David Szymczak

Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : L'européanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français

Dans la plaquette de présentation réalisée en vue d'introduire le présent colloque, était incidemment évoquée « *la dictature de l'actualité [qui] semble conduire la doctrine juridique à une sorte de fascination pour la nouveauté de la QPC* ». Une telle assertion témoignerait- elle d'une forme de lassitude, voire d'une franche saturation, touchant les organisateurs de cette manifestation… et probablement un peu au-delà ? Il est certain que, depuis quelques temps, il est devenu difficile d'ouvrir une revue juridique, quelle que soit la branche du droit concernée, sans tomber sur le fameux acronyme : « *Q.P.C.* ». Pour l'heure, la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas encore réglé la question du pouvoir d'achat des français, ni la guerre civile en Lybie, mais gageons que cela ne devrait pas trop tarder… Le phénomène de mode est donc avéré et même si l'attrait de la nouveauté est un réflexe humain – le juriste restant avant tout un être humain quoiqu'en disent certains – on peut effectivement se demander s'il est légitime de s'interroger durablement sur une procédure qui demeure, en définitive, assez « commune » au sein des États membres du Conseil de l'Europe.

En effet, en adoptant la loi organique du 10 décembre 2009[1], le Parlement français, loin d'adopter une posture avant-gardiste, n'a finalement fait que mettre fin à une profonde singularité de la justice constitutionnelle française en Europe. À savoir qu'avant cette date, le Conseil constitutionnel était la seule juridiction constitutionnelle de la « grande Europe » qui n'était habilitée à examiner la constitutionnalité des lois que de manière préventive, abstraite et exclusivement

1. Loi organique n°2009-1523 du 10 déc. 2009 (*JO* du 11 déc. 2009). La possibilité d'une saisine du Conseil constitutionnel a posteriori et par voie d'exception a elle-même été rendue possible par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juill. 2008 portant modernisation des institutions de la 5ème République (*JO* du 24 juill. 2008).

sur saisine d'autorités politiques. Attendue de longue date – au moins depuis le rapport Vedel de 1993[2] – la réforme de la QPC est donc certes importante du point de vue français, mais guère novatrice à l'échelle européenne, si l'on excepte peut-être le caractère prioritaire de cette question, dont on sait toutefois qu'il a été très rapidement remis en cause depuis sous l'influence du droit de l'Union[3]. Autant dire que parmi nos proches voisins qui connaissent depuis longtemps de procédures d'exception d'inconstitutionnalité, voire de recours constitutionnels directs[4], c'est moins la QPC en elle-même qui intrigue, que le regard émerveillé – plus rarement circonspect – que le juriste français porte sur cette procédure.

Reste que si certaines modes peuvent légitimement irriter, il est difficile de nier que la QPC constitue une réforme fondamentale pour la France, peut-être l'une des plus importantes de ces trente dernières années. En premier lieu, parce que d'un point de vue démocratique, elle a permis d'ouvrir aux individus – même indirectement – le prétoire du juge suprême des libertés. En second lieu, et quelques mois de recul ont suffi, parce qu'elle a prouvé à ceux qui en doutait encore qu'il existait en France des lois qui se trouvaient en application, parfois depuis de longues années, alors qu'elles étaient contraires à la Constitution. En troisième lieu, car la QPC a constitué un formidable catalyseur de l'activité du Conseil constitutionnel et a surtout permis de replacer la question des libertés au centre de l'attention : des diverses juridictions internes concernées par la procédure, des autres pouvoirs publics, mais aussi de la classe politique, dont une partie a (re)découvert pour l'occasion qu'une circulaire n'était pas forcément la norme suprême de l'État. En dernier lieu et c'est cet aspect qui retiendra plus particulièrement notre attention, la QPC constitue aussi une réforme majeure parce qu'elle a rapidement contraint la France à repenser ses liens avec les droits européens, qu'il s'agisse du droit de l'Union et surtout de celui de la Convention européenne des droits de l'Homme.

De ce point de vue toutefois, c'est sans doute moins la France qui occupait, avant l'entrée en vigueur de la QPC, une position « à part » au sein du Conseil de l'Europe que, plus spécifiquement, sa juridiction constitutionnelle. D'une part, car contrairement à l'ensemble des autres cours constitutionnelles européennes, le Conseil constitutionnel n'était nullement tenu de respecter les

---

2. V. *JORF* du 16 févr. 1993, p. 2537.

3. V. en ce sens la « périlleuse valse à quatre temps » dans l'affaire *Abdeli & Melki* concernant l'articulation de la QPC et du renvoi préjudiciel du droit de l'Union. V. Cass, QPC du 16 avr. 2010, *Abdeli & Melki* (n°10-40002) ; Cons. const., déc. n°2610-605 DC du 12 mai 2010 ; CJUE, arrêt du 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki & Sélim Abdeli* ; Cass., QPC du 29 juin 2010, *Melki & Abdeli* ; et H. Labayle, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, 2010, p. 659.

4 .V. D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1998, 3ème éd., 160 p.

exigences européennes du procès équitable, telles que prévues par l'article 6§1 CEDH. D'autre part, car sa prise en compte du droit de la Convention et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le cadre de ses propres décisions, demeurait très timide et pour l'essentiel implicite, tranchant là encore avec la position majoritairement adoptée par les autres juridictions constitutionnelles européennes. En ce sens, un an seulement après l'entrée en vigueur de la QPC, les évolutions qu'a connues ou subies le Conseil constitutionnel apparaissent spectaculaires et il est vraisemblable que d'autres « avancées » auront encore lieu dans les prochains temps. Car si d'un point de vue procédural, la QPC a déjà provoqué l'inéluctable standardisation du procès constitutionnel (I), elle devrait aussi permettre, d'un point de vue substantiel, une plus grande harmonisation des jurisprudences relatives aux droits de l'Homme, marquée, du moins on l'espère, par la fin du « *dialogue sans parole* »[5] entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme (II).

I. L'impact procédural de la QPC ou l'inéluctable « standardisation » du procès constitutionnel sous l'influence de la Convention

Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, le Conseil constitutionnel est devenu, du fait de l'entrée en vigueur de la QPC, une juridiction constitutionnelle « comme les autres ». *A priori* donc, il ne devrait être traité ni mieux, ni moins bien que les autres cours constitutionnelle européennes, lesquelles sont déjà en grande partie soumises aux règles procédurales de la CEDH, telles que précisées par la Cour de Strasbourg. Il en résultera à n'en pas douter une « standardisation » du procès constitutionnel, qui peut être appréhendée en envisageant successivement la question de l'applicabilité au Conseil des règles procédurales de la CEDH (A), puis celle de l'application des garanties procédurales de la CEDH (B).

A. Le Conseil constitutionnel et l'applicabilité des règles procédurales de la CEDH

Il convient de distinguer à ce titre deux aspects : celui de la participation de la QPC à la règle d'épuisement des voies de recours interne (1) et celui de

5. V. O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme : un dialogue sans parole », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 403.

l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH à l'ensemble de la question prioritaire de constitutionnalité (2)

1. La participation de la QPC à l'épuisement des voies de recours internes.

De ce point de vue, la jurisprudence européenne est actuellement dépourvue d'ambiguïté : la QPC et partant le Conseil constitutionnel ne semblent *a priori* pas devoir être concernés par la règle de l'épuisement des voies de recours interne, prévue par l'article 35§1 CEDH et conditionnant la recevabilité des requêtes devant la Cour de Strasbourg. Certes, cette dernière n'a pas exclu, par principe, l'ensemble des recours constitutionnels des voies de droit devant être épuisées avant de la saisir. En particulier, sont inclus dans la règle de l'épuisement, les recours constitutionnels directs, de type *Verfassungsbeschwerde*, ce que confirme une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Ringeisen*[6]. La Cour européenne a cependant plusieurs fois précisé que la règle de l'épuisement visait les recours *« utiles »*, *« efficaces »* et surtout, qui étaient *« directement à la disposition des requérants »*. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, du recours en exception d'inconstitutionnalité devant le juge constitutionnel italien, comme l'ont notamment montré les arrêts *Spadea & Scalabrino*[7] et *Immobiliare Safi*[8].

Par analogie avec la situation italienne, il semble donc que l'on puisse avancer que le requérant français ne dispose pas, dans le cadre de la QPC, d'un accès direct au Conseil constitutionnel. La saisine de ce dernier est en effet laissée à la discrétion du juge *a quo*, en l'occurrence des juridictions de première instance (premier niveau de filtrage), puis du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (second niveau de filtrage). Ainsi, l'absence de caractère sérieux et/ou nouveau de la question peut constituer un motif de refus de transmission, privant le justiciable de la possibilité de voir sa question prospérer devant le Conseil constitutionnel. Autant dire qu'en l'état actuel de la jurisprudence européenne, il ne semble pas qu'un requérant français soit tenu de poser une QPC, avant de pouvoir saisir utilement la Cour de Strasbourg. Il convient néanmoins de préciser que cette dernière pourrait, à l'avenir, faire évoluer cette jurisprudence dans une optique de « responsabilisation » des États parties comme des requérants, couplée à une volonté toujours plus prégnante de désengorger son office en limitant le contentieux qui la submerge. Si tel était le cas, la QPC pourrait alors participer dans le futur de la règle de l'épuisement[9].

6. CourEDH, arrêt du 16 juill. 1971, *Ringeisen c. Autriche* (série A n°13).

7. CourEDH, arrêt du 28 sept. 1995, *Spadea & Scalabrino c. Italie* (série A, n°315)

8. CourEDH, arrêt 28 juill. 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie* (n°22774/93).

9. À ce titre, il semble que le président de la Cour européenne des droits de l'Homme, J-P. Costa, soit

2. L'applicabilité de l'article 6§1 CEDH à l'ensemble de la QPC.

S'agissant de la soumission de la QPC aux exigences du procès équitable, il est acquis que l'ensemble des juridictions françaises qui sont concernées par la nouvelle procédure constitutionnelle sont désormais tenues de respecter l'article 6§1 de la CEDH. Il en va ainsi tout d'abord du Conseil constitutionnel lui-même, ce qui constitue la principale conséquence procédurale de la QPC. Avant la réforme de 2009 en effet, le caractère spécifique de sa saisine faisait qu'il était le seul juge constitutionnel en Europe à être « exempté » du respect des exigences du procès équitable. L'article 6§1 ayant pour but de protéger les droits de l'individu, il ne trouvait pas à s'appliquer en cas de saisine du Conseil par les pouvoirs publics. *« Dans cette hypothèse, le juge exerce un contrôle abstrait, qui tend à l'annulation d'une loi mais qui ne porte pas sur des droits subjectifs et ne se rapporte pas à une contestation civile ou à une accusation pénale »*[10]. En revanche, la totalité des autres cours constitutionnelles étaient, de jurisprudence constante depuis l'arrêt *Ruiz Mateos*[11], tenues de respecter les exigences de l'article 6§1.

En effet, que ce soit dans le cadre d'un recours constitutionnel direct ou à l'occasion d'un recours par voie d'exception, la réponse du juge constitutionnel a vocation à conditionner le litige principal et donc à exercer une influence déterminante sur des droits et obligations de nature civile ou sur le bienfondé d'une accusation en matière pénale[12]. Or, selon la Cour de Strasbourg, le lien étroit qui existe entre la procédure au fond (devant le juge ordinaire) et la procédure préjudicielle (devant le juge constitutionnel) implique de ne pas *« dissocier artificiellement »* les deux phases en terme d'applicabilité de l'article 6§1 CEDH, et ceci indépendamment même du fait que le litige soit examiné par une juridiction constitutionnelle. Dans la mesure où la QPC parait bien s'inscrire dans le cadre de la jurisprudence *Ruiz-Mateos*, les règles du procès équitable s'appliquent désormais sans aucune hésitation à la nouvelle procédure préjudicielle devant le Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, et même si l'exigence apparait plus classique, les juridictions de renvoi sont également tenues de respecter les règles du procès équitable à l'occasion du « filtrage » des questions prioritaires. Plus précisément, dans le sillage de l'arrêt *Süssmann*[13], la Cour de Strasbourg distingue deux hypothèses. À savoir que l'article 6§1 ne s'applique pas aux procédures de filtrage lorsque le

---

plutôt favorable à l'inclusion de la QPC dans la règle de l'épuisement des voies de recours internes…

10. G. Malinverni, « Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles », *RUDH*, 1994, p. 389.

11. CourEDH, arrêt du 23 juin 1993, *Ruiz Mateos c. Espagne* (série A-262).

12. V. F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », *RDP*, 2009, p. 675.

13. CourEDH, arrêt du 16 sept. 1996, *Süssmann c. Allemagne* (n°20042/92).

juge du renvoi se contente de statuer sur la recevabilité formelle de la question. En revanche, la même disposition s'applique lorsqu'il s'agit pour lui de se prononcer sur le « bienfondé » de la question. Dès lors, les règles du procès équitable s'appliquent au Conseil d'État et à la Cour de cassation, en particulier lorsqu'il s'agit pour eux de déterminer si la question soulevée est nouvelle et/ou présente un caractère sérieux[14].

Pour en revenir au Conseil constitutionnel, notons que ce dernier semble parfaitement conscient de ce qu'il sera désormais « soumis » aux exigences procédurales de l'article 6§1 de la Convention, du moins s'agissant des contentieux traités dans le cadre des QPC. C'est en ce sens que doit s'interpréter la décision du 4 février 2010 *« portant règlement intérieur sur la procédure suivie pour les QPC »*[15]. Cette refonte de son règlement vient en effet finaliser la « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel, timidement entreprise depuis le milieu des années 1980[16], en faisant notamment en sorte d'ériger les requérants en « parties » lors du procès constitutionnel et en leur garantissant les droits qui découlent de ce nouveau statut. Reste que malgré ces efforts louables, il n'est pas acquis que la procédure de la QPC soit en l'état totalement conforme aux exigences de l'article 6§1 de la CEDH.

B. Le Conseil constitutionnel et l'application des garanties procédurales de la CEDH

Il peut sembler utile de distinguer à ce stade la question du « droit au juge » (1) et celle du respect, par le Conseil constitutionnel, des autres garanties de l'article 6§1 (2).

1. La QPC et l'accès au juge prévu par l'article 6§1 CEDH.

Chronologiquement, le « droit à un tribunal » constitue la première exigence découlant de l'article 6§1, car sans accès effectif à un juge, il ne peut y avoir de procès équitable... S'agissant en premier lieu de la phase devant le juge du renvoi,

14. Dans le même sens, v. F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », *préc*. p. 676.

15. Décision « Règlement intérieur QPC » du 4 févr. 2010. V. F. Jacquelot, « La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2 mai 2010, p. 950.

16. V. M. Guillaume, « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovation », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2008, p. 519.

c'est-à-dire de la phase de « formation de la QPC », on peut tout d'abord se demander si le juge *a quo* qui refuserait de transmettre au Conseil une question posée par un requérant enfreindrait l'article 6§1. En raisonnant une nouvelle fois par analogie, il semble que la réponse soit négative. La Cour européenne a en effet admis dans l'affaire *Coëme* que *« le droit de saisir un tribunal par voie de question préjudicielle n'était pas absolu »* et donc que le refus d'une juridiction supérieure de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle n'était pas *« en soi »* contraire au droit à un tribunal[17]. Une certaine prudence devra néanmoins rester de mise, la Cour de Strasbourg ayant également précisé qu'une telle non-transmission ne devait pas être *« entachée d'arbitraire »*, sous peine de remettre en cause l'équité du procès[18]. Jusqu'à présent néanmoins, le caractère arbitraire d'une non-transmission n'a jamais encore été sanctionné par le juge européen.

S'agissant en second lieu de la phase devant le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire de la phase de « traitement de la QPC », les juges de Montpensier devront rester attentifs aux exigences du droit à un tribunal avant de décider de déclarer une question irrecevable et/ou de considérer qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question posée. D'une part, la Cour de Strasbourg tend à condamner les interprétations trop rigoureuses ou excessivement formalistes des règles de recevabilité, comme elle l'a fait par exemple dans l'affaire *Zvolsky & Zvolska*[19]. D'autre part, le « droit au juge » implique que la réponse de ce dernier soit motivée et que les *« arguments décisifs »* des requérants reçoivent *« une réponse spécifique et explicite »*[20]. Autrement dit, un non-lieu à statuer reposant sur une motivation trop expéditive ou trop stéréotypée pourrait potentiellement exposer le Conseil constitutionnel à une violation de l'article 6§1. Cependant, les premières QPC auxquelles a répondu le Conseil jusqu'à présent laissent à penser qu'un tel risque devrait être évité pour l'essentiel à l'avenir.

2. La QPC et les autres motifs d'incompatibilité à l'article 6§1 CEDH.

Si la refonte du règlement du Conseil constitutionnel semble avoir désamorcé par avance la plupart des risques de « contrariété structurelle » à l'article 6§1, certains hypothèses de violations du procès équitable pourraient tout de même survenir dans la pratique quotidienne de la QPC.

---

17. CourEDH, arrêt du 22 juin 2000, *Coëme & autres c. Belgique* (n°32492/96).

18. CourEDH, arrêt du 21 mai 2002, *Hodos & autres c. Roumanie* (n°29968/96).

19. V. par ex. CourEDH, arrêt du 12 nov. 2002, *Zvolsky & Zvolska c. République tchèque* (n°46129/99).

20. V. par ex. CourEDH, arrêt du 9 déc. 1994, *Ruiz Torija c. Espagne* (série A, n°303).

S'agissant en premier lieu des exigences de l'article 6§1 pour lesquelles les risques d'incompatibilité apparaissent désormais limités, le contradictoire et l'égalité des armes semblent tout d'abord respectés devant le Conseil, le nouveau règlement ayant fait en sorte d'ériger les requérants en « parties » à la procédure. Compte tenu du délai laissé au Conseil pour se prononcer, les notifications et échanges se font par voie électronique, puis, après cet échange contradictoire, l'affaire est appelée en audience publique où les parties peuvent formuler des observations orales. Ensuite, le délai de trois mois laissé au Conseil pour statuer rend *a priori* improbable sa mise en cause « autonome » pour violation du délai raisonnable, sauf à ce qu'il se laisse totalement déborder. En revanche, *« la durée de l'instance devant le Conseil constitutionnel, comme celle devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, entrera en ligne de compte dans l'appréciation portée par le juge européen (...) sur la durée de la totalité de la procédure litigieuse »*[21]. Dès lors, même examinée dans un bref délai, une QPC pourrait constituer une parenthèse supplémentaire de nature à rallonger la procédure globale au-delà du raisonnable. Enfin, il est peu probable que la procédure soit contraire à la publicité des audiences, règle considérée comme essentielle mais paradoxalement faiblement protégée par la Cour. D'une part, cette dernière procède à une appréciation *in globo* du respect de la publicité en prenant en compte l'ensemble de la procédure interne. D'autre part, elle estime que l'exigence de publicité n'est pas violée lorsque la question de constitutionnalité ne touche pas *« à un intérêt public important rendant nécessaire la tenue de débats »*[22]. En toute hypothèse, la retransmission des audiences du Conseil devrait satisfaire à la règle de publicité.

S'agissant en second lieu des exigences de l'article 6§1 pour lesquelles une inconventionnalité demeure possible, sont surtout concernées les garanties d'indépendance et d'impartialité du tribunal. Concernant tout d'abord l'impératif d'indépendance, la procédure « politique » de désignation des membres du Conseil constitutionnel ne devrait cependant pas être, en l'état de la jurisprudence européenne, contraire aux exigences de l'article 6§1. Il faut dire que la Cour de Strasbourg se montre très prudente sur ce terrain... comme d'ailleurs sur celui de « l'impartialité subjective » des magistrats constitutionnels[23]. Ce qui ne doit toutefois pas empêcher de s'interroger sur la présence « de droit » des anciens

21. F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », préc. p. 680. V. aussi J-F. Flauss, « Les Cours constitutionnelles et la règle du délai raisonnable : le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1263.

22. CourEDH, arrêt du 28 mai 1997, *Pauger c. Autriche* (n°24872/94).

23. V. cependant CourEDH, arrêt du 15 juill. 2005, *Meznaric c. Croatie* (n°71615/01).

présidents de la République dans la formation de jugement[24], voire, de repenser à terme l'ensemble du système des désignations, en s'inspirant par exemple du modèle allemand[25]. Concernant en revanche l'exigence « d'impartialité objective », l'article 6§1 pourrait être potentiellement enfreint par le fait qu'un membre du Conseil se soit déjà prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition législative soumise à QPC, soit dans des fonctions distinctes de celles de juge de la constitutionnalité[26], soit à l'occasion d'un contrôle abstrait et préventif de cette disposition[27]. En première approche, on pourrait certes penser que le risque est limité. En effet, outre que l'impartialité objective n'est en principe rompue, que si un *« même juge »* s'est prononcé dans la *« même affaire »*[28], le règlement du Conseil prévoit désormais la possibilité pour ses membres de s'abstenir de siéger et, pour le requérant, celle de les récuser.

Tout restera cependant « affaire de conscience », l'article 4 du règlement précisant, de façon peu convaincante, que *« le fait qu'un membre du Conseil a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation »*. Partant, si l'ancien président J. Chirac a annoncé très vite qu'il ne prendrait pas part à l'examen d'une éventuelle QPC afférente à l'affaire qui le concernait, l'obligation de déport dans des affaires moins « médiatiques » restera sujette à interprétation. En ce sens, certaines affaires peuvent laisser augurer que le Conseil n'est pas totalement à l'abri d'une censure européenne pour défaut d'impartialité. Par exemple, M. Charasse a pris part au jugement de la décision n°2010-20/21 QPC sur le recrutement des enseignants-chercheurs[29], alors que dans de précédentes déclarations, il avait pris position « contre » le principe constitutionnel d'indépendance des professeurs d'université, pourtant au cœur de cette affaire. Autre illustration, dans la décision n°2010-25 QPC relative au fichier national automatisée des empreintes génétiques[30], cinq Sages

---

24. V. en ce sens R. Badinter, « Une exception française : les anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, préc*. p. 513.

25. Les juges de la Cour de Karlsruhe sont élus par les deux chambres du Parlement, selon des modalités qui tendent à préserver l'équilibre entre majorité et opposition parlementaire. La France s'est toutefois contentée d'un système a minima où les trois membres désignés par le Président de la République sont nommés sauf avis négatif exprimé à la majorité des 3/5ème par les commissions permanentes des deux chambres du Parlement.

26. Par exemple : membre du Conseil d'État ayant émis un avis consultatif, parlementaire ayant voté la loi, professeur de droit ayant émis une opinion doctrinale…

27. V. F. Sudre, « Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH », *préc*. p. 683.

28. V. par ex. CourEDH, arrêt du 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines c. France* (n°65411/01).

29. Cons. const., déc. n°2010-20/21 QPC du 6 aout 2010, *J. Combacau et autres*.

30. Cons. const., déc. n°2010-25 QPC, 16 sept. 2010, *M. Jean-Victor C*.

avaient déjà eu à se prononcer sur la question des prélèvements ADN dans le cadre de leurs anciennes fonctions[31]. Dans les deux cas, une rupture du principe d'impartialité (subjective dans le premier, objective dans le second) pourrait être reconnue à l'avenir par un juge de Strasbourg très soucieux des apparences et selon qui il n'existe pas de seuil de partialité consenti[32]. Plus largement, le fait qu'une proportion importante des membres du Conseil aient derrière eux une longue carrière de parlementaire pourrait poser à l'avenir problème en regard des exigences de l'article 6§1. Ce qui devrait inciter ici encore à repenser le système des désignations, moins tant du point de vue de la procédure elle-même, que s'agissant de la « diversification » des profils choisis.

Reste que même si les risques de condamnation de la France du fait du fonctionnement « défectueux » du Conseil n'ont pas été éliminés, la soumission du juge de Montpensier – comme des autres cours constitutionnelles européennes avant lui – au jeu du procès équitable doit être salué. Certes, la solution de l'arrêt *Mateos* a été vivement contestée à l'époque et, aujourd'hui encore, certains gouvernements n'hésitent pas à tenter de la remettre en cause[33]. Cependant, l'inclusion du procès constitutionnel dans le champ de l'article 6§1 participe selon nous davantage de la légitimation de la justice constitutionnelle que de sa banalisation[34]. En outre, bien que la Cour européenne applique par principe l'ensemble des garanties de l'article 6§1 au procès constitutionnel et bien qu'elle ait eu l'occasion de condamner, depuis 1993, de nombreuses cours constitutionnelles pour non-respect de ces exigences[35], elle accepte à l'occasion de prendre en compte la spécificité des missions du juge constitutionnel, comme dans l'arrêt *Gast & Popp*[36], où un délai *a priori* déraisonnable de jugement a été « toléré »

31. En octobre 2002, les sénateurs M. Charasse et H. Haenel avaient respectivement voté contre et pour la loi sur la sécurité intérieure, qui incluait le volet fichiers d'empreintes génétiques. Le député J. Barrot a voté cette loi en janvier 2003, pendant que J-L. Debré, président de l'Assemblée nationale organisait les débats. Enfin, P. Steinmetz, directeur du cabinet de l'ancien Premier ministre J-P. Raffarin a participé à la rédaction de la loi.

32. V. par ex CourEDH, arrêt du 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines c. France* (*préc.*). Dès lors, le fait qu'un seul magistrat ait fait preuve de partialité suffit à « vicier » l'ensemble de la décision.

33. V. par ex. CourEDH, arrêt du 8 nov. 2007, *Soffer c. République Tchèque* (n°31419/04) et CourEDH, arrêt du 3 juill. 2008, *Vokoun c. République tchèque* (n°20728/05).

34. V. D. Szymczak, *La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 432.

35. Pour des illustrations récentes, v. par ex. D. Szymczak, « CEDH et juridictions constitutionnelles nationales : fortune et infortune du pluralisme juridictionnel », *ADE*, Vol. VI-2008, Bruxelles, Bruylant (*à paraître*).

36. CourEDH, arrêt du 25 févr. 2000, *Gast & Popp c. Allemagne* (n°29357/95).

par le fait que la Cour de Karlsruhe avait été contrainte de modifier l'ordre de traitement des requêtes en vue de privilégier des affaires à forte coloration politique[37].

Mais, alors que l'alignement du procès constitutionnel français sur les standards procéduraux de la CEDH apparait inéluctable du fait de l'entrée en vigueur de la QPC, une autre incidence majeure de cette réforme semble pouvoir être trouvée sur un plan plus substantiel : à savoir que la nouvelle procédure devrait impliquer une harmonisation de plus en plus forte des jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles en matière de libertés.

II. L'impact substantiel de la QPC où l'harmonisation espérée des jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles

En quelques années, le Conseil constitutionnel a connu une double « mutation » : une mutation « institutionnelle », symbolisée en dernier lieu par la création de la QPC et une mutation « matérielle », tenant à son ouverture progressive sur les droits européens, les deux mouvements entretenant des liens assez étroits. Cependant, l'utilisation du droit de la CEDH par le juge constitutionnel français est longtemps demeurée très timide, contrairement à ce que l'on pouvait constater dans l'office de la plupart des autres cours constitutionnelles européennes. En ce sens, la QPC semble fournir l'occasion – voire rendre nécessaire – (d')un changement de politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Dans les prochains temps, on pourrait donc s'attendre à une évolution d'une prise en compte implicite et limitée de la CEDH (A), vers une prise en compte active et explicite de cette dernière (B).

A. La difficulté croissante de justifier une prise en compte implicite de la CEDH

Longtemps privilégié par le Conseil constitutionnel, le choix d'un *« dialogue sans parole »* avec la Cour de Strasbourg (1) comporte certaines limites qui rendent selon nous nécessaires l'évolution de cette politique jurisprudentielle dans le cadre de la QPC (2).

37. V. aussi CourEDH, arrêt du 12 juin 2001, *Trickovic c. Slovénie* (n°39914/98).

1. Le choix durable d'un *« dialogue sans parole »*.

Si les droits européens ont pu être perçus à l'origine comme des « corps étrangers » par les juges de Montpensier, le Conseil s'est vite retrouvé en position « schizophrénique » à l'intersection des ordres juridiques français et européens. D'une part, il se devait d'assurer l'ouverture du droit national sur le droit international, afin de permettre l'adaptation du texte constitutionnel aux exigences liées à l'appartenance de la France à un ordre juridique supranational. D'autre part, il ne devait pas perdre de vue sa mission originelle : veiller à l'intégrité de la norme fondamentale dont il est le garant. Nécessité faisant loi, le Conseil a donc dû se familiariser avec les droits européens, évolution nettement perceptible s'agissant du droit de l'Union[38], qu'il s'agisse du contrôle de la conformité constitutionnelle des traités de révision ou du contrôle de la constitutionnalité des lois de transposition des directives[39]. En revanche, l'ouverture du Conseil sur le droit de la CEDH apparait plus embryonnaire. Certes, la Haute juridiction a, on l'a vu, récemment révisé son règlement pour éviter que le traitement d'une QPC ne soit jugé contraire aux exigences du procès équitable. Pour autant, le Conseil demeure à l'heure actuelle l'une des rares cours constitutionnelles en Europe à ne jamais se référer de façon expresse à la CEDH dans les motifs de ses décisions, sauf le cas échéant lorsqu'il statue en tant que juge électoral[40].

Ce qui ne signifie pas pour autant que le Conseil soit totalement hermétique au droit de la Convention, des « similitudes troublantes » existant entre les jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle, tant en ce qui concerne les techniques d'interprétation et de contrôle, que s'agissant d'un même attachement à des valeurs communes[41]. Pour ne donner que quelques exemples, on peut difficilement contester la « paternité européenne » du droit à la dignité humaine, dégagé dans la décision du 27 juillet 1994[42] ou encore, le fait que l'arrêt *Zielinski*[43] ait incité le juge français à resserrer fortement son contrôle

38. V. A. Levade, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire », *RDP*, 2004, p. 909.

39. V. en particulier les décisions n°2004-496 DC du 10 juin 2004, « L.E.N. » (*Rec*. p. 101) et n°2006-540 DC du 27 juill. 2006, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » (*Rec*. p. 88).

40. V. par ex. la décision n°88-1082/1187 du 21 oct. 1988, « A.N. Val-d'Oise, 5ème circonscription » (Rec. p. 183).

41. V. D. Szymczak, *Convention européenne des droits de l'Homme et juge constitutionnel national, préc*. p. 185.

42. Cons. const., décision n°94-343 DC du 27.07.1994, « Loi sur la bioéthique » (*Rec*. p. 100).

43. CourEDH, arrêt du 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzales c. France* (n°24846/94).

des lois de validation[44]. La prise en compte du droit de la Convention et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg demeure cependant « implicite », le Conseil constitutionnel choisissant le plus souvent d'alterner l'utilisation de *« principes clonés »* et de *« principes génétiquement modifiés »*[45].

Si le refus du Conseil d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois constitue le principal facteur explicatif de ce « mépris formel » pour la CEDH, notons que plusieurs cours constitutionnelle européennes, tout en refusant d'exercer un contrôle de conventionnalité, n'hésitent pas à utiliser la CEDH et la jurisprudence subséquente de manière auxiliaire, c'est- à-dire aux fins d'interprétation des droits fondamentaux garantis par leur Constitution. Tel est le cas des juges constitutionnels espagnol et portugais, certes sur habilitation constitutionnelle expresse, mais aussi des cours constitutionnelles allemandes ou italienne, indépendamment de toute habilitation[46]. Plus avant, l'absence de prise en compte expresse du droit de la CEDH pourrait éventuellement s'expliquer par l'argument de sa relative méconnaissance par le Conseil. Cependant, même si ce dernier n'a guère fait preuve de clairvoyance en citant l'arrêt *Leyla Sahin*[47] dans sa décision n°2004-505 DC sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe[48], on peine à imaginer que le Conseil soit moins au fait de la jurisprudence de Strasbourg que certains de ses homologues européens *a priori* bien moins « expérimentés ».

Dès lors, la place résiduelle laissée à la CEDH semble surtout devoir s'expliquer par un argument de politique jurisprudentielle : à savoir la volonté du Conseil de préserver la « pureté » de ses normes de référence et de « se » préserver de la concurrence exercée par la Cour de Strasbourg en matière de protection des droits de l'Homme. Cependant, plutôt que d'entrer ouvertement en conflit avec la Cour de Strasbourg, comme ont pu le faire récemment les cours

---

44. V. par ex. les décisions n°99-422 DC du 21 déc. 1999 (*Rec.* 143) et n°99-425 DC du 29 déc. 1999 (*Rec.* 168).

45. Pour reprendre les termes de G. Carcassonne, « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droit de l'Homme », in *50ème anniversaire de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 231.

46. V. D. Szymczak, *Convention européenne des droits de l'Homme et juge constitutionnel national, préc.* p. 148.

47. CourEDH, arrêt du 10 nov. 2005, *Leyla Sahin c. Turquie* (n°44774/98).

48. *Préc.* Évoquée incidemment par le Conseil en vue conforter son constat de conformité à la Constitution des dispositions du traité constitutionnel relatives à la liberté de religion, l'affaire Sahin était frappée d'appel devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme et n'était donc pas définitive. V. en ce sens J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la CEDH par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n°18, p. 199.

constitutionnelles allemande ou italienne[49], le juge constitutionnel français a fait le choix – plus sage ou plus hypocrite selon les sensibilités – d'ignorer formellement le droit européen des droits de l'Homme. Un « *dialogue sans parole* » donc, qui pouvait déjà encourir des critiques dans le cadre du contrôle abstrait et préventif des normes exercé par le Conseil avant 2010, mais qui n'est selon nous plus tenable depuis l'entrée en vigueur de la QPC.

2. La nécessité d'une évolution de la politique jurisprudentielle du Conseil.

En examinant les QPC auxquelles le Conseil a eu l'occasion de répondre, on peut être frappé par la similitude des questions abordées et de celles rencontrées dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme. Ce qui est en fait logique, la loi organique de 2009 précisant que ne peuvent être déférées aux Conseil que des questions portant sur une loi portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Or, dans la mesure où la proximité entre les « catalogues » constitutionnels et conventionnels de droits fondamentaux n'est plus à prouver, il est possible de renverser la proposition de départ. À savoir que les QPC portant sur des aspects pour lesquels la Cour de Strasbourg n'aurait pas déjà eu l'occasion de se prononcer, directement ou indirectement, en tout ou partie, devraient plutôt constituer l'exception. Autant dire que la QPC a vocation à accroître considérablement, sous un angle quantitatif et qualitatif, les points de contact – et partant les « zones de frictions » – entre ces juridictions.

Dès lors, les juges français, particulièrement le Conseil, ont tout intérêt à prendre en compte de façon accrue la jurisprudence de Strasbourg. En première approche certes, peu importe qu'une telle prise en compte soit expresse ou implicite du moment qu'elle soit effective. À choisir, mieux vaut en effet une utilisation « masquée » mais « sincère » de la CEDH, qu'une utilisation « formelle » mais « tronquée ». En seconde approche toutefois, une prise en compte explicite et sincère apparait encore préférable, non seulement dans un souci de transparence et de pédagogie, mais aussi aux fins d'une meilleure articulation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Du point de vue du juge *a quo* tout d'abord[50], mais aussi de celui du Conseil lui-même. En effet, outre que l'explicitation du référent conventionnel concourrait à la médiatisation – et donc à une meilleure connaissance – de ce dernier, elle permettrait d'insister de manière plus transparente qu'à l'heure actuelle sur ce

49. V. notamment, Cour const. allemande, déc. du 14 oct. 2004, *Görgülü* (BVerfGE 111, 307) et Cour const. italienne, déc. n°348 et n°349 du 24 oct. 2007 (Giur. cost. 2007, p. 3475 et p. 3535).

50. V. à cet égard D. Szymczak, « Droit européens et question prioritaire de constitutionnalité : 'les liaisons dangereuses' », *Politeïa*, 2010, n°17, p. 253.

qui rapproche et plus encore sur ce qui encore les deux ordres de juridiction et, le cas échéant, sur les raisons de fond de cette division. Enfin et surtout, l'utilisation auxiliaire expresse de la CEDH aurait pour principal avantage de limiter les cas de divergences de jurisprudences entre le droit national et les droits européens. Car s'il est désormais évident que la Conseil a, en règle générale, connaissance des exigences conventionnelles, le lecteur de ses décisions peut, en l'absence d'explicitation, se perdre largement en conjectures.

Certes, dans l'hypothèse où les jurisprudences convergent, on peut admettre de façon prosaïque que l'objectif est atteint et que la question est essentiellement théorique. Tout au plus pourra-t-on se demander si le Conseil a bien été influencé par la jurisprudence européenne et si, en l'absence de cette dernière, il aurait statué différemment… En revanche, en cas de divergences manifestes ou potentielles, les interrogations peuvent être plus nombreuses. Le Conseil a-t-il eu connaissance de telle jurisprudence récente de la Cour qui aurait pu l'inciter à statuer différemment ? A-t-il anticipé tous les risques de contrariété à la CEDH ? Enfin, si la divergence résulte non d'une méconnaissance du *« bloc de conventionnalité »* mais de la volonté délibérée de s'en écarter, qu'est ce qui justifie un tel choix ? Étant entendu que si, juridiquement, le non-respect de la CEDH conduit immanquablement à la mise en cause de la responsabilité de la France, « politiquement » une violation de celle-ci pourra apparaître plus ou moins « légitime » selon les cas[51]. Sans parler du fait que la jurisprudence européenne peut parfois évoluer « en faveur » des États parties, en particulier lorsque la Cour est confrontée à une forte résistance de ceux-ci[52]. Or, en choisissant de perpétuer sa tradition de prise en compte implicite de la CEDH, le Conseil, loin de contribuer à enrichir le dialogue des juges, se prive selon nous d'un levier particulièrement utile pour faire valoir ses positions.

B. Vers une prise en compte explicite du droit de la Convention ?

À titre liminaire, notons que l'entrée en vigueur de la QPC n'a pour l'instant rien changé à la « stratégie jurisprudentielle » du Conseil : aucune des décisions rendues jusqu'à présent n'a fait référence de manière expresse à la CEDH ou à la jurisprudence de Strasbourg. Pas même à titre confortatif, alors que de nombreuses affaires auraient pu s'y prêter. Pourtant, plusieurs décisions montrent une intensification de la prise en compte de la CEDH, mais aussi les limites de

51. V. D. Szymczak, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Actes de la journée d'étude organisée par le CRUE à l'Université Paris I, le 3 décembre 2010 (*à paraitre*).

52. V. en dernier lieu CourEDH, GC, arrêt du 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie* (n°30814 /06).

l'utilisation implicite, qui apparaissent plus nettement quand les jurisprudences sont potentiellement divergentes (2) que lorsqu'elles sont *a priori* concordantes (1).

1. Les solutions *a priori* concordantes.

S'agissant des affaires dans lesquelles la position du Conseil semble être en conformité avec la CEDH, on peut tout d'abord citer la décision *Cousin*[53]. Dans cette espèce, le Conseil a jugé que l'article 90 du Code de la marine marchande était contraire à l'article 16 DDHC[54]. Si la décision du Conseil est logique, ne pouvait-il pas tout en statuant sur le fondement exclusif de la DDHC, faire une allusion à la jurisprudence européenne fort riche en la matière et, en particulier, à la décision *Sacilor*[55] par laquelle la Cour a rappelé qu'un « même juge » ne pouvait pas se prononcer deux fois dans la « même affaire » ? Dans la décision *Jean Victor C*[56], a été admis la conformité à l'article 9 DDHC des dispositions du Code de procédure pénal instituant le FNAEG. Le Conseil a toutefois émis une réserve d'interprétation portant sur la nécessité pour le pouvoir réglementaire de préciser la durée de conservation des informations et de « *proportionner* » cette durée, « *compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs* ». Or, dans trois arrêts de 2009[57], la Cour de Strasbourg avait admis la conventionnalité d'un autre fichier, le fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles… tout en rappelant la nécessité pour les autorités nationales d'encadrer le fonctionnement et l'usage de tels fichiers, en particulier s'agissant de la durée de conservation des données.

La décision *Région Languedoc-Roussillon*[58] permet d'illustrer un cas *a priori* plus original : celui de « l'excès de zèle » par rapport aux exigences de la CEDH ou, de manière plus positive, de la « plus-value constitutionnelle » apportée par la QPC à la protection des droits. Dans cette affaire, le Conseil

53. Cons. const., déc. n°2010-10 QPC du 2 juill. 2010, *Consorts Cousin et autres*. V. aussi Cons. const. déc. n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, *Jean-Pierre B.* (composition de la commission départementale d'aide sociale).

54. Était en cause une juridiction (le tribunal maritime commercial) dont la composition n'apportait pas les garanties appropriées d'indépendance au requérant.

55. CourEDH, arrêt du 9 nov. 2006, *Sacilor-Lormines c. France* (*préc.*).

56. Cons. const., déc. n°2010-25 QPC du 16 sept. 2010, *M. Jean-Victor C.*

57. CourEDH, arrêts du 17 déc. 2009, *Bouchacourt c. France* (n°5335/06), *Gardel c. France* (n°16428/05) et *M.B. c. France* (n°22115/06).

58. Cons. const., déc. n°2010-15/23 QPC du 23 juill. 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*.

a en effet déclaré la non-conformité totale de l'article 575 CPP qui limitait la possibilité pour la partie civile de se pourvoir en cassation contre un arrêt de la chambre de l'instruction, en l'absence de pourvoi du ministère public, sauf dans sept cas énumérés par cette disposition. Il estime en effet que dès lors que la procédure pénale reconnaît à la partie civile un véritable statut de partie, il ne peut lui dénier le droit de faire censurer par la Cour de cassation les éventuelles erreurs de droit qui ont pu être commises par la chambre de l'instruction dans une décision portant atteinte à ses intérêts. Cette décision confirme, d'une part, que le contrôle du Conseil porte bien sur le texte de loi et non sur l'interprétation qui en a été faite par les juridictions internes. En effet, la Cour de cassation avait récemment neutralisé le « verrou à l'accès au juge » que constituait l'article 575 CPP, en interprétant de manière libérale cette disposition[59], ce qui n'a pas empêché la censure du Conseil. D'autre part et surtout, la décision du Conseil s'avère finalement plus protectrice que la jurisprudence de Strasbourg. Dans l'arrêt *Berger*[60], la Cour avait en effet admis la compatibilité de l'article 575 CPP à l'article 6§1 CEDH. En conséquence, tous les recours alléguant que cette disposition enfreint le droit d'accès au juge sont depuis considérés comme manifestement mal fondés[61]. En sens inverse, il est possible de déplorer la décision *Xavier P.* validant la « motivation elliptique » des verdicts d'assises[62]. Sans la citer, le Conseil s'inspire certes très nettement de la jurisprudence de Strasbourg[63]. Mais si eurocompatibilité il y a, le fait que la Cour n'ait guère été inspirée, n'empêchait pas le Conseil de l'être davantage…

Toujours au titre des décisions *a priori* concordantes, peut être évoquée la décision *Labane* du 28 mai 2010[64] relative à la décristallisation des pensions des « anciens combattants indigènes ». Il n'est pas question de revenir ici sur les origines et les détails de cette affaire[65], si ce n'est pour indiquer que la CEDH avait été mobilisée dès 2001, l'arrêt *Diop*[66] ayant permis de censurer,

59. La Cour de cassation admet désormais qu'un pourvoi par la seule partie civile est possible si l'arrêt « ne répond pas aux impératifs de motivation, omet de répondre aux articulations essentielles du mémoire de la partie civile, ne contient aucun exposé des faits, ou encore ne contient pas de motifs suffisants sur les chefs de mise en examen visés dans la plainte avec constitution de partie civile ».

60. CourEDH, arrêt du 3 déc. 2002, *Berger c. France* (n°48221/99)

61. V. par ex. CourEDH, déc. du 16 sept. 2003, *Chesnay c. France* (n°56588/00).

62. Conseil const., déc. n°2011-113/115 QPC du 1er avr. 2011, *M. Xavier P. et autre*.

63. V. CourEDH, G.C. 16 nov. 2010, *Taxquet c. Belgique* (n°926/05).

64. Cons. const., déc. n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts Labane*.

65. V. D. Katz, « La décision n°2010-1 QPC : épilogue ou simple épisode du contentieux de la décristallisation ? », *RFDA*, 2010, p. 717 ; du même auteur, « Principe de non-discrimination et cristallisation des pensions », *RFDA*, 2010, p. 333.

66. CE, Ass., 30 nov. 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. M. Diop* (*Rec.* 605).

sur le fondement combiné des articles 14 CEDH et 1er du Protocole n°1, une discrimination quant au montant des pensions versées aux anciens combattants selon leur nationalité[67]. Bien que la législation française ait évolué depuis, le principe de non-discrimination n'était toujours pas respecté ce que confirme la décision du 28 mai 2010. Statuant sur le fondement de l'article 6 DDHC, le Conseil valide le « critère de résidence » et admet que le législateur pouvait fonder, en 2002, une différence de traitement « *sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat* ». Sur cet aspect, sa solution converge avec celle du Conseil d'État[68]. En revanche, le juge constitutionnel s'écarte de la solution du Conseil d'État jugeant contraire au principe constitutionnel d'égalité la différence selon la nationalité « *entre titulaires d'une pension civile ou militaire de retraite payée sur le budget de l'État (...) et résidant dans un même pays étranger* ». Pour le dire plus simplement, le critère du lieu de résidence (et donc du pouvoir d'achat) peut être pris en compte pour le calcul des pensions, mais il doit alors s'appliquer pour tous, y compris pour les français vivant à l'étranger[69]. De ce point de vue, la décision *Labane*[70] apparait conforme à la jurisprudence européenne, en particulier à l'arrêt *Carson*[71], qui n'est pourtant jamais évoqué par le Conseil constitutionnel, alors même qu'il semble avoir largement inspiré ce dernier... et que certaines affaires de décristallisation sont par ailleurs encore pendantes devant la Cour[72].

Au-delà de ces exemples, les points de convergence entre les deux juges apparaissent en définitive déjà assez nombreux, quoique toujours inavoués. Sans prétendre à l'exhaustivité, il également aurait était possible de citer la décision *Viviane L.*, sur la loi dite « anti- Perruche »[73], ou les décisions *Époux Pipolo*[74],

67. Le Conseil d'État s'inspirant pour l'occasion de la « méthode combinatoire » inaugurée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt du 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche* (n°17371/90).

68. V. CE, arrêts du 18 juill. 2006, *M. Ka et GISTI*.

69. Ce qui implique soit de revaloriser les pensions des pensionnés « étrangers » vivant à l'étranger pour les aligner sur celles des pensionnés français vivant à l'étranger, soit de baisser les retraites de ces derniers dans un souci d'économie budgétaire...

70. V. également Cons. const., déc. n°2010-93 QPC du 4 févr. 2011, *Comité Harkis et Vérité*.

71. Cour EDH, GC, arrêt du 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni* (n°42184/05).

72. Si l'affaire *El Orabi c. France* a été déclarée irrecevable pour défaut d'épuisement (CourEDH, déc. du 20 avr. 2010, n°20672/05), les requêtes *Daoudi veuve Kouri* (no 31721/07), *Chikr* (n°55073/08) et *Achour* (no22276/09) n'ont à ce jour pas encore reçu de réponse de la Cour de Strasbourg.

73. Conseil const., déc. n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Viviane L.* (loi dite « anti-Perruche »).

74. Conseil const., déc. n°2010-19/27 QPC du 30 juill. 2010 *Époux Pipolo et autres* (constitutionnalité de la nouvelle procédure de perquisition fiscale mise en place par la loi du 4 aout 2008, adoptée à la suite de la condamnation de la France dans l'affaire *Ravon* du 21 févr. 2008, n°18497/03).

Société Esso[75] et *Jean-Yves G*[76]. Avec quelques réserves, pourraient enfin rentrer dans cette catégorie de solutions concordantes la décision *Michel Z*[77], opérant une première application de la Charte du droit de l'environnement dans le cadre d'une QPC, *Danielle S.*[78] relative au contrôle par le juge judiciaire des hospitalisations sans consentement[79], voire la décision *Cestino & Hasslauer* reconnaissant la constitutionnalité de l'interdiction du mariage entre homosexuels[80]. Reste que si cette dernière décision s'engouffre dans la marge d'appréciation laissée aux États par l'arrêt *Schalk et Kopf*[81], la solution européenne apparaissait plus nuancée, du moins pour l'avenir, que celle du Conseil. Dès lors, des jurisprudences actuellement concordantes pourraient ne plus l'être dans un proche avenir, le Conseil constitutionnel s'étant en outre privé d'une possibilité de « replis », faute d'avoir pris en compte de façon suffisamment fine la jurisprudence européenne.

2. Les solutions potentiellement divergentes.

Mêmes si elles sont moins nombreuses que les précédentes, elles ne constituent pas de simples hypothèses d'école. Ainsi, dans la décision *Balta & Opra*[82], le Conseil a validé la constitutionnalité des articles 9 et 9-1 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Statuant sur le fondement du principe d'égalité, il estime que les différences de traitement dont font l'objet les gens du voyage – stationnement sur des aires d'accueil, existence d'un carnet de circulation, restrictions d'accès au droit de vote, aux droits sociaux ou à la scolarisation – sont fondées sur une différence objective de situation tenant à leur « *mode de vie itinérant* » et partant, il juge que leurs droits et libertés constitutionnels peuvent être limités compte tenu de la nécessité de sauvegarder de l'ordre public. Le droit à la liberté d'aller est venir n'est

75. Conseil const., déc. n°2010-33 QPC du 22 sept. 2010, *Sté Esso SAF* (inconstitutionnalité d'une disposition du Code de l'urbanisme prévoyant la cession gratuite en vue d'un usage public d'un terrain à construire).

76. Conseil const., déc. n°2010-38 QPC du 29 sept. 2010, *M. Jean-Yves G.* (admettant la constitutionnalité de l'article 529-10 CPP relatif aux amendes en matière de circulation routière mais dans laquelle le Conseil opère une réserve d'interprétation rendant le mécanisme a priori conforme aux exigences européennes, notamment à celle de l'accès au juge).

77. Conseil const., déc. n°2011-116 QPC du 8 avr. 2011, *Michel Z. et autres*.

78. Conseil const., déc. n°2010-71 QPC du 26 nov. 2010, *Mlle. Danielle S.*

79. Comparer avec CourEDH, arrêt du 18 nov. 2010, *Baudoin c. France* (n°35935/03).

80. Conseil const., déc. n°2010-92 QPC du 28 janv. 2011, *Mme Cestino & Hasslauer*.

81. CourEDH, arrêt du 24 juin 2010, *Schalk & Kopf c. Autriche* (n°30141/04).

82. Cons. const., déc. n°2010-13 QPC du 9 juill. 2010, *M. Balta & M. Opra*.

pas davantage mis en cause, la conciliation avec la protection de l'ordre public n'apparaissant pas manifestement déséquilibrée. Il n'est cependant pas certain que cette façon de voir soit pleinement partagée par la Cour de Strasbourg qui, d'une part, a consacré sur le fondement de l'article 8 de la CEDH le *« droit au respect du mode de vie traditionnel des tsiganes »*[83] et qui, d'autre part, se montre de plus en plus attentive aux discriminations – directes ou indirectes – dont sont victimes certains groupes minoritaires[84]. Pas plus n'est-il acquis que la Cour soit totalement en phase avec la décision *Jean-Marc P.*[85] concernant les exceptions au principe de rétroactivité de la loi pénale *in mitius*[86]. De même, il semble possible d'émettre quelques doutes quant à la conformité à la CEDH de la décision *Isabelle D. et Isabelle B.* concernant l'adoption simple au sein d'un couple non marié, question touchant plus spécifiquement aux droits des couples homosexuels[87]. En 2010, une requête portant sur une question similaire a en déclarée recevable par la Cour[88]. Or, même s'il est risqué de vouloir prédire à l'avance la solution strasbourgeoise, on peut au minimum avancer que la décision des juges de Montpensier n'immunise en rien la France contre un risque de condamnation.

Enfin, une dernière illustration, peut-être la plus médiatique, d'un désaccord potentiel entre le juge constitutionnel et la Cour de Strasbourg peut être trouvée dans la décision *Daniel W* du 30 juillet 2010[89], relative à la constitutionnalité du régime des gardes à vue. En première approche, la décision du Conseil a certes permis de remédier à une inconventionnalité plus que prévisible du régime français des gardes à vues. En effet, la jurisprudence récente de la Cour, quoique ne concernant pas encore directement la France, ne laissait guère planer de doute sur le fait qu'enfreignait l'article 6§1 le défaut d'assistance d'un avocat dès la première minute de garde à vue[90]. Sans citer cette jurisprudence, le Conseil s'en est inspiré en jugeant que compte tenu des évolutions survenues depuis vingt ans[91], les dispositions attaquées du Code de procédure pénal n'instituaient

83. V. CourEDH, GC, arrêt du 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni* (n°27238/95).

84. V. par ex. CourEDH, arrêt du 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie* (n°38361/97).

85. Cons. const., déc. n°2010-74 QPC du 3 déc. 2010 MM. *Jean-Marc P., René B., Éric B. et société Auchan*.

86. V. en ce sens CourEDH, arrêt du 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie* (n°2) (n°10239/03).

87. Cons. const., déc. n°2010-39 QPC du 8 oct. 2010, *Isabelle D. et Isabelle B.*

88. CourEDH, déc. du 31 août 2010, *Gas & Dubois c. France* (n°25951/07).

89. Cons. const., déc. n°2010-14/22 QPC du 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et autres*.

90. V. notamment CourEDH, GC, arrêt du 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie* (n°36391/02) et CourEDH, arrêt du 13 oct. 2009, *Danayan c. Turquie* (n°7377/03).

91. Il y a eu en effet plus de 790 000 mesures de gardes à vue en 2009.

plus les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue. La conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnelles ne pouvait plus être regardée comme proportionnée. En conséquence, les dispositions en cause du CPP sont jugées contraires à la Constitution, le Conseil reportant toutefois dans le temps les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité au 1er juillet 2011.

De prime abord, la décision doit être saluée, d'autant que peu de temps plus tard, la France a été directement condamnée dans l'affaire *Brusco*[92] dans la mesure où le requérant n'avait *« pas été informé, au début de son interrogatoire, du droit de se taire ou de ne répondre qu'aux questions qu'il souhaitait »* et qu'il *« n'avait pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue »*. Cependant, on peut douter avec certains commentateurs de la décision[93] que les exigences européennes aient été pleinement prises en compte par le Conseil. En premier lieu, l'effet différé de la décision a conduit à ce que de nombreuses gardes à vue aient encore lieu sur le fondement de la législation censurée[94]. Fort heureusement, la réforme annoncée de la garde à vue a été adoptée depuis[95] et la Cour de cassation a admis que cette loi était d'applicabilité immédiate[96]. En second lieu, on peut ne pas être convaincu par le fait que le Conseil ait admis, dans la décision *Daniel W*, que *« des circonstances particulières »* étaient susceptibles de justifier des restrictions à *« l'assistance effective d'un avocat »* pendant la garde à vue. En troisième lieu, il faut regretter que dans cette décision, il n'ait pas estimé nécessaire d'examiner le régime de garde à vue réservé à la criminalité organisée et au terrorisme[97], bien que ce régime ne soit pas forcément pleinement conforme – c'est sans doute un euphémisme – à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg….

En dernier lieu, la Conseil n'a guère été plus convaincant lorsqu'il a admis que le Parquet pouvait valablement contrôler les gardes à vue, malgré sa dépendance à l'égard de l'exécutif. Certes, la position critique affichée par la Cour dans l'arrêt *Medvedyev* de 2008[98] a pu être considérée comme un *obiter dicta* et

92. CourEDH, arrêt du 14 oct. 2010, *Brusco c. France* (n°1466/07).

93. V. S. Slama, « Garde à vue : une décision exposant la France à une condamnation par la Cour de Strasbourg », *Combat pour les droits de l'Homme* (http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr).

94. Solution confortée par les décisions n°5700 et 5701 de la Cour de cassation du 19 oct. 2010, estimant que même contraires à la Constitution et à la CEDH, les gardes à vue en cours ne pouvaient être remises en cause au nom du principe de sécurité juridique…

95. V. la Loi n°2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue.

96. V. en ce sens les quatre arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avr. 2011.

97. V. aussi Cons. const., déc. n°2010-31 QPC du 22 sept. 2010, *M. Bulent A. et autres*.

98. CourEDH, arrêt du 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres c. France* (n°3394/03).

un arrêt de Grande chambre rendu en 2010 dans la même affaire[99] pouvait laisser espérer que le juge européen épargne le parquet français. Un espoir démenti par l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010 qui ne laisse place à aucune ambiguïté[100]. La Cour y précise certes qu'il ne lui appartient pas de prendre position sur le débat concernant le lien de dépendance entre le ministre de la Justice et le ministère public en France. Toutefois, elle considère que, du fait de leur statut, les membres du ministère public ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif. Or, l'indépendance compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5§3 CEDH. En outre, elle rappelle que l'article 5 exclut qu'un juge puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, ce qui est le cas du ministère public. Dès lors, même si la Cour dit ne statuer qu'*in concreto*, c'est bien de l'indépendance du Parquet dans son ensemble qui semble remise en cause. Au demeurant, cet arrêt a été confirmé par une décision de la Cour de cassation, qui n'a pas hésité à dire que le ministère public n'était pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 CEDH, dès lors qu'il ne présentait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte[101].

Est-ce à dire que le Conseil constitutionnel a simplement manqué de prudence (ou d'attention) dans cette affaire ? C'est assez peu probable, d'autant que dans sa décision *Michel F.* du 17 décembre 2010, il a confirmé en substance que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »... tout en cherchant à encadrer quelque peu l'intervention du Parquet à l'égard des mesures privatives de liberté[102]. Dès lors et compte tenu de l'enchainement des dates, il semble difficile d'imaginer que le Conseil n'ait eu connaissance ni de la position de la Cour de Strasbourg, ni de celle de la Cour de cassation. En un sens, le plus ennuyeux n'est peut-être pas que le Conseil s'oppose à la jurisprudence de la Cour mais plutôt qu'il le fasse sans l'avouer. Il n'est effectivement pas question de prétendre que la Cour de Strasbourg a systématiquement raison et que le Conseil constitutionnel doit systématiquement s'incliner. Même s'il est permis d'en douter ici, le rôle du Parquet tel qu'il est actuellement conçu en France pourrait éventuellement se justifier.... Encore faudrait-il que le Conseil renonce à avancer masqué et n'hésite pas à affirmer à l'avenir : « voilà quelle est la position de la Cour de Strasbourg » et « voilà les raisons pour lesquelles je choisis de m'en écarter ». Certes, le risque d'incompatibilité entre les deux ordres juridiques n'en serait pas

99. CourEDH, GC, arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France* (n°3394/03).

100. CourEDH, arrêt du 23 nov. 2010, *Moulin c. France* (n°37104/06).

101. Cass. crim., arrêt n°7177 du 15 déc. 2010, *Creissen*.

102. Cons. const., déc. n°2010-80 QPC du 17 déc. 2010, *M. Michel F.* V. également Cons. const., déc. n°2011-125 QPC du 6 mai 2011, *M. Abderrahmane L.*

forcément diminué mais le juge constitutionnel français se donnerait au moins les moyens de faire entendre sa voix et, pourquoi pas, de tenter de convaincre la Cour européenne des droits de l'Homme du bienfondé de sa position.

Jusqu'à présent, le « *dialogue sans parole* » entre les deux juridictions semble toutefois se poursuivre, contrairement à une tendance lourde rencontrée dans l'office de la grande majorité des cours constitutionnelles européennes. Dans le même temps néanmoins, il apparait de plus en plus évident que le juge constitutionnel français s'inspire de la CEDH ou, *a minima*, tient compte de ses exigences de façon à éviter, dans la mesure du possible, des divergences de jurisprudences avec la Cour de Strasbourg. Il conviendrait désormais de passer à l'étape suivante : celle d'une utilisation auxiliaire expresse de la Convention, qui loin de faire perdre son utilité au Conseil ou de menacer son « prestige », ne pourrait que contribuer à renforcer sa position et son autorité, *via* son rôle d'interface privilégiée entre le droit national et le droit international, en particulier s'agissant de la garantie des droits et libertés. En effet, si d'autres désaccords apparaitront probablement dans le futur[103], le Conseil ne sera ni la première, ni la dernière cours constitutionnelle à être « désavouée » à Strasbourg. Bien plus, la QPC fournit au Conseil constitutionnel l'occasion de changer de dimension et de devenir *de jure* comme *de facto* le premier garant des libertés en France. À lui d'assumer ce statut et les responsabilités qui en découlent, de prendre toute sa place dans le grand dialogue des juges et de devenir un acteur clé de l'harmonisation des droits fondamentaux en Europe. Ce qui passera sans doute par une fin de « *l'exception française* »[104] et du « *dialogue sans parole* ».

David Szymczak
Professeur de droit public à l'Institut d'études politiques de Bordeaux (CRDEI de Bordeaux, EA 4193)

103. Y compris dans le cadre du contrôle abstrait des lois. V. en ce sens la décision n°2010-613 DC du 7 oct. 2010 sur *la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, qui ne prend qu'imparfaitement en compte la jurisprudence de Strasbourg, notamment l'arrêt *Arslan c. Turquie* du 23 févr. 2010 (n°41135/98).

104. Expression déjà employée au sujet de la QPC par G. Tusseau, « La fin d'une exception française », *La Question prioritaire de constitutionnalité, Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 5.