

CINQ COURS SUPRÊMES ?
APOLOGIE (MESURÉE)
DU DÉSORDRE

33

Cinq Cours suprêmes en France ? À la lettre, ce serait sûrement trop dire, voire énoncer une contradiction dans les termes. Pour une Cour de justice, la propriété d'être suprême suppose une souveraineté : une aptitude à ne se voir déjugé ou surmonté par personne. Or c'est la situation inverse qui s'offre au regard de qui contemple le cadre institutionnel du contrôle de la loi dans l'Europe d'aujourd'hui. Nous avons bien cinq Cours (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne) habilitées à statuer d'une manière ou d'une autre sur la validité de la loi – même s'il faut beaucoup nuancer cette affirmation du point de vue technique¹. Toutes ont un pouvoir de dernier mot à

1. Allons au plus simple : le Conseil constitutionnel et les juges « ordinaires » français sont frontalement des juges de la loi au sens où ils sont habilités à se prononcer directement sur sa validité. Les choses sont plus compliquées devant les Cours européennes, en tout cas pour ce qui concerne les voies de recours offertes aux citoyens. La CEDH, en particulier, ne reçoit pas des traités le pouvoir de juger des lois nationales. Elle ne le possède qu'indirectement, si et lorsque l'examen de la *situation juridique* du requérant – qui se trouve, quant à elle, placée sous sa garde – ne peut pas être appréciée indépendamment d'un contrôle de validité de la loi. Cette singularité débouche sur de sérieuses interrogations relatives à l'étendue exacte des obligations de l'État lorsque la loi est déclarée inconstitutionnelle. Mais la différence d'avec le contentieux constitutionnel – par exemple – ne s'arrête pas là. Il faut aussi considérer que l'on ne juge pas exactement de la même chose ici et là. Le Conseil constitutionnel appréhende la loi très abstraitement. Fût-ce dans le contexte de la QPC, il apprécie les caractéristiques intrinsèques du texte, de manière très objective, indépendamment du litige pendant au fond. Sa fonction tient pour beaucoup d'une police de la législation. La Cour de Strasbourg n'agit pas (et n'a d'ailleurs pas à agir) de la sorte. Son contrôle est plus circonstanciel, beaucoup plus structuré par le dossier pratique du requérant. C'est au travers de sa situation individuelle, dans tout ce qu'elle peut avoir de relatif et de conjoncturel, qu'elle appréhende la loi – et donc

l'intérieur de leur ordre juridictionnel propre. Leurs jugements peuvent donc diverger. À la mesure même de ce qu'un tel conflit peut naître et ne pas se résoudre puisque aucune d'elles ne possède à proprement parler d'autorité hiérarchique sur les autres², il apparaît que personne n'est institué dans une position « suprême ». C'est donc par commodité de langage et non par souci de description juridique fine qu'il est loisible d'employer ce mot pour décrire le paysage contemporain. Loisible et même tentant, car le problème se vit sans doute dans ces termes au plan politique.

Nous avons tenté, il y a une petite dizaine d'années, de livrer dans cette revue une première analyse du contexte et des difficultés afférentes à la coexistence de ces cinq « juges de la loi » susceptibles de produire des sentences discordantes³. Comme chacun sait, la situation constitutionnelle a évolué depuis lors, puisque la réforme de 2008-2009 a fait advenir la question de constitutionnalité, et qu'elle lui a donné un caractère « prioritaire ». Les termes de l'équation ne pouvant pas ne pas avoir varié, il est tentant d'examiner les lieux sur nouveau frais, et de se demander ce qui a changé sur le théâtre des opérations⁴. Il est d'autant plus judicieux de le faire que l'irruption de la QPC a suscité de considérables mouvements réactifs sur le terrain de la « compétition » entre les juges. Une (série de) bataille(s) a (ont) eu lieu, dont tout le monde conserve à l'esprit les principaux faits d'armes⁵. Notre système

34

ses éventuels vices. Aussi bien, le Conseil et la Cour sont-ils tous deux juges de la loi, mais ne le sont pas de la même manière, dans le même contexte, avec les mêmes aptitudes et avec les mêmes pouvoirs.

2. En vérité, la situation du Conseil constitutionnel est un peu différente, si ce n'est plus favorable: l'article 62 de la Constitution dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Et l'on peut voir se dessiner là la matrice d'un primat tout de même très affirmé sur les décisions des juridictions nationales, même s'il ne se confond pas avec le type de suprématie qu'autorise notamment le pouvoir de casser leurs jugements.

3. Denys de Béchillon, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n° 96, *Les Cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, 2001, p. 107 sq.

4. On conviendra de ne pas reprendre ici ce qui a déjà été exposé dans l'article en question et à quoi il est facile d'accéder (<http://www.revue-pouvoirs.fr/Conflits-de-sentences-entre-les.html>).

5. Il n'est pas illégitime de considérer que la Cour de cassation a largement déclenché les hostilités et que la plupart des péripéties de l'année écoulée prennent leur origine dans l'attitude très rétive, pour ne pas dire franchement hostile, qu'elle a déployée *ab initio* vis-à-vis de la QPC. Les principaux épisodes de cette histoire sont bien connus. On pense pêle-mêle à la saisine par la Cour de cassation de la Cour de justice de l'Union européenne aux fins de mettre en discussion le principe même de la priorité d'examen de la question de constitutionnalité sur la question de conventionnalité; au refus de cette même Cour de cassation de transmettre une

juridique en porte et continuera d'en porter des traces profondes. Pas forcément pour le pire.

Cela étant gardé à l'esprit, on ne saisira pas l'occasion de la présente étude pour dresser sur le mode militaire le bilan des affrontements passés – pour autant qu'ils le soient tous. La distance manque pour analyser avec un minimum de sérieux un phénomène aussi complexe et surdéterminé que celui de cette « guerre des juges » pour le *leadership* du contrôle de la loi, *a fortiori* en peu de lignes. Il faudra écrire cette histoire et cette sociologie – mais pas maintenant, et pas sans s'être doté de bons moyens de méthode. Laissons donc cela de côté pour l'instant.

Rien ne s'oppose en revanche à ce que l'on reprenne aujourd'hui la part la plus technique du débat pour se demander si, et jusqu'où, la possibilité qu'il existe des sentences contradictoires sur la validité d'une même loi continue de faire problème. L'affaire n'est pas mince : les contempteurs de notre actuel système – dont on sait qu'il clive radicalement le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité internationale en les confiant à des juges différents et en créant les conditions d'un hermétisme quasi parfait entre leurs sphères d'action – ont souvent dénoncé cette dysharmonie comme la meilleure preuve de l'irrationalité des options prises par le constituant français. D'aucuns ont dénoncé qu'il puisse exister des jugements contradictoires sur une même loi et proposé que l'on en sorte par des voies simplificatrices, si ce n'est hiérarchisantes. Nombreux sont même ceux qui pensent que, si le Conseil constitutionnel pouvait manier à la fois les conventions internationales et la Constitution, il dirait harmonieusement le sort de la loi, une bonne fois pour toutes, à l'avantage de tous.

35

On passera sur l'illusion propre à cette manière de voir : le fait même que l'examen de la loi soit dévolu aussi à deux Cours internationales en

QPC sur la loi Gayssot ; à sa volonté de ne pas transmettre non plus une QPC portant sur une disposition législative abrogée mais encore applicable au litige pendant ; à la position de principe également prise au Quai de l'Horloge au sujet de la non-transmissibilité des QPC portant sur l'interprétation jurisprudentielle d'une loi ; à la position diamétralement contraire prise sur ce dernier point par le Conseil constitutionnel aux fins d'assurer que le contrôle de constitutionnalité porte sur la loi « réelle », effectivement et concrètement applicable aux justiciables ; à la suppression par le législateur organique de la formation spéciale d'examen des QPC devant la Cour de cassation ; aux menaces que ce même législateur organique à un moment fait peser sur l'immunité contentieuse des décisions de non-transmission des QPC ; à la décision (2010-611 DC du 19 juillet 2010, loi organique relative à l'application de l'article 65 de la Constitution) par laquelle le Conseil constitutionnel a dessaisi, pour des raisons tenant à l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Premier président de la Cour de cassation pris en sa qualité de président du Conseil supérieur de la magistrature, de la plupart des attributions qu'il pouvait exercer sur la nomination, la carrière et la discipline des magistrats de la Cour de cassation, etc.

situation de pouvoir relancer la querelle juridique après que le Conseil constitutionnel a rendu une décision de conformité fait voler en éclats *ab ovo* cette ambition d'uniformité. Il n'existe tout simplement pas de moyen juridique propre à enrégimenter sur le territoire de l'État la délibération d'une Cour inter – c'est-à-dire supra – nationale. Et encore moins de possibilité de lui interdire de juger comme bon lui semble. Dit autrement, ce n'est pas parce que le Conseil constitutionnel acquerrait – contre la lettre de l'article 61-1 de la Constitution et contre sa propre jurisprudence⁶ – la capacité de juger de la conventionnalité internationale de la loi que cela empêcherait en quoi que ce soit les Cours de Strasbourg ou de Luxembourg d'exprimer une position différente au sujet de la conformité de cette loi aux traités dont elles sont les gardiennes, ni de prétendre en imposer le respect conformément à ces mêmes traités.

36

Qu'on le veuille ou pas, la possibilité d'une dysharmonie des jugements de la loi est inscrite comme un fait dans le marbre de la construction européenne tant qu'elle n'a pas débouché sur la création d'un État proprement fédéral⁷. Mieux vaudrait donc en prendre son parti, cesser de gesticuler à ce propos, et constater que les perspectives de drame inhérent à cette situation sont très peu nombreuses. En tout état de cause, l'évolution récente du droit positif pousse plutôt à dédramatiser la situation actuelle, voire à se réjouir de ce qu'elle pousse dans le sens d'une saine et utile émulation.

6. On se souvient des termes de la décision 2010-605 DC du 12 mai 2010 (*Régulation des jeux en ligne*): « 10. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution: "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie"; que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution; 11. Considérant, d'autre part, que, pour mettre en œuvre le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit, le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et le deuxième alinéa de son article 23-5 précisent 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; qu'ainsi le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité; 12. Considérant que l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires. »

7. Auquel cas la règle internationale ne le serait tout simplement plus, ce qui ouvrirait la porte à une structuration de type américain moyennant une répartition stricte des compétences normatives entre les États et la fédération. Dans ce cas, bien sûr, le primat absolu des sentences de la Cour suprême fédérale dans sa sphère de compétence ne se discute pas.

DÉDRAMATISATION

Optimisme excessif ? Une fois n'est pas coutume. Avançons que les conditions sont réunies pour que la classe juridique française achève de comprendre que, dans les rapports de systèmes entre l'ordre national et l'ordre international, et singulièrement entre la Constitution et les traités, il ne peut pas exister de hiérarchie unique et indiscutée des normes. En outre, la discordance possible des solutions rendues en justice sur la validité d'une loi apparaît de moins en moins comme une anomalie. Tout cela est assez heureux.

*La dissociation des hiérarchies
est de mieux en mieux assumée*

37

Le grand Kelsen avait beaucoup hésité à l'instant de hiérarchiser la Constitution et les traités. Il avait même admis que les deux solutions se défendaient aussi bien et n'avait renoncé à son indécision que très tard, après la guerre, pour des motifs politiques assumés, ce qui, chez lui, prend la valeur d'une exception tout à fait émouvante. Si l'on veut, finit-il par penser, éviter de voir se reproduire une monstruosité historique comparable à celle du nazisme, il faut que l'État puisse être juridiquement contraint, et donc que la règle internationale prévale sur la Constitution. Mais à la mesure même de ce que cette idée ne se conçoit qu'au prix d'un renoncement aux nécessités de la description objective du système juridique tel qu'il est, il faut accepter d'entendre ce que Kelsen avait initialement fait comprendre et faire son miel d'aujourd'hui avec ce que cette vieille leçon garde d'essentiel. Cela tient en deux énoncés simples. D'une part, l'ordre juridique international ne peut se penser lui-même comme juridique que s'il se donne comme impératif et comme astreignant. Par voie de conséquence, du point de vue d'une institution ou d'un juge international, il n'est tout simplement pas possible que la Constitution prévale sur le traité. Le primat de ce dernier s'impose comme une nécessité d'ordre logique. Il n'est donc pas étonnant qu'on le trouve affirmé depuis belle lurette, par la Cour internationale de justice⁸ comme par la Cour

8. Voire par son prédécesseur, la Cour permanente de justice internationale, qui écrit dans son avis du 4 février 1932 dans l'affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig : « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur » (série A/B, n° 44, p. 24).

de justice des communautés européennes (et aujourd'hui de l'Union)⁹. D'autre part, un juge national, parce qu'il est constitutionnellement institué, ne peut pas se placer au-dessus de la norme qui l'a fait naître et lui a conféré son statut. Il est, si l'on ose dire, ontologiquement empêché de juger de la validité de la Constitution parce que c'est la Constitution qui l'a fait juge. Aussi bien, de fait comme surtout de droit, tant qu'un texte constitutionnel exprès ne l'y a pas autorisée, une Cour nationale ne peut se savoir (ni se sentir) habilitée à faire prévaloir un traité sur la Constitution. Là encore, il n'est pas étonnant que les Cours supérieures françaises aient exprimé que l'état du droit s'établissait ainsi¹⁰.

38 Deux hiérarchies coexistent ou, plus précisément, deux points de vue différents et opposés sur la position hiérarchique respective du traité et de la Constitution. Quoi que l'on fasse, la différence de situation dans laquelle se trouvent les juges nationaux et les juges internationaux conditionnera toujours leurs perceptions, leurs conduites, et la manière dont ils résoudront le conflit des normes. Il n'y a rien d'utile ou de possible à faire contre cela.

Ce qui bouge peut-être, ces derniers temps, c'est que cet état du monde juridique semble perçu de manière un peu plus lucide et en tout cas plus résignée qu'il y a quelques années. Il est plausible que l'on commence à en finir avec certaines naïvetés ou, mieux encore, que l'on commence à voir descendre le niveau de la contamination idéologique des discours dans ce domaine. Pour les juristes techniciens, l'heure semble un peu moins à l'arraisonnement de l'analyse aux articles de la foi – internationaliste ou nationaliste. Il reste à espérer que le phénomène se confirme et que le personnel politique ait la bonne idée de ne pas se tenir à trop grande distance de ce changement de perception.

9. Par exemple, quelques années après son arrêt inaugural *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964, la Cour écrit dans son arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*: « L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de l'État. »

10. La Cour de cassation l'a fait dans son arrêt *Mlle Fraïsse* (Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Bull.*, n° 4, p. 7), le Conseil d'État dans ses arrêts *Koné* (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Rec. CE*, p. 255) et *Sarran* (CE, Ass., 30 octobre 1998, *Rec. CE*, p. 369). Quant au Conseil constitutionnel, dans l'état final et le plus cohérent de sa réflexion, il a jugé sans ambages dans sa décision *Droit d'auteur et droits voisins* (27 juillet 2006, 2006-540 DC) que la transposition d'une directive communautaire (ou, doit-on penser, le jeu de n'importe quelle règle conventionnelle internationale) « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

*La discordance des solutions
est de mieux en mieux admise*

Il y a une dizaine d'années – et le signataire de ces lignes ne s'exonère pas de la critique qu'il va formuler –, l'idée qu'il puisse y avoir des jugements discordants sur une même loi était perçue comme une anomalie grave, *a fortiori* lorsque les normes de référence étaient apparemment les mêmes sur le fond. Il était perçu comme aberrant qu'une même loi puisse être jugée conforme au principe constitutionnel du droit à un procès équitable – par exemple – et contraire à son clone européen.

Mais les acteurs juridiques comprennent visiblement mieux ces temps-ci qu'il puisse exister des différences significatives entre les normes constitutionnelles et européennes, même si elles portent le même nom. Par voie de conséquence, il semble leur être moins insupportable que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme apprécient différemment les qualités d'une même loi.

39

Le signe le plus remarquable de cette évolution des esprits doit être recherché dans la rédaction même de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique complétant l'article 61-1 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel y écrit :

« Considérant, en second lieu, qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière, après avoir appliqué les dispositions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité, de veiller au respect et à la supériorité sur les lois des traités ou accords légalement ratifiés ou approuvés et des normes de l'Union européenne; qu'ainsi elle ne méconnaît ni l'article 55 de la Constitution ni son article 88-1 aux termes duquel: "La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007"¹¹. »

11. Décision 2009-595 DC du 3 décembre 2009, loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, cons. 14.

En clair, de l'aveu même du Conseil, rien n'empêche un juge judiciaire ou administratif de déclarer contraire à une convention internationale une loi que le Conseil constitutionnel aurait déclarée conforme à la Constitution, jusques et y compris si cette différence d'approche porte sur des normes *a priori* similaires ou d'apparence identique.

On comprend que le Conseil constitutionnel se soit en grande partie résolu à statuer de la sorte pour des motifs de nature stratégique : il fallait montrer dès le départ que la priorité donnée au contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité n'avait ni pour objet ni pour effet d'empêcher l'application de la règle internationale¹². Mais peu importe le ressort : le fait est que, dans notre droit constitutionnel, il est parfaitement acceptable que conseil de prud'hommes d'Oyonnax écarte comme inconstitutionnelle une loi déclarée conforme à la Constitution.

40

L'avancée n'est pas seulement contenue dans l'acceptation d'une telle possibilité. Du reste, aucun progrès n'aurait été accompli s'il avait seulement consisté en l'injonction adressée aux acteurs juridiques d'avoir à se résigner devant une irrationalité absolue, et que tout cela ne serve qu'à faire tenir une architecture bancale. La réalité des choses est plus subtile et plus satisfaisante : à partir du moment où coexistent plusieurs *corpus* juridiques, fussent-ils inspirés par des convictions comparables, et où l'on a confié à des juridictions différentes le soin de les interpréter et de développer à leur sujet de véritables jurisprudences, il n'est pas possible que la proximité ou la similitude des normes soit synonyme d'identité. Entre les droits constitutionnel et européen – *a fortiori* interprétés en justice – il y a des différences, des nuances. Et cela suffit à faire que des solutions contraires voient le jour de temps en temps.

Faut-il s'en réjouir ? Certainement. L'empire croissant du droit n'est jamais satisfaisant lorsqu'il ne s'accompagne pas d'un surcroît de lucidité. Or, la lucidité suppose de voir et de savoir que la vérité juridique n'est pas de ce monde, que la texture des textes est ouverte, que l'on ne peut pas faire l'économie d'un « moment politique » dans la construction d'une décision de justice, que la jurisprudence est créative, et qu'il ne peut pas ne pas exister çà et là des différences d'appréciation entre des juges. Faut-il craindre les conséquences du relatif désordre qui s'ensuit ? Pas si sûr. Même si elle porte avec elle une dose d'instabilité, cette exposition

12. On sait, au demeurant, que la clarté de cette prise de position n'a pas empêché la Cour de cassation de faire mine d'entrer dans la croyance contraire, et qu'il a fallu au Conseil constitutionnel affirmer encore plus nettement les choses pour qu'aucune ambiguïté ne demeure, singulièrement dans l'esprit de la Cour de justice de l'Union européenne. Cela a été fait dans la décision *Régulation des jeux en ligne* précitée (note 6).

longue et protéiforme de la loi à la remise en cause doit d'abord être comprise comme une force : celle d'un pays assez sûr de ses valeurs juridiques pour se donner les moyens de les voir triompher toujours ; celle aussi d'un pays assez sage pour préférer que la contestation s'opère par les voies réglées de la justice plutôt que par d'autres, plus sauvages et par là même plus dangereuses. À bien y réfléchir, l'acceptation d'un coefficient irréductible de fragilité de la loi n'est rien d'autre que le prix à payer pour la construction d'une société qui se veut progressivement civilisée par le droit.

ÉMULATION

La porte d'une forte émulation entre nos « Cours suprêmes » s'ouvre en grand. On a vu plus haut à quel point il est normal que des jugements plus ou moins contrastés se fassent jour sur une même loi. Mais cela ne signifie pas qu'il soit toujours agréable à un juge de se voir ultérieurement contredit par un autre. Il s'ensuit une tendance à l'harmonisation générale que l'on peut trouver heureuse. Mais cette tendance n'est pas constante et les conditions d'une nouvelle compétition se réunissent parfois.

41

La tendance à l'harmonisation ne se dément pas

Le mécanisme est très simple : une Cour, consciente de ce que la solution qu'elle pourrait adopter risque de demeurer en deçà de celle qu'une autre pourrait prendre, préférera faire évoluer sa jurisprudence plutôt que de s'exposer à un désaveu.

Les exemples ne manquent pas. On sait que le Conseil constitutionnel était, à l'origine, beaucoup plus tolérant avec les validations législatives que la Cour européenne des droits de l'homme. L'affaire *Zielinski Pradal* lui a donné l'occasion d'éprouver l'inconfort de sa position¹³. Il avait conclu à la conformité à la Constitution d'une loi de validation en matière fiscale dont l'acceptabilité européenne était pour le moins sujette à caution. Quelques mois plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme condamna la France en raison de ce que cette même loi portait atteinte au droit des citoyens à un procès équitable. La réaction ne se fit pas attendre : le Conseil constitutionnel fit évoluer sa jurisprudence et adopta en matière de validation un système de critères et de conditions comparables à celui que la Cour de Strasbourg faisait prévaloir.

Il arrive que l'anticipation soit plus grande encore. Une Cour peut ne

13. CEDH, 28 octobre 1999.

pas attendre de se voir déjuger pour corriger sa jurisprudence. C'est ce que le Conseil d'État a fait dans sa célèbre jurisprudence *Bitouzet*, au sujet du principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme¹⁴. Ce principe, inscrit à l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme, faisait grincer les dents des spécialistes du droit européen, non pas tant parce qu'il rendait possible une atteinte non indemnisée au droit de propriété que parce qu'il la permettait dans des conditions trop peu encadrées. Le Conseil d'État adopta une stratégie proactive pour répondre à ce défi : il imposa une lecture de cet article qui en transformait profondément l'économie et le rendait acceptable en regard de la CEDH. Stratégiquement parlant, le coup était très bien joué. Cette opération de réécriture interprétative de l'article L. 160-5 permettait de faire l'économie d'une déclaration d'inconventionnalité de la loi, de sa réfection, et d'une condamnation implicite de la jurisprudence trop bienveillante du Conseil d'État. Personne n'a à s'en plaindre.

On voit par là que, dans l'atmosphère de très grande interdépendance qui caractérise la sphère processuelle européenne, il est de l'intérêt bien compris de tous et de chacun que rien ne soit entrepris sans que l'on ait réfléchi à ce que les autres juges seront susceptibles de faire sur le même sujet. Il s'ensuit une meilleure information, une amélioration des conditions de la réflexion juridique, une plus grande ouverture d'esprit et, bien sûr, l'entretien d'une crainte légitime de se voir stigmatisé soi-même comme insuffisamment protecteur. Aussi bien les conditions sont-elles réunies pour qu'une tendance lourde s'installe, dont l'effet est sans aucun doute d'harmoniser les positions prises par nos cinq Cours suprêmes sur des problèmes comparables.

Encore une fois, il y a plutôt lieu de s'en réjouir. Rien n'est plus conforme à l'idéal partagé du constitutionnalisme à la française et de la construction européenne que l'avènement d'un standard commun de protection des droits fondamentaux. Par ailleurs, puisque cette surveillance et cette observation mutuelles des acteurs de la compétition des juges jouent comme un moteur, la pente s'oriente « naturellement » dans le sens d'une exigence accrue de satisfaction de ces mêmes droits fondamentaux, et donc vers ce qu'il n'est pas indécent d'appeler le « progrès ». L'on retrouve là aussi l'une des lignes de force partagées du constitutionnalisme et de la construction communautaire : l'un et l'autre se sont toujours voulus dynamiques, articulés à une vision très volontariste de l'histoire. Par

14. CE, Sec., 3 juillet 1998, 158.592, *Bitouzet*, *RFDA*, 1998, p. 1244, concl. Abraham ; *RFDA*, 1999-4, p. 841, note Béchillon.

ailleurs, puisque « communauté de destin » on veut qu'il y ait, il ne peut pas être regrettable que des droits similaires, protégés dans des conditions analogues, soient reconnus à tous sur le Vieux Continent. D'autant que cela n'exclut ni la nuance, ni l'affirmation des différences, ni la compétition.

Les conditions sont réunies pour une nouvelle compétition

On voit se dessiner depuis quelques mois les prodromes de la relance d'un certain esprit de surenchère. L'exemple de la garde à vue est assez intéressant à cet égard. On sait que l'absence de l'avocat lors des premières heures et tout particulièrement le fait qu'il soit loisible à l'autorité de police d'interroger le détenu hors la présence de son défenseur ont donné lieu à une salve de décisions assez remarquable. Le Conseil constitutionnel, pour faire simple, a condamné la garde à vue de droit commun. Mais il a laissé subsister le système ancien pour les hypothèses de garde à vue dite spéciales (terrorisme, etc.). La Cour de cassation, dont l'arrêt est intervenu quelques semaines plus tard, a choisi d'accroître le niveau de la contrainte et dénoncé comme contraire à la CESDH le système de garde à vue spéciale que le Conseil constitutionnel avait laissé subsister. En revanche, elle a fait sienne la préoccupation du Conseil constitutionnel au sujet des conséquences immédiates que cette invalidation de la loi pourrait entraîner : elle a décidé, elle aussi, de différer dans le temps la prise d'effet de sa décision afin de laisser un délai au gouvernement pour élaborer un nouveau texte. S'éloigne ainsi la perspective de remises en liberté trop automatiques. Pour ce qui concerne le sujet de la présente étude, tout cela ne manque pas de piquant : la modulation des effets dans le temps d'une décision de justice procède à l'origine d'une invention – mi-conventionnelle, mi-prétorienne – du droit communautaire que le Conseil d'État a relayée et déployée sur le mode jurisprudentiel dans son célèbre arrêt *Association AC!*¹⁵ ; le comité Balladur avait eu l'idée d'importer ce mécanisme au pavillon Montpensier et suggéré que le Conseil constitutionnel puisse moduler les effets dans le temps de ses décisions d'invalidation des lois. Le constituant l'avait suivi sur ce point. Et voici que la Cour de cassation adopte le même mécanisme et s'attribue *de plano* le pouvoir correspondant. En matière d'hybridation conceptuelle en chaîne, on fait rarement mieux.

Mais revenons aux raisons pour lesquelles la Cour de cassation s'est ainsi montrée plus exigeante que le Conseil constitutionnel en ce qui concerne la garde à vue. À l'évidence, il ne faut pas méconnaître la part

15. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Rec. CE, p. 197, concl. Devys.

politique de cette option : la Cour n'a certainement pas vu d'un mauvais œil la perspective d'apparaître plus sévère que le Conseil et de se donner ainsi l'image d'un « meilleur » gardien des droits fondamentaux. Elle ne s'est certainement pas attristée non plus de saisir l'occasion de donner un coup de griffe à celui qui, sur le champ de bataille, venait d'enregistrer contre elle plusieurs victoires significatives. Au-delà de cette composante stratégique, il n'est en outre pas exclu que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pousse effectivement dans le sens de cette plus grande sévérité. On voit donc par là comment, dans un contexte passablement conflictuel, la diversité des voies d'action contre la loi a abouti à faire monter en peu de temps le niveau de la pression juridique. De toute évidence, dans cette affaire, l'esprit de compétition a soufflé au plus fort, avec des conséquences juridiques très importantes (surtout pour la Chancellerie, qui a dû trouver la séquence assez fatigante).

44

Mais n'atteint-on pas là la limite de la satisfaction exprimée jusqu'ici ? La boule de neige n'est-elle pas devenue trop grosse et par là même problématique ? Quoi que l'on pense du détail de la solution de ce problème de la garde à vue – et ce d'autant plus que des choses tout à fait sensées peuvent être avancées de part et d'autre à son sujet –, on ne peut nier que le problème se pose. Une solution ? Pas vraiment. Lorsqu'un système est globalement vertueux – et l'on espère avoir montré que celui que nous connaissons aujourd'hui l'est, à bien y réfléchir, au plus haut degré –, il ne peut pas vraiment y en avoir ailleurs que dans la sagesse des acteurs. C'est à eux qu'il appartient de ne pas casser la machine en la soumettant à la surchauffe. Personne ne peut garantir que cela suffira toujours. Et sans doute connaîtrons-nous dans l'avenir des épisodes d'emballement dont les conséquences pourront apparaître excessives. Mais peu importe, si cela reste épiphénoménal et que la classe politique n'est pas trop souvent placée en situation d'hyperréaction épidermique. Car une chose est à peu près sûre : si, sur le coup de la colère et sans qu'une longue et sérieuse réflexion ait précédé le mouvement, il doit un jour y avoir remise en ordre légiférée de cette polyphonie et de cette grande liberté de discussion juridique que la réforme constitutionnelle a permise, cela se fera au désavantage de tous : des citoyens comme des juges eux-mêmes. Personne n'a à y gagner. Raison de plus pour espérer que chacun saura exercer sa mission et s'adonner à l'exercice bienfaisant de la compétition avec autant de plénitude que de calme et d'esprit de responsabilité.

R É S U M É

Bien que dans des contextes et avec des pouvoirs différents, cinq Cours se partagent aujourd'hui le pouvoir de juger « souverainement » la loi française. Un regard trop rapide fait apparaître cette polyphonie comme la source d'un grave désordre. Un examen plus attentif permet d'y voir plutôt la matière précieuse d'un enrichissement, pour l'État de droit et pour le fonctionnement même de la société.