

CONVENTIONNALITÉ ET CONSTITUTIONNALITÉ

Il est rarissime qu'une réforme constitutionnelle génère en aussi peu de temps une littérature juridique d'une telle ampleur. Si l'on en croit le tableau de 31 pages dressé par le service de documentation du Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité a suscité, dans les neuf mois qui ont suivi son entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010, plus d'une centaine d'articles et un nombre significatif d'ouvrages, de colloques et autres journées d'études.

19

Certes, l'introduction, souvent souhaitée, longtemps différée, finalement entérinée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, de la possibilité pour les justiciables de soulever une exception d'inconstitutionnalité, « restera en effet comme la date d'un changement profond de notre système juridique¹ ». Mais il n'en reste pas moins surprenant que la mise en œuvre d'un tel mécanisme ait soulevé autant de contestations, de débats et de controverses, alors même qu'il apparaissait comme « la fin d'une exception française² », mettant un terme à ce que le président Badinter avait appelé la « persistante boiterie³ » dont était affecté le contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958.

L'explication la plus plausible de cette prolifération doctrinale inattendue se situe sans doute dans l'introduction, par le législateur organique, d'une « priorité » qui ne pouvait qu'engendrer de redoutables difficultés au regard du contrôle de conventionnalité exercé par les juges du fond. Il

1. Nicolas Sarkozy, « Discours prononcé le 1^{er} mars 2010 au Conseil constitutionnel », CCC, n° 29, 2010, p. 12.

2. Voir *supra* la contribution de Guillaume Tusseau.

3. Robert Badinter, « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Dalloz, 2009, p. 41.

n'est en effet pas inutile de rappeler que l'article 61.1 de la Constitution n'attribuait aucune priorité au renvoi, au Conseil constitutionnel, d'une question de compatibilité d'une loi en vigueur avec les garanties constitutionnelles des droits fondamentaux : la question envisagée par le constituant était techniquement une question préjudicielle, d'ailleurs facultative, en tout cas n'excluant nullement un contrôle préalable de conventionnalité, pas plus qu'un éventuel renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'hypothèse où la loi pourrait être contestée au regard du droit de l'Union. C'est la loi organique du 10 décembre 2009 qui a transformé la question préjudicielle en question prioritaire, le législateur ayant prêté une oreille attentive aux arguments exprimés lors des auditions auxquelles avaient procédé les commissions des lois des deux assemblées en faveur du caractère préalable du contrôle de constitutionnalité. Les enjeux politiques étaient clairs. Il s'agissait, pour reprendre les termes du secrétaire général du Conseil constitutionnel, d'éviter que le nouveau dispositif n'impliquât « une nouvelle hiérarchie des normes, avec au sommet le droit communautaire, puis le droit constitutionnel, puis le reste du droit », voire, selon les mots plus abrupts du président de la République, de « permettre une renationalisation de certains contentieux ». Sans doute dirigée principalement contre le contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, l'idée de réappropriation par le juge constitutionnel interne du contentieux des droits fondamentaux ne pouvait qu'affecter également le contrôle d'eurocompatibilité de la législation française au regard du droit communautaire originaire et dérivé. C'est la raison qui avait poussé le gouvernement à insérer dans le projet de loi organique une référence – en forme de réserve – à l'article 88.1 de la Constitution, de manière à dissocier du contrôle de conventionnalité de droit commun le contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union, comme l'ont d'ailleurs explicitement préconisé, lors des auditions parlementaires, le vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation. Il semble que, dans les discussions qui ont suivi, cette nécessité ait échappé à nombre de commentateurs avisés.

Sans doute la *ratio legis* de la « débanalisation » du droit de l'Union par rapport aux autres engagements internationaux de la France mérite-t-elle d'être rappelée.

La légitimité d'une priorité du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité en général, tel que notamment celui opéré au regard de la Convention européenne des droits de l'homme,

peut se justifier par l'identité d'objet des deux contrôles, même si les normes de référence sont distinctes : la vérification du respect par la loi des droits fondamentaux, que ce soit devant le Conseil constitutionnel français ou devant la Cour européenne des droits de l'homme, porte sur les droits fondamentaux et seulement sur les droits fondamentaux.

En revanche, le contrôle de compatibilité de la loi au regard du droit de l'Union peut certes porter sur le respect des droits fondamentaux tels que garantis dans l'ordre juridique communautaire, mais aussi sur la conformité de la législation nationale avec des normes du traité ou du droit dérivé, qui peuvent être sans rapport avec la garantie des droits de l'homme. Une priorité indifférenciée accordée à la question de constitutionnalité se justifie beaucoup moins dès lors que l'objet des contrôles opérés n'est pas identique. Le traitement spécifique des questions de compatibilité avec le droit de l'Union pouvait par conséquent se prévaloir de bons arguments, même si l'on peut convenir que la « réserve » de l'article 88.1 n'était sans doute pas la plus pertinente⁴. En revanche, l'abandon de toute référence spécifique au droit communautaire dans la loi organique et la généralisation d'une priorité absolue de la question de constitutionnalité était de nature à engendrer des difficultés qu'une partie de la doctrine avait anticipées à l'époque, et qui n'ont pas manqué de se concrétiser. On peut d'ailleurs regretter que le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la loi organique, ait paru estimer que la possibilité, pour le juge du fond, de se prononcer sur l'éventuelle inconstitutionnalité de la loi « après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité » suffisait à assurer la compatibilité du mécanisme avec le droit de l'Union⁵.

21

Sans entrer dans les détails de la « tragédie en cinq actes⁶ » ou du « drôle de drame⁷ » qui se sont joués au cœur des juridictions françaises et européenne depuis le mois d'avril 2010, il faut néanmoins en rappeler les grandes séquences, si l'on veut cerner de manière « dédramatisée »

4. Sur ce point, voir par exemple Denys Simon et Anne Rigaux, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », CCC, n° 29, 2010, p. 63 *sq.*

5. Décision 2010-595 DC du 3 décembre 2009, italique ajouté. On notera au passage qu'au moins, si l'on en croit les commentaires autorisés, le Conseil constitutionnel a ainsi contrôlé implicitement la conventionnalité de la loi organique, ce qui introduit une brèche dans la jurisprudence *IVG*.

6. Marie Gautier, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA*, n° 10, octobre 2010, étude 19.

7. Denys Simon et Anne Rigaux, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n° 5, mai 2010.

le débat juridico-politique qui détermine l'état des lieux en matière de relations entre les contrôles respectifs de constitutionnalité, de conventionnalité et de compatibilité avec le droit de l'Union européenne. On s'aperçoit avec un peu de recul sur l'événement que se sont affrontées deux lectures opposées du mécanisme établi par le constituant et le législateur organique, l'une conflictuelle, l'autre plus apaisée.

LA LECTURE CONFLICTUELLE

22 Le lexique qui a été utilisé, autant dans la littérature spécialisée que dans la presse généraliste, au lendemain de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 avril 2010 dans l'affaire *Melki et Abdeli*, est à lui seul particulièrement emblématique : « coup de tonnerre juridique », « effet d'une bombe », « guerre des juges », « conflit », « assaut », autant de titres plus proches des communiqués de correspondants de guerre que des notules aseptisées des revues juridiques. Manifestement, la décision de la formation spéciale, devant laquelle étaient portées simultanément une question de constitutionnalité et une question de conventionnalité, de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice de l'Union une question portant directement sur la compatibilité de la loi organique avec les exigences du droit de l'Union, a été interprétée comme une véritable « déclaration de guerre » dirigée contre le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité. Ces réactions, pour autant qu'elles visaient à contester le principe même du renvoi, de même que les représailles déclenchées par certains parlementaires, apparaissent disproportionnées, voire pour les secondes attentatoires à l'indépendance de l'autorité judiciaire. La Cour de cassation pouvait légitimement interroger la Cour de justice sur la compatibilité du dispositif avec la jurisprudence *Simmenthal*, ainsi que solliciter l'interprétation de l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), nécessaire pour apprécier la légalité des contrôles frontaliers effectués sur la base de l'article 78-2 alinéa 4 du code de procédure pénale.

C'est davantage le raisonnement de la Cour de cassation qui pouvait difficilement prospérer. En effet, le démontage de la motivation de l'arrêt du 16 avril 2010 révèle la présence de deux prémisses pour le moins axiomatiques. D'une part, la préséance du renvoi au Conseil constitutionnel serait synonyme de priorité absolue et de dessaisissement temporaire mais radical de la formation de jugement au moment même où elle décide

de transmettre la question au Conseil constitutionnel. D'autre part, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel impliquerait nécessairement qu'il tranche non seulement la question de compatibilité de la loi avec les normes constitutionnelles protégeant les droits fondamentaux, mais également qu'il se prononce sur la compatibilité de la loi avec les engagements internationaux de la France. Il est clair que si l'on partage ces deux postulats, il est effectivement probable que les dispositions de l'ordonnance organique, telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, doivent être jugées incompatibles avec les exigences de la primauté du droit communautaire et les modalités du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE.

C'est en effet ce que n'a pas manqué de constater la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt de grande chambre du 22 juin 2010 : « Il convient de relever que la juridiction de renvoi *part de la prémisse* que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. *Dans ce cas*, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation... *Selon cette interprétation*, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles⁸. »

Il en résulte à l'évidence que – selon cette lecture de la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité – le mécanisme établi par le

8. CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdelli*, italique ajouté.

droit français est manifestement incompatible avec les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice⁹.

Mais encore eût-il fallu que les prémisses du raisonnement de la Cour de cassation fussent avérées : en d'autres termes, même si l'on peut partager la conclusion du syllogisme, qui, en l'occurrence, est logiquement validée par la Cour de justice de l'Union, en revanche, on pouvait sérieusement douter du bien-fondé des majeures qui commandaient, pour la Cour de cassation, la déduction de l'incompatibilité de la loi organique avec le droit de l'Union, ce qu'avait d'ailleurs parfaitement perçu l'avocat général Domingo. En particulier, la conception qui sous-tend l'arrêt de la Cour de cassation repose sur ce que le Premier président qualifiait lui-même, lors de son audition à l'Assemblée nationale, d'« assimilation inexacte du contrôle de conventionnalité au contrôle de constitutionnalité ».

24

Si l'on ne peut se rallier, en particulier pour cette raison, à la logique de la motivation de la Cour de cassation, c'est aussi parce qu'il existe incontestablement une autre lecture possible de la « priorité » de la question prioritaire de constitutionnalité, qui conduit à désamorcer le conflit potentiel avec les exigences attachées à la primauté du droit de l'Union.

LA LECTURE CONCILIATRICE

Comme cela avait pu être suggéré¹⁰, il est parfaitement possible de vider l'idéologie prioritaire de son venin en admettant que, dans le cas particulier d'une question qui impliquerait à la fois un contrôle de constitutionnalité au regard de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux et un contrôle d'eurocompatibilité au regard des exigences du droit communautaire, une approche œcuménique soit pratiquée, selon un modèle qui avait été esquissé par le Conseil d'État belge, appelé à se prononcer sur la loi spéciale qui introduisait un mécanisme voisin de celui qu'a retenu le législateur organique français¹¹.

C'est dans cette direction que s'est orienté le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'un contrôle *a priori* au titre de l'article 61 sur la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne, en profitant d'une saisine complémentaire opportune qui

9. Outre l'incontournable arrêt *Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, 106/77), voir notamment CJCE, 16 janvier 1974, 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*; 27 juin 1991, C-348/89, *Mecanarte*; 16 décembre 2008, C-210/06, *Cartesio*; 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*.

10. Denys Simon et Anne Rigaux, art. cit., spéc. § 19 *sq.*

11. CE (Belgique), 3 mars 2009, avis 45.905/AG, spéc. point 8.

lui a permis de préciser clairement sa position sur la portée de la priorité. Rappelant solennellement l'articulation entre « le contrôle de *conformité des lois à la Constitution*, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur *compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France*, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires », le Conseil constitutionnel indique notamment que « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité [...] peut, d'une part, *statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité* si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires; qu'il peut ainsi *suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union*, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ». Le Conseil constitutionnel ajoute que le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité doit être conçu comme ne faisant pas obstacle à ce que « le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, *à tout moment*, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige », avant de conclure que les dispositions de l'article 61-1 et de la loi organique du 10 décembre 2009 ne privent en aucun cas les juridictions ordinaires, « y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de leur faculté ou de leur obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en vertu de l'article 267 TFUE »¹².

25

L'arrêt rendu deux jours plus tard par le Conseil d'État est tout aussi ferme. Bien que le litige ne porte pas sur l'application du droit de l'Union et qu'il s'agisse bien dans ce cas d'un *obiter dictum*, il est significatif que la haute juridiction administrative a jugé utile de préciser que les dispositions de la loi organique « ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, *juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit *à tout moment* de cette procédure, lorsque l'urgence le

12. Décision 2010-605 DC du 12 mai 2010, italique ajouté. On signalera que cette solution a été confirmée par une décision rendue plus récemment sur la base de l'article 61-1 : décision 2010-4/17 du 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autres* (indemnité temporaire de retraite outre-mer).

commande, pour faire cesser *immédiatement* tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union » ; de même, le Conseil d'État indique que le juge administratif peut toujours poser « à tout instant » une question préjudicielle en vertu de l'article 267 TFUE¹³.

Ces deux décisions, même si elles peuvent apparaître un peu « constructives » au regard d'une interprétation textuelle de la loi organique et d'une compréhension littérale de la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2009, n'en expriment pas moins un rejet vigoureux de la lecture unilatérale retenue par la Cour de cassation et la promotion d'une lecture neutralisante et conciliatrice. La « priorité » établie par la loi organique s'analyserait alors comme imposant un ordre d'examen des moyens, sans exclure qu'il soit procédé, simultanément ou successivement, à un contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union.

26 La Cour de justice de l'Union ne s'y est pas trompée, en estimant que cette conception du dispositif de priorité, sous certaines conditions, pouvait être considérée comme eurocompatible au regard des impératifs de la primauté du droit de l'Union et de la faculté inaliénable des juridictions internes de procéder à tout moment à un renvoi préjudiciel.

Le juge communautaire a en effet estimé qu'une interprétation distincte de celle de la Cour de cassation, défendue par les gouvernements français et belge, et appuyée sur les deux décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, était possible, et qu'il incombait par conséquent aux juridictions nationales de retenir, en vertu de sa jurisprudence sur l'interprétation conforme, celle des deux lectures qui permet de donner à la loi organique une signification compatible avec le droit de l'Union. La Cour de justice adopte ainsi une position conciliante, mais qui n'est pas pour autant complaisante. La compatibilité de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union est en effet conditionnelle.

LES CONDITIONS DU CESSEZ-LE-FEU

La démarche de la Cour de justice révèle en réalité une méthode qui devient l'un des instruments privilégiés du fameux « dialogue des juges », qu'on la qualifie de technique *Solange*, par référence aux solutions retenues par la Cour constitutionnelle allemande à propos de l'éventuel conflit entre normes communautaires et droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale, ou de modèle *Bosphorus*, par référence à la solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme pour établir

13. CE, 14 mai 2010, 312305, *Rujovic*.

une présomption d'équivalence entre la garantie communautaire et la protection européenne des droits fondamentaux¹⁴. La compatibilité n'est admise que sous réserve, « pour autant que » certaines conditions soient et demeurent remplies. Le « brevet d'eurocompatibilité » décerné à la question prioritaire de constitutionnalité à la française n'est délivré que sous réserve de l'obligation que les juridictions nationales restent libres de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Ni l'article 61-1 ni la loi organique ne semblent devoir faire obstacle à ces trois conditions. Selon l'interprétation du Conseil constitutionnel, les juridictions ordinaires, y compris le Conseil d'État et la Cour de cassation peuvent à tout moment « faire ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées » ; elles peuvent également saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, soit qu'elles décident de ne pas renvoyer la question de constitutionnalité, soit en même temps qu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, soit ultérieurement, au cas où la disposition soumise à l'examen du Conseil constitutionnel serait déclarée conforme à la Constitution. En effet, si l'on en croit le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, « le fait de poser une question préjudicielle constitue une mesure d'instruction avant dire droit que le juge peut prendre lorsqu'il l'estime nécessaire, sans que le fait qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée au juge, ni le fait qu'il ait procédé à sa transmission puissent faire obstacle à cette faculté (ou, pour la Cour de cassation et le Conseil d'État, cette obligation) ».

27

LES POCHEs RÉSIDUELLES DE CONFLIT POTENTIEL

La première dissonance dans cette apparente harmonie retrouvée n'est pas potentielle, mais plutôt bien réelle. Il s'agit du combat d'arrière-garde que la Cour de cassation a jugé utile de mener à la suite de la réponse

14. Voir en ce sens Denys Simon et Anne Rigaux, « *Solange*, le mot magique du dialogue des juges... », *Europe*, n° 7, juillet 2010, repère 7.

qui avait été donnée aux questions préjudicielles qu'elle avait posées à la Cour de justice. Au lieu de rechercher, comme l'y invitait explicitement le juge communautaire, l'interprétation conforme du dispositif de question prioritaire de constitutionnalité, la haute juridiction judiciaire a en effet persévéré dans son refus obstiné de donner effet à la loi organique. Dans son arrêt du 29 juin 2010, la Cour de cassation a estimé ne pas être en mesure, pour des raisons procédurales, de mettre en œuvre les mesures provisoires ou conservatoires destinées à assurer la protection juridictionnelle requise par la deuxième condition posée par la Cour de justice. Cette position est extrêmement discutable du point de vue du respect du droit de l'Union. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, il est en effet absolument indéniable qu'il appartient au juge national d'écarter toute règle procédurale nationale faisant obstacle à l'indication de mesures provisoires¹⁵. Certes, il est vrai que, dans l'état actuel du droit procédural interne et notamment de l'organisation du pourvoi en cassation, la mise en œuvre de ce principe soulève un certain nombre de difficultés techniques, comme en témoignent les auditions opérées par la commission des lois de l'Assemblée nationale le 1^{er} septembre 2010¹⁶. Mais des modalités juridiques sont envisageables, le cas échéant au prix d'une modification de l'ordonnance organique. Cela permettrait de dépasser l'argumentaire qui a conduit la Cour de cassation à écarter la loi organique et à refuser de transmettre la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

La deuxième question, qui pourrait susciter certaines difficultés pour les juridictions françaises, concerne le cas particulier des lois de transposition des directives. La Cour de justice a en effet réservé un traitement particulier aux hypothèses des « lois-miroirs » assurant mécaniquement la transposition de directives communautaires. La procédure de question prioritaire de constitutionnalité introduite à propos d'une telle loi de transposition ne saurait remettre en cause le monopole de la Cour de justice de constater l'invalidité d'une directive. Par conséquent, dans ce cas de figure, les juridictions du fond doivent rester en mesure d'interroger la Cour de justice sur la validité de la directive, ce qui implique une inversion de la priorité, le contrôle d'eurocompatibilité revêtant

15. CJCE, 19 juin 1990, C-213/89, *Factortame*.

16. Rapport d'information n° 2838 de Jean Luc Warsmann, loi organique relative à la question prioritaire de constitutionnalité : première évaluation de la procédure, ainsi que les annexes reproduisant les interventions du Premier président et du procureur général, contestant le principe d'indication de mesures provisoires par le juge de cassation ; *contra*, interventions de Marc Guillaume, Bertrand Mathieu et Denys Simon, *ibid.*

alors un « caractère préalable », ainsi que l'inopposabilité à la faculté d'opérer un renvoi préjudiciel sur la base de l'article 267 TFUE des délais de saisine de la juridiction constitutionnelle. L'exigence posée par le juge communautaire n'est pas à l'évidence superposable à la position figurant dans l'*obiter dictum* de la décision du Conseil constitutionnel relative aux jeux en ligne.

En troisième lieu, certains problèmes pourraient naître de la modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. On sait que le Conseil constitutionnel est autorisé par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution à différer l'effet de l'abrogation prononcée. Or, à supposer qu'une loi soit déclarée inconstitutionnelle avec effet reporté à une date fixée par la décision¹⁷, et qu'elle soit par ailleurs jugée incompatible avec le droit de l'Union, soit directement par le juge national, soit à la suite d'un renvoi préjudiciel au juge communautaire, l'effet de l'inconventionnalité serait quant à lui immédiat, en contradiction avec la solution retenue par le juge constitutionnel. Cette hypothèse est très précisément celle qui s'est produite en Allemagne à propos de lois des Länder relatives aux jeux en ligne. Saisie sur ce point par un juge du fond, la Cour a certes souligné avec insistance l'autonomie respective des contrôles de constitutionnalité et de compatibilité avec le droit de l'Union, mais a ajouté que la limitation dans le temps du constat d'inconstitutionnalité opéré par le Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale] « ne saurait faire obstacle à ce qu'une juridiction nationale qui constaterait que cette même réglementation méconnaît des dispositions d'effet direct du droit de l'Union [...], décide, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, de ne pas appliquer ladite réglementation dans le cadre du litige dont elle est saisie¹⁸ ». Cette solution, déjà esquissée dans l'arrêt *Filipiak*, signifie que « la primauté du droit communautaire impose au juge national d'appliquer le droit communautaire et de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires, *indépendamment de l'arrêt de la juridiction constitutionnelle nationale* qui a décidé l'ajournement de la perte de force obligatoire des mêmes dispositions, jugées inconstitutionnelles¹⁹ ». Dans ces conditions, le juge du fond pourrait se trouver écartelé entre l'obligation de respecter la limitation dans

17. Ainsi qu'en a décidé le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises : voir par exemple, CC, 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Cristallisation des pensions* ; 30 juillet 2010, 2010-14/22 QPC, *Garde à vue* ; 6 octobre 2010, 2010-45 QPC, *Mathieu*.

18. CJUE, Grande Ch., 8 septembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH, Europe*, n° 12, décembre 2010, comm. 397, obs. Denys Simon.

19. 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak*, cité, italique ajouté.

le temps des effets de l'abrogation, du fait d'une décision du Conseil constitutionnel revêtue à son égard de l'autorité imposée par l'article 62 de la Constitution, et l'obligation d'écarter sans délai la loi nationale du fait de la primauté du droit communautaire²⁰.

Enfin, l'abrogation, par le juge constitutionnel, d'une disposition législative jugée inconstitutionnelle, par définition non rétroactive, laisse entier le problème de la réparation des conséquences dommageables qui ont pu être produites par l'application, parfois pendant une durée longue, d'une loi inconstitutionnelle, tandis que la constatation de l'incompatibilité d'une règle interne avec le droit de l'Union implique une obligation de réparation (ou de répétition de l'indu s'il s'agit de textes nationaux instituant des taxations illicites). Là encore, un conflit n'est pas à exclure entre les modalités de la question prioritaire de constitutionnalité et les exigences de la primauté du droit de l'Union.

30

L'avenir dira si l'abcès de fixation sur les rapports entre question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec le droit de l'Union européenne révèle une difficulté d'être, structurelle et pérenne, du pluralisme des ordres juridiques, ou, au contraire, une péripétie peut-être inévitable dans la mutation des relations entre la juridiction constitutionnelle et les juridictions judiciaires et administratives, et plus profondément, entre le constituant, le législateur et le juge.

20. Certes, le risque peut être relativisé par le souci du Conseil constitutionnel de préserver l'effet -utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée (décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009 relative à la loi organique, citée; voir également les décisions 2010-1 QPC, 2010-6/7 QPC et 2010-10 QPC), ainsi que par la possibilité pour la Cour de justice de limiter dans le temps l'effet de ses arrêts préjudiciels. Mais l'hypothèse Winner Wetten démontre que le danger de contradiction est loin d'être inexistant.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- CASSIA, Paul, et SAULNIER, Emmanuelle, « La QPC peut-elle être prioritaire ? », *Recueil Dalloz*, n° 26, 2010.
- DONNAT, Francis, « La Cour de justice et la QPC. Chronique d'un arrêt prévisible et imprévu », *Recueil Dalloz*, n° 26, 2010.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007.

LABAYLE, Henri, « Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle : ordonner le dialogue des juges ? », *RFDA*, n° 4.

LEVADE, Anne, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas des jeux de hasard », *Recueil Dalloz*, n° 21, 2010.

LEVADE, Anne, « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Constitutions*, n° 2, 2010, Dalloz.

ROUSSEAU, Dominique (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais-Lextenso Éditions, 2010.

ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, 9^e éd. 2010.

SIMON, Denys, et RIGAUX, Anne, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *CCC*, n° 29, 2010, p. 63 *sq.*

R É S U M É

La priorité conférée par le législateur organique à la question prioritaire de constitutionnalité, par rapport aux questions de conventionnalité qui pouvaient être soulevées devant le juge du fond, ou devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, a été à l'origine des principales difficultés initiales dans la mise en œuvre du mécanisme. En particulier, la compatibilité du dispositif avec les exigences de la primauté du droit de l'Union et de la faculté / obligation du renvoi préjudiciel a donné lieu à des lectures contradictoires, qui se sont traduites par des prises de position antinomiques dans la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'Union. Il semble qu'on puisse néanmoins concilier les différentes approches à certaines conditions sans remettre en cause la logique de la question prioritaire de constitutionnalité « à la française »...