iUS PUBLICUM NETWORK REVIEW
www.ius-publicum.com

L'OFFICE DU JUGE DE LA LOI

La concrétisation des contrôles de la Loi[1]

Julien BONNET[2], Agnès ROBLOT-TROIZIER[3]

INDEX

1. **INTRODUCTION**
2. **UNE CONCRÉTISATION EN MIROIR**
   - ***2.1. Les manifestations de la concretisation***
   - ***2.2. Les justifications de la concrétisation***
3. **UNE CONCRÉTISATION EN DEVENIR**
   - ***3.1. Les troubles suscités par la concretisation***
   - ***3.2. La clarification nécessaire de la concrétisation***
4. **CONCLUSION**

[1] Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, septembre - octobre 2017, p. 821-854.

[2] Professeur à l'Université de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques.

[3] Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), membre du Centre de recherche en droit constitutionnel – Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103).

Copyleft – Ius Publicum

1. INTRODUCTION

Après le «coup d'État de droit»[4] de la jurisprudence Jacques Vabre et Nicolo et le «big bang juridictionnel»[5] de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les juges de la loi sont-ils sur le point de parachever une nouvelle révolution en concrétisant leur office? Une révolution «tranquille»[6], sans véritable coup d'éclat, donc sans véritable renversement de l'ordre établi, mais plutôt une transformation de la manière dont la loi est jugée au regard de la Constitution et des traités. Il convient évidemment de ne pas céder à la tentation de l'emphase doctrinale en surestimant la portée de l'objet d'étude, d'autant que le phénomène observé n'en est qu'à ses balbutiements. Cependant, les manifestations d'une évolution sont suffisamment claires et nombreuses pour formuler une hypothèse: celle d'un mouvement global de concrétisation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi par les juges internes.

Envisager cette hypothèse suppose avant tout de définir la notion de contrôle concret. Le juriste rencontre là un sérieux obstacle, celui d'intégrer à sa réflexion un élément à la fois mystérieux et incontournable: le fait. Selon une approche courante mais imprécise, le contrôle concret est celui qui intègre le fait. Sans élargir le débat jusqu'à la

[4] O. Cayla, «Le coup d'Etat de droit ? », Le débat, n° 100, 1998, p. 108.

[5] D. Rousseau, « La question de constitutionnalité, un big bang juridictionnel », RD publ. 2009. 631.

[6] C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061.

Copyleft – Ius Publicum

notion de réalisme[7], la notion de contrôle concret est marquée du sceau de la polysémie et de l'ambivalence. Tous les auteurs le relèvent et rivalisent de pédagogie pour tenter de clarifier une notion purement doctrinale[8], par définition obscure, pensée initialement pour le contrôle de la constitutionnalité des lois seulement et donc peu ou mal adaptée au contrôle de leur conventionnalité. De plus, les motivations adoptées par les juges ne sont pas toujours claires et assumées, elles sont parfois même contradictoires. À bien des égards, le contrôle concret de la loi relève traditionnellement dans notre système juridique de l'implicite. En dépit de ces ambiguïtés, il est tout de même possible de retenir quatre approches du contrôle concret[9].

Dans un premier sens, qui est historiquement celui issu du système allemand de justice constitutionnelle, le contrôle est concret en raison des modalités d'accès au juge qui

[7] R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in Mélanges Paul Amselek, Bruylant, 2005, p. 431 ; « Le réalisme en droit constitutionnel », Dossier, Cah. Cons. const., no 22, 2007.

[8] O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », LPA 2008, no 254, p. 103 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », Nouv. Cah. Cons. const., no 38, 2013, p. 211 ; dossier « La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret », AIJC 2013. 11-76 ; C. Lagrave, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans les modèles espagnol, italien et français », in L. Gay (dir.), La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 231 ; L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?, Institut Universitaire Varenne-Lextenso, 2015, p. 117 ; D. Fallon, «Le contrôle concret de constitutionalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017, disponible sur http://www.droitconstitutionnel.org. Sur la question des «normes de concrétisation » employées par le Conseil constitutionnel, et plus largement sur la notion théorique de concrétisation du droit, v. M. Heitzmann-Patin, Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse dact., Paris I, 2017.

[9] A. Vidal-Naquet, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. Gay (dir.), La QPC. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 175.

Copyleft – Ius Publicum

attestent d'un lien avec le litige au fond. Cependant, ce premier sens risque une confusion avec la notion de contrôle incident, car, au-delà de la voie d'accès au juge, c'est surtout l'objet du contrôle et la manière de l'exercer qui importent[10].

Dès lors, une deuxième approche insiste sur l'objet du contrôle, à savoir «une disposition législative qui a déjà vécu»[11] en ce qu'elle a été mise en œuvre et confrontée aux faits.

Dans un troisième sens, proche du précédent, le contrôle est concret au regard de la nature des éléments pris en compte par le juge. Ainsi, lorsque le juge de la loi se réfère implicitement ou explicitement aux faits afin de déterminer le sort de la loi, le contrôle se concrétise. Afin de mieux saisir ce à quoi renvoient ces insaisissables «faits», il semble pertinent de reprendre une distinction issue de la doctrine américaine du début du XXe siècle qui distingue les faits du litige intéressant seulement les parties au procès («adjudicative facts») et les faits généraux ou sociaux à l'origine de l'adoption de la loi («legislative facts»)[12]. Dès lors que le juge prend en compte ces types de faits, son office s'oriente vers une nature concrète. Inversement, lorsque le juge apprécie seulement le texte de loi ou la norme générale et impersonnelle qui en découle, le contrôle tend vers l'abs-

[10] A. Viala, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?, op. cit., p. 105.

[11] A. Vidal-Naquet, op. cit., p. 197.

[12] K. Davis, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », Harvard Law Review, Vol. 55, 1942, p. 364. V., J.-J. Pardini, Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 360 ; L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », op. cit.

Copyleft – Ius Publicum

traction. À cet égard, il est possible d'identifier des degrés de concrétisation (ou d'abstraction) car le contrôle n'est pas concret ou abstrait, il est plus ou moins concret ou abstrait. Prenant en considération les faits du litige (« adjudicative facts»), le juge exerce un contrôle qui pourra être qualifié de concret, mais qui sera plus ou moins concret selon l'importance accordée aux faits dans la solution du litige. Lorsqu'il prend en compte les faits généraux à l'origine de la loi (« legislative facts »), on pourra parler de concrétisation d'un contrôle abstrait, concrétisation plus ou moins poussée là encore selon l'importance accordée à ces faits généraux dans le raisonnement du juge.

Enfin, une quatrième approche du contrôle concret insiste sur les effets de la décision rendue par le juge. Plus la décision produira des effets concrets, proches du fait et de la situation du requérant, plus le contrôle sera réputé concret. Sous cet angle, la notion de contrôle concret insiste sur l'influence du contrôle, notamment de la loi, sur le litige : cette influence peut se mesurer en aval au regard des effets produits par le contrôle, mais aussi en amont au regard des effets attendus du contrôle.

Cependant, aucun système de contrôle de la loi n'est purement abstrait ou strictement concret. Chaque mécanisme recèle une dose de chacune de ces dimensions, en France comme à l'étranger[13]. Sans céder à la dogmatisation des catégories juridiques et des

[13]En ce sens, A. Stone, « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux États-Unis ? », RFDC, no 34, 1997, p. 227-250 ; C. Grewe, « À propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement des contentieux et des procédures », in Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 255 ; A. Weber, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences », AIJC, 2003 ; P. Martens, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in Liber amicorum Robert Andersen, Bruylant, 2009, p. 423 ; G. Zagrebelsky, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », LPA, 25 juin 2009, no 126, p. 12-17.

Copyleft – Ius Publicum

caractéristiques des modèles de justice constitutionnelle[14], l'analyse proposée consiste à évaluer le niveau de prise en compte des éléments concrets dans les mécanismes de contrôle de la loi et à proposer l'hypothèse selon laquelle l'office des juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité se concrétise davantage, et ce dans tous les sens du terme, c'est-à-dire selon les quatre approches recensées. Le niveau de concrétisation des contrôles de la loi par les juges internes a franchi un seuil qui invite à repenser l'office du juge de la loi en France, à la fois dans sa configuration actuelle et dans les perspectives à venir.

L'accroissement de la concrétisation est avéré en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013[15] et un arrêt Gonzalez-Gomez du 31 mai 2016 du Conseil d'État[16], les juridictions judiciaires et administratives réalisent un dédoublement du contrôle de conventionnalité des lois. Au contrôle essentiellement abstrait exercé depuis les arrêts Jacques Vabre et Nicolo s'ajoute

[14] G. Tusseau, Contre les « modèles » de justice constitutionnelle, Essai de critique méthodologique, Bononia University Press, 2009 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », RIDC, 2016, no 68.

[15] Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénedé ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénedé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud.

[16] N° 396848, Lebon p. 208, concl. A. Bretonneau ; AJDA 2016. 1092 ; ibid. 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; ibid. 1472, note H. Fulchiron ; ibid. 1477, note B. Haftel ; ibid. 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; ibid. 935, obs. RÉGINE ; ibid. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; ibid. 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; ibid. 754, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2016. 578, obs. P. Deumier ; ibid. 600, obs. J. Hauser ; ibid. 802, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 834, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2017. 319, obs. D. Ritleng ; Gaz. Pal. 2016, no 24, note M. Afroukh, no 27, p. 16, note P. Le Maigat et no 28, p. 29, note M. Guyomar ; JCP 2016. 864, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; Dr. adm. 2016. Repère 7, obs. J.-H. Stahl ; Dr. fam. sept. 2016. Étude 15, J.-R. Binet et Comm. 178, note R. Vessaud.

Copyleft – Ius Publicum

un contrôle concret, pleinement assumé, centré sur la mise en œuvre particulière de la loi dans les faits de l'espèce. Le constat est moins évident pour le contrôle de constitutionnalité des lois, dès lors que les considérations abstraites dominent traditionnellement le contrôle a priori et a posteriori. Cependant, en plus des éléments concrets déjà présents dans l'office du Conseil constitutionnel, les décisions rendues ces derniers mois témoignent d'une intensification sans précédent de la présence du fait et d'un rapprochement vers la situation concrète du justiciable.

Au-delà du constat du degré de concrétisation, qui devra être démontré et précisé, l'analyse doit également intégrer les implications actuelles et futures de ce phénomène, car, en concrétisant le contrôle de la loi, les juges ne se contentent pas d'une réforme marginale. Au regard des nombreuses et nouvelles questions qui surgissent, c'est l'ensemble du processus juridictionnel, l'idée qui l'anime et son équilibre qui sont concernés. Sur un plan général, le mouvement de concrétisation interroge par exemple l'équilibre des pouvoirs entre le juge et la loi, la sécurité juridique, la place de l'intérêt du justiciable dans l'appréciation de la loi et l'influence respective de l'égalité et de l'équité dans la mise en œuvre de la loi. Sur un plan contentieux, la concrétisation des contrôles de la loi renouvelle bon nombre de questions, comme l'objet et la norme de référence du contrôle, l'intensité du contrôle, en particulier les modalités du contrôle de proportionnalité, ou l'articulation avec le contrôle abstrait. De même, la relation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois est nécessairement affectée par le mouvement de concrétisation, tandis que les limites de ce mouvement pourraient être repoussées par les juges sans même qu'une réforme des textes soit envisagée. En outre, la concrétisation du contrôle de la loi implique nécessairement des ajustements dans la motivation des décisions de justice. Bien qu'une telle évolution ait déjà été enclenchée, nul doute que d'autres modifications pourraient intervenir prochainement. Plus qu'un pronostic, il s'agit bien d'un souhait au regard de l'enjeu pour le justiciable de pouvoir s'orienter dans le labyrinthe juridique que constitue l'organisation en France du contrôle de la loi.

Copyleft – Ius Publicum

En revanche, en dépit des évolutions concomitantes de la Cour de cassation sur cette question[17], le mouvement de concrétisation ne se confond pas avec le contrôle de proportionnalité[18] dont il n'est que l'une des modalités possibles. Aucune confusion entre ces deux notions n'est possible, dès lors que le contrôle de proportionnalité s'effectue également en dehors du contrôle de conventionnalité. De plus, les notions de contrôle de « proportionnalité » ou de « conventionnalité » dépendent de l'objet sur lequel ces contrôles portent : la problématique technique et théorique n'est pas identique selon qu'ils visent la loi, un acte de droit privé ou un acte administratif. Enfin, le contrôle de conventionnalité peut être abstrait et néanmoins s'exercer au terme d'un contrôle de proportionnalité. Réciproquement, il est théoriquement possible qu'un contrôle concret de conventionnalité soit mené sans que le juge exerce forcément un contrôle de proportionnalité. La prise en compte d'un élément factuel ne préjuge pas de la manière dont le juge apprécie ensuite le rapport d'adéquation entre une atteinte à une norme et les intérêts en présence : les deux questions sont situées sur des plans différents même si, en pratique, le contrôle concret de conventionnalité conduira fréquemment le juge à réaliser une appréciation en proportionnalité.

Esquisser un bilan critique de l'existant, comprendre ses implications directes, pointer les zones d'ombre et envisager les perspectives d'avenir, tel est l'objet de l'analyse de l'hypothèse envisagée ici : celle d'un mouvement global de concrétisation des contrôles

[17] V. par ex., D. de Béchillon, «Observations sur le contrôle de proportionnalité », JCP 2016, suppl. au no 1-2, 11 janv. 2016, p. 27 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité… un brin disproportionné ? », D. 2016. 137 ; X. Dupré de Boulois, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », JCP 2016, no 18, 552 ; E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », JCP 2016, suppl. au no 1-2, 11 janv. 2016, p. 24 ; J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », JCP 2016. 401.

[18] P. Deumier, «Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578.

Copyleft – Ius Publicum

de la loi. Pour y parvenir, il est indispensable de penser ensemble les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi. Non pas que ces contrôles soient identiques, bien au contraire, mais parce que les spécificités formelles et matérielles de chacun rendent nécessaires une analyse croisée mettant en lumière leur destin commun. Depuis l'origine en effet, la mise en œuvre et les évolutions de ces deux contrôles de la loi se sont réalisées de manière corrélative. Il peut être brièvement rappelé à cet égard que ce n'est qu'à partir du moment où le juge de la constitutionnalité des lois a refusé de contrôler leur conventionnalité que les juridictions administratives et judiciaires se sont saisies de ce contrôle. Depuis lors, l'interaction permanente entre ces deux contrôles est inévitable puisque plusieurs juges sont chargés de les exercer et que la relation entre eux n'est pas déterminée par une stricte hiérarchie, comme celle qui existe, par exemple, entre un tribunal administratif et le Conseil d'État. Dotés du pouvoir juridictionnel de contrôler l'activité du législateur, les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité se situent dans un espace de jeu institutionnel où les relations ne sont que rarement déterminées entre eux en termes d'autorisation ou d'interdiction expresses, mais en termes de complémentarité, voire de concurrence. Au sein de cette zone d'incertitude du droit, il est à la fois difficile et indispensable de cerner les dynamiques jurisprudentielles qui s'organisent autour de rapports de puissance, d'influence et de persuasion. Une analyse institutionnelle du contentieux juridictionnel, en particulier le contentieux de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi, s'impose afin de comprendre les intérêts institutionnels et stratégiques qui animent les acteurs juridiques, et de mettre en lumière les soubassements axiologiques et la culture juridique qui animent une politique jurisprudentielle. Un tel regard institutionnel permet d'enrichir l'étude de la jurisprudence par la compréhension du comportement des acteurs juridictionnels, par la compréhension des choix à l'origine de leurs décisions. Grâce à cette grille de lecture de la jurisprudence, il est possible de dissiper le flou qui entoure la question de l'origine du mouvement de concrétisation et des pistes de réflexion émergent lorsque l'avenir de ce mouvement est envisagé.

Copyleft – Ius Publicum

Dans cette perspective, l'hypothèse soumise à la discussion invite d'une part à envisager une concrétisation en miroir. Le mouvement de concrétisation concerne en effet aussi bien le contrôle de conventionnalité que le contrôle de constitutionnalité, et l'origine de ce mouvement découle principalement du contexte concurrentiel entre les juges chargés de ces deux contrôles. Mais la concrétisation est d'autre part en devenir, au regard des incertitudes et critiques qui accompagnent ce mouvement, de son potentiel encore inexploré et du nécessaire travail de clarification que les juges devront amplifier.

2. UNE CONCRÉTISATION EN MIROIR

Partant de l'hypothèse selon laquelle les contrôles de la loi se concrétisent, il faut d'abord envisager les manifestations de cette concrétisation, tant dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence administrative et judiciaire, pour mieux en démontrer la réalité. Il faudra ensuite se pencher sur les justifications d'une telle évolution du contentieux de la loi.

2.1. Les manifestations de la concrétisation

La concrétisation du contrôle de la loi s'observe du côté du juge de la conventionnalité – les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État en témoignent –, mais elle apparaît également, bien que de manière plus insidieuse, du côté du juge de la constitutionnalité.

La concrétisation approfondie du contrôle de la conventionnalité de la loi

Si l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 et la décision Gonzalez-Gomez du Conseil d'État du 31 mai 2016 constituent des étapes importantes dans le contrôle de conventionnalité de la loi en ce que les deux Hautes juridictions procèdent à un contrôle in concreto de l'application de la loi à une situation

Copyleft – Ius Publicum

particulière, ces décisions ne constituent pas l'acte de naissance du contrôle concret de conventionnalité. Déjà présent dans la jurisprudence, cette modalité de contrôle a connu toutefois un approfondissement qui fait évoluer l'office du juge de la loi.

Les précédents sont plus nombreux, à tout le moins plus nettement identifiables, dans la jurisprudence administrative que dans la jurisprudence judiciaire.

S'agissant de la Cour de cassation, on se contentera de citer un arrêt du 3 mai 2007 dans lequel la deuxième chambre civile valide le raisonnement in concreto de la cour d'appel quant à la conventionnalité de la loi applicable en l'espèce. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel a jugé « à bon droit que l'article L. 30 [du code des pensions de retraite des marins] (…) constitue, en l'espèce, une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété (…) et que son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1er du Protocole additionnel no 1 à cette Convention »[19]. Comme l'a relevé la doctrine, « la Cour de cassation ne tire pas un trait de plume sur le texte français » ; elle « se borne simplement à constater que, dans le cas d'espèce, son application contreviendrait » au droit européen, ce qui « laisse implicitement entendre que, en d'autres circonstances, son application pourrait ne pas froisser l'ordre européen »[20]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation « n'énonce pas de façon abstraite que le code des pensions des marins serait en tout état de cause contraire aux exigences de la Convention » car c'est au terme « d'une appréciation in concreto de la situation des parties que la Cour de cassation décide que, dans ce cas d'espèce, l'article L.

[19] Civ. 2e, 3 mai 2007, n° 05-19.439, D. 2007. 2336, chron. V. Vigneau ; ibid. 2008. 1167, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2007. 643, obs. R. Perrot.

[20] R. Perrot, RTD civ. 2007. 643.

Copyleft – Ius Publicum

30 ne répondait pas aux exigences de la Convention » : la « deuxième chambre civile emprunte ainsi à la Cour européenne sa façon de raisonner en s'attachant à vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, au regard des faits de l'espèce et non de façon purement théorique et abstraite, les droits protégés par la Convention européenne peuvent être considérés comme effectifs et concrets »[21]. Aussi valide-t-elle l'appréciation concrète, fondée sur des éléments factuels propres à l'espèce, conduisant la juridiction du fond à ne pas faire application de la loi au litige.

La jurisprudence administrative est plus riche en la matière. Divers arrêts du Conseil d'État illustrent le contrôle concret de conventionnalité, notamment en droit des étrangers: dans l'arrêt Belgacem, le Conseil d'État, sans remettre en cause la législation française dans son principe, a jugé que son application peut, dans les circonstances propres à l'espèce, porter une atteinte excessive au droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH)[22].

On notera toutefois que, dans l'arrêt Belgacem, le Conseil d'État ne se prononce pas explicitement sur la conventionnalité des dispositions législatives applicables en l'espèce, mais il contrôle directement la conventionnalité de la décision administrative

[21] V. Vigneau, D. 2007. 2344.

[22] CE, 19 avr. 1991, n° 107470, Belgacem, Lebon p. 152 ; AJDA 1991. 551, note F. Julien-Laferrière ; ibid. 1992. 15, chron. J.-F. Flauss ; D. 1991. 399, note X. Prétot ; RFDA 1991. 497, concl. R. Abraham ; ibid. 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin ; CE, 19 avr. 1991, n° 117680, Mme Babas, Lebon p. 162 ; AJDA 1991. 551, note F. Julien-Laferrière ; ibid. 1992. 15, chron. J.-F. Flauss ; D. 1991. 399, note X. Prétot ; RFDA 1991. 497, concl. R. Abraham ; ibid. 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin. En ce sens, M. Guyomar, «Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », Gaz. Pal. 2016, no 28, p. 29.

Copyleft – Ius Publicum

d'expulsion prise en application de ces dispositions pour déterminer si, concrètement au regard de la situation particulière de l'individu concerné, elle méconnaît les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'arrêt Commune de Palavas les Flots est sur ce point intéressant en ce qu'il témoigne plus nettement du contrôle concret de conventionnalité de la loi[23]. Était en cause une loi de validation qui, sous réserve de décisions de justice passées en force de chose jugée, validait des contrats conclus par les communes et leurs groupements pour la gestion de leurs services publics locaux d'eau et d'assainissement dans la mesure où ils seraient contestés pour un motif tiré de l'absence de caractère exécutoire de la délibération autorisant la signature du contrat. Constatant que l'intervention, au cours de l'instance, d'une loi de validation à effet rétroactif porte atteinte au droit des communes à un procès équitable issu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État juge que seul un impérieux motif d'intérêt général est de nature à justifier une telle atteinte. Sans nier que la nécessité d'assurer la continuité du service public puisse constituer un motif impérieux d'intérêt général, le Conseil d'État constate que, en l'espèce, ce motif ne pouvait être retenu puisqu'avant l'intervention de la loi de validation, la commune avait fait usage de la possibilité que lui offrait une stipulation contractuelle de dénoncer le contrat. Aussi, dans les circonstances propres à l'espèce, le motif de continuité du service public de l'eau ne pouvait être qualifié de motif impérieux d'intérêt général. Le juge administratif ne remettait pas en cause pour autant la loi de validation, dès lors qu'elle était en elle-même justifiée par un tel motif. Il résulte donc de cet arrêt, comme en témoignent au

[23] CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449 et 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, Lebon p. 249 ; AJDA 2010. 2183 ; *ibid*. 2416, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; D. 2010. 2842, obs. R. Grand ; AJCT 2010. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011. 124, concl. N. Boulouis ; Constitutions 2011. 81, obs. P. De Baecke ; RTD civ. 2011. 501, obs. P. Deumier.

Copyleft – Ius Publicum

demeurant les conclusions du rapporteur public[24], que la loi est abstraitement conforme aux exigences du droit européen, tout en conduisant à une application non conforme à celle-ci en l'espèce.

Une autre illustration du contrôle concret de conventionnalité des lois est offerte par des arrêts à la notoriété moindre. Par exemple, l'arrêt du 12 mars 2014, Société GSD Gestion[25], montre parfaitement par sa motivation les deux temps du contrôle de conventionnalité : d'abord abstrait puis concret. Examinant la conventionnalité d'une disposition législative du code monétaire et financier relative à la procédure suivie devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le Conseil d'État considère en premier lieu que, « eu égard au caractère et aux modalités de la procédure (…) ainsi qu'à la possibilité offerte aux personnes poursuivies de s'exprimer en dernier lieu lors de l'audience, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les modalités de la participation du membre du collège de l'AMF à la procédure de sanction seraient, par elles-mêmes, contraires au principe d'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Puis il ajoute en second lieu que « les requérants n'établissent pas, au cas d'espèce, qu'ils auraient été privés de la possibilité de répondre aux observations du représentant du collège au cours de la procédure de sanction ». La terminologie employée par le Conseil d'État – « par elles-mêmes » puis « au cas d'espèce » – témoigne ici de la double nature du contrôle de conventionnalité : abstrait puis concret.

[24] N. Boulouis, « La double notion d'"inconventionnalité de la loi" », RFDA 2011. 124.

[25] N° 360642, Lebon T. p. 532. V. égal., CE, 6 févr. 2006, n° 268192, Wessang, Lebon p. 59 ; AJDA 2006. 342 ; ibid. 992, note P. Soubirous, dans lequel le Conseil d'État contrôle, de manière concrète, la conventionnalité d'une disposition législative qui a préalablement été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Copyleft – Ius Publicum

Aucun de ces arrêts ne s'inscrit explicitement dans la dialectique contrôle abstrait/concret, bien que le juge ait conscience que le contrôle de conventionnalité, particulièrement en matière de droits fondamentaux, ne saurait négliger une appréciation in concreto. Si le contrôle de conventionnalité concret n'est une innovation ni totalement pour la Cour de cassation en 2013 ni complètement pour le Conseil d'État en 2016, cette jurisprudence restait parcellaire et surtout tacite. L'apport de la jurisprudence récente et particulièrement de l'arrêt Gonzalez-Gomez est d'avoir revendiqué, et même théorisé, la distinction contrôle abstrait/ concret de conventionnalité de la loi dans une décision de justice. À dire vrai, la distinction entre les deux contrôles est loin d'être aisée : il est « difficile de marquer de façon étanche la distinction entre les deux formes de contrôle » car il y a une « interaction permanente, dans le raisonnement juridique, de l'appréciation abstraite et de l'appréciation concrète »[26]. L'identification du contrôle concret est moins l'œuvre du juge que celle de la doctrine qualifiant l'office du juge. C'est ce qui explique que les conclusions des rapporteurs publics soient à la fois plus riches et plus éclairantes que les arrêts du Conseil d'État.

Outre les conclusions de N. Boulouis sur l'affaire Commune de Palavas-les-flots et d'A. Bretonneau sur l'affaire Gonzalez-Gomez, les conclusions des rapporteurs publics révèlent que la logique d'un contrôle de conventionnalité in concreto était déjà bien pré sente dans l'esprit du juge administratif avant que le Conseil d'État l'assume plus explicitement dans ces affaires. Sans être exhaustif, deux exemples parmi d'autres peuvent être présentés.

[26] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, préc. : le contrôle est « abstrait ou concret en fonction de la texture de l'article conventionnel, de sa plus ou moins grande précision, du type de contentieux auquel il est appliqué et de l'objet du litige soumis au juge ».

Copyleft – Ius Publicum

S'agissant des mesures d'isolement en prison, M. Guyomar indiquait qu'à son sens, « c'est seulement à la faveur du contrôle d'une mise à l'isolement déterminée, au terme d'une appréciation in concreto, qu'il est possible d'apprécier si les prescriptions de l'article 3 de la Conv. EDH ont été ou non méconnues », car telle est bien la démarche de la Cour de Strasbourg[27].

Dans le même sens, A. Courrèges soulignait que la législa- tion française relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation n'est pas « nécessairement viciée dans son principe », mais « comme souvent pour la confrontation avec la Convention, c'est dans l'application in concreto que des problèmes peuvent apparaître »[28].

À l'issue de cette présentation, il apparaît que le Conseil d'État, plus que la Cour de cassation, envisageait déjà le contrôle de conventionnalité à la fois de manière abstraite et comme le fruit d'une appréciation concrète. Il n'est évidemment pas étonnant que la jurisprudence administrative soit plus riche, dès lors-que la Haute juridiction judiciaire en tant que juge de cassation n'a pas pour habitude de procéder à une appréciation concrète des faits, tandis que le Conseil d'État, juge de premier ressort, d'appel et de cassation, connaît le fait depuis l'origine et en connaît encore.

[27] M. Guyomar, Concl. sur CE, sect., 31 oct. 2008, n° 293785, Section française de l'Observatoire international des prisons, disponibles sur ArianeWeb, http://www.conseil-etat.fr.

[28] A. Courrèges, Concl. sur CE, sect., 9 juin 2010, n° 321506, Pierre L., disponibles sur ArianeWeb, http://www.conseil-etat.fr.

Copyleft – Ius Publicum

C'est ce qui explique que le tournant pris par la Cour de cassation en 2013 ait autant fait réagir la doctrine[29]. Dans son arrêt du 4 décembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation décide de casser l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé le mariage entre une femme et le père de son ex-mari, au motif que cette annulation revêt, à l'égard de cette femme, devenue veuve, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. La cour d'appel avait accueilli la demande de nullité présentée par l'ex-mari et fils du défunt en s'appuyant notamment sur les « finalités légitimes » de l'interdiction du mariage entre un beau père et sa bru, prévu par l'article 161 du code civil, qui vise à maintenir des « relations saines et stables » et à «préserver les enfants » susceptibles d'être affectés par le changement de statut des adultes autour d'eux, le grand-père prenant en quelque sorte le rôle du père. Pour casser l'analyse du juge du fond, la Cour de cassation se fonde sur le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il résulte de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et s'appuie – s'éloignant ainsi de son office de juge du droit – sur deux circonstances de fait: la durée de l'union – plus de vingt ans – et l'absence d'opposition au mariage. Elle écarte ainsi l'application de la loi pour un cas particulier au profit des droits garantis par la Convention, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)[30].

[29] Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénedé ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénedé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud.

[30] V. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, B. L. c/ Royaume-Uni, RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 758, obs. J. Hauser.

Copyleft – Ius Publicum

Il est remarquable que l'arrêt de la Cour de cassation ait fait l'objet d'un communiqué qui insiste sur la portée de la chose jugée en précisant que, « en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné » et que « le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». Comme pour mieux circonscrire cette portée et la limiter au cas d'espèce, le communiqué ajoute à la motivation de l'arrêt en indiquant que le mariage avait été « célébré sans que le ministère public ait formé opposition au mariage, alors que les pièces d'état civil qui avaient été produites par les futurs époux révélaient nécessairement la cause de l'empêchement au mariage».

L'innovation que constitue cet arrêt du 4 décembre 2013 a été « imparfaitement qualifiée de "contrôle de proportionnalité" », ce qui a conduit à « occulter ou minimiser l'originalité de la décision »[31]. Car l'apport de l'arrêt ne résulte pas tant de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité qui s'impose dans nombre de domaines, tant en vertu de la loi que de conventions internationales, ni de l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois que la Cour de cassation assume depuis 1975[32], mais bien de ce qu'elle a exercé un contrôle de conventionnalité in concreto en écartant l'application de la loi dont les conséquences sont, en l'espèce, disproportionnées.

La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation offre d'autres illustrations de ce contrôle de conventionnalité concret. Le droit de la famille a d'abord été le terrain privilégié de ce contrôle. Dans un arrêt du 13 novembre 2014, la première chambre

[31] F. Chénedé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité in concreto », D. 2017. 953.

[32] Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, no 73-13.556, Société Cafés Jacques Vabre, Bull. civ. 1975, ch. mixte, no 4.

Copyleft – Ius Publicum

civile casse un arrêt d'appel ayant rejeté, en application de l'article 16-11 du code civil, une demande d'exhumation du corps d'un prétendu père, non pour établir une filiation – une telle action étant prescrite –, mais au nom de l'intérêt primordial à connaître son ascendance génétique[33]. Ainsi, la Cour de cassation crée une nouvelle voie de droit – l'« action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise » – pour contourner une interdiction législative et satisfaire les exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, duquel découle le « droit à l'identité » en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[34]. Dans un arrêt du 10 juin 2015, la même chambre casse et annule l'arrêt d'appel au motif que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions faisant valoir l'aménagement d'un « juste équilibre » dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne entre les droits des parties au litige en matière de filiation biologique[35]. Si la censure décidée ici par la Cour de cassation repose sur une question de procédure, l'arrêt montre que les droits fondamentaux, conventionnellement garantis, peuvent tenir en échec la disposition législative – l'article 336 du code civil – sur laquelle s'était fondée la cour d'appel et qui justifiait de ne pas

[33] Civ. 1re, 13 nov. 2014, n° 13-21.018, D. 2015. 1070, note H. Fulchiron ; ibid. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2015. 54, obs. F. Chénedé ; RTD civ. 2015. 103, obs. J. Hauser; JCP 2015, no 38, Doctr. 982.

[34] V. notamment, CEDH, 5e sect., 16 juin 2011, n° 19535/08, Pascaud c/ France, § 59, D. 2011. 1758, et les obs. ; ibid. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; ibid. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 429, obs. F. Chénedé ; RTD civ. 2011. 526, obs. J. Hauser : « La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée ».

[35] Civ. 1re, 10 juin 2015, n o 14-20.790. La CEDH se réfère à cette idée de « juste équilibre» dans son arrêt Pascaud c/ France, préc. (§ 60) : « La Cour doit rechercher si, en l'espèce, un juste équilibre a été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents, à savoir, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à ne pas être soumis à des tests ADN et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique ».

Copyleft – Ius Publicum

examiner la demande car les conditions de son application n'étaient pas réunies[36]. Ces deux exemples illustrent la censure par la Cour de cassation d'une «application d'articles du code civil trop implacable au regard des exigences de protection du droit au respect de la vie privée et familiale découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »[37]. La Cour de cassation invite ainsi les juges du fond à exercer un contrôle de proportionnalité entre les intérêts en présence, même s'il ne s'agit que d'intérêts privés[38].

Hors du droit de la famille, la première chambre civile de la Cour de cassation a adopté un raisonnement similaire dans un arrêt du 15 mai 2015 dans lequel elle reproche à la cour d'appel de s'être déterminée sur le moyen tiré de la violation de la liberté d'expression telle que garantie par la Convention européenne des droits de l'homme « sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait »[39].

Enfin, toujours devant la première chambre civile[40], mais cette fois en application du droit de l'Union européenne et du droit international, la Cour de cassation a exercé un contrôle complet de conventionnalité d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire

[36] V., J. Rubellin-Devichi, JCP 2015, no 38, Doctr. 982.

[37] J.-P. Marguénaud, « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », RTD civ. 2015. 825.

[38] Sur ce point et sur la notion de « proportionnalité privatisée », J.-P. Marguénaud, op. cit

[39] Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391, D. 2015. 1094, obs. A. T. ; ibid. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; RTD com. 2015. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; ibid. 515, obs. F. Pollaud-Dulian.

[40] Civ. 1re, 8 mars 2017, n o 15-26.66.

Copyleft – Ius Publicum

d'un enfant mineur, prise dans le cadre de la prévention des enlèvements internationaux d'enfants : dans un premier temps, la Cour observe, abstraitement, que « l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire sans l'accord des deux parents, pré- vue à l'article 373-2-6, alinéa 3, du code civil, est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui en ce qu'elle vise à pré- server les liens des enfants avec leurs deux parents et à prévenir les déplacements illicites, conformément aux objectifs poursuivis par le règlement (CE) no 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants » et que cette mesure est « également proportionnée aux buts poursuivis, dès lors que, n'interdisant la sortie du territoire de l'enfant que faute d'accord de l'autre parent, elle n'est pas absolue, et que, pouvant faire l'objet d'un réexamen à tout moment par le juge, elle n'est pas illimitée dans le temps », de sorte que n'est pas méconnu « le principe de libre circulation » ; puis, dans un second temps, elle se penche sur la situation concrète de l'espèce, notamment sur le comportement de la mère qui, en 2012, a refusé de restituer les enfants au père pendant quatre mois, nécessitant l'intervention d'une mesure d'exécution, et, en 2014, a ramené les enfants cinq jours après la date convenue, pour en déduire que la cour d'appel a ordonné, à bon droit, l'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents.

Pionnière en matière d'appréciation in concreto de la proportionnalité des atteintes aux droits de la Convention européenne des droits de l'homme, la première chambre civile de la Cour de cassation a ensuite été suivie par d'autres chambres. Ainsi la chambre criminelle s'est progressivement convertie à ce controle. Comme le démontre le professeur J.-H. Robert, on pouvait encore écrire au début de l'année 2015 que la chambre criminelle était peu sensible aux sirènes de la proportionnalité; pourtant une ambiance favorable à ce principe s'est développée au cours de cette année, laquelle s'est confirmée par la suite. En rompant avec ses «habitudes antérieures », la chambre criminelle a accepté

Copyleft – Ius Publicum

d'examiner des pourvois fondés sur le principe de proportionnalité de la peine issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dépouillant ainsi le juge du fond de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur ce point[41].

Après un précédent quelque peu ambigu au regard du cadre procédural de l'espèce, mais dont l'implicite n'a pas échappé à la doctrine[42], la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 25 octobre 2016[43], à propos d'une journaliste infiltrée, sous couvert d'une fausse identité, au sein du Front national pour réaliser une enquête sur l'idéologie et le fonctionnement interne du parti, que « si c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». La chambre criminelle se fonde donc sur une appréciation in concreto des faits de l'espèce pour contrôler la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression. Là

[41] J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », JCP 2016, no 14, 401.

[42] Crim., 16 févr. 2016, n° 15-82.732 ; J.-H. Robert relève que, dans cet arrêt, tout en rejetant le pourvoi, la Cour de cassation « admet virtuellement la recevabilité du moyen » tiré de ce que la décision des premiers juges « porterait une atteinte disproportionnée aux droits" garantis par les textes conventionnels », op. cit.

[43] Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774, D. 2016. 2216 ; AJ pénal 2017. 38, obs. N. Verly ; RSC 2016. 767, obs. H. Matsopoulou

Copyleft – Ius Publicum

encore la terminologie employée s'agissant du rôle des journalistes «dans une société démocratique » et la référence « aux agissements en cause » « en l'espèce » montrent que la Cour s'inscrit dans le cadre d'un contrôle concret de la conventionnalité de l'application, au cas d'espèce, des dispositions du code pénal relative à l'escroquerie.

Une autre illustration de ce développement du contrôle concret de conventionnalité devant les juridictions pénales est offerte par un arrêt du 1er février 2017 de la chambre criminelle qui marque bien la spécificité du contrôle du juge de cassation lorsqu'est invoquée la Convention européenne des droits de l'homme[44]. Cette spécificité ressort de la comparaison de cet arrêt avec deux autres rendus le même jour, mais fondés sur les seules exigences du droit interne[45]. Par ces arrêts, la Cour précise les exigences de motivation qui, en vertu du code de procédure pénale et du code pénal, pèsent sur le juge correctionnel: il doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges. Dans le cadre de son office de juge de cassation, la chambre criminelle se contente de s'assurer que les motifs sont dénués d'insuffisance comme de contradiction. Cette exigence de motivation s'impose naturellement lorsqu'est en cause, comme dans le troisième arrêt du 1er février 2017, la liberté d'expression telle que garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais la Cour vérifie en outre que les juges du fond ont apprécié le caractère proportionné de l'atteinte portée par la sanction à cette liberté. Le contrôle de proportionnalité au regard de la Convention ne porte pas

[44] Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511, AJDA 2017. 256 ; D. 2017. 961, note C. Saas ; AJ pénal 2017. 175, note E. Dreyer ; AJCT 2017. 288, obs. S. Lavric.

[45] Crim., 1er févr. 2017, n° 15-83.984 et n o 15-85.199, D. 2017. 961, note C. Saas ; ibid. 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier.

Copyleft – Ius Publicum

seulement sur la déclaration de culpabilité – répondant à la question de savoir si la limitation de la liberté d'expression est nécessaire dans une société démocratique au regard d'autres intérêts, tels que le maintien de l'ordre public ou le respect de la vie privé –, il porte en outre sur le choix de la peine qui est nécessairement fonction de l'espèce. Sans effectuer elle-même le contrôle de proportionnalité de la peine prononcée par les juges du fond au regard de la liberté conventionnellement garantie, la Cour de cassation s'assure que ce contrôle a été effectué et qu'il l'a été correctement, en contrôlant les motifs de la décision qui, doivent être ni insuffisants ni contradictoires. Les termes de l'arrêt du 1er février 2017 sont explicites à cet égard. La Cour de cassation relève que l'exercice de la liberté d'expression peut être soumis à des restrictions ou à des sanctions qui constituent, « comme en l'espèce », des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui.

Si les arrêts de la Cour de cassation ne sont pas toujours parfaitement clairs quant à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité de la loi in concreto, s'il faut parfois se contenter d'expressions telles que « en l'espèce » et compter sur l'analyse des fins connaisseurs de la matière civile ou pénale, voire des analyses produites par la Cour de cassation elle-même dans des « notes explicatives », l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, est quant à lui parfaitement explicite. Le Conseil d'État assume pleinement et revendique même son choix de procéder en deux temps clairement identifiés: celui du contrôle de conventionnalité abstrait, puis celui du contrôle de conventionnalité concret. Sans revenir sur les détails de l'affaire à l'origine de cet arrêt, qui a déjà fait l'objet de nombreux commentaires[46], on rappellera seulement que, par une motivation particulièrement détaillée, le Conseil d'État a d'abord constaté que l'article L. 24141-2 du

[46] CE, 31 mai 2016, n° 396848, préc.

Copyleft – Ius Publicum

code de la santé publique, qui prohibe l'insémination post-mortem[47], est compatible avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, avec son article 8. Il juge en effet que l'interdiction prévue par le droit français « relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la Convention » et qu'elle « ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale », tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8. Il ajoute qu'est compatible avec la Convention et ne méconnaît pas par elle-même les exigences de l'article 8, l'interdiction d'exportation de gamètes, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Toutefois, sans s'en tenir à ce contrôle abstrait de la convention- nalité de la loi, le Conseil d'État précise que « la compatibilité de la loi avec les stipulations de la Convention européenne (…) ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances parti- culières, l'application de dispositions législatives puisse consti- tuer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette Convention », de sorte qu'il « appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ». Ainsi le Conseil d'État distingue deux étapes du contrôle de conventionnalité: le contrôle abstrait de la norme législative – ici une double interdiction d'insémination et de transfert à l'étranger dans un État qui autorise ce que la France prohibe – puis le contrôle concret de la mise en œuvre de la loi à une situation particulière. En se fondant sur un

[47] CSP, art. L. 2141-2 : « Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

Copyleft – Ius Publicum

ensemble de circonstances particulières[48], le Conseil d'État a jugé qu'en l'espèce le refus opposé à la requérante « sur le fondement des disposi- tions (…) du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – porte (…) une atteinte manifeste- ment excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention euro- péenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ».

Si l'arrêt Gonzalez-Gomez ne constitue pas une révolution dans la mesure où le Conseil d'État pratiquait déjà, on l'a dit, le contrôle concret de conventionnalité lorsque l'administration dis- posait, dans l'application de la loi, d'une marge d'appréciation, il n'en demeure pas moins qu'un tel contrôle a dorénavant une portée, non seulement plus assumée, mais aussi plus marquée en ce qu'il concerne des interdictions législatives. Le juge admi- nistratif, à l'instar du juge judiciaire, adopte une solution contra legem pour satisfaire les exigences européennes: il réalise donc un contrôle concret de conventionnalité plus puissant que celui qu'il réalisait auparavant.

C'est là l'une des raisons essentielles des réactions doctri- nales, parfois très critiques[49], à l'égard des arrêts sus-évoqués. La mesure de l'innovation du côté de la Cour de cassation et du côté du Conseil d'État diffère. Du côté de la Cour de cassation, le contrôle de conventionnalité s'inscrit dans le développement du principe de

[48] Au titre des circonstances concrètes prises en compte, il y a : le projet d'enfant du couple, projet mûrement réfléchi et programmé ; le décès prématuré du mari ; l'accord du mari à ce que soit pratiquée une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de sa femme ; l'absence d'intention frauduleuse de la part de celle-ci de chercher à contourner la loi française, son installation en Espagne étant guidée par la volonté d'accomplir son projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe.

[49] Sur ce point, v. infra sur les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique.

Copyleft – Ius Publicum

proportionnalité comme motif de cassation des arrêts d'appel, la Cour de cassation reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir exercé – faute d'avoir pris en compte l'exigence de proportionnalité – ou de ne pas avoir pleinement exercé – faute d'avoir tenu compte des circonstances particulières de l'es- pèce – un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits conventionnellement garantis. Le principe de proportionnalité, qui exige une appréciation au cas par cas, en considération des faits de chaque espèce par les juges du fond, devient un motif de cassation lorsque sont en cause les exigences du droit européen : l'arrêt pionnier du 4 décembre 2013 a été, sous cet angle, le point de départ d'une « révolution tranquille » à la Cour de cassation[50]. Du côté du Conseil d'État, l'appréciation de l'arrêt Gonzalez- Gomez est d'une certaine manière « biaisée » par la révolution que connaît la Cour de cassation[51]. L'arrêt Gonzalez-Gomez n'est en effet pas révolutionnaire pour un Conseil d'État déjà familier, dans le cadre de ses différents offices, des faits, du contrôle de proportionnalité et du contrôle concret de conventionnalité des lois[52]. Comme cela a pu être souligné, « tout au plus, est-il possible de considérer que la nouveauté réside dans l'application de ce contrôle concret à un

[50] P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061.

[51] Sur le principe de proportionnalité comme point central d'une réforme de la Cour de cassation relative à la motivation des arrêts, v. notamment : « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », Actes de la conférence-débat du 24 nov. 2015, JCP 2016, supplément au no 1-2.

[52] En ce sens, B. Seiller s'interroge : « N'est-ce pas, en effet, un contrôle concret de la conventionnalité des lois auquel se livre le juge administratif lorsque, par ex., il annule une décision de reconduite à la frontière d'un étranger pour atteinte excessive au même droit protégé par l'art. 8 de la Convention européenne ? Le juge administratif n'a-t-il pas admis de longue date la conventionnalité globale de la législation française en la matière mais ne se réserve-t-il pas, une fois l'appréciation abstraite opérée, le droit d'affirmer que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la législation produit des effets concrets incompatibles avec le droit au respect de la vie privée ? », in « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », Gaz. Pal., no 35, p. 30.

Copyleft – Ius Publicum

dispositif législatif d'interdiction alors qu'il semble n'avoir jusqu'alors (…) été opéré qu'à l'égard de dispositifs législatifs d'autorisation »[53]. En ce sens, l'arrêt Gonzalez-Gomez n'est qu'un approfondissement de la jurispru- dence Nicolo dès lors que le contrôle in concreto permet au juge d'autoriser ce que la loi interdit[54]. La particularité de l'affaire Gonzalez-Gomez en ce qu'elle met en cause un interdit législatif, particularité que l'on retrouve dans certains des arrêts de la Cour de cassation, était mise en lumière dans les conclusions du rappor- teur public[55]. Après avoir cité quelques illustrations du contrôle concret de conventionnalité dans la jurisprudence administrative, elle admet que « ces précédents (…) ne sont pas tout à fait trans- posables » et reconnaît que la difficulté particulière de l'affaire Gonzalez-Gomez tient dans le caractère absolu de l'interdit posé par la loi : faute de marge d'appréciation, un contrôle in concreto semble « inatteignable » en l'état de la jurisprudence antérieure[56].

Reste que, sans innover, le Conseil d'État aurait pu s'en tenir à la technique de l'interprétation conforme, comme le pro- posait au demeurant le rapporteur public utilisant l'expression symptomatique de « réserve conventionnelle ». En reprenant en effet la

[53] B. Seiller, op. cit.

[54] Il faut relever que, logiquement, il permet également à l'administration de ne pas appliquer la loi dans certaines circonstances particulières au motif qu'il serait porté une atteinte excessive aux droits des administrés.

[55] A. Bretonneau, RFDA 2016. 740.

[56] *Ibid.*

Copyleft – Ius Publicum

logique de l'arrêt Bitouzet[57], le Conseil d'État aurait pu procéder à une interprétation des dispositions législatives qui en réduise la portée pour les rendre compatibles avec les exigences du droit européen. Cette technique classique de l'interprétation conforme – aux engagements internationaux ou à la Constitution – est qualifiée de « réserve conventionnelle » et fait ainsi écho à la technique des réserves d'interprétation utilisées par le Conseil constitutionnel pour déclarer la loi conforme à la Constitution, tout en aménageant sa portée pour qu'elle soit parfaitement conforme aux exigences constitutionnelles.

Le Conseil d'État n'a pas fait le choix de cette « réserve conventionnelle ». Il a explicitement opté pour un contrôle de conventionnalité en deux étapes : l'une impliquant une appré- ciation in abstracto du contenu de la loi, puis l'autre relevant d'une appréciation in concreto de l'application de la loi. Ce choix délibéré montre que le Conseil d'État entend s'inscrire dans le tournant initié par la Cour de cassation. En retour, la Cour de cassation, qui initialement, n'avait pas nettement distingué le contrôle abstrait puis concret de conventionnalité et s'était contentée d'écarter l'application de la loi en se fondant sur l'atteinte disproportionnée aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, s'est laissée convaincre par le raisonnement plus construit du Conseil d'État. Dans son arrêt du 9 novembre 2016 en effet, la première chambre civile juge que les dispositions législatives applicables, « qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité

[57] CE, 3 juill. 1998, n° 158592, Bitouzet, Lebon p. 288, concl. R. Abraham ; AJDA 1998. 639 ; ibid. 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; ibid. 2014. 112, chron. Y. Robineau ; D. 2000. 256, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA 1998. 1243, concl. R. Abraham ; ibid. 1999. 841, note D. de Béchillon.

Copyleft – Ius Publicum

juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 » de la Convention ; puis elle ajoute « qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ». La terminologie employée, identique à celle du Conseil d'État, n'est naturellement pas ano- dine et montre que ce qui avait pu apparaître en 2013 comme une « solution d'espèce » s'inscrit définitivement dans une démarche de concrétisation du contrôle de conventionnalité : le contrôle concret de l'application de la loi à une situation particu- lière fait suite à un premier contrôle abstrait du contenu de la loi.

Le dialogue qui s'est installé entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur les modalités du contrôle de conventionnalité de la loi trouve aussi un écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui semble s'engager sur la voie d'une concrétisation accrue du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La concrétisation accrue du contrôle de constitutionnalité de la loi

Il est classique de dire que le contrôle de constitutionnalité des lois dans notre système juridique est un contrôle abstrait : il est dénué de rapport avec un litige concret dès lors que, dans le cadre du contrôle a priori, il n'y a pas en tant que tel de litige et que, dans le cadre du contrôle a posteriori, le Conseil constitu- tionnel n'est pas saisi du litige, mais seulement de la question de constitutionnalité posée à l'occasion de celui-ci.

Cette vision binaire des choses ne correspond plus à la réalité du contentieux. Divers auteurs ont souligné des phénomènes épars de concrétisation du contrôle de

Copyleft – Ius Publicum

constitutionnalité dans la juris- prudence constitutionnelle[58]. La technique des réserves d'inter- prétation, le contrôle de proportionnalité, l'examen du respect du principe d'égalité, sont autant de manifestations de la concrétisa- tion du contrôle de constitutionnalité dans la mesure où le Conseil constitutionnel est ainsi conduit à s'intéresser aux effets produits, réels ou supposés, par la loi. La prise en compte des motifs de la loi, de même que l'interprétation « actualisée » des dispositions constitutionnelles à la lumière des évolutions « sociétales » ou technologiques, supposent également que le juge constitutionnel se penche sur le contexte factuel de son contrôle.

Cette concrétisation s'est naturellement accentuée avec l'en- trée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce contrôle, censé être abstrait, ne peut être totalement indifférent aux faits : la question de constitutionnalité porte sur une dispo- sition législative dont l'application au litige induirait une mécon- naissance des droits et libertés constitutionnellement garantis ; les arguments d'inconstitutionnalité présentés par l'auteur de la QPC devant les juridictions administratives et judiciaires, mais aussi devant le Conseil constitutionnel, sont bien souvent empreints d'éléments factuels, de contextualisation, tendant à démontrer la violation des droits.

[58] V., L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?, Institut Universitaire Varenne-Lextenso, 2015, p. 117 ; A. Viala, « L'indifférence de la nature du contrôle constitutionnalité au contexte de la saisine », in op. cit., p. 105 ; D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017, disponible sur http://www.droitconstitutionnel.org. V. égal., le dossier « Le réalisme en droit constitutionnel », Cah. Cons. const., no 22 2007 ; S. Salles, Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 147, 2016 ; J.-J. Pardini, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in L. Gay (dir.), La QPC. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 223 ; M. Fatin-Rouge Stéfanini, K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre des questions d'inconstitutionnalité », in L. Gay (dir.), La QPC. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 311.

Copyleft – Ius Publicum

Des phénomènes de concrétisation ont pu ainsi être observés dans le filtrage des QPC par les juridictions administratives et judiciaires. La Cour de cassation et le Conseil d'État, mais bien plus la première que le second, ont opté pour une lecture plus subjective des conditions de renvoi que ne le laissait penser le texte de la loi organique relative à la QPC[59]. Ainsi la Cour de cassation refuse parfois de renvoyer une QPC au motif que le justiciable n'a pas d'intérêt à soulever la QPC[60], ce qui constitue une appréciation par nature subjective et concrète de la QPC, dépendante de la situation juridique du justiciable[61]. Quant au Conseil d'État, il prend parfois en considération l'incidence de l'inconstitutionnalité alléguée, à la supposer réelle, sur la solution du litige[62] et refuse de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause une loi qui, relativement à la situation litigieuse, a produit tous ses effets antérieurement à l'entrée en vigueur de la

[59] Les trois conditions de renvoi telles qu'elles sont posées par la loi organique mettant en œuvre la QPC sont les suivantes : la disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ; la disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement de circonstances ; la question de constitutionnalité doit présenter un caractère nouveau ou sérieux (art. 23-4 de l'ord. du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

[60] Crim., 9 mai 2012, no 12-81.242 ; Crim., 25 juin 2013, n° 13-84.149, RTD eur. 2014. 440, obs. S. Adalid ; ibid. 465, obs. B. Thellier de Poncheville et no 13-84.355.

[61] Sur ce point, v. A. Roblot-Troizier, « Existe-t-il un intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité ? », in L'accès au juge : l'intérêt à agir, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, LGDJ, 2016, p. 70. V. égal., A. Roblot-Troizier, « Les disparités de filtrage des QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in J. Bonnet, P.-Y Gahdoun (dir.), La QPC : une révolution inachevée ?, Institut universitaire Varenne-LGDJ, 2016, p. 67.

[62] CE, 19 janv. 2011, n° 343389, EARL Schimttseppel, Lebon T. p. 761, 947, 949, 1115 et 1123 ; AJDA 2011. 138 ; RFDA 2011. 611, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau. Et du côté de la Cour de cassation, v. Crim., 11 juill. 2012, no 11-88.430 : non-renvoi de la QPC dès lors qu'une « déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait sans incidence sur la solution du pourvoi ». V. égal., Civ. 2e, 23 janv 2014 ou Civ. 2 e, 7 juin 2012, no 12-60.235 et Civ. 1 re, 4 juin 2013, n o 13-40.013.

Copyleft – Ius Publicum

Constitution de 1950[63]. Si le filtrage des QPC implique une forme de concrétisation dans la mesure où la question de la constitutionnalité de la loi n'est pas totalement indépendante de la situation factuelle, le contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel n'est pas dénué de considérations concrètes.

Sans revenir sur l'ensemble des techniques usitées, on se contentera de rappeler que les faits sont nécessairement pris en considération par le Conseil dans diverses hypothèses : lorsqu'il identifie un changement de circonstances de fait justifiant qu'une disposition législative déjà jugée conforme à la Constitution soit à nouveau examinée[64]; lorsqu'il prend en compte l'interpréta- tion constante des juridictions administratives et judiciaires, soit pour vérifier que la disposition législative telle qu'interprétée est conforme à la Constitution[65], soit pour en faire un motif de la constitutionnalité de la disposition législative[66]; lorsqu'il diffère dans le temps les effets de l'abrogation de la loi inconstitution- nelle au regard des « conséquences manifestement excessives » d'une abrogation immédiate. Une illustration de cette prise en compte du concret est offerte par la technique des « normes transitoires » ou « réserves transitoires » dont le Conseil consti- tutionnel assortit parfois ses déclarations d'inconstitutionnalité. Par de telles « normes » ou

[63] CE, 4 mai 2016, n° 395466 et 395467, Mme F… et autres, Lebon p. 156, concl. B. Bourgeois-Machureau ; AJDA 2016. 925 ; ibid. 1168, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; Constitutions 2016. 625, chron. A. Siffert ; sur ce point v. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « La QPC ne remonte pas le temps », AJDA 2016. 1168.

[64] Par ex., Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres, .

[65] Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau.

[66] Par ex., Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, Ahmed S.

Copyleft – Ius Publicum

« réserves », le Conseil définit les conditions d'application d'une disposition législative inconstitu- tionnelle dont l'abrogation a été différée. La disposition législa- tive inconstitutionnelle est maintenue en vigueur, mais elle est accompagnée d'une norme qui s'appliquera de manière transitoire jusqu'à l'adoption de la loi nouvelle ou, à défaut, jusqu'à la date de prise d'effet de l'abrogation. Par exemple, dans la décision du 4 décembre 2015[67], le Conseil constitutionnel reporte au 1er octobre 2016 l'abrogation de la loi contestée, mais impose d'appliquer immédiatement la norme suivante : « il y a lieu de juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré ». De même, dans sa décision du 21 octobre 2016[68], le Conseil constitutionnel décide de repor- ter dans le temps l'abrogation d'un article du code de la sécurité intérieure sur la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne, report décidé au regard des conséquences mani- festement excessives qu'aurait l'abrogation immédiate de ladite disposition en ce qu'elle priverait les pouvoirs publics de toute possibilité de surveillance dans un contexte de menace terroriste. Toutefois, il définit les règles applicables jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, à la date de l'abro- gation, afin de « faire cesser l'inconstitutionnalité constatée » dès la publication de sa décision : il en précise l'interprétation, le champ d'application et les conditions de mise en œuvre en imposant notamment que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement soit régulièrement informée des mesures prises.

[67] Cons. const., 4 déc. 2015, n° 2015-506 QPC, M. Gilbert A.

[68] Cons. const., 21 oct. 2016, n° 2016-590 QPC, La Quadrature du Net et autres.

Copyleft – Ius Publicum

Ces phénomènes de concrétisation du contrôle de constitu- tionnalité semblent connaître, depuis la concrétisation assumée du contrôle de conventionnalité des lois par les juridictions adminis- tratives et judiciaires, un accroissement : comme pour répondre à cette évolution du contrôle de conventionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel doit renforcer l'efficacité et l'attractivité de son contrôle de constitutionnalité des lois et cette réponse s'exprime par la concrétisation accrue de son contrôle de la loi.

Il peut être relevé d'abord que le Conseil constitutionnel a approfondi l'intensité de son contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre du contrôle de la loi. Dès 2008, le Conseil constitutionnel avait fait le choix de couler son contrôle des atteintes à la liberté individuelle dans le moule du contrôle de proportionnalité, tel qu'opéré tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne, en décidant d'apprécier les dispositions législatives limitant la liberté individuelle à l'aune du triple test de l'adaptation, de la nécessité, et de la proportionnalité à l'objectif poursuivi[69]. Cette intensification du contrôle semblait devoir être étendue à l'atteinte à d'autres libertés, particulièrement à la liberté d'expression et de communi- cation, comme l'annonce la décision Hadopi de 2009[70]. Pourtant, dans cette dernière décision comme dans les suivantes, le Conseil constitutionnel ne contrôlait pas concrètement si les atteintes à la liberté d'expression et de communication étaient nécessaires, adaptées et proportionnées, de sorte que le contrôle de propor- tionnalité relevait de la simple rhétorique juridictionnelle.

[69] Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, consid. 13 à 23.

[70] Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consid. 15.

Copyleft – Ius Publicum

Or le Conseil constitutionnel a récemment fait évoluer sa jurisprudence sur ce point. Par trois décisions rendues au début de l'année 2017[71], le Conseil constitutionnel ne se contente plus d'affirmer, de manière péremptoire, que les atteintes à la liberté d'expression et de communication sont nécessaires, adaptées et proportionnées ; il vérifie « concrètement » chacune de ces exi- gences. L'approfondissement de son contrôle de proportionnalité implique que, par une motivation différenciée, il apprécie d'abord la nécessité de la mesure, puis son caractère adapté et enfin sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. Le choix d'une motivation détaillée, manifestant la volonté du Conseil de réaliser un contrôle entier et complet de proportionnalité, peut être mis en parallèle avec l'approfondissement du contrôle de conven- tionnalité 69 [72] : le Conseil se doit de donner des gages, de prouver l'efficacité, voire l'intérêt du contrôle de constitutionnalité par rapport à un contrôle de conventionnalité poussé de la loi.

La même remarque pourrait être formulée s'agissant du phé- nomène de « concrétisation des réserves d'interprétation » dont témoigne la jurisprudence constitutionnelle récente[73]. Sans qu'il soit possible d'identifier une décision de principe, on

[71] Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté; Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes] ; Cons. const., 16 mars 2017, no 2017-747 DC, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

[72] Est ici à l'œuvre la même réaction que celle qui a pu être observée s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des validations législatives, conduisant le Conseil à modifier les termes de son contrôle en exigeant un « impérieux motif d'intérêt général » pour éviter de donner prise à une appréciation différenciée de la conventionnalité de la loi par rapport à l'appréciation de sa constitutionnalité qu'il aura réalisée en amont ; sur ce point, v. infra.

[73] Sur ce point, v. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Nouv. Cah. Cons. const., no 55-56, juin 2017, p. 140.Cons. const., 16 mars 2017, no 2017-747 DC, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, préc. ; Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, M. Sofiyan I. Déjà deux décisions

Copyleft – Ius Publicum

constate que, notamment en 2017[74], le Conseil constitutionnel fait dis- crètement évoluer sa pratique des réserves d'interprétation : elles deviennent de plus en plus précises et concrètes. Ainsi, dans sa décision QPC du 24 janvier 2017[75], le Conseil constitutionnel entend, par des réserves, mettre fin à la « pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace » résul- tant d'une application détournée de la loi et contestée par les requérants en l'espèce. Dans sa décision DC du 16 mars 2017[76], il assortit la déclaration de constitutionnalité de la loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) de plusieurs réserves d'interprétation qui, par leur précision, ont vocation, certes à compléter la loi, mais à anticiper sur les conditions, potentiellement problématiques, de son application[77]. Il est remarquable que les réserves formulées en l'espèce touchent une incrimination pénale dont le Conseil constitutionnel précise les conditions d'application et à laquelle il ajoute des éléments de caractérisation. Enfin, dans

rendues en 2016 illustrent cette tendance à la « concrétisation » progressive des réserves d'interprétation : Cons. const., 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, Époux M. D. ;

[74] Cons. const., 25 nov. 2016, n° 2016-598 QPC, Société Eurofrance.

[75]Cons. const., no 2016-606/607 QPC, préc.

[76]Cons. const., no 2017-747 DC, préc.

[77] Le Conseil constitutionnel précise que « la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées », puisque ces « dispositions ne peuvent donc permettre que la répression d'actes ayant pour but d'empêcher ou de tenter d'empêcher une ou plusieurs personnes déterminées de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou d'y recourir ». Enfin, le Conseil constitutionnel ajoute à la disposition contestée « deux conditions » à la répression des pressions, menaces ou intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une IVG : « que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière ».

Copyleft – Ius Publicum

sa décision QPC du 16 mars 2017[78], le Conseil constitutionnel offre au juge administratif un mode d'emploi des conditions de légalité de la prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an. Complétant la loi dont la constitutionnalité était contestée, il détaille, concrètement, les conditions cumulatives justifiant une telle prolongation[79]. Il ne se contente pas dans cette décision d'une réserve générale et abstraite renvoyant classiquement au contrôle de proportionnalité des décisions administratives par le juge administratif, il indique à celui-ci les éléments de fait qui doivent être pris en compte dans son contrôle de la légalité des prolongations des assignations à résidence.

La multiplication des «réserves d'interprétation concrètes», formulées principalement dans le contrôle a posteriori et parfois dans le contrôle a priori, ne constitue certes pas une révolution, mais bien une évolution discrète de la jurisprudence. Le proper d'une réserve d'interprétation est d'interpréter la loi, éventuelle- ment de la compléter et de donner des directives d'application de celle-ci ; mais les exemples mentionnés ici innovent subreptice- ment en ce que les réserves ne sont plus formulées de manière générale et abstraite, elles font référence à des situations plus concrètes, elles règlent des situations factuelles, supposées ou avérées, et elles guident plus précisément les autorités d'applica- tion de la loi, sans que le Conseil constitutionnel puisse, il faut en convenir, imposer ses directives aux autorités mettant en œuvre in fine la loi. Aussi le juge constitutionnel tente-t- il de renforcer l'autorité effective de ses décisions car, en détaillant les implications de la

[78] Cons. const., no 2017-624 QPC, préc.

[79] Le Conseil constitutionnel exige que « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », « que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires », et « enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation àrésidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie».

Copyleft – Ius Publicum

réserve et les modalités de son application, il diminue la marge d'appréciation des destinataires de la réserve, bien qu'il ne puisse évidemment pas l'éradiquer. À cet égard, le Conseil d'État semble quelque peu faire œuvre de résistance en interprétant à sa manière une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel[80]. Reste que la concrétisation des réserves est un moyen pour le Conseil constitutionnel de renforcer l'effectivité de la protection des droits et ainsi de préserver l'attractivité du contrôle de consti- tutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité.

La concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois à l'œuvre dans la jurisprudence récente trouve également une manifestation à travers l'exercice du pouvoir de modulation dont l'évolution est parfaitement illustrée par la décision QPC Asso- ciation En Marche ! du 31 mai 2017[81]. Le Conseil était saisi du contrôle de la constitutionnalité de l'article 167-1 du code électoral qui, quant à l'accès des partis politiques aux émissions du service public de la communication audiovisuelle pendant la campagne des élections législatives, traite différemment les partis et groupements politiques selon qu'ils sont ou non représentés par des groupes parlementaires de l'Assemblée nationale. Après avoir constaté l'inconstitutionnalité de l'article – par un raisonne- ment qui n'est pas dénué de lien avec les circonstances politiques particulières de l'élection présidentielle de 2017 conduisant en tête un jeune parti politique, non représenté au Parlement –, le Conseil constitutionnel s'emploie à donner un effet utile à cette déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, l'abrogation de l'ar- ticle 167-1 du code électoral aurait eu pour effet « d'ôter

[80] V. l'application particulièrement souple des réserves d'interprétation relatives aux conditions de prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an par le Conseil d'État : CE, 25 avr. 2017, n° 409677, M. A… B…, AJDA 2017. 840 et CE, ord., 25 avr. 2017, n° 409725, M. D…, AJDA 2017. 840 ; sur ce point, v. infra « Les incertitudes relatives à l'office juridictionnel ».

[81] Cons. const., 31 mai 2017, n° 2017-651 QPC, Association En Marche !.

Copyleft – Ius Publicum

toute base légale à la détermination par le Conseil supérieur de l'audio- visuel (…) des durées des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives » qui devaient se dérouler quelques jours après la décision du Conseil, sans que le législateur soit en mesure de remédier à l'inconstitutionnalité à si brève échéance. Ayant fait ce constat, le Conseil décide donc de reporter au 30 juin 2018 la date d'effet de l'abrogation. Mais, parallèlement, le Conseil décide de remédier à l'inconstitutionnalité pour les élections législatives de 2017 : dépassant la stricte application de la loi et dans un souci d'équité, il juge que « l'application du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral doit permettre, pour la détermination des durées d'émission dont les partis et groupements politiques habilités peuvent bénéficier, la prise en compte de l'importance du courant d'idées ou d'opinions qu'ils représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives». Ainsi, en ce qui concerne les partis non représentés à l'Assemblée nationale, il convient, alors même que le législateur ne l'avait pas envisagé, de prendre en compte les résultats des élections présidentielles. Pour être plus explicite encore, le Conseil pré- cise que, « sur cette base, en cas de disproportion manifeste, au regard de leur représentativité », entre les partis politiques selon qu'ils sont ou non représentés à l'Assemblée, les temps d'antenne accordés aux partis non représentés « doivent être modifiées à la hausse ». Le Conseil va jusqu'à préciser que « cette augmen- tation ne peut, toutefois, excéder cinq fois les durées fixées par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral ». Cette décision illustre parfaitement la prise en compte de circonstances concrètes et particulières dans la définition des conditions d'application de la chose jugée par le Conseil consti- tutionnel. Il livre ici au Conseil supérieur de l'audiovisuel un vade-mecum l'autorisant à ne pas faire application d'une disposi- tion législative pourtant en vigueur et à se fonder directement sur la décision du Conseil constitutionnel. Là encore, le Conseil ne s'est pas contenté d'un contrôle abstrait de la loi,

Copyleft – Ius Publicum

ou plus exacte- ment il a déterminé les conséquences de l'inconstitutionnalité de la loi par la prise en compte d'une situation concrète et factuelle.

Enfin, un pas supplémentaire vers la concrétisation du contrôle de constitutionnalité a été franchi avec deux décisions du 7 juillet 2017[82] rendues en matière fiscale. Le Conseil consti- tutionnel inaugure en effet une nouvelle hypothèse de change- ment de circonstances, en cas de « difficulté dans la détermi- nation du champ d'application d'une réserve d'interprétation, qui affecte la portée de la disposition législative critiquée ». Dans les deux décisions, l'objet de la QPC portait sur des dis- positions législatives qui avaient déjà été déclarées conformes à la Constitution, mais sous réserve d'interprétation. Cependant, les faits à l'origine de la nouvelle QPC présentaient les dispo- sitions législatives sous une autre configuration normative. Le Conseil constitutionnel accepte donc de retenir un changement de circonstances en ce que la mise en œuvre concrète de la loi a révélé un vice d'inconstitutionnalité qui n'avait pas été envisagé lors des précédentes décisions, pourtant rendues peu de temps auparavant[83]. Par ces décisions du 7 juillet 2017, le Conseil constitutionnel met fin à la fiction selon laquelle il était supposé avoir purgé la loi de l'ensemble des vices d'inconstitutionnalité. Désormais, les justiciables pourront se prévaloir d'une difficulté d'interprétation qui découle de la mise en œuvre d'une réserve d'interprétation. Autrement dit, le Conseil constitutionnel inten- sifie le caractère concret du regard qu'il porte sur la norme législative et son contexte factuel.

La présentation des évolutions récentes de la jurisprudence constitutionnelle montre que, par petites touches, le Conseil constitutionnel use d'un ensemble de

[82] Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-643/650 QPC.

[83] Cons. const., 22 avr. 2016, no 2016-538 QPC, préc. ; Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-610 QPC.

Copyleft – Ius Publicum

techniques contentieuses qui tendent à la prise en compte de la mise en œuvre concrète de la loi. Certes le contrôle de constitutionnalité des lois n'a jamais été, on l'a rappelé, purement abstrait, même lorsqu'il n'était exercé qu'a priori. Mais le mouvement s'est amplifié d'une manière telle que ce qui pouvait sembler exceptionnel, à tout le moins inhabituel, est devenu une pratique courante. Ainsi le Conseil se saisit de la loi, non pas en tant que simple énoncé textuel, mais en tant que norme mise en œuvre dans des situa- tions concrètes; il garantit aux justiciables, et plus largement aux citoyens, une meilleure protection de leurs droits et libertés constitutionnels et renforce l'effectivité de ses décisions. De la sorte, il tente de préserver l'attractivité du contrôle de constitu- tionnalité de la loi. Est-ce une réponse aux évolutions de l'office du juge de la conventionnalité des lois ? Probablement, au regard des justifications du mouvement de concrétisation.

2.2. Les justifications de la concrétisation

Le risque de condamnation de la France par la Cour de Strasbourg existe, mais il ne saurait expliquer à lui seul l'origine de la concrétisation des contrôles de la loi par les juges internes, qui découle également d'un choix guidé par des considérations institutionnelles et stratégiques.

Le prétexte du risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme

Lorsque les sources du mouvement de concrétisation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi sont interrogées, surgit aussitôt un argument : le risque de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. La rhétorique strasbourgeoise est omniprésente dans les discours des membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Pour soutenir sa position, le Premier président de la Cour de cassation s'alarme en indiquant que « si rien ne change, la France continuera d'être condamnée à Strasbourg à travers les arrêts de sa Cour de cassation, ce qui traduit le

Copyleft – Ius Publicum

fait que notre Cour, à la fois, n'est pas adaptée au contrôle de type européen et ne remplit pas son rôle de Cour suprême »[84]. De même, un magistrat de la Cour de cassation évoque « le risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg (…) qui a directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation. »[85]. Dans le même sens, des membres du Conseil d'État affirment que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « est en grande partie à l'origine »[86] du dédoublement abstrait et concret du contrôle de conventionnalité avec l'arrêt Gomez. Plus qu'une influence, la jurisprudence de la Cour est généralement présentée comme une force irrésis- tible, irréversible et naturelle, face à laquelle la Cour de cassa- tion « doit se plier » sans avoir « d'autre choix »[87].

Un tel discours comporte une part de vérité. En effet, l'éva- luation abstraite de la conventionnalité de la loi par la Cour de cassation et le Conseil d'État valait de manière générale pour la plupart des hypothèses d'application de la loi, ce qui empêchait de ménager un cas particulier de mise en œuvre inéquitable de la loi et donc susceptible de

[84] B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », JCP 2015, no 43, 1122.

[85] P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Gaz. Pal., 6 déc. 2016, no 43, p. 10.

[86] L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », AJDA 2016. 1398. Dans le même sens, A. Bretonneau, «Droits subjectifs contre interdit législatif », concl. sur CE, ass., 31 mai 2016, no 396848, Mme Gonzalez-Gomez, RFDA 2016. 740.

[87] P. Chauvin, *ibid*. Dans le même sens, v. V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123 : « la question de savoir si un juge français doit ou non procéder au contrôle de proportionnalité ne se pose pas véritablement : il le doit tout simplement car la Cour européenne des droits de l'homme le fait et l'y invite, sous peine de condamnation de la France ».

Copyleft – Ius Publicum

violer les droits et libertés garantis par la Convention. Le Conseil constitutionnel est également concerné par ce risque, à l'image de l'affaire de l'identification génétique post-mortem encadrée par l'article 16-11 du code civil : en dépit d'un arrêt de la CEDH du 16 juin 2011 condamnant la France pour avoir mis en œuvre cette disposition dans un cas d'espèce particulier, le Conseil constitutionnel déclare le 30 septembre 2011 cette même disposition conforme à la Constitution au terme d'un examen purement abstrait[88]. En outre, la Cour de Strasbourg impose aux juges nationaux d'examiner précisément les moyens soulevés par le justiciable, suscitant par là l'avènement d'un contrôle concret. La CEDH juge en particulier que « les tri- bunaux doivent examiner avec rigueur les moyens ayant trait aux "droits et libertés" garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité »[89].

Toutefois, le risque de condamnation par la Cour de Strasbourg semble surévalué et ne permet pas, en tout état de cause, de justifier à lui seul le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi. En premier lieu, le contrôle de conventionnalité de la loi n'est pas uniquement fondé sur le droit de la Convention euro- péenne des droits de l'homme. Dominante sans être exclusive, la Convention n'est que l'un des griefs invocables et les juges internes de la conventionnalité répondent également aux griefs fondés sur la violation du droit de l'Union européenne et du droit international, que ce soit dans le cadre d'un

[88] CEDH, 16 juin 2011, no 19535/08, Pascaud c/ France, préc. et Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, M. Louis C. et autres.

[89] CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, Fabris c/ France, § 72, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 358, obs. J. Hauser.

Copyleft – Ius Publicum

contrôle abstrait et/ ou dans le cadre d'un contrôle concret[90]. De plus, l'exercice d'un contrôle seulement abstrait n'est bien évidemment pas la cause unique des condamnations de la France devant la CEDH, tout particulièrement lorsque la condamnation résulte d'une appré- ciation générale de la Cour sur la norme législative française[91].

Réciproquement, le nouveau contrôle concret de conven- tionnalité exercé par les juges internes n'écarte pas totalement le risque de condamnation de la France, une divergence avec la Cour de Strasbourg ne pouvant être exclue, que ce soit par exemple au regard du champ d'application d'un droit ou d'une liberté, des exigences qui en découlent ou de la balance des intérêts en pré- sence. En particulier, il n'est pas du tout certain que la nature et les modalités des contrôles concrets exercés par les juges internes et la CEDH soient identiques. Pour ne prendre qu'une illustration, lorsque le contrôle concret conduit à exercer un contrôle de pro- portionnalité de la part des juges du fond ou de la part de la Cour de cassation, la méthode employée n'est pas celle de la Cour de Strasbourg[92], laissant ainsi ouverte la possibilité d'une divergence d'appréciation à propos d'une même affaire.

Par ailleurs, l'argument de la motivation insuffisante des arrêts de la Cour de cassation, pour justifier le mouvement de concrétisation, ne doit pas être surestimé. En effet, une moti- vation transformée et détaillée n'implique pas forcément une concrétisation

[90] V. infra « Les incertitudes relatives à l'office juridictionnel ».

[91] P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 ; M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », RD publ. 2015. 1357.

[92] F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », JCP 2017, no 11, Doctr. 289.

Copyleft – Ius Publicum

du contrôle de conventionnalité des lois[93]: il s'agit là d'une confusion entre la question de la motivation et celle du contrôle de proportionnalité et du niveau d'intégration du fait dans l'appréciation de la conformité de la loi au regard d'une norme internationale ou européenne. L'amalgame est regrettable, d'autant qu'il est repris par la Cour de cassation elle-même, par exemple dans le rapport récent de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation[94].

De même, la rhétorique de la soumission à la jurisprudence européenne ne doit pas écarter du débat la marge nationale d'appréciation dont les États bénéficient, ainsi que le principe de subsidiarité. Par exemple, en projetant les faits de l'affaire Gonzalez-Gomez dans le prétoire de la CEDH, il n'est pas cer- tain que l'application stricte de la loi interdisant l'insémination post-mortem aurait entraîné en l'espèce une condamnation, en raison de la diversité des législations nationales en la matière et de la marge d'appréciation dont aurait pu se prévaloir la France. Peu importe ici que le Conseil d'État ait eu tort ou raison d'exer- cer un contrôle concret et d'écarter l'application de la loi au profit de Mme Gonzalez-Gomez, il s'agit simplement de rappeler que la solution adoptée ne peut pas seulement se justifier par le risque de condamnation de la France devant la CEDH. Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi par les juges internes n'est donc pas seulement un talisman permettant de se prémunir des condamnations strasbourgeoises, c'est aussi un permis que les juges s'accordent d'aller au-delà de ce qu'exige la CEDH, de faire

[93] L'inverse est en revanche avéré, la concrétisation de l'office du juge de la loi suppose de motiver davantage les décisions de justice, v. infra « La clarification de la concrétisation ».

[94] Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 158 s., disponible sur www.courdecassation.fr : en dépit d'un avertissement liminaire indiquant que « l'expression "contrôle de proportionnalité" » peut être trompeuse en ce qu'elle recouvre des réalités différentes », le contrôle de proportionnalité est ensuite assimilé au « contrôle de conventionnalité » et aux contrôles de proportionnalité prescrits par un texte de droit interne.

Copyleft – Ius Publicum

œuvre créatrice et volontariste en adoptant une solution inédite sur le fondement de cette même Convention.

En fin de compte, l'argument du risque de condamnation par la CEDH a été quelque peu surexploité dans les discours de justification du mouvement de concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois. La rhétorique est habile car elle permet aux juges, avec la complicité d'une grande partie de la doctrine, de se défausser sur le juge européen en adoptant une position passive de soumission, ce qui correspond d'ailleurs à la perception la plus courante que les juristes français ont de la relation avec le droit européen. Pourtant, le risque de condamnation européenne existe depuis fort longtemps : pourquoi dès lors avoir réagi de manière aussi tardive face à ce risque ? Ainsi, au-delà de ce pré- texte qui ne correspond qu'à la partie émergée du droit positif, c'est également le contexte de la concurrence entre les juges de la loi qui explique le choix d'intensifier le niveau de concrétisation du contrôle de la loi.

Le contexte de la concurrence entre les juges de la loi

Le mouvement de concrétisation des contrôles de conven- tionnalité et de constitutionnalité des lois s'explique également, et surtout, par des considérations stratégiques. La recomposition de l'office des juges internes de la loi a pour origine le choix d'un repositionnement institutionnel délibérément entrepris par la Cour de cassation, repris au bond par le Conseil d'État et pro- gressivement intégré par le Conseil constitutionnel.

Les considérations institutionnelles sont pleinement assumées par le Premier président de la Cour de cassation depuis l'automne 2015, au moment même où le contrôle concret se généralise parmi les chambres de la Cour de cassation, dans le cadre de ce qu'il n'est pas excessif de dénommer une guerre des juges. Par des propos inédits, tant sur la forme que sur le fond, M. Louvel revendique une démarche finaliste et offensive : « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes

Copyleft – Ius Publicum

de contrôle »[95]. Particulièrement inquiète des réformes législatives récentes et des évolutions jurispruden- tielles du Tribunal des conflits[96] à propos de la voie de fait et de l'emprise, et du Conseil constitutionnel[97] à propos du champ constitutionnel de l'intervention de l'autorité judiciaire, la Cour de cassation a ressenti le besoin de réagir[98]. La révolte judi- ciaire est globale (nouvelle motivation, réforme du filtrage des pourvois, indépendance du parquet… [99]) au point de proposer la fusion des ordres juridictionnels [100] et parmi les fronts figure la transformation de l'office du juge de la loi par la concrétisation.

[95] B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », op. cit. V. égal., P. Chauvin, op. cit. : « En définitive, cette application du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation ne représente-t-elle pas tout simplement une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne afin que la Cour de cassation continue à exercer pleinement son office et ne se voie pas supplantée dans celui-ci par la Cour de Strasbourg ? »

[96] T. confl., 17 juin 2013, n° 3911, Bergoend c/ ERDF Annecy Léman, Lebon p. 370 ; v. P. Delvolvé, « Voie de fait : limitation et fondements », RFDA 2013. 1041 ; AJDA 2013. 1245 ; ibid. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert ; T. confl., 9 déc. 2013, n° 3931, M. et Mme Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer, Lebon p. 376 ; v. P. Delvolvé, « De la voie de fait à l'emprise : nouvelle réduction de la compétence judiciaire », RFDA 2014. 61 ; AJDA 2014. 216, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; ibid. 2013. 2519 ; RDI 2014. 171, étude N. Foulquier

[97] O. Le Bot, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », RFDA 2016. 436 ; G. Éveillard, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », Dr. adm., 2016, no 4, p. 46 ; A. Roblot-Troizier, « Les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence », RFDA 2016. 123.

[98] B. Louvel, « Audience solennelle de rentrée 2016 », 4 janv. 2016, disponible sur www.courdecassation.fr ; B. Louvel, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », 2 févr. 2016, disponible sur www.courdecassation.fr ; B. Louvel, Le Monde , 23 mai 2016

[99] Ces divers projets de réforme sont désormais rassemblés dans le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, disponible sur www.courdecassation.fr.

[100] B. Louvel, « Audience solennelle de rentrée 2016 », 14 janv. 2016 et « Pour l'unité de juridiction », 25 juill. 2017, disponibles sur www.courdecassation.fr.

Copyleft – Ius Publicum

Outre ce contexte immédiat, le mouvement de concrétisa- tion est le produit d'une concurrence ancienne entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. La compréhension globale des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi exercés par ces trois juges suppose de privilégier une analyse interdépendante. Dès l'origine, le triptyque IVG/Vabre/Nicolo[101] dévoilait un jeu institutionnel croisé : c'est parce que le Conseil constitutionnel refusait d'exer- cer le contrôle de conventionnalité que la Cour de cassation l'a aussitôt accepté avant que le Conseil d'État brise son isolement et rejoigne le mouvement, tout en craignant d'exercer un « second contrôle de constitutionnalité »[102] Par la suite, la doctrine et le Conseil constitutionnel n'ont cessé de s'interroger sur la possibi- lité et l'opportunité d'un revirement de la jurisprudence IVG au regard des « préoccupantes tentations »[103] du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Lors de l'avènement en 2008 du contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée, chaque camp tenta d'obtenir lors des débats préparatoires une certaine autonomie dans l'exercice du contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation rejetant la règle de priorité, le Conseil constitutionnel réclamant une

[101] Cons. const., 15 janv. 1975, no 74-54 DC ; Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel, D. 1975. 497, concl. A. Touffait ; CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Nicolo, Lebon p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long ; D. 1990. 135, note P. Sabourin ; ibid. 57, chron. R. Kovar ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié ; Rev. crit. DIP 1990. 125, concl. P. Frydman ; ibid. 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch ; JCP 1989, no 21371, concl. P. Frydman

[102] B. Stirn, « La compatibilité de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse avec la Convention européenne des droits de l'homme », Concl. sur CE, ass., 21 déc. 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, RFDA 1990. 1065

[103] D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire - Malaise dans la Constitution », RFDA 1998. 225.

Copyleft – Ius Publicum

question préjudicielle de conventionnalité[104] Ne pouvant se concevoir isolément, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi promulguée furent ensuite l'objet d'un débat contentieux houleux autour de la règle de priorité d'examen[105] dont l'enjeu était la préservation ou l'affaiblissement d'une nouvelle offre contentieuse qui affectait les équilibres préexistants entre les juges.

Une fois le principe de la QPC ancré dans le paysage juri- dictionnel français, les influences croisées se sont reportées sur le contenu des jurisprudences, les modalités contentieuses et l'effet des décisions. Nul besoin de revenir sur les incidences bien connues du droit européen sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou sur les liens étroits entre le filtrage des QPC et le contrôle de conventionnalité par le Conseil d'État ou la Cour de cassation[106]. Deux questions en particulier résument le rapport de corrélation entre les deux contrôles.

[104] V. les différentes interventions du Premier président de la Cour de cassation V. Lamanda et du président du Conseil constitutionnel J.-L. Debré devant le Comité Balladur et devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale de 2007 à 2009.

[105] Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.002 ; Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC ; CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli, AJDA 2010. 1231 ; ibid. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 1719, obs. S. Lavric ; ibid. 1545, édito. F. Rome ; ibid. 1640, chron. F. Donnat ; ibid. 2524, point de vue J. Roux ; ibid. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJ pénal 2010. 343, obs. J.-B. Perrier ; RFDA 2010. 458, note P. Gaïa ; Constitutions 2010. 392, obs. A. Levade ; ibid. 519, obs. A. Levade et E. Saulnier-Cassia ; Rev. crit. DIP 2011. 1, étude D. Simon ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; RTD civ. 2010. 499, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2010. 577, étude J. Dutheil de La Rochère ; ibid. 588, étude D. Sarmiento ; ibid. 599, chron. L. Coutron ; Rev. UE 2015. 562, étude S. Van Raepenbusch

[106] V. par ex., M. Afroukh, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité », in R. Tinière (dir.), QPC et droit européen des droits de l'homme, Droit et Justice, no 115, 2017, p. 21 ; J. Bonnet, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?, Institut Universitaire Varenne, Colloque etEssai, 2015, p. 197 ; J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, «Repense le "bloc de constitutionnalité" sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des

Copyleft – Ius Publicum

La première concerne les suites des décisions de non-confor- mité prononcées par le Conseil constitutionnel. À la suite de l'abrogation différée de la loi sur la garde à vue par le Conseil constitutionnel, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation choisit de donner un effet immédiat à la Convention européenne des droits de l'homme, en écartant immédiatement l'application de cette même loi, grâce à la consécration inédite de l'autorité de chose interprétée par la Cour de Strasbourg[107]. Le juge de la conventionnalité modifie ainsi les contours de son office afin de s'adapter à l'hypothèse nouvelle d'une loi déclarée contraire à la Constitution, maintenue en vigueur en raison d'une abroga- tion à une date ultérieure, et dont la conformité à un traité est contestée par un justiciable. Ce type de scénario contentieux s'est confirmé par la suite, tant devant le Conseil d'État[108] que devant la Cour de cassation [109] Pour prendre un exemple récent, le 20 avril 2017 [110], la chambre

sources de la constitutionnalité » in B. Bonnet (dir.), Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives, LGDJ, 2016, p. 409 ; A Jauréguiberry, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori », RFDA 2013. 10 ; V. les chroniques d'H. Surrel, « Conseil constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », in Nouv. Cah. Cons. const. ; D. Szymczak, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : L'européanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », Jus Politicum, no 7, 2012 ; V. égal., le dossier « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », Nouv. Cah. Cons. const., no 32,2011 et le dossier «Constitutionnalité et conventionnalité », RFDA 2012. 621 s

[107] Cons. const., 30 juill. 2010, no 2010-14/22 QPC ; Cass., ass. plén., 15 avr. 2011 no 10-17.049 et autres.

[108] CE, 10 avr. 2015, n° 377207, Société Red Bull on Premise, Lebon T. p. 675, 676, 827 et 850

[109] Civ. 1re, 9 avr. 2013, n° 11-27.071, D. 2013. 1106, note M. Douchy-Oudot ; ibid. 1100, avis P. Chevalier ; ibid. 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2013. 308, obs. P. Salvage-Gerest ; RTD civ. 2013. 589, obs. J. Hauser

[110] Crim., 15 avr. 2017, n o 15-86.227. Il convient de noter que, contrairement aux affaires précédentes, la Cour de cassation prend ici le soin de citer la décision du Conseil constitutionnel : « que si le Conseil constitutionnel a différé les effets de cette abrogation au 1er janvier 2015, les articles 62 et 63 du code des douanes doivent être lus au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ».

Copyleft – Ius Publicum

criminelle de la Cour de cassation confirme un arrêt d'appel qui avait écarté immédiatement, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, l'application des articles 62 et 63 du code des douanes relatifs à la procédure de visite des navires par les agents des douanes, alors même que ces dispositions avaient été déclarées contraires à la Constitution et abrogées de manière différée par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 20 novembre 2013[111]. La dissociation formelle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, respectivement fondés sur les articles 61, 61-1 et 55 de la Constitution, produit ce type de solution pro- blématique pour l'autorité du Conseil constitutionnel, bien que le justiciable puisse tirer profit de la complémentarité des offices des différents juges de la loi. Face au risque d'être fréquemment désavoué, le Conseil constitutionnel réagit à compter de la décision du 6 juin 2014 [112], grâce à la technique des « normes transitoires»[113]. Par cet ajustement de son office, le Conseil constitutionnel remplit deux objectifs : préserver l'effectivité des droits et libertés en cas d'abrogation différée ; empêcher le juge de la conventionnalité d'écarter l'application de la loi maintenue en vigueur, en raison de l'obligation, en vertu de l'article 62 de la Constitution, d'appliquer la norme transitoire ainsi énoncée par le Conseil constitutionnel.

La seconde question concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de lois de validation. C'est en réac- tion à un arrêt d'une cour administrative

[111] Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC.

[112] Cons. const., 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC

[113] Sur les normes transitoires, v. supra.

Copyleft – Ius Publicum

d'appel [114] qui avait écarté, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, l'application d'une loi de validation pourtant jugée conforme à la Constitution quelques semaines plus tôt, que le Conseil constitutionnel ajuste son considérant de principe[115]: en lieu et place des motifs « suffisants », il met fin à une forme d'autonomie terminologique et exige désormais des motifs « impérieux » d'intérêt général. En payant le prix d'un alignement sur la jurisprudence de la CEDH, le Conseil consti- tutionnel cherche en réalité à ne plus être contredit par les juges internes de la conventionnalité et tient à le faire savoir par des éléments de communication extérieurs à la décision[116].

Attentifs et réactifs, les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi ont donc toujours été dans un rapport d'interdépendance qui, peu à peu, enrichit leurs offices respectifs. L'objectif et l'enjeu consistent évidemment à combler les angles- morts des mécanismes juridiques afin de préserver, voire d'inten- sifier, l'attractivité contentieuse et l'effectivité des décisions des juges de la loi, d'améliorer leur visibilité institutionnelle et la légitimité que les autres acteurs juridiques peuvent leur accorder. Du point de vue du justiciable, le perfectionnement des armes contentieuses de contestation de la loi peut être profitable, à l'image de la possibilité nouvelle de contester la conventionnalité d'une loi

[114] CAA Paris, 18 juin 2012, n° 11PA00758, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création, AJDA 2012. 1192 ; ibid. 1496, chron. M. Sirinelli ; AJCT 2012. 508, obs. R. Grand ; RFDA 2012. 650, concl. S. Vidal.

[115] Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC.

[116] Le commentaire officiel de la décision et le document « À la Une » de mars 2014, disponibles sur le site internet de l'institution, prennent soin de préciser que, désormais, le contrôle de constitutionnalité des lois de validation «a la même portée que le contrôle assuré sur le fondement des exigences qui résultent de la CESDH ». V., A. Roblot-Troizier, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », RFDA 2014. 589.

Copyleft – Ius Publicum

devant le juge administratif des référés[117] ou de l'ef- fectivité grandissante des droits et libertés constitutionnels en cas d'abrogation différée grâce aux normes transitoires produites par le Conseil constitutionnel. Mais le justiciable peut parfois aussi être la victime collatérale de la lutte concurrentielle entre les juges, comme par exemple lorsque la Cour de cassation défend, en tant que juge du filtrage des QPC, une conception absolue du droit de propriété en méconnaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[118].

En adoptant un regard institutionnel, les juges de la loi sont donc les acteurs d'un marché concurrentiel où chacun tente de présenter l'offre contentieuse la plus attractive et efficace. À la lumière de ce contexte, le choix de la Cour de cassation puis du Conseil d'État de concrétiser le contrôle de conventionnalité des lois se révèle astucieux. En effet, la possibilité d'écarter en conventionnalité l'application particulière d'une loi, seulement au regard des faits d'une espèce et en dépit du constat de la conformité abstraite de cette même loi, ne peut pas être offerte en l'état du droit par le Conseil constitutionnel. Les modalités pro- cédurales de la QPC éloignent le Conseil constitutionnel d'une appréciation casuistique, la nature principalement et historique- ment abstraite de son contrôle, ainsi que les effets possibles de ses décisions, peuvent ainsi constituer un frein pour de nombreux justiciables. Désormais, une disposition législative pourrait par- faitement être déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, puis jugée abstraitement conforme au traité par le juge judiciaire ou administratif, ce même juge pouvant néanmoins écarter l'application particulière de cette loi en raison d'une vio- lation d'un traité. La

[117] CE, ass., 31 mai 2016, Gomez-Gonzalez, op. cit.

[118] Civ. 3e, 15 déc. 2016, no 16-40.240 ; Civ. 3e, 10 nov. 2016, nº 15-19.561 ; Civ. 3 e, 10 nov. 2016, nº 15-21.949 ; Civ. 3 e, 10 nov. 2016, n° 15-25.113. V. J. Bonnet, A. Roblot-Trozier, « Droits fondamentaux et libertés publiques », Nouv. Cah. Cons. const., no 55-56, 2017, p. 124

Copyleft – Ius Publicum

puissance du contrôle concret réside dans la faiblesse apparente de ses effets: théoriquement cantonnée à une espèce en particulier, l'inconventionnalité concrète peut à terme paralyser tout ou partie de l'application d'une loi et ainsi, sans le dire et sans afficher d'opposition formelle, neutraliser une décision de conformité du Conseil constitutionnel.

Cependant, chaque contrôle présente des avantages et, au-delà de la plus-value dans certains cas du niveau de protection consti- tutionnelle des droits et libertés, les requérants poursuivant un intérêt collectif, comme par exemple les associations, les syndicats, les ordres professionnels, seront sensibles à l'attractivité de l'effet absolu de l'abrogation ou des réserves d'interprétation. Toujours est-il que, menacé de débordement par la nouvelle attractivité du contrôle concret de conventionnalité, le Conseil constitutionnel devait réagir comme le démontrent les propos de l'un de ses anciens membres : « La puissance d'un tel contrôle [concret de conventionnalité], en termes de protection des droits fondamentaux, devrait nécessairement conduire le Conseil constitutionnel à une réflexion nouvelle puisque, pour sa part, il n'exerce son office que dans le cadre d'un contrôle abstrait moins immédiatement opérationnel quant à la protection immédiate des justiciables » [119]. Conscient de ses lacunes, soucieux de la menace d'isolement que fait peser sur lui le contrôle concret de conventionnalité, et attentif au respect effectif de ses décisions[120], le Conseil constitutionnel a suivi une logique institutionnelle et finaliste l'incitant à intensifier la présence d'éléments de concré- tisation dans son office.

[119] N. Belloubet, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », Dr. social 2017. 388

[120] Pointant le risque d'« ignorance » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, N. Belloubet, (*ibid.*) évoque « l'insuffisante précision relative aux effets que le Conseil constitutionnel entend leur conférer », ce à quoi semble répondre le mouvement de concrétisation présenté *supra.*

Copyleft – Ius Publicum

En réponse à la lecture institutionnelle et stratégique sur l'ori- gine du mouvement de concrétisation des contrôles de la loi, il pourrait être objecté que les juges ne sont pas seulement animés d'une soif insatiable de pouvoir. Institutions républicaines char- gées de dire le droit au nom du peuple français – même si pour le Conseil constitutionnel la formule tarde à figurer au frontis- pice de ses décisions –, les décisions des juges sont animées par d'autres registres de rationalité que celui de la stratégie. Certes, la défense de valeurs comme la justice, l'équité, la sécurité juridique, expliquent les choix jurisprudentiels, et en particulier celui de la concrétisation. D'ailleurs, ce n'est certainement pas un hasard si le contrôle concret de conventionnalité des lois par la Cour de cassation et le Conseil d'État fut consacré à l'occasion d'affaires dont les faits sensibles pouvaient justifier qu'en équité l'application de la loi soit écartée. Certes, le facteur temps a également joué un rôle dans le choix des juges, au regard de l'essoufflement de la tradition légicentriste de soumission à la loi et de l'assimilation progressive par les juges judiciaires et administratifs de leur fonction de juge de la loi, que ce soit en conventionnalité ou en tant que juge du filtrage des QPC [121]. Il ne s'agit donc pas de nier l'effet de ces deux registres de rationa- lité – les valeurs, le temps –, mais de considérer que leur niveau d'influence est ici faible en comparaison des considérations ins- titutionnelles et stratégiques qui sont pour l'essentiel, du moins c'est une hypothèse, à l'origine du choix récent de concrétiser l'office des juges de la loi. Un tel constat ne vaut pas forcément pour l'ensemble des choix jurisprudentiels effectués par les juges, mais il semble avéré à propos du mouvement de concrétisation.

Au-delà du constat d'une concrétisation accrue des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi dont l'ori- gine renvoie à des facteurs communs, le

[121] V. infra « Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique ».

Copyleft – Ius Publicum

mouvement affectant l'office des juges internes de la loi n'est qu'amorcé sa portée exacte et son avenir ne sont pas clairement déterminés.

3. UNE CONCRÉTISATION EN DEVENIR

Pour envisager le devenir du mouvement de concrétisation du contrôle de la loi, il faut d'abord poser un diagnostic. L'évolution des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi brouille la répartition des offices des juges de la loi. Le juge constitutionnel ne prend pas la loi telle qu'elle est, mais telle qu'elle s'intègre dans un contexte factuel ; le juge de cassation paraît juger non plus seulement en droit, mais également au regard de faits ; le juge de la conventionnalité s'autorise à adopter des solutions contraires à la lettre de la loi et ainsi semble inviter les autorités d'application à faire de même. Ce trouble suscité par la concrétisation du contrôle de la loi mérite clarification : l'avenir de ce mouvement repose sur la capacité des juges à en faire un outil légitime de protection des droits, c'est-à-dire à la fois acceptable, compréhensible, canalisé et structuré.

3.1. Les troubles suscités par la concrétisation

La concrétisation des contrôles de la loi crée un certain trouble. Les premières troublées sont assurément les juridictions, notamment du fond, chargées de mettre en œuvre un contrôle que leurs juridictions suprêmes les invitent à exercer. La doctrine elle aussi est troublée : qu'elle soit critique ou qu'elle salue la concrétisation des contrôles, elle ne peut que constater le boule- versement qu'implique une telle concrétisation quant à l'office des juges, leur rapport à la loi et leurs relations réciproques. Ainsi aux incertitudes issues de la concrétisation du contrôle de la loi quant à l'office du juge s'ajoutent les craintes d'un certain déséquilibre structurel du système juridique.

Copyleft – Ius Publicum

Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique

Les craintes exprimées par la doctrine quant au dévelop- pement du contrôle de la loi, notamment quant au contrôle de proportionnalité dans l'appréciation de sa conventionnalité, se rapportent, plus ou moins expressément, au « gouvernement des juges», à tout le moins à l'activisme juridictionnel. Derrière cette crainte, il y a un questionnement sur le rapport du juge à la loi.

La mesure de ces craintes doit d'abord être replacée dans le contexte plus global de la « banalisation » de la loi, pro- gressivement devenue dans notre système juridique une norme comme les autres. L'introduction d'un véritable contrôle de constitutionnalité puis de conventionnalité de la loi a enclenché ce mouvement ; progressivement, au gré des inconventionnali- tés constatées par les juridictions administratives et judiciaires, puis des inconstitutionnalités jugées sérieuses et transmises au Conseil constitutionnel, le rapport du juge à la loi a évolué. La concrétisation du contrôle de conventionnalité à l'œuvre devant les juridictions administratives et judiciaires n'est que la suite logique de ces évolutions : la révérence intériorisée des juges à l'égard de l'expression de la volonté générale tend à disparaître, faisant de la loi une norme parmi d'autres, une norme dont la particularité ne résiderait plus que dans sa valeur supérieure à celle des actes juridiques de droit privé ou de droit public dont les juridictions ont à connaître directement. Ce mouvement progressif de « désinhibition » du juge face à la loi se manifeste également dans des jurisprudences célèbres telles que celles de l'abrogation implicite de la loi[122], de la responsabilité du fait

[122] CE, ass., 16 déc. 2005, n° 259584, Syndicat national des huissiers de justice, Lebon p. 570 ; AJDA 2006. 357, chron. C. Landais et F. Lenica ; RDT 2006. 113, obs. S. Nadal ; RFDA 2006. 41, concl. J.-H. Stahl ; RTD civ. 2006. 75, obs. P. Deumier ; ibid. 601, obs. P. Théry ; ibid. 605, obs. P. Théry

Copyleft – Ius Publicum

des lois pour violation des engagements internationaux[123] mais aussi dans la restriction du champ de la théorie de la loi écran[124] ou dans l'abandon la jurisprudence Carminati.

Sur ce dernier point, il est remarquable que, dans le même arrêt, le Conseil d'État ait décidé à la fois d'accepter pleinement le contrôle de conventionnalité des lois en référé et de procéder à un contrôle concret de la violation des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Gonza- lez-Gomez est en effet symptomatique du changement de per- ception de la loi, changement d'ordre quasi-psychologique. Bien que l'admission d'un contrôle de conventionnalité des lois en référé ait été préparée en amont par des ordonnances prévoyant progressivement des exceptions à l'interdiction faite au juge des référés de connaître de la conventionnalité de la loi[125], un cap a été

[123] CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, Gardedieu, Lebon p. 78, concl. L. Derepas ; AJDA 2007. 585, chron. F. Lenica et J. Boucher ; ibid. 1097, tribune P. Cassia ; D. 2007. 659, et les obs. ; ibid. 1214, chron. G. Clamour ; RFDA 2007. 361, concl. L. Derepas ; ibid. 525, note D. Pouyaud ; ibid. 789, note M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 297, obs. J.-P. Marguénaud

[124] CE, ass., 12 juill. 2013, n° 344522, Fédération nationale de la pêche en France, Lebon p. 192, concl. E. Cortot-Boucher ; AJDA 2013. 1479 ; ibid. 1737, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 104, obs. F. G. Trébulle ; AJCT 2013. 581, obs. M. Moliner-Dubost ; RFDA 2013. 1255, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; ibid. 2014. 97, concl. E. Cortot-Boucher ; ibid. 115, note J. Robbe.

[125] V. s'agissant du droit de l'Union européenne, CE, ord., 16 juin 2010, n° 340250, Mme Diakité, Lebon p. 205 ; AJDA 2010. 1230 ; ibid. 1662 ; ibid. 1355, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, note O. Le Bot ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Constitutions 2010. 399, obs. J. Barthélémy et L. Boré ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse. V. particulièrement, s'agissant des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, les ordonnances de référé du CE rendues dans l'affaire Lambert : CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081, 375090, 37509, Mme Lambert et autres, Lebon p. 31, concl. R. Keller ; AJDA 2014. 1293 ; ibid. 1669 ; ibid. 1484, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, note D. Truchet ; D. 2014. 1856, et les obs., note D. Vigneau ; ibid. 2021, obs. A. Laude ; ibid. 2015. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2014. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2014. 657, concl. R. Keller ; ibid. 702, note P. Delvolvé ; RDSS 2014. 1101, note D. Thouvenin et CE, ass., 14 févr. 2014, n° 375081, 375090, 375091, Mme Lambert et autres, Lebon p. 175, concl. R. Keller ; AJDA 2014. 374 ; ibid. 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; ibid. 1225, tribune P. Cassia ; D. 2014. 488,

Copyleft – Ius Publicum

franchi avec l'arrêt Gonzalez-Gomez, le juge admet- tant que l'inconventionnalité manifeste d'une loi puisse être constatée par le juge du référé-liberté, ce qui revient à admettre qu'une inconventionnalité de la loi puisse relever de l'évidence. L'inconventionnalité était-elle pourtant évidente en l'espèce ? Assurément non puisqu'il a fallu que le Conseil d'État procède à un double contrôle de conventionnalité et qu'il s'engouffre dans l'appréciation concrète de la situation particulière de la requérante pour identifier la violation grave et « manifeste » d'une liberté fondamentale issue de la Convention européenne des droits de l'homme. En dépit du contexte bien connu de l'évolution du rapport du juge à la loi, il reste que la concrétisation du contrôle de convetionnalité a suscité des réactions particulièrement réservées, plus nombreuses semble-t-il du côté des privatistes que du côté des publicistes, car l'émergence du contrôle concret de conven tionnalité des lois en droit privé s'insère dans un contexte plus général de réflexion sur l'office de la Cour de cassation autour du principe de proportionnalité, de la motivation des décisions, et de la sélection des pouvoirs. Ces réflexions et ces évolutions bousculent les habitudes établies et remettent en cause une tradi- tion légicentriste, voire souverainiste, marquée. La concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois assumée par le Conseil d'État dans l'arrêt Gonzalez-Gomez a été accueillie certes avec des réserves, mais dans un contexte plus apaisé.

L'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 comme celui du Conseil d'État du 31 mai 2016 ont réveillé des réflexes d'hostilité mettant en avant le caractère contra legem des déci- sions puisque les juges ont autorisé ce que la loi avait expli-

et les obs. ; ibid. 2021, obs. A. Laude ; AJ fam. 2014. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2014. 255, concl. R. Keller ; ibid. 702, note P. Delvolvé ; RDSS 2014. 506, note D. Thouvenin.

Copyleft – Ius Publicum

citement interdit [126]. Deux craintes majeures ressortent de ces critiques : celle de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, dès lors que le juge met en échec la loi de lui-même et donc sans habilitation législative ; celle de l'insécurité juridique, fruit d'une application différenciée et pragmatique de la loi en méconnais- sance du principe d'égalité.

La première crainte a trait à l'excessif pouvoir dont bénéficie un juge capable de contourner les interdictions législatives, mêmes explicites, quand, en équité, il estime que l'application de la loi méconnaîtrait les droits fondamentaux du justiciable. Cette critique renvoie à celle de l'activisme judiciaire, étudié et théorisé outre-Atlantique à propos du contrôle de constitutionnalité [127], et que l'on exprime le plus souvent en France avec la radicalité de l'expression de « gouvernement des juges »[128]. Cette expression témoigne de l'angle d'analyse privilégié s'agissant du juge de la loi: celui d'une mise en cause de la séparation des pouvoirs. C'est sous cet angle que le contrôle concret de conventionnalité a pu être apprécié. Ainsi le professeur P. Delvolvé estime que l'ar-rêt du Conseil d'État du 31 mai 2016 conduit à une confusion des pouvoirs. Si le juge n'est certes pas « simplement la "bouche la loi", le rôle prétorien du juge administratif se cantonnait jusqu'à présent à ajouter à la loi, inexistante ou incomplète, par appli- cation de règles ou de principes généraux et grâce à l'adoption d'une solution générale, non limitée au cas d'espèce, mais valant dans tous les cas »[129] Or la solution Gonzalez-Gomez conduit le juge à adopter une

[126] Notamment, P. Delvolvé, note sous l'arrêt CE, ass., 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, RFDA 2016. 754.

[127]A. Schlesinger Jr., « The Supreme Court : 1947 », Fortune, Vol. 35, 1947, p. 73

[128] E. Lambert, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. Moderne, Paris, Dalloz, 2005, 276

[129] P. Delvolvé, op. cit., spéc. p. 757

Copyleft – Ius Publicum

solution propre à l'espèce, sans portée générale, et contraire à la volonté du législateur. Dans cette mesure, souligne le professeur P. Delvolvé, « le juge se substitue au législateur : il se met à sa place » pour régler une situation à laquelle, d'après le juge, le législateur n'aurait pas pensé. De la sorte, le contrôle in concreto de la conventionnalité des interdictions législatives explicites conduit à une « confusion du pouvoir législatif et du pouvoir juridictionnel»[130]. Partant, elle conduit également à une confusion du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, dès lors que l'autorité administrative se trouve, par l'ef- fet de cette jurisprudence, tenue d'accorder une autorisation – en l'espèce, l'exportation de gamètes –, lorsque des circonstances particulières font apparaître que le refus porterait une atteinte disproportionnée aux droits conventionnellement garantis, là où la loi pose une interdiction[131].

La concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois, en ce qu'elle permet par des considérations d'équité, masquée derrière l'exigence de respect des conventions internationales de protection des droits fondamentaux, d'adopter une solution contra legem, conduit donc le juge à mettre en échec ce que la représentation nationale a voté. La séparation des pouvoirs juridictionnel et législatif, mais aussi la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, sont ainsi méconnues.

[130] Ibid.

[131] Ibid.

Copyleft – Ius Publicum

Sans nier la réalité de ces critiques et le caractère fondé de ces craintes qui mettent in fine en lumière le paradoxe ou la « difficulté contre-majoritaire» [132] de tout contrôle, par des juges non élus, de la loi votée par les représentants de la nation, il est toutefois possible de s'interroger, avec le professeur P. Deumier, sur la portée du contrôle concret : « quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale »[133] ? Aussi quel contrôle est le plus attentatoire à la volonté générale : le contrôle abstrait qui conduit à ce que la loi dans sa généralité soit déclarée invalide parce que contraire aux engagements internationaux de la France qui, sans être formellement abrogée, ne sera plus appliquée ni par les autorités administratives ni par les autorités juridictionnelles, ou bien le contrôle concret qui, préservant l'application de la loi de manière générale, autorise sa non application dans certaines situations particulières, dont on présumera qu'elles n'ont pas pu être envisagées par le législateur tant elles méconnaissent les droits fondamentaux internationalement reconnus ? Sous cet angle, il est tentant de soutenir que lorsque le juge considère que la loi est en elle-même, au regard de la règle qu'elle pose, incon- ventionnelle, il porte plus atteinte à la représentation nationale que lorsque, par exception, il décide qu'au regard d'une situation particulière il y a lieu de ne pas en faire application.

[132] Sur cette difficulté v. S. Mouton (dir.), Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle, LGDJ, 2016 ; I. Fassassi, La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis – Étude critique de l'argument contre-majoritaire, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 165, 2017, 768 p

[133] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, préc.

Copyleft – Ius Publicum

Comme le souligne le professeur J. Arlettaz, « le contrôle in concreto permet de sauver la loi dans un contexte de concurrence des contrôles » car « la Cour de cassation et le Conseil d'État ont ainsi la chance de convaincre Strasbourg, à travers leur contrôle et surtout leur argumentation, de la légitimité de la loi ; à défaut, le problème se ferait structurel et c'est alors l'ensemble du dispo- sitif législatif qui risquerait d'être remis en cause » [134]. En définitive, la concrétisation du contrôle de conventionna- lité tient compte de la faillibilité d'un législateur incapable d'anticiper toutes les situations et ne pouvant envisager pleinement les conséquences de l'application de la règle qu'il pose dans des hypothèses particulières. La protection des droits fondamentaux, dominée par le « principe de relativité générale »[135], suppose d'accepter cette incapacité de la loi générale et abstraite à envi- sager toutes les situations concrètes de violation des droits.

Dans ces conditions, un modus vivendi pourrait guider le juge : n'écarter l'application de la loi pour l'espèce que s'agissant des situations concrètes qui n'avaient pas été envisagées par le législateur ou lorsque l'application de la loi produit des effets qui n'étaient pas ceux souhaités par le législateur. C'est ce que propose V. Vigneau[136]. Prenant au sérieux la critique de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, il estime qu'il « est

[134] J. Arlettaz, « Le juge, le citoyen et le justiciable : les droits et libertés dans un contexte démocratique », RDLF 2017, chron. no 2, www.revuedlf.com ; elle ajoute à cet égard que, « Le contrôle de proportionnalité de la loi procèderait (…) d'une (re)nationalisation » de la protection des droits et libertés « en réponse au dévelop-pement de la jurisprudence européenne ». Mais il faut toutefois admettre que rien n'interdit à la Cour européenne des droits de l'homme d'opter pour une analyse différente de celle retenue par les juridictions nationales, de sorte qu'elle conserve in fine le pouvoir de dire si la Convention éponyme a été concrètement méconnue

[135] P. Deumier, op. cit.

[136] V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123

Copyleft – Ius Publicum

cependant possible d'y répondre en cantonnant le contrôle de proportionnalité dans les limites comparables à celles dans les- quelles la jurisprudence exerce son pouvoir créateur : le juge ne pourrait écarter l'application de la loi que dans les cas que le législateur n'avait pas en vue lors de son élaboration et lorsque son application ne remplit pas le but qu'il lui avait été assigné. Ainsi, le juge n'irait pas à l'encontre de la volonté du Parlement élu, mais se bornerait à gommer les effets non désirés par celui-ci dans les cas qu'il n'aurait pas envisagés ». Reste évidemment la question de savoir comment, pour le juge, identifier les effets non désirés de l'application de la loi et les cas non envisagés par le législateur. La réponse ne peut être trouvée que dans une certaine subjectivité d'un juge « choqué » par les effets produits par la loi. La concrétisation du contrôle de conventionnalité de la loi ne va pas en effet sans une certaine subjectivité du juge, qui, suivant une « démarche finaliste », recherche l'équité dans l'application de la loi[137], mais une équité définie comme « une atteinte disproportionnée à un droit fondamental » [138].

D'où la critique tenant à l'insécurité juridique, voire au désordre juridique et social[139], que produit, immanquablement, l'application différenciée de la loi. C'est ce que résume parfaite- ment V. Larribau-Terneyre : « Ce qui heurte néanmoins, ce n'est pas le contrôle de conventionalité en tant qu'il autorise le juge à écarter la loi inconventionnelle en elle-même et à l'égard de tous, ni même le fait d'adapter la motivation des arrêts à un raisonne- ment fondé sur la proportionnalité, mais bien la mise en œuvre d'un contrôle de

[137] En ce sens, v. M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », Gaz. Pal., no 28, p. 29 : l'auteur souligne que « la cohérence juridique sait parfois, et c'est heureux se mettre au service de l'équité ».

[138] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », AJDA 2016. 1398

[139] P. Delvolvé, op. cit., p. 760.

Copyleft – Ius Publicum

proportionnalité in concreto, parce qu'il permet d'écarter l'application de la loi à un cas particulier, en fonction des circonstances propres à l'espèce, ce qui semble constituer une atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la règle de droit». Et l'auteur de conclure : « cette éviction se fait (…) en vertu d'une technique qui paraît à beaucoup sinon fort approxi- mative, du moins aussi arbitraire que le recours à l'équité des anciens jugements, de sorte que l'on peut être tenté de qualifier le contrôle de proportionnalité de contrôle de l'opportunité »[140].

Dans le même sens, le professeur F. Chénedé considère que le contrôle de conventionnalité in concreto n'est que la « ver- sion post-moderne du jugement en équité » et qu'il faudra « des décennies, un siècle peut-être, pour mesurer les conséquences de cette (contre-)révolution »[141]. À la critique tenant à l'insécurité juridique, M. Guyomar répond que la « sécurité juridique n'implique pas une mise en œuvre mécanique de la loi » ; au contraire, la décision Gon- zalez-Gomez rappellerait à l'administration « qu'elle ne peut jamais, y compris dans les hypothèses où la loi ne lui laisse pas de véritable marge d'appréciation, se dispenser, avant de prendre une décision, d'un examen particulier des circonstances de l'es- pèce », et ce d'autant plus lorsque « sont en cause des choix de vie et en jeu de délicates questions d'ordre éthique »[142].

[140] V. Larribau-Terneyre, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité in concreto appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », JCP 2017, no 3, 46

[141] F. Chénedé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité in concreto », D. 2017. 953.

[142] M. Guyomar, op. cit.

Copyleft – Ius Publicum

En définitive, la question de savoir si le contrôle concret de la loi porte atteinte à la sécurité juridique est fonction de l'usage qu'en feront les juges. Il est indéniable que la non-application de la loi décidée par le juge sur le fondement de considérations propres à une espèce porte en germe un risque d'insécurité juridique et de rupture d'égalité devant la loi, les justiciables, et plus largement les citoyens, pouvant légitimement s'attendre à ce que la loi soit appliquée et qu'elle le soit de la même manière pour tous. Toutefois, la prudence des juges, guidée précisément par des considérations de sécurité juridique, permettrait d'éviter d'éventuelles dérives d'autorités juridictionnelles capables de faire échec à la volonté du législateur[143].

Or il faut bien admettre que, à ce stade, l'admission d'un contrôle concret de conventionnalité de la loi en complément de son contrôle abstrait n'a pas conduit à une révolution de fond. Si la méthode est innovante, voire révolutionnaire pour certains[144], en ce que le juge va jusqu'à s'autoriser à ne pas faire application d'un interdit législatif, il n'en reste pas moins que les hypothèses de mise en œuvre de ce nouveau contrôle, restées rares dans la jurisprudence administrative, n'ont, ni en droit administratif ni en droit privé, entraîné un bouleversement au fond des différents domaines particulièrement concernés.

[143] V. Vigneau propose à cet égard de limiter le contrôle de proportionnalité aux hypothèses où sa mise en œuvre ne conduit « pas à remettre en cause une situation juridique acquise en considération de la règle dont l'application est écartée », et ainsi, qu'il ne soit pas porté atteinte, « au-delà du raisonnable, à l'espérance légitime de tout citoyen de voir la loi s'appliquer dans les termes voulus par le législateur » ; il ajoute que le contrôle de proportionnalité ne doit pas « aboutir à faire peser sur l'adversaire de la partie qui en bénéficie une obligation non prévue par la loi », op. cit.

[144] P. Delvolvé, op. cit. ; C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 ; F. Chénedé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016. 796.

Copyleft – Ius Publicum

Ainsi, du côté du juge administratif, le contrôle concret conduisant à la non-application d'une interdiction législative semble, pour l'instant, se cantonner à la question des transferts de gamètes en vue d'une insémination post-mortem[145]. La descendance de la jurisprudence Gonzalez-Gomez tarde à se manifester dans d'autres domaines. Si l'on peut trouver çà et là quelques arrêts flirtant avec le contrôle de conventionnalité concret[146], le « mode d'emploi » du contrôle de conventionnalité résultant de l'arrêt Gonzalez-Gomez n'a pas, à notre connais- sance, été explicitement repris par les juridictions administra- tives hors du domaine des inséminations post-mortem. Il est permis alors de s'interroger sur le faible écho de ce nouvel outil de contrôle de la loi. Une première explication d'ordre temporel peut être proposée : la jurisprudence Gonzalez-Gomez est encore trop jeune pour être parfaitement assimilée et intégrée dans les raisonnements des requérants et de leurs conseils comme des juridictions de l'ordre administratif. Le succès de cette juris- prudence pourrait se mesurer lorsque tous se seront familiarisés avec le nouveau pouvoir offert au juge administratif d'autoriser exceptionnellement ce que la loi interdit par principe. À cet égard, il faut rappeler que, introduit en droit de la filiation dans le raisonnement de la première chambre civile de la Cour de cas- sation, le contrôle concret de la proportionnalité des atteintes aux droits conventionnels s'est progressivement propagé aux autres chambres de la Cour de cassation et cette propagation n'est pas encore arrivée à son term [147]. La seconde explication tient à la rareté des hypothèses dans lesquelles la dualité du contrôle de conventionnalité de la loi trouve à s'exprimer : en définitive, si l'arrêt

[145] Sur ce point, v. J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence Gonzalez Gomez », infra.

[146] V. par ex., CAA Versailles, 1re ch., 5 juill. 2016, no 14VE03371, disponible sur www.doctrine.fr.

[147] V. supra

Copyleft – Ius Publicum

Gonzalez-Gomez n'a pas de descendance notable, c'est tout simplement parce que rarissimes sont les hypothèses où la loi, abstraitement conforme, est, dans sa mise en œuvre concrète, incompatible avec une convention internationale. De fait, la jurisprudence Gonzalez-Gomez a vocation à rester très excep- tionnelle, faute de trouver des cas d'application.

Quelle que soit l'explication retenue, et sans doute faut-il retenir les deux car, prudent, le Conseil d'État pratique la méthode des «petits pas» en n'identifiant pas d'autres cas dans lesquels mettre en œuvre le contrôle concret de conventionnalité, il n'en demeure pas moins qu'à ce stade il ne peut être soutenu que la jurisprudence Gonzalez-Gomez a véritablement créé une insécurité juridique ou bouleversé le droit et le contentieux administratifs. Du côté du juge judiciaire, sans qu'il s'agisse d'un véritable raz-de-marée, les différentes chambres de la Cour de cassation se convertissent au contrôle concret de l'atteinte par la loi aux droits conventionnels, en reprenant la dialectique du contrôle abstrait et du contrôle concret. Mais les domaines du droit concernés par l'exercice de ce double contrôle n'ont pas été, sur le fond, bouleversés. La Cour de cassation veille en effet au respect de l'exigence de stabilité des règ les légales, en dépit des violations occasionnelles constatées au terme d'un contrôle concret à l'image de l'arrêt du 4 décembre 2013 rendu à propos de la nullité du mariage. Ainsi en est-il de la stabilité du droit de la filiation, terrain privilégié du contrôle concret des lois. Dans un arrêt du 5 octobre 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », l'obstacle opposé au requérant, prévu à l'article 320 du code civil, « poursuit un but légitime en ce

Copyleft – Ius Publicum

qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations »[148]. De même, dans un arrêt du 6 juillet 2016, elle a jugé que « si l'application d'un délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamen- tales », la fin de non-recevoir opposée aux requérants en l'espèce, prévue par l'article 333 du code civil, « poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique »[149]. Dans ces deux espèces, c'est dans un second temps que la Cour se penche sur la question de savoir si, concrètement, il est porté à la vie privée une atteinte dispro- portionnée au regard de l'objectif poursuivi. Ces arrêts illustrent parfaitement cette prudence des juges que la doctrine appelle de ses vœux: par un contrôle de conventionnalité, d'abord exercé de manière abstraite, le juge souligne l'importance de la règle légale au regard du but qu'elle poursuit; la pesée de l'atteinte aux droits fondamentaux menée de manière concrète est ensuite fonction de l'importance accordée à ce but. Ainsi, l'issue du contrôle abstrait apparaît comme un gage de stabilité de la règle de droit, car plus la règle légale sera considérée comme légitime plus l'atteinte aux droits fondamentaux sera difficilement admise dans le cadre du contrôle concret. Dans cette mesure, l'issue du contrôle abstrait guide, encadre, voire conditionne, l'exercice du contrôle concret et préserve la sécurité juridique.

[148] Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, D. 2016. 2496, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; ibid. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2016. 543, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2016. 831, obs. J. Hauser.

[149] Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, D. 2016. 1980, note H. Fulchiron ; ibid. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2016. 831, obs. J. Hauser.

Copyleft – Ius Publicum

En outre, la solution exceptionnelle de mise à l'écart de la loi dans le cadre d'un contrôle concret constitue un précédent qui, parce qu'il sera traité comme tel par les juridictions ultérieure- ment saisies du contrôle de la conventionnalité de cette même loi, préservera la stabilité juridique[150] : les juridictions ont alors à déterminer, et à motiver, les raisons pour lesquelles elles estiment que le cas d'espèce dont elles sont saisies s'inscrit ou non dans le précédent juridictionnel.

Au terme de cet examen des craintes que suscite la concréti- sation du contrôle de conventionnalité de la loi devant les juridic- tions administratives et judiciaires, il faut admettre que, bien que fondées en droit, elles sont surmontables en fait, à condition que le juge use avec parcimonie et prudence de son nouveau pouvoir. Nul doute que, conscient du risque qu'il prend s'il en abuse, car c'est sa légitimité même qui est en cause, il saura progressive- ment définir les modalités raisonnables de son application.

La concrétisation de plus en plus marquée du contrôle de constitutionnalité des lois ne semble pas à première vue s'attirer les foudres de la critique doctrinale. Il faut dire que ce mouve- ment est nettement plus discret : sans décision de principe du Conseil constitutionnel, la concrétisation se sédimente à travers des techniques éparses dont l'approfondissement est progressif[151]. Pourtant, bien qu'elles ne soient pas formulées sous l'angle de la remise en cause de la concrétisation du contrôle de constitu- tionnalité des lois, on retrouve, s'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les craintes semblables à celles suscitées par la concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois devant les juridictions administratives et judiciaires. Lorsque le Conseil constitutionnel

[150] Sur ce point, v. *infra*.

[151] V. supra

Copyleft – Ius Publicum

formule une réserve d'interprétation tran- sitoire, il réécrit la loi. Il se substitue donc au législateur, voire aux autorités d'application de la loi, y compris juridictionnelles : plus que la gomme, c'est le crayon qu'il tient. Lorsqu'il remet en cause la nécessité d'une loi compte tenu du droit existant dans le cadre du contrôle entier de la proportionnalité de la loi, il substitue son appréciation à celle du législateur. L'activisme du juge constitutionnel est alors mis en cause par la doctrine[152]. Ces critiques portent sur des décisions dans lesquelles précisément le Conseil pousse son contrôle au-delà de la seule confrontation abstraite de la loi à la Constitution : il prend en considération, si ce n'est les faits d'une espèce, au moins les faits généraux, c'est- à-dire le contexte d'adoption et d'application de la loi[153]. De manière récurrente, le contrôle de la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation et le Conseil d'État est froidement accueil- lie, notamment lorsque le Conseil constitutionnel assortit son contrôle d'une réserve d'interprétation incitant, voire exigeant, une évolution de la jurisprudence administrative ou judiciaire en s'immisçant dans l'office des interprètes de la loi.

Sans remettre en cause la pertinence de ces critiques, il faut admettre que la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois, illustrant l'intensification des pouvoirs du juge, voire un certain activisme juridictionnel, est un mouvement inévitable, d'autant plus que le contrôle s'exerce maintenant a posteriori et dans le cadre d'un litige. L'erreur a été de faire croire que le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori pouvait rester totalement abstrait. Non seulement il n'est jamais totalement abstrait, mais en outre comment peut-il l'être lorsque la ques- tion de constitutionnalité vise à

[152] Par ex., D. Baranger, « Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », 16 févr. 2017, http://blog.juspoliticum.com.

[153] Sur la distinction faits de l'espèce/faits généraux, v. supra (introduction).

Copyleft – Ius Publicum

protéger les droits et libertés et est posée à l'occasion d'un litige concret ? Si la question de la violation des droits fondamentaux peut être réglée au terme d'un contrôle abstrait révélant que la disposition législative y porte en elle-même atteinte, elle ne peut être complètement, pleinement, résolue sans prise en compte du contexte factuel de l'éventuelle violation. À cet égard, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité paraît inadaptée à son objet. Alors qu'elle a vocation à sanctionner la violation des droits et libertés consti- tutionnellement garantis, le Conseil constitutionnel juge sans disposer, en principe, des éléments de fait du litige – ou en ne disposant que de ceux repris dans la décision de renvoi et dans le mémoire QPC présenté par le requérant – et il rend une décision ayant un effet erga omnes alors que la loi n'est pas forcément en cause dans son principe, mais seulement au regard des effets produits dans une situation factuelle donnée. C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel fait œuvre de créativité et développe des techniques, parfois très subtiles, pour contourner, sans pouvoir le remettre en cause, l'effet erga omnes de ses déci- sions. Les « réserves concrètes »[154], les « réserves transitoires », les réserves visant à faire évoluer la jurisprudence constante administrative ou judiciaire, les « modes d'emploi » à destination des autorités d'application de la loi[155], sont autant de techniques par lesquelles le Conseil constitutionnel cherche à adapter l'auto- rité absolue de ses décisions à des situations concrètes. Contraint par la procédure de la QPC, le Conseil constitutionnel ne peut que concrétiser son contrôle de constitutionnalité sans pouvoir exercer un véritable contrôle concret. Si d'aventure la procédure de la QPC et les effets des décisions du Conseil devaient être réformés, il

[154] V. supra.

[155] V. supra, notamment, Cons. const., 31 mai 2017, no 2017-651 QPC, Association En Marche !, préc.

Copyleft – Ius Publicum

pourrait être pertinent de mieux les adapter à l'office du juge constitutionnel, juge de la violation des droits et libertés.

Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi suscite donc des craintes tenant à la puissance du juge, à une certaine déconsidération de l'autorité de la loi et aux risques d'insécurité juridique. Mais la prudence dont fait preuve le juge et les contraintes qui pèsent sur lui sont de nature à éviter les dérives, tel un système qui s'auto-régule. Le caractère récent du mouvement de concrétisation, avec son lot d'incertitudes quant à son étendue et à sa portée, exacerbe les inquiétudes, mais le juge y apportera, au gré des espèces, des réponses.

Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi crèe des incertitudes sur l'office des juges à travers trois dimensions : celles du contrôle de conventionnalité des lois, du contrôle de constitutionnalité des lois et de la relation entre ces deux contrôles.

Les incertitudes concernant l'office du juge de la conventionnalité des lois. Le phénomène récent de la concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois s'accompagne inévitablement d'un lot important d'ambiguïtés. Quoi de plus logique d'ailleurs, au regard de la perception hétérogène de la notion de contrôle concret. Les juges eux-mêmes entretiennent le flou, au regard du manque de pédagogie des premiers arrêts de la Cour de cassation dans les- quels le contrôle concret apparaît seulement en filigrane, parfois accompagné d'un communiqué expliquant la portée de l'arrêt[156] Devant les juges du

[156] V. par ex., les communiqués mis en ligne sur www.courdecassation.fr sur les arrêts Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénedé ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénedé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud et Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511 et a., AJDA 2017. 256 ; D. 2017. 961, note C. Saas ; AJ pénal 2017. 175, note E. Dreyer ; AJCT 2017. 288, obs. S. Lavric.

Copyleft – Ius Publicum

fond, l'ambiguïté conceptuelle autour du contrôle concret se constate également, à l'image d'une formule employée régulièrement par la cour d'appel de Versailles dans ses arrêts, selon laquelle « le contrôle de conventionnalité est un contrôle de proportionnalité. Il vérifie l'adéquation de l'applica- tion de la loi au cas d'espèce»[157]. Il n'est pas inutile de le redire, une telle affirmation est excessive : d'une part, le contrôle de conventionnalité ne suppose pas, par définition, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité ; d'autre part, le contrôle de propor- tionnalité peut parfaitement s'exercer de manière abstraite, et non uniquement de manière concrète à travers la vérification de l'adé- quation de l'application de la loi au cas d'espèce. Sans compter que le contrôle de proportionnalité existe en dehors du contrôle de conventionnalité, puisqu'il est exercé dès lors que la Constitution ou la loi exige la proportionnalité des mesures d'application. La reprise par la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 novembre 2016 [158], de l'essentiel de la motivation adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt Gonzalez-Gomez pourrait amener l'ensemble des juges à clarifier l'usage du contrôle concret ; certains juges du fond ont d'ailleurs d'ores et déjà emprunté cette voie [159].

L'incertitude sur l'office du juge de la conventionnalité de la loi porte également sur les types de recours concernés par le contrôle concret. Bien évidemment, la concrétisation est un mou- vement dont l'intensité est souvent difficilement mesurable,

[157] Versailles, 10 mai 2016, no 13/08489 ; Versailles, 4e ch. expropriations, 24 janv. 2017, no 14/02638 ; Versailles, 4 e ch. expropriations, 28 févr. 2017, no 14/05680 : disponibles sur www.doctrine.fr.

[158] Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, D. 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2016. 601, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 111, obs. J. Hauser

[159] Pour une illustration d'une dissociation nette des contrôles abstrait et concret, v. Paris, pôle 5 - ch. 7, 9 févr. 2017, no 12/12073, disponible sur www.doctrine.fr.

Copyleft – Ius Publicum

mais certains recours sont probablement plus sensibles que d'autres aux aspects concrets. Devant le juge administratif, le recours en excès de pouvoir à l'encontre des actes réglementaires semble moins propice à un dédoublement abstrait/concret du contrôle de conventionnalité de la loi qui fonde cet acte. Au regard de la finalité d'annulation de l'acte attachée au recours pour excès de pouvoir, il semble difficile, en dépit des possibilités de maîtriser les conséquences d'une annulation[160], de décider qu'un acte administratif général et impersonnel est légal en ce qu'il a été adopté sur le fondement d'une loi abstraitement conforme à un traité, tout en estimant que cet acte administratif est illégal en ce qu'il a été adopté sur le fondement d'une loi dont l'application doit être écartée uniquement dans les circonstances d'une espèce en raison d'une violation concrète du traité. Tout dépend égale- ment des arguments invoqués par le requérant et de son intérêt à agir. Par exemple, dans un arrêt du 23 décembre 2016, le Conseil d'État, saisi d'une demande d'annulation des dispositions réglementaires de mise en œuvre du nouveau régime législatif de l'état d'urgence, rejette l'exception d'inconventionnalité en estimant, seulement abstraitement au regard de la demande du requérant, qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier que les dispositions de la loi du 3 avril 1955 seraient, par elles-mêmes, incompatibles »[161]avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant aux normes de référence du contrôle concret de conventionnalité des lois, une sorte de consensus implicite pourrait laisser croire que seuls les droits et libertés, et en parti- culier ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, seraient utilement invocables dans le cadre de ce nou- vel office du juge de la loi.

[160]B. Plessix, Droit administratif général, Lexisnexis, 2016, p. 1432.

[161] CE, 23 déc. 2016, n° 395091, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2017

Copyleft – Ius Publicum

Une telle restriction découle de la rhé- torique du risque de condamnation par la Cour de Strasbourg en tant que justification principale du mouvement de concrétisation. Or, de même que ce motif n'est probablement qu'un prétexte masquant la réalité du choix des juges, les droits et libertés et le droit de la Convention n'épuisent pas les griefs d'inconventionnalité. C'est théoriquement inévitable, car comment pourrait se justifier l'exclusion du contrôle concret sur le fondement des droits et libertés garantis par le droit de l'Union européenne et le droit international ou sur le fondement du droit matériel de l'Union européenne et des conventions bilatérales? Face à ces potentielles incohérences, il semble certain que l'ensemble des normes internationales et européennes invocables en justice, en vertu des conditions posées par l'article 55 de la Constitution et de la jurisprudence[162], seront tôt ou tard éligibles au contrôle concret de la conventionnalité des lois. C'est d'ailleurs le sens de plusieurs arrêts récents exerçant un contrôle concret en se fondant notamment sur un règlement européen[163], une directive européenne et sur la Charte des droits fondamentaux[164], une convention de l'Organisation internationale du travail (OIT)[165] ou sur une convention internationale[166]. Le développement du contrôle concret de

[162] M. Gautier, F. Melleray, Applicabilité des normes internationales, Jurisclasseur no 20, 2013.

[163]Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 15-26.664, D. 2017. 568 ; AJ fam. 2017. 243, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 370, obs. J. Hauser.

[164] Rouen, ch. soc., 13 déc. 2016, no 14/05940, disponible sur www. doctrine.fr, arrêt dont la particularité est d'exercer un contrôle concret au regard de l'effet horizontal du droit de l'Union européenne.

[165] CE, 9 nov. 2016, n° 388822, Fédération des employés et cadres de la CGT Force ouvrière, AJDA 2017. 329 : le Conseil d'État reproche à une cour administrative d'appel de ne pas avoir examiné, concrètement semble-t-il, le grief tiré de la violation par la loi de la convention no 106 de l'Organisation internationale du travail relative au repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux, adoptée à Genève le 26 juin 1957.

[166] Civ. 1re, 7 déc. 2016, n° 16-21.760, D. 2016. 2518 ; ibid. 2017. 599, chron. I. Guyon-Renard ; ibid. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2017. 73, obs. A. Boiché.

Copyleft – Ius Publicum

conventionnalité sur le fondement du droit international est d'autant plus avéré qu'il est stratégiquement utile pour les juridictions judiciaires et administratives, qui demeurent la plupart du temps les seuls interprètes authentiques de ces textes. La Convention internationale des droits de l'enfant présente en particulier un terrain favorable à ce type de politique jurisprudentielle[167]. Dans un arrêt du 8 mars 2017[168], la Cour de cassation intensifie pour la première fois son contrôle sur les mesures d'interdiction de sortie du territoire d'un enfant mineur, grâce à un contrôle concret de la mise en œuvre de la loi au regard notamment de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'en- fants. Autre illustration de l'autonomie dans la mise en œuvre de conventions bilatérales cette fois, l'application du principe de subsidiarité en droit fiscal, en vertu duquel le juge doit examiner la situation du contribuable au regard de la législation interne avant de l'apprécier au regard de la Convention, est l'objet d'une divergence de jurisprudence entre le Conseil d'État qui applique ce principe[169] et la Cour de cassation qui s'y refuse[170] le tout au terme de contrôles qui mêlent des aspects abstrait et concret.

Le degré de précision de la norme de référence aura une incidence sur la possibilité d'exercer un contrôle concret de la conventionnalité de la loi. En effet, ce

[167] Rennes, 5 avr. 2017, no 15/06966.

[168] Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 15-26.664, D. 2017. 568 ; AJ fam. 2017. 243, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 370, obs. J. Hause.

[169] CE, 12 mars 2014, n° 362528, Société Céline, Lebon p. 50 ; RFDA 2014. 789, chron. C. Santulli ; RTD com. 2014. 715, chron. E. Cortot-Boucher ; CE, 7 juin 2017, n° 386579, Ministre des finances et des comptes publics.

[170] Cass., ass. plén., 2 oct. 2015, no 14-14.256, D. 2015. 2012 ; AJ fam. 2015. 622, obs. J.-D. Azincourt ; ibid . 566, obs. P. Jolivet.

Copyleft – Ius Publicum

contrôle aura davantage d'occasions de s'exercer lorsque la norme conventionnelle invoquée sera rédigée en des termes généraux invitant le juge à un travail de conciliation et de pesée des intérêts en présence. En revanche, face à une norme internationale ou européenne posant une obligation inconditionnelle et précise, il est probable que la confrontation abstraite de la loi à cette norme « épuise le contrôle et qu'on ne trouvera jamais d'incompatibilité *in concreto* »[171]. Dans ce type d'hypothèse, le contrôle concret n'est cependant pas exclu, mais sera plus rarement exercé lorsque la configuration particulière des faits de l'espèce le permettra.

En ce qui concerne l'objet du contrôle concret, il semble aller de soi qu'il s'agit de la loi telle que mise en œuvre dans un cas particulier. La mise en œuvre de la loi dans un cas d'espèce n'étant que la manifestation particulière d'une norme générale, le contrôle concret porterait sur la norme législative particulière tandis que le contrôle abstrait aurait pour objet la norme législative générale et impersonnelle. Sans prétendre à l'étanchéité des catégories, le contrôle concret a pour particu- larité de s'exercer sur la norme législative telle que façonnée par les faits du litige ou les faits généraux, selon la distinction déjà évoquée, et qui conduisent le juge de la conventionnalité à estimer que, dans cette configuration normative et ce contexte factuel, la loi est contraire au traité et ne doit pas s'appliquer. Ainsi, dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* du Conseil d'État, c'est bien la décision administrative de refus adoptée « sur le fondement des dispositions (…) du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – » qui « porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive[172] » à l'article

[171] L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas ?* », *op. cit.*

[172] CE, ass., 31 mai 2016, *Gomez-Gonzalez*, *op. cit.*

Copyleft – Ius Publicum

8 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, dans l'arrêt du 9 novembre 2016 de la première chambre civile de la Cour de cassation, la motivation adoptée ne crée aucune rupture entre les dispositions législatives générales et leur mise en œuvre en l'espèce : « Attendu qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi »[173]. Ce telle que mise en œuvre par l'administration, par une personne privée, mais également par le juge du fond. Ainsi, à l'image des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État, le contrôle concret est aussi un outil de contrôle et de régulation au profit des cours suprêmes des deux ordres juridictionnels. Par exemple, dans un arrêt du 8 décembre 2016 relatif à l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe prévue par les articles 161 et 184 du code civil, la motivation adoptée par la Cour de cassation consiste à rappeler les éléments essentiels des faits pour en conclure « que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme Z…, au regard du but légitime poursuivi »[174]. Dans ce type d'hypothèse, la Cour de cassation vérifie que le contrôle concret de conventionnalité a été correctement exercé par les juges du fond.

[173] Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, D. 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid*. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2016. 601, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 111, obs. J. Hauser. Souligné par nous.

[174] Civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, D. 2017. 953, obs. I. Gallmeister, note F. Chénedé ; *ibid*. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2017. 102, obs. J. Hauser.

Copyleft – Ius Publicum

Par ailleurs, la concrétisation du contrôle peut porter sur la détermination de l'applicabilité du traité et son champ d'appli- cation. Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 2016[175], la Cour de cassation suit un raisonnement factuel afin de décider qu'au regard des faits de l'espèce, la cour d'appel a exactement déduit qu'une organisation ne pouvait se voir appliquer l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle n'était pas une association au sens de cette stipulation, en raison de l'influence directe d'une personne publique sur son organisa- tion et son fonctionnement.

Cependant, certaines situations laissent peu d'espace au déve- loppement d'un contrôle concret de conventionnalité de la loi au regard de son objet et du litige. En effet, lorsque la loi se contente d'habiliter une autorité à produire du droit, sans encadrer précisément l'exercice de ce pouvoir par des règles de fond, la décision administrative prise sur le fondement de la loi ne constitue pas la mise en œuvre directe de la loi. En contentieux administratif, le Conseil d'État a clairement identifié ce type d'hypothèses à propos de la question connexe de l'épaisseur de l'écran législa- tif, lorsqu'un requérant invoque l'inconstitutionnalité d'un acte administratif sans déposer de QPC. En vertu de la théorie de l'écran législatif transparent[176], telle que reformulée récemment à propos des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement, « il incombe au juge administratif de vérifier, au vu de l'argumenta- tion dont il est saisi, si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les consé- quences nécessaires, n'ont pas

[175] Civ. 1re, 14 janv. 2016, no 14-26.443.

[176] CE, 17 mai 1991, Quintin, RD publ. 1991. 1429, concl. R. Abraham ; CE, 13 mars 1996, n° 138749, Gohin, Lebon p. 73 ; AJDA 1996. 699, note J. Mekhantar ; CE, 10 oct. 1997, n° 178956, Fédération nationale des experts-comptables, Lebon T. p. 634 et 1050 ; Dr. adm. 1998, comm. 67, obs. D.P. ; CE, 27 oct. 2011, n° 343943 et a., Confédération française démocratique du travail (CFDT) et autres, Lebon T. p. 743 et 1096 ; AJDA 2011. 2098. La Cour de cassation applique également la théorie de l'écran législatif transparent, v. Crim., 1er févr. 1990, Bull. n o 56 ; même solution : Crim. 29 oct. 1991, Bull. no 386.

Copyleft – Ius Publicum

elles-mêmes méconnu»[177] la Constitution. Bien qu'en matière de conventionnalité la question de l'écran législatif ne se pose pas, la grille de lecture offerte par la théorie de l'écran législatif transparent, à propos du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, permet de cerner les hypothèses dans lesquelles le juge exerce un contrôle de conventionnalité de la décision administrative sans que la loi soit directement concernée. Ainsi, lorsque l'administration dispose d'une marge d'appréciation importante et que l'acte administratif ne tire pas les conséquences nécessaires de la norme législative générale, l'examen de la conventionnalité n'a pas pour objet la disposition législative habilitant l'autorité administrative à produire un acte dont le contenu est laissé à sa libre apprécia-tion. Par exemple, dans les précédents déjà évoqués de contrôle concret qui découlent notamment de la jurisprudence *Belgacem*, le juge administratif contrôle directement la conventionnalité de la décision administrative d'expulsion pour déterminer si, concrètement au regard de la situation particulière de l'individu concerné, elle méconnaît la Convention européenne des droits de l'homme. La loi n'est pas non plus directement en cause lorsque le juge administratif estime contraire au traité le fait de refuser de mettre en œuvre une disposition législative, tel un arrêt du Conseil d'État du 19 mai 2017[178] relatif à la compétence du conseil départemental pour accorder l'indemnité due au tiers digne de confiance auquel un enfant mineur a été confié par l'autorité judiciaire.

[177] CE, 26 févr. 2014, n° 351514, *Association Ban Asbestos France*, Lebon T. p. 752 et 871 ; AJDA 2014. 476 ; *ibid.* 1566, note D. Deharbe ; RDI 2014. 331, obs. A. Van Lang. V. égal., CE, 12 juill. 2013, n° 344522, *Fédération nationale de la pêche en France et a.*, Lebon p. 192, concl. E. Cortot-Boucher ; AJDA 2013. 1479 ; *ibid.* 1737, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 104, obs. F. G. Trébulle ; AJCT 2013. 581, obs. M. Moliner-Dubost ; RFDA 2013. 1255, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; *ibid.* 2014. 97, concl. E. Cortot-Boucher ; *ibid.* 115, note J. Robbe.

[178] CE, 19 mai 2017, n° 406637, *Département de Mayotte*, AJDA 2017. 1087 ; AJ fam. 2017. 328 et les obs.

Copyleft – Ius Publicum

Par conséquent, si l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 et l'arrêt du 31 mai 2016 du Conseil d'État constituent une innovation, c'est précisément parce que le juge écarte la norme législative particulière qui découle de l'appli- cation du texte législatif à une situation individuelle. Le choix du juge de procéder à un contrôle concret de conventionnalité réintroduit une marge d'appréciation au profit des autorités d'application de la loi qui pourront logiquement faire échec à la volonté du législateur lorsque son application portera une atteinte disproportionnée aux droits issus du droit international et euro- péen. Ainsi, alors que le texte de loi semblait poser un interdit absolu, le contrôle concret introduit une marge d'appréciation.

En outre, la dissociation désormais possible entre contrôles abstrait et concret de la conventionnalité des lois renouvelle le débat sur une autre distinction entre le contrôle de la validité et de l'applicabilité de la loi. En effet, le contrôle concret semble à première vue assimilable à un contrôle de l'applicabilité de la loi au cas d'espèce : bien que la loi applicable pour résoudre le litige soit valide – en tant qu'elle est conventionnellement compatible –, elle ne peut être appliquée à certaines situations sans méconnaître des exigences conventionnelles. Pourtant, la distinction contrôle abstrait/concret ne peut se réduire à la distinction validité/applicabilité. D'abord en effet, si le contrôle concret est bien un contrôle de l'applicabilité de la loi, la ques- tion de l'applicabilité de la loi peut être résolue au terme d'un contrôle abstrait. Ainsi en est-il à chaque fois que, sans remettre en cause la validité d'une disposition législative, le juge résout des questions de champ d'application du traité ou relève que la loi est contraire à un engagement international en tant qu'elle s'applique à une situation régie par le droit de l'Union euro- péenne. Ensuite, si la validité de la loi n'est pas en cause dans le cadre du contrôle concret de conventionnalité et si les effets de ce contrôle sont limités à la situation propre à l'espèce, il reste que, d'une part, une situation identique, ou seulement ana- logue, pourrait justifier qu'un autre juge écarte l'application de la loi pour résoudre le litige dont il est saisi, et, d'autre part, la constatation de l'inconventionnalité de l'application de la loi à un cas particulier ne sera pas

Copyleft – Ius Publicum

dénuée de conséquences sur la loi elle-même : le fait même que la situation particulière de viola- tion excessive des droits conventionnellement garantis ait pu se produire invite à modifier, à compléter, à aménager le dispositif législatif pour éviter que se reproduise une telle situation. La loi n'est donc pas inconventionnelle en elle-même, mais elle est inconventionnelle en tant qu'elle a permis que se réalise concrè- tement une violation des droits fondamentaux protégés par un engagement international de la France.

L'office du juge de cassation est également affecté par le contrôle concret. En effet, à partir du moment où il est admis que l'application de la loi doit être écartée lorsqu'elle entraîne une violation disproportionnée des droits et libertés reconnus par une norme internationale ou européenne, se pose nécessai- rement la question de savoir si le juge de cassation se contentera d'exiger des juridictions du fond que le contrôle concret de la proportionnalité de l'atteinte aux droits soit réalisé ou si elle se saisira elle-même de ce contrôle. Autrement dit, si l'exigence d'un tel contrôle relève bien d'un moyen de cassation, la réali- sation, et donc le résultat, de ce contrôle doit-il être abandonné à l'appréciation souveraine des juridictions du fond ? Du côté du Conseil d'État, la chose est entendue : habitué à être juge du fond historiquement et s'agissant aujourd'hui de certains conten- tieux, il a comme une vocation naturelle à exercer le contrôle concret de conventionnalité de la loi. En outre, lorsqu'il est juge de cassation, il est fréquent qu'il statue lui-même au fond après avoir cassé l'arrêt d'appel. En dépit de la volonté aujourd'hui de recentrer sa mission sur son office de juge de cassation, le Conseil d'État se saisira aisément de l'appréciation concrète de la conventionnalité de la loi. La position de la Cour de cassation est plus délicate : se prononçant à propos du contrôle de pro- portionnalité en général, V. Vigneau relevait qu'il « existe un risque certain qu'en cherchant à exercer elle-même le contrôle de proportionnalité, elle ne soit conduite à rejuger non seule- ment le droit mais aussi les faits, et se voie dans l'obligation de mener des investigations, d'entendre les témoins, d'ordonner des expertises » et elle « ne disposerait dès lors plus du temps nécessaire pour exercer sa fonction première d'harmonisation de la règle de droit »,

Copyleft – Ius Publicum

de sorte qu'elle devrait limiter « son prétoire aux seules affaires présentant un intérêt général »[179], en méconnaissance de l'égalité des justiciables et donc des citoyens devant la loi. La spécificité de l'office de la Cour de cassation rend donc délicate la question du contrôle de la moti- vation des juges du fond : soit la Cour de cassation se contente d'un contrôle « léger » en vérifiant que les juges du fond ont effectué la pesée des intérêts en présence et si cette pesée ne viole pas le traité ; soit elle effectue elle-même cette mission et substitue sa propre appréciation des faits au terme d'un contrôle dit « lourd », ce qui suppose que la Cour de cassation ne soit pas seulement juge du droit mais aussi juge du fait. Les décisions rendues jusqu'à présent oscillent entre ces deux voies[180].

L'intensité du contrôle concret de conventionnalité des lois est également incertaine, bien que ce nouvel office pourrait per- mettre – enfin! – d'abandonner une dichotomie réductrice entre un contrôle de conformité qu'impliquerait le contrôle de consti- tutionnalité, et un contrôle de compatibilité que supposerait dans tous les cas le contrôle de conventionnalité. Entretenue par des arrêts emblématique[181], diffusée par la doctrine universitaire et juridictionnelle[182], l'indexation du niveau d'intensité du contrôle en fonction

[179] V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*

[180] F. Chénedé « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité in concreto », D. 2017. 953.

[181] CE, 5 janv. 2005, n° 257341, *Deprez, Baillard*, Lebon p. 1 ; AJDA 2005. 845, note L. Burgorgue-Larsen ; D. 2005. 521 ; RFDA 2005. 56, étude B. Bonnet ; RTD civ. 2005. 561, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2006. 183, note A. Ondoua ; *ibid*. 301, chron. D. Ritleng.

[182] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33 ; C.M, F.D, Y.A, « Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », AJDA 2001. 91 ; J.-M. Favret, « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », AJDA 2001. 727 ; G. Canivet, « Le droit communautaire et le juge national ou comment un demi-siècle d'application du droit

Copyleft – Ius Publicum

de l'origine constitutionnelle ou conventionnelle de la norme de référence ne résistait déjà pas à la confrontation avec la réalité de la jurisprudence[183]. Bien évidemment, l'intensité du contrôle exercé sur la loi dépend du niveau d'exigence et de pré- cision de la norme de référence, des choix interprétatifs du juge, mais également de l'objet législatif contrôlé. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de questions sensibles sur le plan « sociétal » ou éthique, il rappelle qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement, et la présentation de ce « totem anti-gouvernement des juges » induit inévitablement l'exercice d'un simple contrôle de compatibilité. Réciproquement, lorsque la Cour de cassation écarte l'application de la loi sur la garde à vue, le contrôle de conventionnalité fran- chit les frontières du simple contrôle de compatibilité[184]. Dans cette perspective, le contrôle concret de conventionnalité des lois suivra très certainement la voie tracée par le contrôle abstrait de conventionnalité. En présence d'une norme de référence exi- geante, d'une marge d'appréciation faible pour le législateur ou d'un risque de conséquences substantielles et irréversibles pour le justiciable, comme dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* tranchée par le Conseil d'État, le contrôle sera intense et souvent proche d'un contrôle plein et entier de proportionnalité. Mais, une fois encore, le contrôle concret n'est pas synonyme de contrôle de propor- tionnalité et il est théoriquement envisageable qu'un contrôle restreint de la mise en œuvre de la loi soit exercé sur le fonde- ment du traité. En ce sens, la Cour de cassation n'a pas poussé à l'extrême l'intensité de son contrôle

communautaire a libéré le juge judiciaire français de deux siècles de soumission absolue à la loi interne », *in* D. Simon (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 81.

[183] Dans le même sens, v. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF 2015, chron. no 08, www.revuedlf.com.

[184] Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049 et al.

Copyleft – Ius Publicum

dans les contentieux relatifs à plusieurs volets du droit de la famille[185]. Autre incertitude, comment coordonner les contrôles abstrait et concret de la conventionnalité des lois ? Si la logique suivie est celle de l'arrêt *Gonzalez-Gomez* du Conseil d'État[186], appuyée par les déclarations du vice-président du Conseil d'État[187], le contrôle concret est un contrôle subsidiaire qui ne peut intervenir qu'après un constat de non-violation abstraite du traité par la loi. La Cour de cassation utilise également cette forme de priorité d'examen au profit du contrôle abstrait, de manière explicite depuis l'arrêt du 9 novembre 2016[188]. Les deux contrôles – abs- trait et concret – seront donc la plupart du temps indissociables: l'issue de l'un déterminant partiellement l'issue de l'autre. C'est aussi ce qu'exprime A. Bretonneau dans ses conclusions sur l'affaire *Gonzalez-Gomez* lorsqu'elle décèle « une virtualité de méconnaissance de l'article 8 à raison de l'infinie diversité des situations que l'interdit est susceptible de couvrir, tout en peinant, compte tenu de cette diversité même, à reprocher au législateur de ne pas avoir tout anticipé »[189]. La généralité des termes de la loi posant une règle absolue permet au juge d'identifier « un risque d'inconventionnalité » au stade du contrôle *in abstracto* ; la légitimité de la règle, en ce qu'elle poursuit une finalité d'inté- rêt

[185] Civ. 1re, 6 juill. 2016, no 15-19.853 ; Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507.

[186] En ce sens, A. Bretonneau « Conclusions sur CE, ass., 31 mai 2016, *Gomez-Gonzalez* », *op. cit.* Plus clairement encore, L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *op. cit.* : « ce n'est que si la loi n'est pas totalement ou en partie inconventionnelle qu'une seconde chance est donnée au moyen du requérant, le juge acceptant de faire une sorte d'exception à la conventionnalité de la loi si les conséquences de son application au cas de l'espèce sont si excessives et singulières que la convention s'en trouve méconnue ».

[187] Pour J.-M. Sauvé, le contrôle abstrait demeure « une étape indispensable et nécessaire », in Le Conseil d'État et le droit européen et international, 26 oct. 2016, Tokyo, disponible sur www.conseil-etat.fr.

[188] Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, Dans le même sens, v. Civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

[189] A. Bretonneau, *op. cit.*

Copyleft – Ius Publicum

général, justifie tout à la fois qu'elle soit maintenue dans son principe à l'issue du contrôle abstrait, mais écartée exceptionnel- lement à l'issue du contrôle concret.

Pourtant, la jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point. Ainsi, la Cour de cassation s'est d'ores et déjà permis d'inverser l'ordre ainsi théoriquement établi. Dans un arrêt du 7 décembre 2016, elle se prononce en premier lieu «sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé par la mesure de confiscation de tout ou partie du patrimoine, au regard de sa situation personnelle et de la gravité concrète des faits[190]», et seulement en second lieu sur la conven- tionnalité abstraite des dispositions du code pénal relatives à la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens des personnes coupables d'un trafic de stupéfiants.

De plus, l'articulation du caractère abstrait ou concret du contrôle de conventionnalité des lois ne pourra se comprendre sans une contextualisation des affaires au regard de la demande du justiciable et du contenu des griefs invoqués. Sur la question du caractère d'ordre public de ce type de grief, la Cour de cassation accepte de manière générale de relever d'office un grief tiré de la violation d'un traité[191]; la même position devrait logiquement prévaloir à propos du contrôle concret de conventionnalité des lois. D'ailleurs, dans l'arrêt du 4 décembre 2013[192] relatif à l'an- nulation du mariage entre un beau-père et sa bru, la Cour de cas- sation avait relevé d'office la violation de l'article 8 de la Conven- tion européenne des droits de l'homme. En revanche, le refus du Conseil d'État

[190] Crim., 7 déc. 2016, no 15- 85.136.

[191] Soc., 16 déc. 2008, no 05-40.876 ; Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

[192] Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

Copyleft – Ius Publicum

de relever d'office la violation du traité par la loi[193] devrait s'appliquer également dans le cadre du contrôle concret.

En l'état, de nombreuses affaires récentes, mettant en cause la conventionnalité de la loi, sont résolues au terme d'un contrôle seulement abstrait, tant devant le Conseil d'État[194] que devant la Cour de cassation[195] et les juges du fond[196]. Il arrive également que les deux contrôles soient indistinctement mêlés sans que le juge affiche une quelconque dissociation[197], ou encore que le constat de la conformité abstraite de la loi éteigne aussitôt toute contestation sur la présence d'une violation concrète du traité[198]. La dissociation entre

[193] CE, sect., 11 janv. 1991, n° 90995, *SA « Morgane »*, Lebon p. 9 ; AJDA 1991. 149 ; *ibid*. 111, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; RFDA 1991. 652, concl. M.-D. Hagelsteen.

[194] CE, 23 déc. 2016, no 395091, Ligue des droits de l'homme, préc.

[195] Civ. 2e, 15 sept. 2016, no 15-22.346 : la Cour de cassation examine seulement de manière abstraite la conformité d'une disposition du code de la sécurité sociale : «en précisant ainsi, selon un critère purement objectif, le champ d'application d'une mesure d'exonération ou de réduction des cotisations dues par l'employeur aux fins d'allégement du coût du travail des entreprises recourant à une main-d'œuvre faiblement rémunérée, ces dispositions n'introduisent dans l'exercice du droit au respect des biens garanti par l'article 1er du Protocole additionnel no 1 aucune discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

[196] Sur un contrôle abstrait du régime législatif de compensation du handicap en fonction des besoins des enfants handicapés sur le fondement de la Conv. EDH et du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques, v. Bastia, ch. civ. a, 3 mai 2017, no 15/00435, disponible sur www.doctrine.fr.

[197] Aix-en-Provence, 3e ch. b, 11 mai 2017, no 15/13588, disponible sur www.doctrine.fr.

[198] Le constat de la conformité abstraite de l'art. 526 du code de procédure civile en matière d'exécution provisoire, au regard de l'art. 6, § 1, de la Conv. EDH, suffit à établir que les requérants n'ont pas subi en l'espèce de conséquences manifestement excessives v. Paris, 11 mai 2017, no 16/17854, disponible sur www.doctrine.fr.

Copyleft – Ius Publicum

les contrôles abstrait et concret n'est donc pas toujours stricte et étanche[199], tout dépend des éléments juri- diques et factuels de l'espèce ainsi que des arguments invoqués par le justiciable. En revanche, si le justiciable n'argumente que sur la dimension concrète de la violation en l'espèce par la loi du traité, il est envisageable que les juges de la conventionnalité exercent tout de même au préalable, de manière plus ou moins explicite, un contrôle abstrait de la loi. Autre cas de figure poten- tiel, un grief pourra être utile pour le contrôle abstrait sans l'être pour le contrôle concret. Prenont comme illustration un contrôle de conventionnalité des dispositions législatives relatives aux modalités de don de sang de cordon, demandé par une femme se plaignant de ne pas avoir pu confier à une entreprise le soin de conserver ce sang : le contrôle abstrait de cette loi supposerait nécessairement d'évaluer les limitations à la liberté d'entreprendre des sociétés privées, sans que ce grief puisse, dans cette espèce, faire l'objet d'une évaluation concrète dès lors que la requérante n'est pas concernée par une atteinte à la liberté d'entreprendre.

D'autres incertitudes sur les implications de la concrétisation pourraient être évoquées, comme par exemple le régime de res- ponsabilité du fait de la loi contraire au traité, dont les contours faisaient déjà l'objet de discussions doctrinales[200]. Selon que le dommage subi du fait de la violation du traité a pour origine le législateur ou l'autorité administrative responsable de la mise en œuvre particulière de la loi, selon que le contrôle concret porte sur un interdit général et absolu ou sur l'utilisation par une autorité habilitée d'une certaine marge appréciation, le régime de responsabilité pourrait varier, d'autant que

[199] En ce sens, P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, préc.

[200] CE, ass., 8 févr. 2007, nº 279522, *Gardedieu*, préc.

Copyleft – Ius Publicum

le contrôle concret permet de faire émerger un préjudice spécial issu de l'application particulière de la loi à un cas d'espèce donné.

En l'état actuel de la jurisprudence, les contrôles abstrait et concret de conventionnalité de la loi ne sont donc pas toujours exercés dans une même affaire, l'ordre et donc la hiérarchie entre ces contrôles privilégiant le contrôle abstrait, mais ce n'est pas systématique, et en toute hypothèse le juge de la conventionnalité est contraint par l'objet de la demande ainsi que par le type de recours exercé.

3.2. *Les incertitudes concernant l'office du juge de la constitutionnalité des lois.*

Si le contrôle de constitutionnalité des lois a franchi un cap dans le degré de concrétisation de l'office du Conseil constitu- tionnel, certaines limites demeurent en l'état actuel du cadre pro- cédural. Les caractéristiques abstraites et objectives du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, ainsi que le caractère géné- ral et absolu de l'effet abrogatif des décisions de non-conformité en QPC, ne sont pas les plus adaptées pour prendre en considé- ration les faits de l'espèce. De même, un justiciable est en droit d'invoquer la violation de droits et libertés constitutionnels dont il n'est pas personnellement affecté, à l'image de la contestation en QPC par une entreprise de la loi relative au don de sang de cordon[201]: alors que seule la liberté d'entreprendre du requérant était affectée, le caractère abstrait et objectif du mécanisme de la QPC a entraîné un débat constitutionnel centré sur la liberté individuelle et la protection de la santé. La dimension objective du contrôle de constitutionnalité nourrit sa dimension abstraite et nuance le mouvement de concrétisation.

[201] Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC.

Copyleft – Ius Publicum

Le mouvement de concrétisation du contrôle de constitution- nalité est en outre structurellement limité dès lors que le Conseil constitutionnel doit composer, dans une certaine mesure, avec ses partenaires judiciaire et administratif. Ainsi, l'effet de la concrétisation récente des réserves d'interprétation dépend de leur niveau de réception par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Car, tout en respectant les principes généraux d'une réserve d'inter- prétation, la détermination exacte de sa portée et de son champ d'application laisse fréquemment une marge d'appréciation à ses destinataires. Le Conseil constitutionnel est donc forcé d'envisa- ger de manière concertée la concrétisation de son office. Les pre- miers cas d'application confirment cette nécessité, telles les suites de la décision du Conseil constitutionnel sur la prolongation des assignations à résidence. Appelé à mettre en œuvre les réserves d'interprétation concrètes posées dans la décision du 16 mars 2017[202], le Conseil d'État en référé prend, quelques semaines plus tard, de la distance et use de son pouvoir d'interprétation pour assouplir la portée de la décision du Conseil constitutionnel[203]. Face aux limites du mouvement de concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois, le débat se porte alors sur deux questions de prospective juridique: le Conseil constitutionnel va-t-il choisir de renforcer ce mouvement et donc d'en repousser les limites ? Si oui, quelles possibilités s'offrent à lui?

Sur le premier aspect, à moins d'une réforme textuelle d'ampleur, tout dépendra du positionnement institutionnel que le Conseil constitutionnel choisira d'adopter. Un dilemme se présente en effet à lui. Soit le Conseil constitutionnel préserve au maximum les spécificités de son office en pariant sur l'attrac- tivité d'une offre

[202] Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC.

[203] CE, ord., 25 avr. 2017, n° 409677, M. A… B…, AJDA 2017. 840 ; CE, ord., 25 avr. 2017, no 409725, M. D. V., A. Roblot-Troizier, « Chronique de jurisprudence- Droit administratif et droit constitutionnel », RFDA 2017. 561.

Copyleft – Ius Publicum

contentieuse originale, fondée historiquement sur le caractère abstrait et objectif, en jouant ainsi une stratégie d'évitement de la concurrence au profit d'une logique de complémentarité. Soit le Conseil constitutionnel développe encore davantage les éléments de concrétisation de son office, afin d'affronter directement la concurrence du contrôle de conven- tionnalité. Le risque de la première option est de se complaire dans un splendide isolement au point de subir un délaissement progressif de la part du justiciable. Le risque de la seconde option est de banaliser le contrôle de constitutionnalité concret au point de devenir redondant et donc inutile au regard des intérêts que présente le contrôle de conventionnalité, sauf à réussir le coup de force d'une transformation à terme du Conseil constitutionnel en véritable Cour constitutionnelle surplombant les juridictions judiciaires et administratives. Évidemment, un compromis entre les deux branches de cette alternative n'est pas à exclure, c'est d'ailleurs probablement l'état actuel de la situation. En gardant néanmoins à l'esprit une nuance importante souvent omise: la garantie constitutionnelle des droits et libertés n'est pas identique à la garantie conventionnelle, que ce soit au regard de l'énoncé des normes de référence ou de leur régime juridique. Dès lors, en présence d'une garantie seulement assurée par le contrôle de constitutionnalité, le justiciable sera toujours incité à utiliser le mécanisme de la QPC. Réciproquement, en présence d'une garantie protégée uniquement par une norme conventionnelle, seul le contrôle de conventionnalité sera réellement utile.

Sur le second aspect, à supposer que le Conseil constitutionnel développe encore davantage les aspects concrets de son office, plusieurs voies pourraient être empruntées afin de favoriser une telle logique. En demandant officiellement au justiciable de lui communiquer l'ensemble des pièces liées au litige principal, ou en sollicitant occasionnellement des pièces complémentaires sur l'effet en l'espèce de la disposition législative contestée, l'instruc- tion des dossiers QPC pourrait se nourrir davantage de considéra- tions concrètes. L'état actuel de la loi organique et du règlement intérieur sur la procédure QPC ne l'interdisent d'ailleurs pas. La prise en compte des faits pourrait aussi se

Copyleft – Ius Publicum

réaliser, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, grâce à un contrôle plus intense de la nécessité d'une mesure au regard de l'effet attendu, à travers une utilisation efficace de l'étude d'impact[204].

Il est également théoriquement envisageable que le Conseil constitutionnel se convertisse à la position de la Cour de cassa- tion en tant que juge du filtrage des QPC, qui ajoute un critère relatif à « l'incidence sur le litige », « l'influence sur l'issue du litige » ou « l'intérêt » pour le justiciable à contester en l'espèce la constitutionnalité de la loi[205]. Bien que ce critère constitue un frein aux renvois de QPC, un tel lien entre l'issue du litige principal et la loi contestée se retrouve dans les mécanismes de question de constitutionnalité en Italie ou en Espagne[206]. Comme en Italie, il est également envisageable que le Conseil consti- tutionnel contraigne la Cour de cassation et le Conseil d'État à davantage motiver leur décision de renvoi, sous peine d'ir- recevabilité. Précisée dans sa motivation, la décision de renvoi pourrait se nourrir d'éléments factuels, en plus de considérations abstraites, qui renforceraient la dimension concrète du contrôle ensuite exercé. Parallèlement, le Conseil constitutionnel pourrait à son tour choisir d'assumer dans

[204] B.-L. Combrade, L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2017 ; T. Perroud, « L'état d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel », http://blog.juspoliticum. com, 31 juill. 2017.

[205] V. par ex., Crim., 9 mai 2012, no 12-81.242 ; Civ. 2e, 10 avr. 2014, no 13-24.746 ; Civ. 2e, 2 avr. 2015, n o 14-24.941. Le Conseil d'État semble moins exigeant sur ce point, en dépit de quelques arrêts isolés, v. par ex., CE, 19 janv. 2011, no 343389, préc.

[206] En Italie, la question incidente de constitutionnalité est renvoyée à la Cour constitutionnelle « dans le cas où le jugement ne peut être rendu indépendam-ment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle » (art. 27 de la loi du 11 mars 1953), En Espagne, le juge chargé de renvoyer une question de constitutionnalité doit notamment « préciser ou justifier dans quelle mesure la solution du procès dépend de la validité de la norme en question », v. P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », Pouvoirs, 2011/2 (no 137), p. 123.

Copyleft – Ius Publicum

la motivation de ses décisions l'incidence des faits généraux, du contexte juridique et factuel, voire des faits de l'espèce[207]. Une illustration théoriquement transposable en France, sous réserve du respect du délai de juge- ment, est offerte par la Cour constitutionnelle belge, qui peut, par un renvoi avant jugement de la question au juge *a quo*, solliciter des éclaircissements sur la pertinence de la question posée ou sur la réalité de l'application de la Constitution au cas d'espèce[208]. Déjà largement ouverte, la procédure d'intervention devant le Conseil constitutionnel en QPC pourrait connaître un regain de concrétisation si, par exemple, le Défenseur des droits demandait régulièrement à intervenir afin de verser au dossier des éléments pratiques sur la mise en œuvre de la loi.

Un autre levier de concrétisation est potentiellement envisageable: le justiciable devrait pouvoir contester une disposition législative sur un autre fondement constitutionnel que celui à l'origine de la déclaration de conformité, sous réserve du carac- tère sérieux de la nouvelle prétention ainsi formulée. En l'état actuel, le contrôle de constitutionnalité est réputé avoir épuisé tous les griefs possibles et, sauf changement de circonstances, la disposition législative ne pourra plus être contestée. En privilé- giant autant la sécurité juridique, envisagée de manière abstraite et objective, le Conseil constitutionnel néglige les risques de violations concrètes des droits et libertés constitutionnels et se heurte à des critiques parfaitement fondées[209]. Dès lors qu'un esprit de concrétisation anime de plus en

[207] Sur la pratique suivie en Italie, v. G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », Cah. Cons. const. no 22, 2007, p. 153 ; F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », Nouv. Cah. Cons. const., no 42, 2014, p. 89.

[208] Sur l'ensemble de cette question, v. M. Verdussen, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique», Mélanges en l'honneur du président Genevois, Paris, Dalloz, 2008, p. 1079.

[209] P. Wachsmann, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois, Le Conseil constitutionnel gardien des libertés publiques ? », Jus Politicum, vol. IV, 2012, p. 229 ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en

Copyleft – Ius Publicum

plus la rue de Mont- pensier, il est probable – et souhaitable – qu'une souplesse soit introduite en la matière. Aucun droit à la contestation permanente de la loi ne serait créé, puisque le juge du filtrage évaluerait le caractère sérieux de la question fondée sur d'autres griefs que ceux à l'origine de la décision de conformité. Un signe favorable dans le sens d'une pareille évolution est donné par les décisions du 7 juillet 2017[210] dans lesquelles le Conseil constitutionnel accepte de réexaminer des dispositions législatives, en créant une nouvelle hypothèse de changement de circonstances liées à la difficulté dans la détermination du champ d'application d'une réserve d'interprétation, qui affecte la portée de la disposition législative critiquée. En concédant que la décision de conformité sous réserve ne vaut pas pour l'ensemble des configurations normatives de la disposition contestée et peut donner lieu à une nouvelle QPC visant un cas particulier d'application de la loi, il est envisageable que le Conseil constitutionnel ouvre la voie à une remise en cause de l'impossibilité de contester à nouveau une loi sur le fondement d'un grief nouveau.

Le filtrage des QPC s'orienterait alors davantage encore vers une pratique pour l'instant discrète : les renvois « en tant que ». Bien que le Conseil constitutionnel soit parfois saisi de ce type de questions et censure des dispositions législatives en tant par exemple qu'elles créent une discrimination injustifiée dans certaines situations[211], l'usage

question », RD publ. 2013. 107 ; A. Vidal-Naquet, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. Gay (dir.), La QPC. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 175.

[210] Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, no 2017-643/650 QPC.

[211] Cons. const., 25 mars 2011, no 2011-108 QPC : « que, dans le cas où deux lits au moins sont représentés par un ou plusieurs orphelins, la division à parts égales entre les lits quel que soit le nombre d'enfants qui en sont issus conduit à ce que la part de la pension due à chaque enfant soit fixée en fonction du nombre d'enfants issus de chaque lit ; que la différence de traitement qui en résulte entre les enfants de lits différents n'est pas justifiée au regard de l'objet de la loi qui vise à compenser, en cas de décès d'un

Copyleft – Ius Publicum

reste modéré. Le Conseil consti- tutionnel est davantage saisi de griefs « en tant que ne pas », à l'origine de plusieurs décisions[212]. Bien que les questions « en tant que » ou « en tant que ne pas » mélangent des considérations abstraites et concrètes[213], le développement de ce contentieux pousserait davantage le Conseil constitutionnel vers l'analyse de la loi telle que mise à l'épreuve de la vie juridique et factuelle, vers les conséquences concrètes d'un régime juridique lacunaire.

En ce qui concerne l'effet de ses décisions, le Conseil constitutionnel pourrait profiter des largesses de l'article 62 de la Constitution qui lui permet de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Avec pour seule limite l'ima- gination du Conseil constitutionnel, tant la contrainte sémantique de cette disposition est faible, il n'est pas exclu que de nouvelles formes de décisions voient le jour, inspirées en ce sens par la richesse des mécanismes équivalents en droit comparé[214]. Après avoir créé les abrogations assorties d'injonctions à l'attention du législateur ou des juges, les normes transitoires ou les abroga- tions de date à date, pour ne prendre que quelques illustrations, le Conseil constitutionnel pourrait émettre de manière assumée des réserves d'interprétation imposant de ne pas

fonctionnaire, la perte de revenus subie par chacun de ses ayants cause ; que, par suite, l'article L. 43 doit être déclaré contraire à la Constitution ».

[212] V. par ex., Cons. const., 22 mai 2013, n° 2013-312 QPC ; Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-358 QPC ; Cons. const., 6 févr. 2014, n° 2013-365 QPC ; Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-433 QPC ; Cons. const., 29 janv. 2015, n° 2014-446 QPC.

[213] M. Disant, Droit de la question prioritaire de constitutionnalité, Lamy, 2011, p. 313.

[214] V. les nombreuses contributions sur l'Espagne et l'Italie rassemblées in L. Gay (dir.), La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, op. cit.

Copyleft – Ius Publicum

appliquer la disposition législative dans certaines situations. Par ces réserves d'interprétation « en tant que », le Conseil constitutionnel don- nerait en pratique un effet relatif à sa décision en visant au plus précis et au plus juste. De même, au chapitre des conséquences des décisions du Conseil constitutionnel envisagées dans une dimension concrète, il est possible et souhaitable que le Conseil constitutionnel pose les jalons d'un régime de responsabilité du fait de la loi en ce qu'elle cause un préjudice né de la violation de la Constitution[215].

3.3 Les incertitudes concernant la coordination des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité

Le mouvement de concrétisation des contrôles de conven- tionnalité et de constitutionnalité de la loi aura forcément des implications sur la coordination mutuelle de ces deux contrôles. Avec tout d'abord une configuration inédite mais à peu près inévitable : une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, abstraitement conforme au traité par le juge de la conventionnalité, mais dont la mise en œuvre concrète

[215] V. déjà en ce sens, TA Paris, 7 févr. 2017, n° 1505725/3-1, Société Paris Clichy, AJDA 2017. 698, concl. F. Doré ; ibid. 545, tribune M. Disant : « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée devant le juge administratif pour réparer les préjudices qui résultent de l'application d'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel statuant dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution, sous réserve que cette décision, qui s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en application de l'article 62 de la Constitution, n'ait pas exclu toute indemnisation », Dr. adm. no 6, juin 2017, comm. 30, G. Eveillard. Sur cette question, v. M. Disant, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », RFDA 2011. 1181 ; O. Desaulnay, « La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle : l'inévitable pas de deux du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », Mélanges Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 792 ; A. Blandin, La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure, Dalloz, 2016. Sur l'état de la question en Belgique, v. M. Verdussen, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution » in D. Renders (dir.), La responsabilité des pouvoirs publics, Bruylant, 2016, p. 395.

Copyleft – Ius Publicum

entraîne une violation du traité qui nécessite de ne pas l'appliquer dans un cas particulier. Les juges de la conventionnalité disposent ainsi d'un outil précieux pour atténuer l'abstraction de la décision du Conseil constitutionnel, le tout sans créer un conflit direct, du moins en apparence, dès lors que les deux contrôles se rejoindraient sur la conformité abstraite de la loi. Les juridictions judiciaires ont d'ores et déjà été appelées à répondre à ce type de grief, sans toutefois conclure à une violation concrète du traité. Un arrêt du 6 juillet 2016[216] de la Cour de cassation rendu à propos de la suppression des offices d'avoués contrôle l'examen par la cour d'appel du grief tiré de la violation de l'article 1er du Protocole no 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, de manière abstraite mais également de manière concrète au regard de la situation du requérant. Or la disposition contestée issue de la loi du 25 janvier 2011 avait été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Le grief de conventionnalité avait donc pour objectif d'obtenir une indem- nisation que le Conseil constitutionnel avait refusée en annulant une partie du dispositif. Bien que la Cour de cassation prenne soin de citer la décision du Conseil constitutionnel, ce qui n'est habi- tuellement pas le cas, et conclue à la non-violation de la Conven- tion, l'office du juge de la conventionnalité n'est pas amputé par la décision du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, d'autres contentieux sur cette question ont été tranchés par plusieurs arrêts de cours d'appel et l'examen de conventionnalité est mené avec précision, d'abord de manière abstraite, ensuite de manière concrète[217]. La spécialisation formelle des contrôles et l'absence de hiérarchie formelle entre eux laisse ouverte la possibilité d'une dissonance de solutions, sans que l'on puisse parler ici de conflit en raison de la différence de nature des questions tranchées.

[216] Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-17.346, D. 2016. 1575.

[217] CA Paris 16/13140 ; disponibles sur www.doctrine.fr.

Copyleft – Ius Publicum

La relation entre les décisions en conventionnalité et le filtrage des QPC devrait également être renouvelée par le mou- vement de concrétisation. Auparavant, lorsqu'une disposition législative n'avait pas été renvoyée au Conseil constitutionnel pour défaut de caractère sérieux, le juge de la conventionna- lité pouvait ensuite exercer un contrôle abstrait qui concluait en pratique au même constat de non-violation. Désormais, le contrôle de conventionnalité peut aussi être concret et donc aboutir, sans démentir ouvertement la décision de non-renvoi au Conseil constitutionnel, à un constat de violation en l'espèce. Ce potentiel est confirmé par un arrêt de la chambre criminelle du 1er février 2017[218] exerçant un contrôle concret de l'application de dispositions législatives qui avaient fait l'objet d'une décision QPC de non-renvoi quelques mois plus tôt[219]. Un arrêt de la première chambre civile du 6 juillet 2016[220] examine également, de manière abstraite et concrète, au terme d'une motivation fournie, la conformité de l'article 333 du code civil au regard de la Convention européenne des droits de l'homme alors que la Cour de cassation avait refusé en 2011[221] de renvoyer une QPC contestant cette même disposition.

Les juges devront également régler la question des moda- lités de filtrage des QPC concernant des dispositions législa- tives ayant fait antérieurement l'objet d'un contrôle concret de conventionnalité. Comment seront traitées, par la Cour de cassation et le Conseil d'État, des QPC visant l'article 161 du code civil, à l'origine de l'arrêt de principe du 4 décembre 2013, et l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, objet de l'arrêt

[218] Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511.

[219] Crim., 30 mars 2016, n° 15-84.511.

[220] Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.853.

[221] Civ. 1re, 24 févr. 2011, n° 10-40.068.

Copyleft – Ius Publicum

Gonzalez-Gomez ? Ces deux dispositions ont été jugées abstraitement conformes au traité, mais leur mise en œuvre par- ticulière a conduit à ne pas en faire application en raison d'une violation concrète de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En posant une QPC à l'encontre de ces dispositions législatives, le justiciable pourrait solliciter un renvoi « en tant que », en insistant sur les cas problématiques de mise en œuvre de la loi. L'objectif étant d'obtenir de la part du Conseil constitutionnel une déclaration de non-conformité ou une réserve d'interprétation visant à anticiper et encadrer les cas litigieux de mise en œuvre de la loi. Ainsi, l'hypothèse d'un développement des décisions « en tant que » du Conseil consti- tutionnel, ainsi qu'un enrichissement de l'effet des réserves d'interprétation, se confirmerait. Par exemple, si le Conseil constitutionnel était saisi en QPC de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique à l'origine de l'arrêt *Gonzalez-Gomez*, il pourrait adopter une réserve d'interprétation visant à ne pas faire application de l'interdiction de l'insémination *post-mortem* en cas de circonstances particulières susceptibles de porter une atteinte irréversible et manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. Ce serait évidemment audacieux au regard du caractère général et absolu de l'interdic- tion contenue dans les mots de la loi ainsi réécrite, la solution la plus classique consistant à prononcer une abrogation différée et à laisser le Parlement prévoir les aménagements au principe de l'interdiction. Mais le Conseil constitutionnel n'en serait pas à son premier coup de force – ou d'éclat, c'est selon – quant à l'effet accordé à ses décisions.

La notion de changement de circonstances permettant de surmonter une déclaration de conformité à la Constitution pour- rait également être affectée. Les juges de la QPC pourraient être davantage sensibles aux circonstances de fait, dès lors que leur office de juge de la loi se concrétise de manière générale. Un constat de non-conformité de la loi au traité en conventionnalité pourrait également constituer un changement de circonstances justifiant le réexamen de la question par le Conseil constitution- nel : c'est la solution retenue par la Cour de cassation à propos du changement de circonstances

Copyleft – Ius Publicum

découlant d'un arrêt de la CEDH[222]. Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi recèle donc de nombreuses incertitudes ainsi que des leviers d'action importants. Une clarification semble donc nécessaire au regard des enjeux substantiels qui se concentrent sur cette question.

3.4 La clarification nécessaire de la concrétisation

Face aux troubles provoqués par le mouvement de concréti- sation du contrôle de la loi, le juge doit relever un défi : rendre identifiable et acceptable cette nouvelle technique contentieuse du contrôle de la loi, afin que l'ensemble des acteurs juridiques se l'approprient. La nécessaire clarification du mouvement de concrétisation suppose l'enrichissement et l'harmonisation de la motivation des décisions, voire la consécration d'une proposition doctrinale: celle de la règle du précédent équivalent associée au principe de faveur. L'ensemble de ces éléments conduit à replacer le mouvement de concrétisation dans une réflexion plus globale sur la montée en puissance des éléments contextuels dans le contrôle juridictionnel de la loi.

Une motivation enrichie

La concrétisation du contrôle de la loi n'est pas sans consé- quence sur la motivation des décisions de justice. Par construc- tion, lorsque le juge prend en compte des éléments de fait pour apprécier la constitutionnalité ou la conventionnalité d'une norme, ces éléments apparaissent dans les motifs pour mieux justifier le dispositif : la

[222] Crim., 20 août 2014, no 14-80.394 ; Crim., 19 déc. 2014, no 14-90.043.

Copyleft – Ius Publicum

concrétisation s'accompagne donc presque mécaniquement d'une motivation enrichie[223]. Lorsque le juge se livre au contrôle concret de la loi pour *in fine* considé- rer qu'elle ne sera pas applicable en l'espèce, « il doit largement expliciter son raisonnement, qui ne découle plus de la loi ou de la confrontation de normes abstraites » : à cette fin, le juge doit « indiquer l'objectif poursuivi par chaque norme, la portée des droits et intérêts en cause ainsi que la mesure des atteintes ; il doit s'interroger de façon approfondie sur les conséquences de sa décision, documenter son expertise, faire état des données statistiques et scientifiques pertinentes pour éclairer son choix, décrire méticuleusement chaque pesée et justifier sa conclu- sion »[224]. Sans aller jusqu'à ce degré de détails de justification, les décisions de justice représentatives du contrôle *in concreto* sont en général plus motivées.

Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle « concrétisé » de la loi, il motive davantage. En témoignent les décisions dans lesquelles il formule des « réserves d'interprétation concrètes », telle celle relative aux conditions de prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an dans laquelle il précise les circonstances de fait de nature à la justifier. De même, la décision *Association en marche !* est motivée de manière plus substantielle que d'autres afin de justifier tout à la fois l'inconstitutionnalité de la disposition législative au regard du contexte politique résultant des élections présidentielles et le maintien en vigueur d'une disposition législative amendée pour tenir compte de ce même contexte.

[223] L'expression figure dans le Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, www.courdecassation.fr.

[224] L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas ?* », AJDA 2016. 1398, préc.

Copyleft – Ius Publicum

L'arrêt *Gonzalez-Gomez* est motivé avec précision, le Conseil d'État prenant soin d'expliciter les raisons de droit et de fait qui le conduisent à écarter la loi en l'espèce. La décision s'inscrit ainsi dans la lignée des arrêts pédagogiques, richement motivés, comme il en existe de plus en plus souvent dans la jurisprudence du Conseil d'État, particulièrement lorsqu'il s'agit de justifier une évolution ou un revirement de jurisprudence. Sans faire l'économie de cette motivation enrichie accom- pagnant le contrôle concret de la conventionnalité de la loi, les arrêts de la Cour de cassation, on l'a dit, n'ont pas toujours été d'une parfaite limpidité, mais la dichotomie contrôle abstrait/ contrôle concret adoptée par le Conseil d'État et reprise ensuite par la Cour de cassation l'oblige à une motivation plus précise.

Ce lien entre concrétisation du contrôle de la loi et motivation des décisions de justice explique sans doute la concomitance des réflexions se rapportant à l'une et à l'autre. On ne saurait dire si les réflexions sur la motivation des décisions de justice, menées tant au Conseil d'État[225] qu'à la Cour de cassation[226] et, dans une moindre mesure, au Conseil constitutionnel[227], sont à l'origine du mouvement de concrétisation des contrôles de la loi ou si au contraire, au moins s'agissant de la Cour de cassation, la concrétisation du contrôle de la loi et la place prise par le principe de proportionnalité ont conduit à mener une

[225] V. Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives, avr. 2012, www.conseil-etat.fr.

[226] V. Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, www.courdecassation.fr.

[227] La rédaction des décisions du Conseil constitutionnel a évolué à compter du 10 mai 2016 (Cons. const., no 2016-539 QPC et no 2016-540 QPC). L'objectif était d'en simplifier la lecture en supprimant la rédaction sous forme de « considé-rants », mais aussi d'approfondir la motivation des décisions. V. en outre la publi-cation d'un dossier des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* consacré à la motivation : « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers », Nouv. Cah. Cons. const., 2017, no 55-56.

Copyleft – Ius Publicum

réflexion sur la motivation de ses arrêts. Il n'en demeure pas moins qu'il y a coïncidence temporelle entre les deux phénomènes. Dans son discours introduisant le rapport annuel de la Cour de cassation de 2016, le président B. Louvel notait que « grâce à des moti- vations enrichies et aux études pluridisciplinaires qui souvent les précèdent, les arrêts de la Cour tendent ainsi à devenir plus accessibles et intelligibles aux citoyens au nom de qui ils sont rendus ». Ce même rapport montre que toutes les chambres de la Cour ont rendu, au cours de l'année 2016, des décisions moti- vées de manière plus explicite. Il s'agit fréquemment d'arrêts justifiant un revirement de jurisprudence[228] ou le ralliement à la jurisprudence d'une autre chambre[229]; il s'agit aussi d'arrêts explicitant de manière détaillée les conditions dans lesquelles une règle de droit doit être appliquée, notamment par la cour d'appel de renvoi[230] ; ou encore d'arrêts de renvoi de QPC motivant avec plus de précision les raisons pour lesquelles la question de constitutionnalité posée présente un caractère sérieux[231]. Outre la motivation des décisions de justice, la concrétisa-tion des contrôles de la loi s'est accompagnée d'une motiva-tion « externalisée » : on entend par là les précisions apportées par la juridiction elle-même ou par ses membres à l'appui de la compréhension d'une décision. Si ce phénomène n'est pas proper à la concrétisation du contrôle de la loi, il peut être remarqué que l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 a fait l'objet d'un « communiqué » et que les trois arrêts de la chambre

[228] Par ex., Civ. 1re, 6 avr. 2016, no 15-10.552 ; Civ. 2e, 19 mai 2016, n° 15-12.767.

[229] Par ex., Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218.

[230] Par ex., Civ. 3e, 25 févr. 2016, no 14-29.760 ; Soc., 3 mai 2016, n° 15-11.046.

[231] Par ex., Crim., 30 mars 2016, no 16-90.005.

Copyleft – Ius Publicum

criminelle du 1er février 2017[232] ont donné lieu à une « note explicative ». Les conclusions des rapporteurs publics et les analyses proposées par la chronique générale de jurisprudence administrative publiée à l'*Actualité juridique Droit administratif* (AJDA) sont autant de moyens d'apporter des éléments concrets pour justifier la mise à l'écart de la loi en raison de son inconventionnalité propre à l'espèce. Le Conseil constitutionnel, qui publie sur son site, non seulement des communiqués de presse, mais aussi des commentaires de décisions réalisés par son propre service juridique, est sans aucun doute la juridiction qui pousse le plus loin et depuis longtemps cette idée d'une explicitation externe de ses décisions de justice, comme pour compenser leur motivation intrinsèque encore insuffisante[233]. Ainsi en est-il du commentaire des décisions du 7 juillet 2017 qui éclaire les non-dits des motifs de celles-ci[234].

Au-delà du constat de l'enrichissement de la motivation, interne et externe, des décisions de justice, il faut souligner l'inté- rêt d'un tel enrichissement. Il favorise en effet la prévisibilité du droit en ce qu'il permet de faire apparaître, au fil des décisions, les éléments concrets permettant de savoir dans quels cas la loi reste applicable parce que ses effets concrets sont conformes aux droits et libertés[235]. À cet égard, l'évolution

[232] V. *supra*, nº 15-84.511 ; n º 15-83.984 et n º 15-85.199.

[233] Sur ce point, v. l'introduction de l'article de N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », Nouv. Cah. Cons. const., no 55-56, p. 7.

[234] Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC, M. Alain C. et Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-643/650 QPC, M. Amar H. et autre.

[235] Sur ce point, v. J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence *Gonzalez Gomez* », *infra.*

Copyleft – Ius Publicum

technologique avec le « *big data* » jurisprudentiel et le traitement automatisé des décisions de justice accompagne favorablement le mouve- ment de concrétisation[236]: elle peut offrir une compréhension approfondie et exhaustive des situations factuelles conduisant à la non-application de la loi en raison de son inconventionnalité.

Une motivation enrichie ou renforcée apparaît ainsi comme un moyen utile « pour tenter de réduire l'imprévisibilité inhérente au contrôle de conventionnalité *in concreto*[237]». Elle limite en ce sens l'impression d'arbitraire qui ressort de certaines décisions de justice. Il ne faut toutefois être ni dupe ni naïf, tant l'« accu- mulation de matière n'en dit souvent pas plus sur la raison de décider qu'une ingérence est proportionnée ou disproportion-née[238]». En outre, des motifs fondés sur des situations concrètes ne permettent pas de déterminer des solutions types et rendent difficile la comparaison des cas : « si la contextualisation per- met de dégager une méthodologie commune aux différents cas soumis au contrôle concret, l'hypercontextualisation l'entrave en interdisant les rapprochements »[239].

Pour éviter cet écueil, le professeur F. Chénedé propose de recourir, non pas à un contrôle *in concreto* de la loi, mais d'utiliser la technique des réserves d'interprétation, sur

[236] La loi no 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique oblige les juridictions judiciaires et administratives à mettre à la disposition du public, à titre gratuit et dans le respect de la vie privée des personnes concernées, l'ensemble de leurs décisions.

[237] F. Chénedé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité in concreto », D. 2017. 953, op. cit.

[238] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, *op. cit.*

[239] *Ibid.*

Copyleft – Ius Publicum

le modèle de celles formulées par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire de « facture dure », consistant à fixer les conditions de non-application de la loi : dans le cas de l'affaire *Gonzalez-Gomez*, « il s'agirait de juger que l'interdiction de l'exportation des gamètes doit être écartée, comme étant disproportionnée, lorsque la demande est formulée, non pas pour contourner la loi française, mais pour permettre l'application de la loi du pays dont le demandeur est ressortissant et résident (en l'espèce, la loi espagnole) »[240]. En d'autres termes, il ne s'agirait plus « d'autoriser l'éviction de la loi au cas par cas, mais de limiter son empire par la formulation d'une réserve d'interprétation claire, générale et abstraite » pour cantonner les risques d'imprévisibilité[241].

Ce n'est toutefois pas le choix fait, ni par la Cour de cassa- tion ni par le Conseil d'État, qui ont privilégié un contrôle de la conventionnalité de la loi *in concreto* et donc au cas par cas. Il n'en reste pas moins que, dans l'exercice d'un contrôle concret de la loi, les juges doivent veiller à ce que, comme l'affirme le pro- fesseur P. Deumier, la motivation de leur décision injecte « une dose de prévisibilité dans une méthode qui dépend par hypothèse de la configuration de chaque espèce » ; « la prévisibilité n'étant plus conférée par la logique déductive, elle se reconstruira par la répétition des cas et par la recherche des analogies et dissem- blances qui, progressivement, permettront d'identifier des indices plus ou moins déterminants »[242]. La concrétisation du contrôle de la loi devrait ainsi atténuer le

[240] F. Chénedé, *op. cit*.

[241] *Ibid*.

[242] P. Deumier, *op. Cit.*

Copyleft – Ius Publicum

caractère « formaliste, voire hyper-formaliste », d'un raisonnement abstrait fondé sur l'idée que les « questions de droit peuvent être résolues exclusivement par voie de déduction »[243].

Exerçant un contrôle concret de la loi, le juge doit se justifier davantage qu'il ne le fait dans notre tradition[244] car « il n'in- terprète plus la loi, prémisse majeure du syllogisme juridique ; il crée cette majeure en déformant, remodelant ou écartant la règle selon les exigences des principes supérieurs » ; autrement dit, « le juge crée véritablement une nouvelle norme, à partir de la confrontation et de la pesée d'exigences générales dont il tire un équilibre particulier au cas d'espèce »[245].

Néanmoins, la concrétisation du contrôle de la loi, loin de libé- rer le juge de la contrainte d'une méthode prétendument purement déductive, pourrait paradoxalement avoir pour effet d'encadrer sa subjectivité : c'est l'analyse que propose P. Deumier dès lors que la concrétisation du contrôle affiche ouvertement des considérations qui étaient auparavant déjà présentes, mais qui étaient dissimulées derrière un « habillage syllogistique » préservant « l'apparence d'une décision puisée déductivement » de la loi. Elle estime « que, en affichant un raisonnement jusque-là travesti, le juge l'ouvre à la discussion et la critique doctrinale, de laquelle émergera un nouveau cadre de contraintes argumentatives, bien plus à même de cantonner la subjectivité du juge que son exercice clandestin »[246].

[243] D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7.

[244] L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, op. cit. Les auteurs remarquent que « c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a lié sa réflexion sur le contrôle de proportionnalité à la modification de ses motivations ».

[245] L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *op. cit.*

[246] P. Deumier, *op. cit.*

Copyleft – Ius Publicum

Dans le même sens, le professeur C. Jamin a bien montré que, derrière l'*imperatoria brevitas* traditionnel des arrêts des cours suprêmes, qui « emprunte le style concis et ferme des lois », l'in- terprétation du texte est le résultat d'un choix « qui dépend très souvent d'un contexte factuel » ; plus encore, la balance des inté- rêts qu'induit le principe de proportionnalité implique une mise en balance de normes – norme législative *versus* norme internationale s'agissant du contrôle de conventionnalité des lois – « en tenant compte des situations factuelles auxquelles elles se rapportent »[247]. Ces éléments factuels ont toujours été présents dans le raisonne- ment des juges de cassation, mais le résultat de leurs réflexions s'exprime ensuite sous la forme d'un syllogisme abstrait et d'une motivation brève. Le professeur C. Jasmin interroge la Cour de cassation : « devez-vous conserver une forme abstraite et syllogis- tique au risque de vous faire accuser de ne pas assez "balancer", ou devez-vous faire évoluer le style et la structure de vos décisions, non seulement pour balancer (ce que, une nouvelle fois, vous faites très souvent), mais pour montrer comment vous balancez et soumettre ainsi vos solutions au débat public ? » ; et l'auteur de répondre en ces termes : « Aujourd'hui, de quoi s'agit-il ? À mon sens, essentiellement, en matière de droits fondamentaux, de mettre sur le devant de la scène des arguments qui n'appa- raissent aujourd'hui qu'au cours du délibéré »[248].

Cette proposition conduit à s'interroger sur le domaine d'uti- lisation d'une motivation enrichie et concrétisée. Le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, propose d'adopter « l'utilisation de la motivation enrichie (au regard notamment des jurisprudences CEDH et CJUE lorsque celles-ci l'imposent)

[247] C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », RTD civ. 2015. 263

[248] *Ibid.*

Copyleft – Ius Publicum

pour : les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu'il est répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un "contrôle de proportionnalité", lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudi- cielles »[249]. Du côté du Conseil constitutionnel, N. Belloubet, alors encore membre de l'institution, considérait que « les décisions qui comportent une sensibilité politique ou une réelle densité juridique sont plus longuement motivées »[250] et elle prenait l'exemple de la décision relative au délit de consultation des sites terroristes[251] ou de celle concernant la validation de la durée maximale des assignations à résidence[252] qui sont mieux moti- vées que celle concernant le dégrèvement de la taxe foncière sur les parkings[253] ; une motivation approfondie est également privi- légiée pour les « décisions fiscales à incidence forte »[254], telle la décision *Métro Holding*[255]. La question se pose donc de savoir si cette motivation enrichie doit se généraliser ou si les juges doivent sélectionner les cas qui méritent une telle motivation et, le cas échéant, quels seraient les critères de sélection de ces cas. Bien qu'il n'appartienne qu'aux juges,

[249] Proposition no 33 du rapport, p. 152.

[250] N. Belloubet, *op. cit.*

[251] Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P.

[252] Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, M. Sofiyan I

[253] Cons. const., 24 févr. 2017, n° 2016-612 QPC, SCI Hyéroise.

[254] *Ibid*.

[255] Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash.

Copyleft – Ius Publicum

judiciaires, adminis- tratifs et constitutionnels, d'en décider, il peut ici être proposé que la motivation des décisions de justice fasse l'objet d'une harmonisation.

Une motivation harmonisée

Le mouvement de concrétisation des contrôles de constitu- tionnalité et de conventionnalité des lois est utile au justiciable. En se rapprochant des faits généraux et des faits du litige, en prenant davantage en compte la situation particulière du justi- ciable, que ce soit dans l'exercice du contrôle ou dans ses effets, les juges de la loi offrent une garantie supplémentaire d'effecti- vité des droits et libertés. Encore faut-il que le justiciable sache s'orienter dans le dédale du contrôle de la loi et que l'exercice de ce contrôle soit un minimum structuré afin de ne pas tomber dans l'aléa juridictionnel et l'insécurité juridique. L'enjeu de la rationalisation et de la clarification concerne également la relation entre le juge et le législateur, car il est bien évident que les critiques adressées au mouvement de concrétisation[256] seront d'autant plus fortes si le désordre et l'incertitude règnent. Sans nier les spécificités des offices, une certaine harmonisation doit donc se réaliser, d'une part, dans la formulation de l'exercice du contrôle concret, d'autre part, dans l'utilisation des précédents.

En premier lieu, le contrôle concret doit rapidement entrer dans une phase d'harmonisation de sa motivation. Au sein de la Cour de cassation, la pratique du contrôle concret s'est progressivement étendue dans les différentes chambres. Cependant, en raison des incertitudes sur l'office juridictionnel qui règnent encore lorsque le contrôle concret est exercé, la motivation adoptée est aléatoire bien que l'articulation entre les

[256] V. infra « Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique ».

Copyleft – Ius Publicum

contrôles abstrait et concret puisse suivre la motivation adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* et reprise par la première chambre civile de la Cour de cassation depuis un arrêt du 9 novembre 2016[257]. Le récent rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation propose d'aller plus loin en adoptant une « doctrine de la proportionnalité ». Ainsi, « pour tous les arrêts aux termes desquels est mis en œuvre un contrôle de proportionnalité », il faudrait appliquer une « note méthodologique » intégrée au rapport et « harmoniser les pratiques des chambres quant à l'exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond, afin de dégager progressivement une "doctrine de la proportionnalité" de la Cour de cassation »[258]. La note méthodologique consiste en une reprise des indications formulées par M. Potocki, juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, lors d'une réunion avec un groupe de travail à la Cour de cassation. Le rapport incite clairement la Cour de cassation à un alignement sur la méthodologie de la Cour euro- péenne, qui s'organise autour de cinq questions[259]. La nécessité d'une harmonisation de la motivation est donc partagée par le groupe de réflexion de la Cour de cassation, bien que certaines assimilations soient regrettables comme cela a été souligné à plu- sieurs reprises dans la présente étude. Ainsi, le rapport évoque la méthodologie du contrôle de proportionnalité en général, qui est confondu avec le contrôle de conventionnalité, et seul le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est

[257] Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068.

[258] Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, *op. cit.* p. 170.

[259] Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 160, disponible sur www.courdecassation.fr « 1. Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention] (…)2. La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ? (…) 3. Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ? (…) 4. Le but poursuivi est-il « légitime » ? 5. L'ingérence est-elle un moyen proportionné (« nécessaire dans une société démocratique ») pour parvenir à ce but ? ».

Copyleft – Ius Publicum

envisagé[260] alors que le contrôle de conventionnalité concerne l'ensemble des normes internationales et européennes invocables en justice. De plus, la perception globale du contrôle de proportionnalité semble indiquer que l'objet du contrôle est indifférent. Que ce soit la loi, un contrat, une décision des juges du fond, le contrôle exercé aspirerait à être identique. Si cette option se confirme, ce serait un pas de plus vers la banalisation de la loi au profit de la garantie des droits et libertés des justiciables.

L'harmonisation de la motivation du contrôle concret de conventionnalité ne s'arrête pas aux portes de la Cour de cassa- tion. Un socle de principes communs devrait être partagé entre la Cour de cassation et les juges du fond, comme entre les juges du fond eux-mêmes, qui devront éventuellement s'approprier la méthodologie préconisée par le rapport de la Cour de cassation. Il n'est pas certain par ailleurs que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire suivent exactement les mêmes principes dans la mise en œuvre du contrôle concret de conventionnalité des lois. Un alignement pur et simple n'est pas envisageable en raison des spécificités des offices et, dans une moindre mesure, des techniques distinctes de rédaction des décisions. À plus forte raison, le Conseil constitutionnel n'adoptera pas la même moti- vation que les juridictions judiciaires et administratives, même si à terme la question de l'harmonisation du mode d'emploi du contrôle de proportionnalité, au sens strict cette fois, se posera au regard des exigences de la jurisprudence européenne. Au sein de la juridiction administrative, la problématique est

[260] Le rapport présente brièvement le contrôle opéré par la CJUE et envisage d'approfondir la question de la similitude de méthode avec celle employée par la CEDH (p. 161).

Copyleft – Ius Publicum

pour l'instant virtuelle s'agissant du Conseil d'État dès lors que les suites de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* se font attendre. Cependant, en dépit de la précision de la motivation adoptée dans cet arrêt du 31 mai 2016, des tribunaux administratifs se sont livrés à des appréciations diverses lors de contrôles concrets dans des affaires mettant en cause la même disposition législative[261].

En second lieu, la clarification et la rationalisation du contrôle concret supposent d'aborder la question du précédent[262]. En ajoutant la possibilité pour le juge de la conventionnalité de décider que la mise en œuvre particulière d'une loi est contraire à un traité, le contrôle concret crée un précédent d'une nature distincte de l'exercice du contrôle abstrait. Ce dernier pouvait être doté d'une certaine autorité : dès lors qu'un juge considérait qu'une disposition législative était abstraitement conforme à la Convention européenne des droits de l'homme par exemple, il était difficile pour un autre juge d'affirmer le contraire. Désormais, le contrôle concret suppose un travail de rapprochement des espèces bien plus précis et conséquent que dans le cadre du contrôle abstrait[263]. La référence au précédent devrait donc s'intensifier, toute la question étant de savoir si cela impliquera un affichage formel et explicite ou si les juges se contenteront de s'inspirer de précédents sans les évoquer.

[261] V., J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence *Gonzalez Gomez* », *infra.*

[262] Sur la notion de précédent, v. notamment, N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », RTD. civ. 2003. 567 ; P. Malaurie, « Les précédents et le droit », RIDC, no 2, 2006, p. 319 ; P. Deumier(dir.), *Le raisonnement juridique. Recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*, Coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2013 ; C. Richaud, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2016.

[263] En ce sens, L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », op. cit.

Copyleft – Ius Publicum

Les changements récents qui ont affecté la motivation des arrêts des cours suprêmes constituent un contexte favorable à l'explicitation formelle des précédents. La Cour de cassation cite depuis peu ses propres arrêts, notamment pour justifier un revirement de jurisprudence[264] ou pour motiver un avis[265]. Le rapport de la Commission de réflexion propose de confirmer et même d'intensifier cette évolution en mentionnant « les précédents chaque fois que cela apparaît nécessaire, notamment en cas de revirement de jurisprudence ou de non-respect par la cour d'appel d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation »[266]. Le Conseil d'État a également intégré à sa motivation les précédents dont il fait application[267]. Bien que le Conseil constitutionnel persiste à ne pas citer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la culture du précédent a également franchi un cap dans l'exercice de son office. La référence à l'interpré- tation constante et aux arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation s'est banalisée. Ses propres précédents, le Conseil constitutionnel les évoque de plus en plus, que ce soit afin d'éva- luer une éventuelle violation de l'article 62 de la Constitution[268] ou à l'occasion de la

[264] Civ. 1re, 6 avr. 2016, no 15-10.552 ; Com., 15 nov. 2016, no 14-26.287 ; Com., 22 mars 2016, no 14-14.218 ; Cass., ch. mixte, 10 févr. 2017, no 15-20.411.

[265] Crim., 26 mai 2017, n° 17-70.006, D. 2017. 1192.

[266] Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 154, disponible sur www.courdecassation.fr.

[267] Rapport du comité de pilotage de la réforme, Conseil d'État, janv. 2014.

[268] V. la contribution au présent dossier de M. Haulbert.

Copyleft – Ius Publicum

reprise, dans le dispositif d'une décision, d'une réserve d'interprétation émise dans une autre décision[269].

Dans une démarche prospective, la clarification et la ratio- nalisation du contrôle concret pourraient se réaliser en intégrant la proposition doctrinale de la règle du précédent équivalent et du principe de faveur[270]. Pour s'en tenir à l'essentiel, ce nou- veau mode d'articulation inclut mais dépasse le mouvement de concrétisation en ce qu'il concernerait l'ensemble des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi exercés sur le plan interne par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. La proposition part du constat selon lequel les rapports entre ces contrôles ne peuvent se concevoir en termes hiérarchiques et chaque contrôle recèle une part de spécificité. Le justiciable peine donc à s'orienter dans un système particu- lièrement complexe, régulé de manière diplomatique et secrète sans que les juges expriment clairement un mode de régulation des contrôles entre eux. L'objectif de cette démarche prospective consiste donc à privilégier l'intérêt des justiciables en tentant d'éclaircir l'articulation entre les offices des juges de la loi tout en optimisant le niveau de garantie des droits et libertés.

Une nouvelle pédagogie juridictionnelle, susceptible d'être acceptable par l'ensemble des acteurs concernés, serait fondée sur la règle du précédent équivalent,

[269] Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC.

[270] J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « Repenser le "bloc de constitutionnalité" sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité » in B. Bonnet (dir.), Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives, LGDJ, 2016, p. 409.

Copyleft – Ius Publicum

l'équivalence étant appré- ciée sous deux aspects : l'objet du contrôle et la norme de référence du contrôle.

Lorsqu'un juge doit apprécier la conformité de la loi au regard du traité ou de la Constitution, il devrait évaluer si un autre juge s'est prononcé sur un même objet, à savoir une norme législative équivalente. Ce qui suppose une comparaison avec des précédents jurisprudentiels dans lesquels le texte législatif et son interprétation sont contestés : au-delà des mots de la loi, c'est bien l'équivalence de la norme législative qui doit être évaluée. De plus, l'équivalence de l'objet contrôlé supposerait dans le cadre du contrôle concret une comparaison des circonstances du litige. Le travail juridictionnel sera assurément peu commode à exercer dans certains cas, mais si la logique de la proposition est d'inciter les juges à motiver davantage, il est possible de parier sur les vertus d'une comparaison facilitée par une motivation enrichie.

Le juge chargé de contrôler une loi apprécierait ensuite l'équivalence de la norme de référence du contrôle. En présence de normes de référence équivalentes, et donc d'un objet contrôlé équivalent, le deuxième juge ne pourrait, par principe, déjuger le premier en application de la règle du précédent équivalent. L'ensemble des juges internes de la loi serait astreint au respect de cette règle, que ce soit en constitutionnalité ou en conven- tionnalité et quel que soit l'ordre chronologique d'exercice des contrôles. Cependant, contrairement à une idée reçue mais qui tend heureusement à disparaître, les normes de référence des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ne sont pas toujours identiques : elles sont tantôt équivalentes, tantôt spécifiques, que ce soit au regard de leur proclamation formelle ou au regard de leur contenu matériel. Dans ces hypothèses, la règle du précédent équivalent ne s'appliquerait pas comme dans quelques exemples que l'on peut ranger rétrospectivement dans ce cas de figure. Ainsi lorsque la Cour de cassation écarte dans un arrêt du 5 avril 2013 l'application d'une disposition législative qui avait été validée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a*

Copyleft – Ius Publicum

priori, aucune équivalence des normes de réfé- rence ne peut être relevée dès lors qu'était en cause la violation de l'accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne, les États membres et l'Algérie[271]. De même, il arrive que le Conseil constitutionnel se permette d'abroger pour inconstitutionnalité des dispositions déclarées conformes au traité, en raison de la spécificité de la garantie constitutionnelle des droits et libertés[272]. Inversement, le Conseil constitutionnel peut déclarer une loi conforme à la Constitution tout en sachant pertinemment qu'elle est contraire à une directive européenne telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne[273] ou que la mise en œuvre de la loi peut donner lieu à une violation concrète de la Convention européenne des droits de l'homme[274].

[271] Cons. const., 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006* ; Cass., ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17.520.

[272] V. par ex., Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC ; Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC ; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC ; Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-33 QPC ; Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-78 QPC.

[273] Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-217 QPC : le Conseil constitutionnel refuse de censurer en QPC une disposition législative dont il connaissait l'inconventionnalité à la lumière de l'arrêt *Achughbabian* de la CJUE, à savoir une violation de la directive « retour » (CJUE, 6 déc. 2011, aff. C-329/11, *Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, AJDA 2011. 2384 ; *ibid*. 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 333, et les obs., note G. Poissonnier ; *ibid*. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *ibid*. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Constitutions 2012. 63, obs. A. Levade ; Rev. crit. DIP 2013. 117, note K. Parrot). La Cour de cassation écarte l'application de ce même texte dans un arrêt du 5 juill. 2012 (Civ. 1re, 5 juill. 2012, n° 11-30.371 . V. S. Slama, « Confirmation de l'impossibilité de placement en garde à vue d'un ressortissant d'un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mécanismes coercitifs de la directive », *in Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 14 juill. 2012).

[274] Comp. CEDH, 16 juin 2011, nº 19535/08, *Pascaud c/ France*, préc., et Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, *M. Louis C. et autres*

Copyleft – Ius Publicum

En cas de double équivalence, de l'objet du contrôle et de la norme de référence du contrôle, les juges de la loi devraient suivre l'application de la règle du précédent équivalent, tout en pouvant s'en écarter s'ils choisissent d'accorder un niveau de protection plus favorable au justiciable. Il serait en effet contre-productif que les juges soient éternellement liés par un précédent équivalent, au nom d'une conception rigide et absolue de la sécurité juridique. Au terme d'une motivation particulière- ment enrichie qui justifierait la dérogation au précédent équiva- lent, le principe de faveur permettrait au juge de la loi de rompre la discipline jurisprudentielle au profit d'un niveau supplémen- taire de garantie des droits et libertés.

L'intérêt de la consécration de la règle du précédent équiva- lent, corrigée si besoin par le principe de faveur, serait d'inciter les juges à rendre davantage lisibles et cohérents les contrôles de la loi, à expliciter précisément leur motivation afin de privilégier la pédagogie et l'ouverture, plutôt que de rester dans le secret ou l'implicite. Évidemment, cette proposition ne serait qu'un mode d'emploi suivi par les juges sans être une norme sanctionnable. Il ne s'agit pas non plus de prétendre à la solution de l'intégralité des difficultés, mais simplement d'introduire un supplément de cohérence et de prévisibilité dans un système qui en manque, particulièrement depuis l'émergence de la concrétisation des contrôles de la loi, et ce à travers une solution pragmatique, acceptable par l'ensemble des juges. Les conflits entre les juges ne seraient pas non plus exclus, ils sont d'ailleurs inhérents à tout système juridique, notamment lorsqu'existent plusieurs ordres juridictionnels, mais ils seraient assumés en tant que tels et moti- vés en conséquence de la même manière que la Cour de cassation assume désormais les raisons pour lesquelles elle procède à un revirement de jurisprudence.

Copyleft – Ius Publicum

4. CONSLUSION

En guise de conclusion, nécessairement provisoire sur un tel sujet, il est tentant de replacer le mouvement de concrétisation dans un ensemble plus vaste qui intègre l'ensemble des transfor- mations récentes de l'office des juges français de la loi. Si une image unique devait résumer ces transformations, ce serait celle d'un « tournant contextuel » qui inclurait le « contrôle contex- tuel » de la loi par les juges et la « contextualisation » du contrôle de la loi par la doctrine.

Le « contrôle contextuel » de la loi signifie que les juges de la loi expriment de plus en plus les éléments de contexte à l'origine de leurs décisions, soit dans la motivation même de la décision soit dans les documents qui l'accompagnent. En pratique, ces éléments ont toujours été intégrés au processus décisionnel des juges ; la nouveauté réside dans le fait d'exprimer davantage qu'auparavant la présence de ces éléments. Entrent ainsi dans cette logique par exemple la motivation enrichie des décisions, la prise en compte des faits généraux et des faits de l'espèce, la référence expresse aux précédents de la juridiction appelée à trancher le litige, mais surtout des précédents d'autres juridictions, le commentaire officiel des décisions du Conseil constitutionnel dont la rédaction est désormais légèrement plus explicite[275], les communiqués de presse et notes explicatives des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation… Signe d'une emprise inédite des éléments factuels et plus largement du contexte, le rapport récent de la Cour de cassation s'interroge sur la possibilité de réaliser des études d'impact sur la mise en œuvre de la loi et les conséquences de ses décisions, au besoin en recourant à des expertises

[275] Cons. const., 10 mai 2016, n° 2016-539 QPC.

Copyleft – Ius Publicum

externes[276]. Prises dans une course à la transparence et à l'explicitation de leurs actions, les institutions juridictionnelles démultiplient les supports d'information, rendent accessible l'inaccessible, à l'image de la connaissance progres- sive des délibérations du Conseil constitutionnel[277].

Parallèlement, la « contextualisation du contrôle de la loi » renvoie à l'intensification du travail doctrinal d'identification des éléments du contexte qui alimentent les décisions des juges. Au-delà des travaux connus de tous en théorie du droit[278], de nombreuses études contentieuses intègrent désormais des éléments de ce contexte à l'objet de leur recherche. À titre d'illustration récente et non exhaustive, l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois est désormais mise en tension avec les conséquences des décisions[279], les précédents[280], l'argument de droit comparé[281],

[276] Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, disponible sur www.courdecassation.fr, v. la proposition no 21 : « favoriser la réalisation de toute consultation externe ou d'étude d'impact (étude d'incidence) par les avocats généraux, d'initiative, sur suggestion du rapporteur ou dans le cadre de l'instruction préparatoire du dossier, documents qui seront versés au dossier s'il y est fait référence dans leurs avis. ». V. égal., SDER, « Tableau des affaires ayant donné lieu à une étude d'impact ou qui auraient pu donner lieu à une étude d'impact », déc. 2015.

[277] B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, 2e éd., Dalloz, 2014.

[278] V. notamment, M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005.

[279] S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016.

[280] C. Richaud, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

[281] A. Le Quinio, Recherche sur la circulation des solutions juridiques : lerecours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles , LGDJ, 2011.

Copyleft – Ius Publicum

l'économie[282], les sciences médicales[283] ou le numérique[284]. Des études doctrinales s'intéressent également aux travaux préparatoires des arrêts[285], aux discours produits par le juge en dehors du champ strict de la chose jugée, comme la chose interprétée[286] ou les *obiter dicta*[287].

En replaçant ainsi le contrôle de la loi, et plus largement le processus juridictionnel, dans une démarche de contextualisation, les implications sont nombreuses. Sur le plan épistémologique, c'est la définition même du droit qui est questionné[288]. Une telle démarche implique également l'ouverture au droit comparé et aux doctrines étrangères[289] afin de comprendre les enjeux et les inci- dences d'un mouvement qui bouscule les traditions et la culture juridique française structurées autour du texte,

[282] M.-L. Dussart, Constitution et économie , Dalloz, 2015 ; Dossier « Constitution et sciences économiques », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2017-1, vol. 78, p. 55 s.

[283] Dossier « Sciences médicales et droit constitutionnel », in Médecine et droit , n o 141, 2016.

[284] V. les nombreux travaux sur « Le droit constitutionnel à l'épreuve du numérique » réalisés en 2016 dans le cadre de l'Association française de droit constitutionnel, www.droitconstitutionnel.org.

[285] P. Deumier (dir.), Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoire des arrêts , Dalloz, Méthodes du droit, 2013.

[286] M. Disant, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel , LGDJ, 2010.

[287] M. Lannoy, Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2016.

[288] « Le droit en contexte », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2013/1, vol. 70.

[289] F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), La motivation des décisionsdes cours suprêmes et cours constitutionnelles , Bruylant, 2012 ; Dossier « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers », Nouv. Cah. Cons. const., no 56-57, 2017, p. 6 s.

Copyleft – Ius Publicum

éventuellement de la norme, avec une brièveté des décisions de justice qui exprimait une certaine conception de la fonction juridictionnelle[290]. Évidem- ment la mise à nu du raisonnement des juges crée le risque de la perte d'autorité de leurs décisions, du vertige face à la multitude des espèces et du caractère insaisissable des faits et éléments de contexte que chacun cherche désormais à saisir et à exprimer. L'équilibre devra être trouvé entre l'ancien monde où tout se tai- sait et le nouveau où tout devrait se dire. Le défi est de taille pour les juges dont la légitimité est autant décriée que leur pouvoir augmente. Car il s'agit bien en définitive d'un débat sur la place et la fonction du juge dans une société donnée[291]. En concrétisant leur office de juge de la loi, en adoptant un « tournant contex- tuel », les juges ne sont-ils pas sur le point d'assumer ce qu'ils ont probablement toujours été, un véritable pouvoir ? En même temps, ce pouvoir ne pouvant s'exercer sans contrainte, il se doit d'être juste, cohérent et le plus explicite possible sur les modalités de son action afin d'évaluer son éventuelle responsabilité. C'est en ce sens que la question de la motivation est essentielle et que la prise en compte des faits dans le cadre des contrôles concrets de la loi ne peut s'effectuer à l'abri de tout regard.

[290] F. Malhière, La brièveté des décisions de justice ; contribution à l'étude des représentations de la justice , Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2013 ; S. Caudal (dir.), La motivation en droit public , Dalloz, 2013 ; C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », RTD civ. 2015. 263.

[291] C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 : « Une juridiction démocratique est celle qui tient sa légitimité moins du statut institutionnel de ses juges (le concours) que de la motivation de ses décisions, celle-ci devant être à la fois remise sur le métier à intervalles réguliers et exprimée en des termes accessibles au plus vaste auditoire possible, afin d'autoriser un éventuel débat public. En définitive, en tenant mieux compte des faits, la Cour de cassation a des chances de se démocratiser ».

Copyleft – Ius Publicum