionnalité n'est pas un préalable nécessaire, il n'en reste pas moins qu'il n'y a aucun obstacle à la poser pour avoir une réponse immédiate, bien au contraire. Il n'existe aucune raison valable, face à une norme législative méconnaissant un droit fondamental inscrit tant dans la Constitution que dans une norme internationale, de s'abstenir de poser une question de constitutionnalité. Une telle démarche ne serait pas cohérente. Elle ne se comprend que dans l'hypothèse où ce qui est en cause n'est plus la norme elle-même mais son application concrète à la situation d'espèce.

2. *La spécificité du droit de l'Union européenne*

De la même manière les exigences liées au droit de l'Union européenne n'ont ni pour objet ni pour effet d'exclure la question prioritaire de constitutionnalité.

S'il s'agit d'appliquer l'article 88-1 de la Constitution, la transposition d'une directive résultant d'une exigence constitutionnelle, comme l'énonce la décision *Économie numérique*²⁰, la loi contraire au droit de l'Union européenne doit être écartée. Cela résulte de la décision *Jeux en ligne*²¹. Et la question prioritaire de constitutionnalité ne prive pas le juge de droit commun du pouvoir, voire du devoir, de renvoyer une question préjudicielle à Luxembourg.

19 La Cour de Strasbourg a jugé que la voie de recours constitutionnel italienne ne saurait être incluse dans l'épuisement des voies de recours interne (19 décembre 1989, *Brozicek c/ Italie*, n° 10964/84; 26 février 1993, *Padovani c/ Italie*, n° 13396/87, *AJDA* 1993. 483, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. science crim.* 1994. 362, obs. R. Koering-Joulin ; 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c/ Italie*, n° 12868/87, *AJDA* 1995. 124, chron. J.-F. Flauss ; *ibid.* 212, chron. J.-F. Flauss). Elle énonce : « La Cour rappelle que, dans le système juridique italien, un individu ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle pour l'inviter à vérifier la constitutionnalité d'une loi ; seule a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, une juridiction qui connaît du fond d'une affaire. Dès lors pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article 26 exige l'épuisement ». P. DOURNEAU-JOSETTE, « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2008, p. 78. Voir également pour un avis différent : M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2011.

20 Cons. const., déc. n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

21 Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture de la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

Quant à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, elle n'est pas au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

Ce n'est donc que dans le cadre du contrôle *a priori* qu'on peut invoquer un tel manquement.

Est-on pour autant démuné ? Certainement pas.

D'abord parce qu'après l'article 88-1 figure dans la Constitution un article 88-2 : le mandat d'arrêt européen a donné au Conseil constitutionnel l'occasion de renvoyer une question préjudicielle à Luxembourg. Le Conseil constitutionnel juge dans les limites de sa marge d'appréciation, mais interroge la Cour de Luxembourg pour l'interprétation du droit de l'Union, en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²².

Ensuite parce que rien n'empêche de suggérer une question préjudicielle qui pourra être accueillie, alors même que l'on pourrait présenter une question prioritaire de constitutionnalité, la question préjudicielle ne privant pas le justiciable de présenter, voire de présenter à nouveau, une question prioritaire de constitutionnalité²³.

Bref, il ne semble pas qu'il y ait une attitude spécifique à adopter lorsque le contrôle de conventionnalité relève *in fine* de la Cour de Luxembourg.

Le débat a été initié, on le sait, par la décision *Melki* de la Cour de cassation²⁴.

À cette décision *Melki*, le Conseil d'État a fait écho par sa décision *Rujovic*²⁵, laquelle a elle-même été rendue deux jours après la décision du Conseil constitutionnel *Jeux en ligne*²⁶.

On pensait que la question était réglée.

Le contrôle de conventionnalité, quand bien même concernerait-il le droit de l'Union européenne, pouvait se cumuler, sans difficulté, avec le contrôle de constitutionnalité.

La question de constitutionnalité étant prioritaire, elle devait être réglée liminairement, quand bien même le demandeur ne l'aurait posée que de manière subsidiaire.

C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue dans l'affaire *Métro Holding*²⁷. Il s'agissait d'une discrimination à rebours. Pour apprécier le respect, en matière fiscale, du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a dû faire le détour suivant : constater que l'application de la loi en cause dans

22 Cons. const., déc. n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F.*

23 CE, Ass, 31 mai 2016, *Jacob*, n° 393.881, *AJDA* 2016, p. 1392, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Dr. adm.* 2016, comm. 51, G. EVEILLARD ; *Dr. fisc.* 2016, act. 354, N. Jacquot et P. Mispelon ; *Dr. fisc.* 2016, 476, D. Gutman et S. Austray ; *JCP A* 2016, act. 486, L. Erstein ; *JCP G* 2016, 759, B. Bonnet.

24 Ass. Plén., QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.001 ; *RFDA* 2010, p. 445, avis M. DOMINGO ; *RTD civ.* 2010, p. 499, obs. P. Deumier et p. 743, note P. RÉMY-CORLAY ; *AJDA* 2010, p. 1023, note P. MANIN ; *D.* 2010, p. 1234, chron. P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA ; *RTD eur.* 2010, p. 577, étude J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE ; *Constitutions* 2010, p. 218, obs. B. MATHIEU.

25 CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, *Rec.* p. 165 ; *RFDA* 2010, p. 458, note P. GAÏA et p. 709, concl. J. BURGUBURU ; *Constitutions* 2010, p. 389, obs. A. LEVADE ; *D.* 2010, p. 1234, chron. P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA.

26 Préc. note 21.

27 Cons. const., déc. n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Application du régime fiscal des sociétés-mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote.*

d'autres États membres constitue l'application nécessaire et inconditionnelle d'une directive sans atteinte à l'identité constitutionnelle de la France.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas de contrôle.

En revanche, si l'application en France ne procède pas de l'application de la directive, une distinction selon la localisation géographique est discriminatoire. Il s'agit donc d'une discrimination à rebours. C'est la transposition, par le Conseil constitutionnel à l'égard d'une loi, de la jurisprudence du Conseil d'État en matière réglementaire²⁸.

Le dernier acte est la décision d'assemblée du Conseil d'État du 31 mai 2016²⁹. L'hypothèse est originale : la discrimination à rebours ne peut résulter que d'une interprétation du droit communautaire. C'est donc la réponse qui sera donnée par la Cour de Luxembourg en interprétation du droit de l'Union européenne qui permettra de savoir s'il y a ou non une différence de traitement et discrimination. En l'état, rien ne permet de l'imaginer. La question prioritaire de constitutionnalité n'est donc pas, à ce stade, tant que la Cour de Luxembourg n'a pas répondu, *sérieuse*. Ce n'est que dans l'hypothèse où il y aurait discrimination qu'il pourrait y avoir nouvelle question. Le mécanisme est, il faut l'admettre, subtil, puisque le sérieux de la question dépend de la réponse donnée par la Cour de Luxembourg. Prioritaire pour le juge, la question devient ainsi subsidiaire pour les parties, qui ne sont pas privées pour autant, ainsi que le rappelle le Conseil d'État, du droit de la poser à nouveau.

Sur le plan processuel, il n'y a pas concurrence entre question prioritaire de constitutionnalité et question de conventionnalité mais au contraire complémentarité, assurée par des mécanismes processuels mis en place, qui se veulent *harmonieux*.

Il n'y a pas davantage de dissonances à l'égard du droit substantiel.

II. Au hasard du droit substantiel

Les parties disposent d'une liberté considérable qui leur permet, là encore, de tirer profit de la complémentarité de la question prioritaire de constitutionnalité et du moyen d'inconventionnalité.

En présence d'une double contrariété, respectivement aux droits et libertés garantis par la Constitution et à une norme internationale, quel choix le justiciable devra-t-il opérer ?

Le cumul ; sans la moindre hésitation, parce que le contrôle abstrait sur la norme pourra s'opérer de la même manière (A) et que le contrôle concret sur une situation ne pâtit pas du contrôle sur la norme (B).

28 CE, 6 octobre 2008, *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres*, Rec. p. 341.

29 CE, Ass. 31 mai 2016, *Jacob*, préc. note 23.

A. Le contrôle abstrait de la norme

La loi doit respecter tant la Constitution que les traités internationaux. On connaît le débat sur la hiérarchie entre la Constitution d'un côté, un traité international de l'autre³⁰. On se bornera à observer que, la méconnaissance par la loi tant de la Constitution que d'un traité international aboutit à une solution différente, selon l'autorité qui prononcera cette invalidation : le Conseil constitutionnel fera application de l'article 62 de la Constitution et abrogera la loi ; le juge de droit commun, ne pourra qu'écarter son application dans les circonstances de l'espèce. La norme inconstitutionnelle ou in conventionnelle doit demeurer inappliquée. Et la décision de justice qui applique une norme contraire à la Constitution ou à une convention internationale méconnaît, elle-même, cette norme et doit, par suite, être annulée.

Mais dans un cas comme dans l'autre, l'examen de la validité de la norme est un contrôle abstrait (1) et de proportionnalité (2).

1. *Un contrôle abstrait*

Il s'agit ici d'un contrôle abstrait : la vérification qu'une norme – la loi – est conforme à une norme supérieure (la Constitution ou un traité).

Ceci relève de l'office du juge, qu'il s'agisse du juge du principal en cas de contrôle de conventionnalité voire du juge de l'Union européenne, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'apprécier la validité d'une norme de l'Union européenne ou du juge constitutionnel, lorsqu'il s'agit de contrôle de constitutionnalité. Dans un cas comme dans l'autre, le contrôle portera, à ce stade, sur l'examen de la norme et l'appréciation de sa validité intrinsèque, abstraite, au regard d'une norme supérieure.

2. *Un contrôle de proportionnalité*

Cette vérification, pour abstraite qu'elle soit, constitue un contrôle de proportionnalité.

L'application du principe de proportionnalité à la validité d'une norme n'est pas une nouveauté. On songe à l'article 4 de la Déclaration de 1789 (« la loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires... »), à la jurisprudence administrative³¹ ou encore à la jurisprudence civile dans toutes les hypothèses où la loi, elle-même, a organisé un tel contrôle : la clause pénale manifestement dérisoire ou excessive peut faire l'objet d'une révision judiciaire³², les irrégularités les moins

30 Voir encore, D. DE BÉCHILLON, préc. note 12 et aussi : pour le juge administratif : CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et a.*, n° 200286, *Rec.* p. 368 ; pour le juge judiciaire, Ass. Plén., 2 juin 2000, *Bull. ass. plén.* n°4 ; voir également les conclusions J. BOUCHER sur CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, préc. note 15.

31 On ne compte plus les décisions en ce sens : pour les plus classiques, voir les conclusions Corneille sur CE, Sect., 10 août 1917, *Baldy*, *Rec.* p. 638 ; CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541 ou encore CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rec.* p. 409, concl. Braibant.

32 Ancien article 1152 du code civil ; nouvel article 1231-5.

graves ne peuvent entraîner la nullité sans grief³³, la résiliation d'un contrat est subordonnée à la démonstration d'un manquement d'une gravité suffisante³⁴...

Cette solution classique concernant la norme a été érigée en standard par le Conseil constitutionnel qui vérifie qu'une disposition législative est adéquate, nécessaire et proportionnée³⁵.

Le principe d'adéquation implique qu'il existe un lien raisonnable entre la mesure et l'objectif poursuivi ; la mesure ne doit pas être excessive, mais doit être proportionnée au but.

De la même manière, en matière civile, la Cour de cassation vérifie, par exemple, que le code des assurances établit un juste équilibre entre la confidentialité des données médicales et les exigences du procès équitable³⁶.

On songe également à la diffamation et à l'exception de bonne foi ou à la prescription et à l'adage *contra non valentem*.

La solution devient plus délicate lorsque la décision de justice qui applique la norme ne constate pas l'invalidité de celle-ci.

B. Le contrôle concret de la situation

L'hypothèse est celle où la loi est conforme à une norme supérieure, qu'il s'agisse de la Constitution ou d'un traité, tandis que c'est la situation concrète, telle que soumise au juge, qui révèle un conflit de droits fondamentaux.

Jusqu'à un passé très récent, cette question n'intéressait pas. On pouvait, parfois regretter, la dureté de la loi tout en étant satisfait de son application. On se bornait à inviter le législateur à revoir sa copie. Bref, invoquant la protection tutélaire de Goethe, on préférait l'injustice au désordre.

Cette manière de penser évolue et on assiste, depuis quelques années, à un véritable renouveau.

Evolution, révolution, contre-révolution tranquille, changement de paradigme. Toutes les appréciations et qualifications ont été employées pour saluer ce *printemps de la proportionnalité*.

Le contrôle de proportionnalité relève désormais du droit commun (1), comme en atteste la jurisprudence (2).

33 Article 114 du code de procédure civile ; 2^e Civ., 16 octobre 2014, *Bull.* 2014, II, n° 213.

34 Ancien article 1184 du code civil ; nouveaux articles 1124 à 1230 ; 1^{re} Civ., 28 octobre 2003, *Bull.* 2003, I, n° 211.

35 Cons. const., déc. n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*.

36 2^e Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-27.987.

1. *Un contrôle de droit commun*

Le monde juridique est en ébullition à l'égard de ce nouveau contrôle de proportionnalité.

Il y a pourtant plus de quarante ans, le président Braibant publiait un article classique intitulé « Le principe de proportionnalité »³⁷, révélant ses qualités de visionnaire.

Et ce principe, aujourd'hui, constitue le véritable droit commun.

On a déjà beaucoup écrit sur le dernier état de la jurisprudence en la matière : différents arrêts depuis quelques années en ce qui concerne la Cour de cassation, quelques semaines pour le Conseil d'État qui, pourtant, avait été le premier à exprimer ce principe.

Les uns saluent cette percée indispensable des droits de l'homme.

D'autres s'inquiètent du retour du bon président Magnaud et n'hésitent pas à engager un véritable procès en sorcellerie.

Ce ne serait plus de la proportionnalité, ce serait de l'équité.

Voire³⁸.

Il est permis, dans un certain nombre d'hypothèses, d'envisager un contrôle *mesuré* du caractère *excessif* de l'application de la loi.

Tel est notamment le cas en situation de conflit de droits fondamentaux.

C'est la solution de la Cour européenne des droits de l'homme.

En présence d'un conflit de normes, lorsqu'elles sont de même valeur, plus exactement lorsque leur support est de même valeur, que les intérêts en présence sont légitimes, il appartient, nécessairement, au juge de régler le conflit. Il est même permis de se demander si ce n'est pas sa raison d'être.

Il ne s'agit certainement pas d'un abandon de la motivation « à la française » ; et encore moins d'une question d'interprétation ou de refus du syllogisme.

Et il n'est à l'évidence pas question, à chaque fois que la loi est valide, de prétendre que son application serait « excessive ».

Il suffit d'être capable de faire une balance, sans qu'elle soit sentimentale. Et c'est précisément ce qu'ont déjà fait tant la Cour européenne des droits de l'homme que le Conseil d'État et la Cour de cassation.

³⁷ G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité » in *Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ 1974, Tome II, p. 297 ; cf. également les conclusions du président Braibant sur *Ville Nouvelle Est*, préc. note 31.

³⁸ Dans son illustre introduction au code civil, Portalis lui-même énonçait « quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de lois, il faut consulter l'usage ou l'équité »...

2. *Le contrôle est mis en œuvre par toutes les juridictions*

Sera laissée de côté la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour la simple raison que celui-ci opère un contrôle de la validité de la norme, qui est, par hypothèse même, abstrait, même s'il s'exerce à l'occasion d'un procès sur renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité.

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg sera également mise à l'écart puisque, sur renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation du droit de l'Union européenne, les réponses ne peuvent être qu'abstraites, le juge de l'Union européenne n'hésitant pas à rappeler au demeurant que c'est au juge national qu'il appartient de procéder aux vérifications concrètes.

Les exemples seront tirés, chronologiquement, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (a), de la Cour de cassation (b) puis du Conseil d'État (c).

a) La Cour européenne des droits de l'homme

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, deux espèces seront retenues parmi les nombreux cas qui illustrent ce mécanisme.

La Cour de Strasbourg juge que le droit interne doit être appliqué sans formalisme excessif.

À chaque fois qu'une règle de forme aboutit à méconnaître un droit de manière excessive, il faut s'interroger sur sa pertinence.

Tout en admettant que l'obligation de produire certaines pièces à l'appui du pourvoi en cassation, à peine d'irrecevabilité, était, dans son principe, conforme aux exigences du procès équitable³⁹, elle a jugé, dans une hypothèse particulière de correctionnalisation, qu'elle avait porté une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge⁴⁰.

De même a-t-elle jugé que l'obligation de mentionner explicitement dans l'acte d'appel l'objet du recours formé par la partie civile à l'encontre d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel pouvait, dans certaines hypothèses, méconnaître le droit à un procès équitable⁴¹.

Plus intéressante encore est la décision du 14 janvier 2016 dans une affaire *Mandet* : « en jugeant que l'intérêt supérieur de l'enfant se trouvait moins dans le maintien de la filiation établie par la reconnaissance de paternité effectuée par le deuxième requérant que dans l'établissement de sa filiation réelle, ce en quoi son intérêt rejoignait en partie celui de M. G. les juridictions internes n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient... » ; il s'agissait, en l'occurrence, de l'annulation d'une reconnaissance de paternité⁴².

39 CEDH, 23 octobre 1996, *Levages Prestations Services c. France*, req. n° 21920/93.

40 CEDH, 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, req. n° 21444/11.

41 CEDH 15 décembre 2011, *Poirot c. France*, req. n° 29938/07.

42 CEDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, req. n° 30955/12.

b) *La Cour de cassation*

Devant la Cour de cassation, l'arrêt fondateur est celui de la première chambre civile du 4 décembre 2013. La nullité du mariage d'un beau-père avec sa belle-fille, divorcée d'avec son fils, revêtait à l'égard de celle-ci le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans⁴³.

Il est permis de se demander si les prémisses de cette jurisprudence ne se trouvaient pas dans le *revirement pour le futur*.

On sait, en effet, qu'en matière de droit au juge, la Cour de cassation a admis qu'un revirement pouvait ne pas avoir un effet rétroactif lorsque ce caractère rétroactif risquait de priver le demandeur du droit au juge⁴⁴. C'est bien le caractère excessif de l'application immédiate du revirement qui était ici en cause. Et ce, alors même qu'il est de principe qu'un revirement est d'application immédiate. Ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »⁴⁵.

Dans le sillage de la décision du 4 décembre 2013, on peut encore citer les censures d'arrêts appliquant, par exemple, un délai légal de l'action en contestation de paternité en oubliant la mise en balance avec le droit à voir la filiation biologique établie⁴⁶, celle d'un arrêt qui a prononcé l'annulation d'un contrat de construction de maisons individuelles et a ordonné la démolition de l'ouvrage sans rechercher si la sanction était proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités⁴⁷ ou encore celle d'un arrêt ordonnant l'enlèvement de caravanes installées dans une réserve naturelle classée, sans rechercher si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile⁴⁸.

Comment cette balance doit-elle s'opérer pour la Cour de cassation ?

Il faut, énonce-t-elle sous le visa de l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait »⁴⁹, censurant un arrêt qui s'était abstenu de faire cet examen entre liberté d'expression d'un côté et droit d'auteur de l'autre.

43 1^{re} Civ., 4 décembre 2013, préc. note 6

44 2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 387 ; Ass. Plén., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, Ass. Plén., n° 15. ; voir également le rapport du groupe de travail présidé par N. MOLFESSIS : *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le premier président, Guy Canivet*, Litec, 2005.

45 CEDH, *Unédic c. France*, 18 décembre 2008, req. n° 20153/04 (§ 36) ; cf. également : CEDH, *Marckx c. Belgique*, (Plénière), 13 juin 1979, req. n° 6833/74 (§ 58) et *Legrand c. France*, 26 mai 2011, req. n° 23228/08.

46 1^{re} Civ., 10 juin 2015, pourvoi n° 14-20.790.

47 3^e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-23.612, à paraître au bulletin.

48 3^e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.095, à paraître au bulletin.

49 1^{re} Civ., 15 mai 2015, pourvoi n° 13-27.391, à paraître au bulletin, *affaire Klasen*, *D.* 2015, p. 1672, *RTD com.* 2015, p. 515, note F. POLLAUD-DULIAN, *CCE* 2015, comm. 7, n° 55, obs. C. CARON, *Légipresse* 2015, III, 474, note VARET, *CCE* 2015, Étude 17, M. VIVANT.

L'affaire dite du *Dr Muller* a permis à la première chambre civile d'énoncer un véritable motif de principe :

« Le droit au respect de la vie privée prévu par les articles 8 de la Convention et 9 du code civil et le droit à la liberté d'expression régi par l'article 10 de la Convention ont la même valeur normative » énonce la première chambre civile.

Et de conclure : « Il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ses droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »⁵⁰.

La Chambre criminelle applique également cette jurisprudence (juste équilibre entre le droit au respect de la vie privée, familiale, les impératifs de la défense de l'ordre public ou encore secret des sources de journalistes)⁵¹, de même que la deuxième chambre civile en matière de procédure civile⁵².

Et le Conseil d'État n'est pas en reste.

c) *Le Conseil d'État*

L'affaire dite des gamètes lui en a donné l'occasion. La décision *Gonzalez Gomez* est importante, – non seulement parce qu'elle abandonne la jurisprudence *Carminati*⁵³ –, mais surtout parce qu'elle rappelle dans son neuvième motif que la compatibilité d'une loi avec les stipulations de la Convention « ne fait pas obstacle à ce que, *dans certaines circonstances particulières*, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette Convention »⁵⁴.

D'où la nécessité, premièrement, d'une appréciation concrète pour déterminer, deuxièmement, si la mise en œuvre de la disposition applicable n'est pas excessive.

Où est le risque ici ?

Il est bien évidemment dans la notion d'équité.

Il ne faudrait, en aucune manière, confondre proportionnalité et équité et admettre que, dans certains cas, parce qu'il s'agirait de « circonstances particulières », on pourrait ne pas appliquer une loi alors même que la validité de cette norme n'est pas discutable.

La réponse se trouve dans la motivation retenue, au onzième motif de ce même arrêt qui constate l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

Bref, il ne suffit pas d'être très triste, déçu ou en colère, encore faut-il qu'un droit fondamental ait été atteint dans sa substance.

50 1^{re} Civ., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-16.273, à paraître au bulletin, *CCE* 2015, comm. 92, obs. A. LEPAGE.

51 Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-86.507, à paraître au bulletin ; Crim., 14 mai 2013, *Bull. crim.* 2013, n° 106, *D.* 2014, p. 503, note E. DREYER, *AJ Pénal* 2013, p.467, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE, *JCP* 2013, act. 676, obs. E. DERIEUX.

52 2^e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi n° 13-28.017, à paraître au bulletin ; 15 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.792 ; 16 décembre 2016, pourvoi n° 15-27.917, à paraître au bulletin.

53 CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, *Rec.* p. 510.

54 CE, Ass., 31 mai 2016, précité note 65.

Si cet arrêt consacre un droit, il en fixe les limites ou plus exactement, il livre le mode d'emploi permettant d'arbitrer entre deux droits de valeur équivalente. Et ce de manière concrète, sans pour autant porter atteinte à la norme qui les soutient.

Nouvelle preuve qu'il existe une place pour un cumul des contrôles. Les justiciables ne peuvent que s'en réjouir tandis que l'État de droit en sort renforcé.