

Atelier n°7 : Aspects jurisprudentiels

Responsables : Jean Barthélemy, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Dominique Rousseau

Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique

Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC

Elodie BORDES,

A.T.E.R. Université du Sud Toulon-Var
Doctorante C.E.R.C. Université du Sud Toulon-Var
Thèse sur « *Le silence et le droit* »
Sous la direction de Jean-Jacques Sueur et Sylvie Torcol

Plan : **I – Le bilan « clinique »**, A - Une image brouillée, B - Un principe contagieux ; **II – Un pronostic réservé**, A – Une seconde vie : la Q.P.C. ?, B – Une complication prévisible : la primauté du droit européen

Remarque : Cette contribution sera celle présentée oralement au Congrès. Elle pourra faire l'objet de modifications ultérieures.

« Il est vrai que, par une bizarrerie qui vient plutôt de la nature que de l'esprit des hommes, il est quelquefois nécessaire de changer certaines lois. Mais le cas est rare, et, lorsqu'il arrive, il n'y faut toucher que d'une main tremblante [...] »¹

« Nul n'est censé ignorer la loi ». Ce vieil adage est, en principe, opposable aux citoyens. Cependant, depuis la fin de la seconde Guerre Mondiale, la multiplication des lois est exponentielle. « La loi souffre de trop de maux, qui nuisent à sa compréhension et à son respect. Trop détaillée, alors qu'elle devrait être centrée sur l'essentiel, elle en devient incompréhensible. Trop déclarative, alors qu'elle devrait être normative, elle se dévalorise »². L'émergence de principes tels que celui de précaution³, dans le domaine de la santé publique notamment, catalyse cette logorrhée législative : il est demandé au législateur d'agir et de prévoir. Devant ce phénomène, le constat est évident : « au pays des nuages, la loi n'est plus un événement, mais un processus, elle n'est plus un acte mais un programme, elle ne travaille plus par dispositions, mais par prévision, elle n'établit plus des institutions, elle élabore des scénarios, elle n'impose plus des normes, elle ouvre des options. Ce qu'elle perd en sécurité et normativité, elle cherche à le compenser en adaptabilité et flexibilité. Son temps est devenu réversible dès lors qu'elle ne statue jamais que *rebus sic stantibus* »⁴. Un avertissement, en 1991, a d'ailleurs été lancé par le Conseil d'Etat, énonçant que la cause de cette insécurité juridique provenait de ce « droit à l'état gazeux »⁵. Quinze ans plus tard, le Conseil d'Etat consacrera de nouveau un rapport public au thème de la sécurité juridique et à « cette complexité croissante des normes qui menace l'Etat de droit »⁶.

¹ Montesquieu, *Lettres persanes*, Lettres CXXIX

² Propos de Gérard Larcher et Bernard Accoyer repris par : Communiqué de presse du Sénat du 8 février 2010, *Pour créer les conditions d'une meilleure qualité de la loi, Sénateurs et Députés vont travailler ensemble*, In <http://www.senat.fr/presse/cp20100208.html>. [Page consultée le 2 juin 2011].

³ Le reproche qui peut être fait à ce principe de précaution est qu'il va amener à prendre une réglementation sur des risques probables. La crainte et la peur des populations se voient donc consacrer dans une règle de droit. Pour une théorie du principe de précaution, voir l'ouvrage de Hans Jonas, *Le principe de responsabilité*, Flammarion : Paris, 2008, 470 p., Coll. Champs Essais

⁴ François Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob : Paris, 1999, p.254

⁵ Conseil d'Etat, *Rapport public 1991 : De la sécurité juridique*, La Documentation française : Paris, 1991

⁶ Conseil d'Etat, *Rapport public 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française : Paris, 2006, 416 p. Etudes et Documents n°57. Consultable en ligne sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000245/index.shtml> . [Page consultée le 2 juin 2010]

Cette mise en cause du droit par le droit a encore été accentuée par l'enchevêtrement des ordres normatifs correspondant à des logiques différentes. Dans son ouvrage *La connaissance objective : une approche évolutionniste*⁷, Karl Popper met en évidence ces rapports de système en utilisant une métaphore poétique : il y distingue les « horloges » des « nuages ». Les « horloges » sont à rapprocher du modèle hiérarchique, autrement dit kelsénien. Dans cette pyramide normative, fondée sur la *Grund norm*, la conformité d'une norme se fera procéduralement par rapport à celle supérieure. A l'inverse, les « nuages » transposent l'idée d'une régulation en réseau, d'un droit imprévisible et incertain ou encore interactif et communicatif. Derrière les « nuages », la prépondérance du modèle de la démocratie libérale occidentale se dévoile. Son extension au concept d'Etat de droit est, pour partie, permise par la Cour E.D.H. et la C.J.U.E. Il y a là, une idée de transgression mesurée du droit ; ces juges adaptent, modifient le droit interne pour en dégager des principes⁸ comme celui de sécurité juridique. Perspective donc de transgression pour un désir de réassurance du droit face à un danger, provenant du domaine juridique lui-même et atteignant le bon fonctionnement du droit en obstruant les relations juridiques : tel est contenu ici le paradoxe de la sécurité juridique.

Intimement lié à la définition du droit, le principe de sécurité juridique a perdu en signification et en normativité, en raison d'une utilisation quelque peu abusive. La recherche des origines du terme sera utile pour dépasser le flou entourant sa définition. Selon les professeurs Dominique Soulas de Russel et Philippe Raimbault⁹, l'emploi de la sécurité juridique remonte au droit romain où elle y revêt deux fonctionnalités : la première, celle d'orientation (*certitudo*), exige la prévisibilité et la clarté des normes tandis que la seconde, celle de réalisation (*securitas*), évite l'arbitraire en veillant au respect concret du droit positif. Aujourd'hui, le droit allemand a conservé largement l'esprit du droit romain, ce qui lui vaudra d'influencer la C.J.U.E.

L'utilisation du principe de sécurité juridique tant en droit interne (Cour de cassation, Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel) qu'en droit externe (Cour Européenne des droits de l'Homme et Cour de justice de l'Union Européenne) révèle une absence d'unicité ; absence d'unicité dénoncée depuis longtemps en ce qui concerne sa définition. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel, préfère s'exprimer par métonymie c'est-à-dire en lui substituant des notions voisines comme celle de « *bonne administration de la justice* »¹⁰, quand les Cours européennes n'hésitent pas à s'y référer. En garant de l'ordre interne, le Conseil constitutionnel semble avoir voulu figer la perméabilité des ordres normatifs en refusant d'intégrer un concept « nomade »¹¹ et flou dans l'ordre interne. Ce n'est que très récemment¹²

⁷ Karl Popper, *La connaissance objective : une approche évolutionniste*, Flammarion, 2009, 578 p., Coll. Champs Essais

⁸ Le terme « principe » peut être défini (du latin *principium* : commencement) comme une loi de portée générale non démontrée mais vérifiée par ses conséquences, son usage.

⁹ Soulas de Russel Dominique, Raimbault Philippe, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 N°1, Janvier-mars, pp. 96-97

¹⁰ Cons. Constit., n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *Daniel W. et autres*

¹¹ Le principe de sécurité juridique trouve ses racines dans le droit romain, repris par le droit allemand. Ce dernier a largement influencé la C.J.U.E. quant à la consécration dudit principe. Le Conseil constitutionnel a longtemps refusé d'intégrer à ce concept nomade, voyageant d'ordre en ordre, à sa jurisprudence pour ne pas

à l'occasion d'une décision en matière de question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.) que l'expression de « sécurité juridique » est enfin apparue en *ratione decidendi* relançant du même coup le débat doctrinal¹³ sur l'usage de la notion.

L'entrée en vigueur de la Q.P.C. avec la réforme du 23 juillet 2008¹⁴ a changé le paradigme du jeu juridique en permettant aux justiciables de faire respecter leurs droits fondamentaux mais a également bouleversé l'ordre juridique en permettant d'annuler une loi (ou des articles de loi) *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel a eu à gérer une situation nouvelle et problématique qui le confronte directement aux impératifs de sécurité juridique inhérents aux effets de la Q.P.C.¹⁵ tout en faisant devenir l'Etat de droit réalité. Or pendant longtemps, c'est au nom de ce même principe que cette « révolution » a été repoussée. En mai 2001, le Pr. Louis Favoreu¹⁶ s'interrogeant « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », y voyait déjà de nombreuses objections : « Admettre un tel recours c'est renoncer à l'immunité juridictionnelle de la loi promulguée. Or, d'un point de vue institutionnel, cela fait partie, en quelque sorte, de notre héritage républicain ; et d'autre part, c'est lié à l'idée de **sécurité juridique**¹⁷ dont elle constitue une garantie. En l'état actuel du droit positif, chacun est en droit de considérer que la stabilité de la loi promulguée est assurée et que l'on peut bâtir des projets sur la base de cette loi. Certes, aujourd'hui, le fameux contrôle de "conventionnalité " permet aux juridictions ordinaires d'écarter une loi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme : mais la loi cesse d'être applicable dans un seul cas et reste valide dans tous les autres. Tandis que la déclaration d'inconstitutionnalité intervenant sur recours direct a normalement effet *erga omnes* [...]. Comment tout d'abord faire fonctionner en même temps et de manière satisfaisante, contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori* [...] ? Qu'advierait-il ensuite des lois promulguées mais déferées au Conseil constitutionnel quelques mois, voire quelques semaines ou jours après leur promulgation ? On peut imaginer qu'au cours de la période d'attente qui suivrait, seraient sans doute suspendues quelques procédures telles que par exemple, la rédaction et l'édition des décrets d'application. Enfin, si l'on dresse une sorte de bilan coûts-avantages, cela vaut-il la peine de risquer de bloquer le fonctionnement du contrôle *a priori* et de mettre en cause la sécurité juridique pour un résultat qui, en Allemagne et en Autriche, se résume parfois en une seule invalidation de dispositions législatives par an ? »... Objections prophétiques...

déstabiliser l'ordre juridique national. S'il consacrait ce concept nomade dans son ordre juridique, il prenait le risque d'occasionner de l'insécurité juridique.

¹² Cons. Constit., n°2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *Mathieu P.*

¹³ Arnaud Borzeix, La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ?, *RDP*, 2010, pp.981-1002, n°4

¹⁴ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

¹⁵ Sylvie Torcol, Les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité et la protection des droits fondamentaux après la question prioritaire de constitutionnalité sur la garde à vue – Quand la réforme de la garde à vue (inconstitutionnelle et inconstitutionnelle) peut attendre...un an, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, PUC, 2011, n°9, à paraître.

¹⁶ Louis Favoreu, Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel : L'accès des personnes à la justice constitutionnelle*, mai 2001, n°10. Consultable sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/sur-l-introduction-hypothetique-du-recours-individuel-direct-devant-le-conseil-constitutionnel.52373.html>. [Page consultée le 8 juin 2011]

¹⁷ Mis en gras par nous.

Le droit serait-il devenu le royaume de l'imprécis, de l'imprévisible et de l'incertitude ? L'inquiétude devant l'accroissement de la complexité et le désordre fait du droit un objet d'interprétation¹⁸. Répondant au principe non écrit *nemo legem ignorare consetur*, notre droit désire tout expliciter et connaît de ce fait l'inflation législative décrite plus haut. Dans cet esprit, les juridictions en droit interne ou externe utilisent le principe de sécurité juridique de manière abusive, extensive ou détournée au risque de créer une inversion dans la finalité même de sécurité juridique. Le bilan « clinique » met en évidence la confusion opérée par ces dernières avec des principes voisins, tels que ceux de stabilité, de prévisibilité ou encore de certitude de la norme ce qui finit par brouiller l'image du principe de sécurité juridique. La contagion se propage par la perméabilité des systèmes de l'ordre européen vers l'ordre national (I). Mais il faut prendre en compte dans le pronostic la mise en place de la Q.P.C. Ce recours tant attendu, protégeant les droits fondamentaux va cependant être porteur d'insécurité juridique. Les contrôles *a posteriori* et de conventionnalité pouvant porter sur un même champ comme les droits et libertés individuelles, le législateur organique a donc donné priorité au moyen de constitutionnalité. Cependant, priorité ne veut pas dire supériorité puisque l'article 88-1 de la Constitution et la jurisprudence européenne consacrent la primauté du droit européen. Cette dernière a une valeur absolue selon les traités européens. En conséquence, il incombe à la France une obligation positive, celle de garantir un plein effet aux normes européennes. Mais ce principe de primauté sera remis en cause dans l'hypothèse d'une censure différée dans le temps par le Conseil constitutionnel et ce, lors d'une Q.P.C. (II). Le paradoxe à résoudre sera celui de l'utilisation du principe de sécurité juridique pensé dans un système clos, celui d'un Etat de droit hiérarchisé, centralisé et unifié mais utilisé à présent dans un système ouvert ayant toutes les caractéristiques d'un labyrinthe normatif depuis la mise en place de la Q.P.C.

¹⁸ Michel Prieur, Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement, Incertitude juridique, incertitude scientifique – Actes du Séminaire de l'Institut fédératif « Environnement et eau » du 5 avril 2000, Pulim : Limoges, 2001, p.12. Consultable sur : http://books.google.fr/books?id=-yM8FPT6GS8C&printsec=frontcover&dq=incertitude+scientifique&hl=fr&ei=kpRYTa2-JoOb8QPY5vXDBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=miaille&f=false. [Page consulté le 10 juin 2011]

I – Le bilan « clinique »

L'examen de cette notion tant en droit interne (Conseil d'Etat, Cour de cassation et Conseil Constitutionnel) qu'en droit européen (C.J.U.E et Cour E.D.H.) pourra permettre de dégager une utilisation croissante et extensive du principe de sécurité juridique. Son contenu, embrassant par ailleurs d'autres principes¹⁹, a pour premier objectif la réassurance du droit. Mais la réalité constatée en donne une image brouillée qui se rapprocherait de ce que la doctrine appelle aujourd'hui d'un principe « fourre-tout » (A). Malgré tout et en première analyse, le principe semble protéger les règles du jeu juridique ; protection permettant la perméabilité des systèmes tout en garantissant la primauté du droit européen (B).

A – Une image brouillée

C'est en s'inspirant du droit allemand²⁰ que la C.J.U.E. consacra le principe de sécurité juridique²¹ en précisant « tout important qu'il soit, il ne saurait s'appliquer de façon absolue »²². Si référence est prise aux occurrences employées par cette dernière, l'objectif poursuivi est l'uniformisation du droit communautaire : « principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire »²³, « règle de droit à respecter dans l'application du traité »²⁴, « exigence fondamentale »²⁵... Dès lors, la force normative de ce principe juridique croît en fonction de la terminologie employée. Cette remarque est appuyée par l'existence d'un recours en manquement qui sanctionne tout Etat membre ne transposant pas avec rigueur les normes communautaires.

Quant au droit européen des droits de l'Homme, il est particulier puisque la Cour E.D.H. est l'interprète « authentique »²⁶ de la C.E.S.D.H. qu'elle qualifie d'« instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission »²⁷. En ce qui concerne la sécurité juridique, elle a connu sa première évocation en 1979 avec l'arrêt *Marckx*²⁸ : « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause

¹⁹ Il est fait référence ici, entre autres, aux principes de clarté, prévisibilité et certitude de la norme.

²⁰ Pour étoffer ce propos, l'illustration peut être prise en la Loi Fondamentale de Bonn de 1949. Les articles 20 al.3 et 28 renvoient au principe de sécurité juridique tout en le rapprochant de la notion d'Etat de droit.

²¹ CJCE, 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité de la CECA*, aff.42, 49/59, Rec. 1961, p.109-164; CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c. CECA*

²² CJCE, 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité de la CECA*, aff.42, 49/59, Rec. 1961, p.126

²³ CJCE, 13 juillet 1961, *Meroni c. CECA* ; CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Salumi*, aff.66/127 à 128/79.

²⁴ CJCE, 6 avril 1962, *Robert Boch GmbH et autres*, aff.13/61

²⁵ CJCE, 12 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali*, aff. 57/69

²⁶ Voir Michel Troper. *La liberté de l'interprète*, In http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge3.html, [Page consultée le 2 juin 2011]

²⁷ CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou*, (exceptions préliminaires), §93

²⁸ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A, n°31, §58

des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt ». Le constat est identique au droit de l'Union européenne ; l'utilisation du principe est à géométrie variable ainsi que sa justiciabilité et sa normativité. D'autres exemples d'utilisations jurisprudentielles peuvent être cités au support de ces affirmations : « il est particulièrement important de satisfaire au principe général de sécurité juridique »²⁹, « la Cour considère cependant que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »³⁰, « un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques »³¹. Néanmoins, il faut noter que la référence directe et explicite au principe de sécurité juridique par la Cour E.D.H. est peu fréquente même si son utilisation détournée au moyen de notions voisines est exponentielle³². A titre d'exemple, la notion de confiance légitime³³ est reconnue comme la composante subjective de la sécurité juridique ayant pour objectif la protection de la confiance des acteurs en la règle de droit. En effet, « le principe de confiance légitime exprime l'idée que lorsqu'une autorité publique suscite chez un particulier l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime, cette autorité doit en tenir compte d'une manière appropriée »³⁴. Elle « joue un rôle central, car elle exprime de manière caractéristique l'essence même de la sécurité juridique et la relie directement à celle d'Etat de droit. La confiance constitue en effet l'ossature commune à ces deux principes, qui sont indissociables sur ce plan »³⁵. Au niveau du droit européen, elle est reconnue en tant que « principe fondamental de la communauté »³⁶ et comme découlant du principe de sécurité juridique³⁷. Une dernière illustration peut être trouvée dans l'arrêt Cöeme. La Cour E.D.H. y raisonne tout à la fois sur le principe de sécurité juridique et son corollaire celui de bonne

²⁹ CEDH, 30 juillet 2000, *Jecius c. Lituanie*, §56. Dans le même sens, CEDH, 11 octobre 2007, *Nasrulloev c. Russie*, §71, CEDH, 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, §72, « La Cour doit par ailleurs s'assurer à cet égard que le droit interne est lui-même conforme à la Convention, y compris les principes généraux qui s'y trouvent contenus, de manière explicite ou implicite, notamment le principe de sécurité juridique » (souligné par nos soins), CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, §80

³⁰ CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, §74. Voir en ce sens : CEDH, 14 janvier 2010, *Atanascovski c. Ancienne République Yougoslave de Macédoine*, § 38

³¹ CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Allemagne*, §61

³² Concernant la prévisibilité et l'égalité de loi : CEDH, 18 janvier 2001, *Beard c. Royaume-Uni*, §81, « Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents. La Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre » ; le droit à un procès équitable et la prééminence du droit : CEDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Allemagne*, §61 ; la qualité de la loi : CEDH, 25 juin 1995, *Amuur c. France*, §53

³³ Origines sémantiques de l'Allemand : *Vertrauensschutz*, latines : *bona fides*, en Common law : *legitimate expectation*

³⁴ Jean-Marie Woehrling, La France peut-elle encore se passer du principe de confiance légitime ?, In *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, p.752

³⁵ Dominique Soulas de Russel, Philippe Raimbault, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 N°1, Janvier-mars, p.100

³⁶ CJCE, 16 mai 1979, *Tomadini*, aff. 84/78. En ce sens, CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor c. Allemagne*, aff.205-215/82, Rec. p.2669, §30, CJCE, 5 mai 1981, *Dürbeck c. Hauptzollamt Frankfurt Am Main Flughafen*, §47-48

³⁷ A titre d'illustrations, CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, §74, CJCE, 8 février 2007, *Groupe Danone c. Commission*, CJCE, 27 septembre 1979, *Eridania*

administration de la justice³⁸ : « L'article 6 'prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice'³⁹. Dans les circonstances de la cause, le comportement des autorités judiciaires se révèle compatible avec le juste équilibre à ménager entre les divers aspects de cette exigence fondamentale ».

Cette consécration première de la sécurité juridique au sein du droit de l'Union européenne n'est pas surprenante. Selon Bertrand Mathieu, « le principe de sécurité juridique a naturellement vocation à s'appliquer en matière économique car la régulation par le droit de cette matière particulièrement flexible et évolutive peut avoir des conséquences importantes »⁴⁰. Les référencements croisés entre la C.J.U.E. et la Cour.E.D.H. (comme dans l'arrêt Marckx⁴¹) ont certes mis en évidence l'influence de la jurisprudence communautaire mais ils finissent aussi par entraîner un véritable brouillage du principe, nuisant à sa compréhension. C'est ce brouillage qui donne l'impression d'un principe « fourre-tout » et qui pourrait remettre en cause son efficacité à moins que ce principe ne puisse être interpréter comme un principe « garde-fou » permettant d'absorber les incohérences d'un système en mutation.

B – Un principe contagieux

Paraphrasant Marcel Aymé dans sa nouvelle *Le Passe-muraille*, il est possible de dire que le principe de sécurité juridique garde intacte la « faculté de passer à travers les murs »⁴². La brève analyse du droit européen des droits de l'Homme et de l'Union européenne qui vient d'être faite laisse bien à penser que la reconnaissance du principe de sécurité juridique se fait par contagion des systèmes. Mais cette circulation du principe par les usages jurisprudentiels a aussi provoqué une circulation de sens. L'examen du droit interne s'impose pour dépasser son caractère vaporeux. En prémisses à celui-ci, il convient de préciser que le réel problème n'est pas tant le contenu du principe (puisque toutes les juridictions de droit interne respectent les exigences de sécurité juridique⁴³), mais plutôt sa force normative. C'est pour cela que

³⁸ Voir CEDH, 22 juin 2000, *Cöeme et autres c. Belgique*. Mention est faite de la sécurité juridique au paragraphe 146 en *obiter dictum*, à travers l'article 7 C.E.S.D.H. tandis que la référence à la bonne administration de la justice se situe au paragraphe 140.

³⁹ CEDH, 12 octobre 1992, *Boddaert c. Belgique*, §39

⁴⁰ Bertrand Mathieu, Constitution et sécurité juridique, *A.I.J.C.*, XV-1999, p.185

⁴¹ CEDH, 13 juin 1979 ; *Marckx c. Belgique*, série A, n°31, §58

⁴² Marcel Aymé, *Le Passe-muraille*, Gallimard : Paris, 2000, 222 p. Consultable sur : http://palf.free.fr/nouvelle/passe_muraille.htm. [Page consultée le 9 juin 2011]

⁴³ Jean-Michel Belorgey, L'expérience du Conseil d'Etat français, In *Regards croisés sur la sécurité juridique – Cour de cassation Séminaire Franco-Brésilien*, LPA, N° spéc., n°254, décembre 2006, pp.20-22 ; A titre d'exemples non exhaustifs : Cass. Civ., 2° ch., 17 mars 2011 : en matière de prévisibilité du droit ; Cass. Com., 8 mars 2011 : « la reconnaissance d'une décision rendue dans un autre Etat membre, [...], empêche que deux décisions inconciliables soient rendues ; que la position retenu par l'ordonnance entreprise permettrait à une partie en cas d'échec d'une procédure de saisie d'un bien, de la renouveler dans chacun des Etats membres où serait susceptible de se trouver ce bien, ce qui serait manifestement contraire à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par le règlement CE 44/2001 ; A ce sujet, voir notamment les études de François Luchaire, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, In *Les cahiers du Conseil constitutionnel : Le principe de sécurité*

l'analyse suivante ne portera que sur ce second point. Au niveau des cours suprêmes nationales, la Cour de cassation a tout d'abord été réticente à faire emploi de l'expression « sécurité juridique »⁴⁴ et n'en donne pas une définition claire⁴⁵. Au contraire, le Conseil d'Etat le reconnaît comme principe général du droit⁴⁶, ce qui tend à démontrer qu'il a parfaitement intégré l'utilisation de la sécurité juridique pour garantir la primauté et l'applicabilité directe du droit européen. Quant au Conseil constitutionnel, il va contribuer à renforcer ce déficit de sens lié aux interprétations divergentes du principe de sécurité juridique. Il a longtemps refusé l'emploi de l'expression pour ne pas consacrer un concept « nomade » mais aussi garantir l'ordre juridique national. L'expression n'est d'ailleurs apparue que graduellement dans sa jurisprudence. Dès 1984, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, les requérants ont avancé l'argument que « la sécurité juridique [...] fonde le droit des personnes dans une démocratie »⁴⁷. Le Conseil constitutionnel a cependant refusé de consacrer le principe dans cette décision et ainsi, a préféré éviter d'y faire directement référence. Par la suite, les requérants ont poursuivi leurs tentatives pour faire consacrer le principe mais sans succès. Malgré cette réticence du Conseil constitutionnel, l'expression « sécurité juridique » se retrouve dans sa jurisprudence récente dans des *obiter dicta*. A titre d'exemple, dans sa décision du 9 avril 1996⁴⁸, la sécurité juridique est évoquée par le biais de l'article 16 D.D.H.C. Le Conseil constitutionnel fondant quasi systématiquement le principe sur cet article, certains auteurs⁴⁹ en ont déduit une constitutionnalisation implicite de la sécurité juridique⁵⁰ tandis que d'autres rejettent cette thèse⁵¹. Les positions divergentes⁵² accroissent le flou ambiant : des auteurs préfèrent

juridique, Dalloz, n°11, Décembre 2001 ; Bertrand Mathieu, Constitution et sécurité juridique, *A.I.J.C.*, XV-1999, p.185

⁴⁴ Cass. Soc., 2 mai 2000, n°97-45323, Cass. com., 6 décembre 2005, n°04-19.541

⁴⁵ Elle fait néanmoins usage de l'effet différé dans le temps d'une règle de prescription pour combler une vide juridique et veiller à ne pas priver la victime d'un recours effectif au sens de l'article 6§1 C.E.S.D.H. (exigences de sécurité juridique). En ce sens : Cass., plen., 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20493

⁴⁶ CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres* ; CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Signalisation Travaux* : Le Conseil d'Etat pratique la modulation des effets dans le temps d'un revirement jurisprudentiel « eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision ».

⁴⁷ Cons. Const., 84-184 DC, 29 décembre 1984, consid. 31

⁴⁸ Cons. Const. 93-373 DC, 9 avril 1996, consid. 85 : « qu'eu égard à l'importance qui s'attache au respect de la répartition des compétences entre ces autorités, le souci du législateur de renforcer la sécurité juridique des décisions de l'assemblée ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel ; que dès lors le 1er alinéa de l'article 113 est contraire à la Constitution ».

⁴⁹ Bertrand Mathieu, Liberté contractuelle et sécurité juridique : les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier, *LPA*, 1997, n°29, pp.5-7 ; Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, Jurisprudence constitutionnelle, *JCP G*, 2000, I, 261, n°22, Bertrand Mathieu, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.1995*, Chron. p.211, Bertrand Mathieu, La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficace, *Mélanges Gélard*, 1999, Dominique Turpin (référence manquante)

⁵⁰ Bertrand Mathieu rattache la protection offerte par l'article 16 D.D.H.C. à l'Etat de droit et propose la consécration de la sécurité juridique comme objectif à valeur constitutionnelle pour limiter le législateur.

⁵¹ Franck Moderne, L'actualité des principes généraux du droit, *RFDA*, 1998, p.506 : septique sur la reconnaissance de la sécurité juridique comme principe à valeur constitutionnelle ; Jean-Eric Schoettl, commentaire décision 98-404 DC, *AJDA*, 1999, p.23 et s. : le Conseil, en limitant la portée rétroactive des lois fiscales « consacre un nouvel aspect de la sécurité juridique en évitant d'ériger celui-ci de façon générale et prétorienne, en principe constitutionnel non écrit ».

rattacher le principe à la sûreté⁵³ (article 2 D.D.H.C.) quand d'autres le lient à l'Etat de droit (sécurité)⁵⁴. En 2007, dans le cadre d'une réserve d'interprétation⁵⁵, le Conseil constitutionnel a énoncé que : « le législateur a prévu que les dispositions prises localement sur le fondement d'une habilitation ne pourront être modifiées par une loi ou par un règlement ultérieur que si ceux-ci le prévoient 'expressément' ; que cette précision, qui tend à assurer une meilleure sécurité juridique, n'est pas contraire à la Constitution ». Mais l'avancée majeure semble pouvoir être trouvée dans la décision du 6 octobre 2010⁵⁶. C'est dans son dispositif que le Conseil constitutionnel emploie l'expression de « sécurité juridique », autrement dit en *ratione decidendi*. Le fait que cette décision intervienne lors d'une Q.P.C. n'est sans doute pas étranger à l'évolution du principe ; l'atteinte par une disposition législative en vigueur aux droits et libertés garantis par la Constitution obligeant le Conseil à recourir explicitement au principe de sécurité juridique⁵⁷. Il réitère la référence au dit principe dans sa décision du 17 juin 2011⁵⁸. Dans cette Q.P.C., il innove en rattachant le principe de sécurité juridique à celui d'égalité.

Le principe de sécurité juridique aurait pu retrouver sa fonction première, celle de réassurance du droit avec la Q.P.C. car cette dernière va permettre un contrôle *a posteriori* d'une loi qui a déjà produit ses effets. Or, ce principe nomade, allant d'ordre en ordre, mute. Cette circulation de sens par l'emploi de principes voisins, comme ceux de prévisibilité ou de clarté de la norme, finit par en donner une image brouillée ; image brouillée qui atteint les juridictions internes. L'usage fait du principe par le Conseil constitutionnel lors d'une Q.P.C. démontre qu'il est destiné à absorber les imperfections d'un système de plus en plus complexe qui véhicule, par la primauté du droit européen, ce « droit gazeux »⁵⁹. « Une sorte de contagion épistémologique se propage et attaque la « notion remède » du mal qu'elle est censée combattre »⁶⁰. Son avenir national sera donc lié à l'utilisation jurisprudentielle qui lui est réservée après la mise en place de la Q.P.C. Mais cette dernière va perturber les rapports de systèmes : primauté du droit européen, caractère prioritaire de la question préjudicielle et mesures provisoires se conjuguant difficilement.

⁵² Arnaud Borzeix, La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ?, *RDJ*, 2010, n°4, pp.981-1002

⁵³ François Luchaire, La sécurité juridique en droit constitutionnel français, *In Les cahiers du Conseil constitutionnel, Le principe de sécurité juridique*, Dalloz, n°11, Décembre 2001 ; Dominique Rousseau, Chronique de jurisprudence constitutionnelle, 1995-1996, *RDJ*, 1997, p.13

⁵⁴ Louis Favoreu, Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ?, *D.*1995-1, C.82

⁵⁵ Cons. const. 15 février 2007 DC n°2007-547, consid. 36

⁵⁶ Cons. const., 6 octobre 2010, QPC n°2010-45, *M. Mathieu P.*

⁵⁷ Cf. II – Un pronostic réservé p. 11

⁵⁸ Cons. const., 17 juin 2011 QPC n°2011-138, consid. 6 et 8, *Association Vivraviry* : « Considérant qu'en adoptant l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme, le législateur a souhaité empêcher les associations, qui se créent aux seules fins de s'opposer aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols, de contester celles-ci ; qu'ainsi, il a entendu limiter le risque d'insécurité juridique ; [...] Considérant qu'au regard de l'objet de la loi, les associations qui se créent postérieurement à une demande d'occupation ou d'utilisation des sols ne sont pas dans une situation identique à celle des associations antérieurement créées ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ».

⁵⁹ Note de bas de page n° 5

⁶⁰ Dominique Soulas de Russel, Philippe Raimbault, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, *In: Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 N°1, Janvier-mars. p 86

II – Un pronostic réservé

« Peut-être eût-il vieilli dans la paix de ses habitudes sans avoir la tentation de mettre ses dons à l'épreuve, si un évènement extraordinaire n'était venu soudain bouleverser son existence⁶¹ » : la Q.P.C. La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation semble donner une seconde vie à ce principe (A). Mais cette santé retrouvée ne pourrait être que de courte durée. Le principe vient toujours à se heurter à la perméabilité des systèmes ce qui va rendre son utilisation plus difficile. Il faut dire que la coexistence des contrôles de constitutionnalité *a posteriori* et de conventionnalité n'est pas des plus aisée à cause du refus persistant du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi nationale par rapport à un traité international. Alors, le principe de sécurité juridique qui aurait pu paraître en première analyse comme réassurant les rapports de droit ne fait en définitive que déstabiliser le droit interne. L'arrêt Melki donne une parfaite illustration de cette complexification des rapports par le jeu de la primauté du droit européen (B). Il devient donc impératif de ne plus « rendre compte de la question prioritaire de constitutionnalité au travers du prisme normatif » puisque toute tentative de restauration de la prééminence de la Constitution « aboutit à une impasse. L'envisager sous l'angle du pluralisme ouvre en revanche de vastes perspectives »⁶².

A – Une seconde vie avec la Q.P.C ?

La tradition républicaine française est l'héritière d'un lourd passé jacobin. Dans la pensée jacobine, la République est centralisée, unifiée et indivisible. L'immunité juridictionnelle de la loi y joue un rôle central et pour reprendre les termes de Louis Favoreu, elle est liée « à l'idée de sécurité juridique dont elle constitue une garantie »⁶³. L'entrée en vigueur de la Q.P.C., le 1^{er} mars 2010, a donc poussé le Conseil constitutionnel à recourir explicitement et rapidement à la sécurité juridique. C'est dans la décision du 6 octobre 2010 qu'il y a fait référence pour la première fois dans ses motivations⁶⁴. Toutefois, il met entre parenthèses la protection des droits fondamentaux pour privilégier la stabilité de l'ordre

⁶¹ Marcel Aymé, *Le Passe-muraille*, Gallimard : Paris, 2000, 222 p. Consultable sur : http://palf.free.fr/nouvelle/passe_muraille.htm. [Page consultée le 9 juin 2011]

⁶² Pascal Puig, *La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première...*, *RTD Civ.*, 2010.66

⁶³ Louis Favoreu, *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel*, *Cahiers du Conseil constitutionnel : L'accès des personnes à la justice constitutionnelle*, mai 2001, n°10. Consultable sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/sur-l-introduction-hypothetique-du-recours-individuel-direct-devant-le-conseil-constitutionnel.52373.html>. [Page consultée le 8 juin 2011]

⁶⁴ Cons.Const., 6 octobre 2010 QPC n°2010-45, *M. Mathieu P* Cons. 7 : « qu'en égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives »

interne⁶⁵. Ainsi il énonce que : « les actes réglementaires pris sur son fondement (référence est faite à l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques) ne sont privés de base légale qu'à compter de cette date ; que les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Cette position bien que surprenante peut être expliquée par la priorité donner au renforcement de l'ordre juridique national. Pour cause, l'article 23-2, 3⁶⁶ de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, a « entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁶⁷. Dans le même temps, le législateur organique a opté pour le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité - quant aux moyens soulevés devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation -, et ce, pour palier d'éventuels problèmes de contentieux aux niveaux des Cours suprêmes, clefs du prétoire des sages de la rue Montpensier. Il a là une source de complexification du droit par la conjugaison de la primauté du droit européen avec le caractère prioritaire de la question préjudicielle, le tout dans un monde de *nuages*. Pour étoffer ces propos, la Q.P.C. permet aux justiciables la saisine du Conseil constitutionnel, par question préjudicielle et après filtrage opéré par les Cours suprêmes, si « une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁶⁸. Ces mêmes droits et libertés garantis par la Constitution le sont aussi bien souvent par les traités internationaux et en particulier, par la C.E.S.D.H. Dans ces conditions, la Q.P.C. est un mécanisme qui pourrait fragiliser la sécurité juridique en transformant l'esprit de la réforme. Elle voulait épurer toutes les lois non conformes à la constitution par l'introduction de se nouveau recours et renforcer la garantie des libertés individuelles. Mais c'était oublier l'ancrage du contrôle de conventionnalité⁶⁹ et l'article 66 de la Constitution⁷⁰ qui font des Cours suprêmes internes les garants ordinaires des droits fondamentaux et des libertés individuelles. Ceci révèle d'ailleurs que cette réforme n'a été pensée que dans un cadre clos, celui de l'ordre juridique étatique...

L'opportunité de l'intégration d'un tel recours dans notre système, déjà soumis au droit européen, est encore plus discutable au vu des exemples de droit comparé. Au niveau de l'Europe, l'originalité française est d'intégrer le contrôle *a posteriori* concret tout en ayant un contrôle *a priori* abstrait ancré dans le système. Les expériences étrangères attestent qu'un des

⁶⁵ Cons.Const., 6 octobre 2010 QPC n°2010-45, *M. Mathieu P*, Cons.7 *in fine*

⁶⁶ Article 23-2, 3°, issu de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, J.O. 11 décembre 2009

⁶⁷ Cons.const., 3 décembre 2009, DC 2009-595, cons.14. Voir en ce sens, CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher* et CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor Atlantique*. Une critique est à apporter au caractère prioritaire de la Q.P.C. Le professeur Paul Cassia mentionne que « l'accélération du contrôle de constitutionnalité inhérent à son caractère prioritaire (la juridiction doit se prononcer « sans délai ») comme le sursis à statuer consécutif à la transmission de la question à la juridiction suprême ou au renvoi au Conseil constitutionnel ont pour double effet mécanique de dissocier dans le temps l'examen du bien-fondé des exceptions d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité au profit de la seconde, en méconnaissance du principe d'équivalence, et d'empêcher, au cas où la disposition législative serait abrogée, l'examen de sa compatibilité avec le droit de l'UE, en méconnaissance du principe d'effectivité ». Voir Paul Cassia, Question sur le caractère prioritaire de la Q.P.C., *AJDA*, 2009, p.2193

⁶⁸ Article 61-1 de la Constitution de 1958

⁶⁹ Cass., Ass., 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre* et CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*

⁷⁰ Article 66 de la Constitution : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

deux contrôles se retrouve « vidé » et ne fait l'objet que d'un faible nombre de recours par an⁷¹. L'autre inconvénient majeur est l'effet suspensif qui fait peser sur la loi contestée des risques d'insécurité juridique. Passant outre ses mises en garde, l'article 62 de la Constitution, modifié par la réforme du 23 juillet 2008, donne la possibilité au juge constitutionnel de prendre des mesures provisoires dans le cadre de l'article 61-1. Mais c'était raisonner dans un cadre clos, celui étatique. Il y a là en effet un défaut non négligeable de cette réforme qui rend difficile la conjugaison du caractère prioritaire de la question préjudicielle, de la primauté du droit européen avec l'usage de mesures provisoires. Cette déficience ne tardera pas à être révélée par la jurisprudence relative à la garde-à-vue « à la française » et plus particulièrement, celle constitutionnelle qui conforte les craintes concernant l'insécurité juridique apportée par l'effet suspensif dans le cadre d'une Q.P.C. Un bref rapide de cette épopée s'avère maintenant nécessaire pour illustrer ses propos. Même si l'expression de « sécurité juridique » n'est pas apparue dans la décision du 30 juillet 2010⁷², relative à la garde à vue, il a bien été question ici d'impératifs de sécurité juridique, justifiant l'usage de l'effet différé. Pour rappel, le Conseil constitutionnel a rejoint la position de la Cour E.D.H. mais a usé de l'article 62, pour différer les effets de la censure au 1^{er} juillet 2011. Il s'est prononcé sur la non-conformité du régime de la garde à vue française aux droits garantis par la Constitution ; ledit régime est resté néanmoins applicable⁷³, en l'état, jusqu'aux récents arrêts de la Cour de cassation du 15 avril 2011⁷⁴. La Haute Cour a, en effet, renversé sa jurisprudence des arrêts du 19 avril 2010, qui se conformaient quant à eux à la position du juge constitutionnel, pour obliger à l'application immédiate du régime de la garde-à-vue. La première présidente de la Cour de cassation a légitimé ce revirement par communiqué de presse. Elle y énonce que : « les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable »⁷⁵. Il s'ensuit la publication au Journal Officiel de la République française de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue⁷⁶. Malgré ce premier pas du législateur, le cheminement de la réforme de la procédure

⁷¹ Pour ces raisons, l'Espagne⁷¹ a supprimé le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois par la LOTC du 5 juin 1985. Dans un système qui avait clairement opté pour le recours d'*amparo*, contrôle *a posteriori* des lois, l'introduction de ce recours *a priori* avec effet suspensif de la loi contestée a fait prendre des risques trop grands.

⁷² Cons.const. 30 juillet 2010 QPC n° 14/22, *M. Daniel W. et autres*, cons. 30

⁷³ En rappel, la Cour E.D.H. avait sanctionné la France dans son arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010. La Cour de cassation avait suivi la position du Conseil constitutionnel quant à l'effet différé, reporté au 1^{er} juillet 2011, de la mise en conformité avec le droit européen dans trois arrêts du 19 octobre 2010.

⁷⁴ Cass. Ass., 15 avril 2011, n° P 10- 17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242. Dans ces arrêts, il n'y a pas lieu pour la Cour de cassation de différer dans le temps l'application de la C.E.D.H.

⁷⁵ Première Présidente de la Cour de cassation, Communiqué de presse du 15 avril 2011, In http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/presidence_relatif_19793.html, [Page consultée le 9 juin 2011]

⁷⁶ JORF n°0089 du 15 avril 2011, loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Selon l'article 26 de la présente loi, elle entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant sa publication au Journal Officiel et au plus tard au 1^{er} juillet 2011. Concernant la notification du droit au silence, le Garde des Sceaux a demandé par circulaires (pour la plus explicite : Circulaire n°CRIM-11-8-E6-15.04.2011) l'application immédiate des arrêts de l'Assemblée plénière. Pour consulter les circulaires : Olivier Bachelet, L'Assemblée plénière de la Cour de cassation applique immédiatement les effets de l'inconventionnalité de la garde à vue « à la française », *Combats pour les droits de l'Homme*, publié le 19 avril 2011. Disponible sur : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/04/19/garde-a-vue-fin-de-letat-durgence-debut-de-lassistance-effective-et-du-droit-au-silence-cass-ass-plen-15-avril-2011/> [Page consultée le 4 juin 2011]. M. Olivier Bachelet fait mention dans son article d'une « originalité » quant à la mise en application desdites circulaires : « non mises

pénale a connu un dernier épisode jurisprudentiel. Par quatre arrêts du 31 mai 2011⁷⁷, la Chambre criminelle a annulé les procès-verbaux d'audition recueillis au cours de mesures de rétentions douanières ou de garde à vue, antérieures au 15 avril 2011, tout en se fondant sur l'article 6§3 C.E.S.D.H. Il convient de rappeler que la position de la Cour E.D.H. était prévisible au niveau de la notification du droit au silence au gardé à vue et du droit à l'avocat. L'évolution de la jurisprudence européenne condamnant régulièrement la garde-à-vue « à la française » laissait entrevoir un tel aboutissement⁷⁸. Mais face à un législateur se dérochant à une réforme de fond de la procédure, le choix délicat est revenu au Conseil constitutionnel, gardien de l'ordre juridique national, de trancher entre les deux pendants de la sécurité juridique, à savoir ceux d'orientation et de réalisation⁷⁹. Outre les critiques sur cette décision, il faut voir qu'il a rempli son office de juge, avec les moyens mis à sa disposition, puisque « dire le droit, c'est donner un sens à telle ou telle disposition de la Constitution ou des déclarations par un travail d'interprétation des mots dont la logique est de mettre le juge d'une part en face de plusieurs significations possibles, d'autre part dans l'obligation professionnelle d'en choisir une »⁸⁰ ; il ne définit pas explicitement la sécurité juridique⁸¹ dans son considérant mais par ce choix d'interprétation privilégiant la cohérence de l'ordre juridique national⁸². Cependant pour les juges de Strasbourg, la sécurité juridique ne peut se concevoir sans le respect des libertés individuelles et surtout pas par leur paralysie provisoire. Dans deux arrêts du 9 juin 2011⁸³, la Cour E.D.H. va rendre plus que discutable l'emploi de mesures provisoires et le gel des libertés garanties conventionnellement par le Conseil constitutionnel. Ils mettent en valeur la solution de la Cour de Karlsruhe se conformant immédiatement aux exigences européennes par l'obligation faite aux juridictions allemandes d'examiner « sans délai » la situation des individus faisant l'objet d'une rétention de sûreté.

Au-delà du brouillage du principe de sécurité juridique, demeure une crispation entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation : la première garante des libertés individuelles et habituée à la pratique du contrôle de conventionnalité tandis que la seconde tente de devenir une Cour suprême⁸⁴. Cet imbroglio jurisprudentiel, concernant le régime de la garde à vue, a obscurci la compréhension de la règle de droit. Le principe de sécurité juridique aurait pu connaître une nouvelle vie avec la Q.P.C. Mais l'utilisation de l'effet

en ligne sur circulaire.gouv.fr ces circulaires, appliquées dès le soir des décisions de la Cour de cassation, ne sont légalement ni applicables par l'administration ni opposables aux administrés en vertu du décret du 8 décembre 2008 ».

⁷⁷ Crim., 31 mai 2011, n°10-88.809, n°10-80.034, n°10-88.293 et n°11-81-412

⁷⁸ CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c/Turquie* ; CEDH, Gr. Ch., 13 octobre 2009, *Dayanan c/Turquie* ; Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c.France*

⁷⁹ Voir note 9 p. 3

⁸⁰ Dominique Rousseau, Une résurrection : la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p.16

⁸¹ A ce propos, se reporter à : Cons.Const., 6 octobre 2010 QPC n°2010-45, *M. Mathieu P*, Cons.7

⁸² Dans plusieurs autres décisions concernant l'effet différé, le Conseil constitutionnel a également usé de l'article 62 pour des impératifs de sécurité juridique⁸², tout en omettant que la sécurité juridique était une garantie des droits. Voir à ce propos : Cons.const., 28 mai 2010 QPC n° 2010-1, *Consorts L.* (dite « *crystallisation des pensions* »), cons. 12 ; Cons.const. 30 juillet 2010 QPC n° 14/22, *M. Daniel W. et autres*, cons. 30, Cons.const., 6 octobre 2010 QPC n°2010-45, *M. Mathieu P.*

⁸³ CEDH, 5^e sect., 9 juin 2011, *Schmitz c. Allemagne*, n°30493/04 ; CEDH, 5^e sect., 9 juin 2011, *Mork c. Allemagne*, n°31047/04 et 43386/08

⁸⁴ En ce sens : G Alberton, Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?, *AJDA* 2008, p.967.

différé pour des impératifs de sécurité juridique a conduit à amoindrir la protection conventionnelle dont bénéficient les individus. La réglementation de la garde-à-vue en est devenue imprévisible. Et ce n'est pas l'emploi de la sécurité juridique en *obiter dictum* qui a pu rendre le principe plus effectif. Cette tentative vers un retour de la prééminence de la norme constitutionnelle aboutit au final à transformer le principe de sécurité juridique en un principe déstabilisant les rapports de droit ; le principe de sécurité juridique venant se heurter au principe de primauté qui lui a une valeur absolue.

B – Une complication prévisible: la primauté du droit européen

C'était omettre que « le droit doit être non le secret des puissants mais la règle publique et commune, car la règle est tyrannique tant qu'elle est imprévisible [...] »⁸⁵. Suite aux développements précédents, beaucoup de questions se posent sur le pronostic vital du principe de sécurité juridique. Peut-il continuer son rôle de protection après l'entrée en vigueur de la Q.P.C ? Apportera-t-il la sécurité juridique face à cette complication prévisible qu'est la primauté du droit européen ? Nuages à l'horizon... Hier la réalisation de l'Etat de droit ne pouvait se faire sans le respect du principe de sécurité juridique. Tels sont d'ailleurs les derniers mots de Hans Kelsen dans *La théorie pure du droit*⁸⁶. Mais c'est un système clos, où le droit est identifié à l'Etat. Dans cette hypothèse, le contrôle de constitutionnalité revêt une importance particulière. L'interprète authentique devient le conciliateur des notions d'Etat de droit et de sécurité juridique pour garantir la stabilité de la structure normative. Cependant, « l'image de la pyramide sagement organisée et hiérarchisée appartient plus au monde de la mythologie qu'à celui de la réalité. Ce que l'on appelle ordre juridique est, la plupart du temps, un labyrinthe plus ou moins obscur, un dédale où plusieurs portes offrent des choix multiples, où plusieurs ordres juridiques se croisent, se combattent quelquefois, se conjuguent sans véritablement se hiérarchiser »⁸⁷. L'article 55 de la Constitution de 1958, qui reconnaît une valeur supra-législative et infra-constitutionnelle aux traités et accords ratifiés, a ouvert la porte à la perméabilité de l'ordre juridique interne. « Dans le corps du droit national, s'est inséré un corps de droit venu d'ailleurs, non point une collection de normes figées, mais un corps vivant, qui continue à produire du droit »⁸⁸. Cette production continue du droit par tension entre le relatif et l'universel⁸⁹ est animée par les juridictions qui sont devenues des forces ordinatrices endogènes tentant d'équilibrer le système juridique dorénavant ouvert et perméable.

Mais au royaume des nuages, l'incertitude est reine. La Q.P.C. tant attendue a eu un effet si ce n'est imprévisible du moins gênant en ouvrant une seconde porte du *labyrinthe* normatif : celui de promouvoir l'insécurité juridique en déstabilisant la cohérence de la

⁸⁵ René Capitant, La coutume constitutionnelle, *RDP*, 1979, p.959

⁸⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit de l'allemand par Charles Eisenmann, LGDJ, 1999, p.367.

⁸⁷ Michel Miaille, Désordre, droit et science, In Paul Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF : Paris, p.91

⁸⁸ Jean Carbonnier, *Droit et passions du droit sous la Ve République*, Flammarion : Paris, 1996, p.36, Coll. Champs essais

⁸⁹ Mireille Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Les forces imaginantes du droit : Tome I, Seuil : Paris, 2004, 439 p.

structure normative. Peu de temps après son entrée en vigueur, elle a fait l'objet d'un affrontement jurisprudentiel. La résistance de la Cour de cassation concernant le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité de l'article 61-1 face à la primauté du droit européen était prévisible. Elle a commencé par un arrêt du 16 avril 2010⁹⁰ où une question préjudicielle a été posée à la C.J.U.E. à l'occasion de l'examen d'une Q.P.C. pour déterminer si son caractère prioritaire pouvait être contraire au droit de l'Union européenne. Dans un arrêt du 22 juin 2010⁹¹, la C.J.U.E. a validé la conformité de la Q.P.C., sous certaines réserves. Modulant sa jurisprudence traditionnelle⁹², elle a rejoint ainsi les positions du Conseil constitutionnel⁹³ et du Conseil d'Etat⁹⁴ en énonçant que : « l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un Etat membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, [...] toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles ». Cependant, elle a précisé concernant ce même caractère prioritaire : « dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union ». Grâce à l'utilisation de la technique de la réserve d'interprétation, la C.J.U.E. a permis résolu le litige sans heurt par dialogue des juges⁹⁵. En d'autres termes, c'est un exemple probant de sa capacité à être une force ordinatrice endogène. « Il n'y a plus de pensée unique, centralisée ou coordonnée au niveau de l'Etat. L'ère est au pluralisme, à un *ordre des ordres juridiques* fondé sur l'harmonisation spontanée. Chaque ordre aspire à devenir un modèle pour les autres et chaque modèle s'inspire de celui des autres. Parce que commander ne suffit plus, il faut convaincre. La sécurité juridique est à ce prix. [...] Le succès de la question de constitutionnalité ne dépendra ni de son prétendu caractère « prioritaire », ni de la place de la Constitution dans l'ordonnement juridique, mais de la qualité du dialogue, formalisé ou non, qu'elle suscitera entre les juridictions. Autant dire que la clef de la réforme réside [...] dans la façon dont elle sera effectivement et spontanément appliquée. Il est temps d'abandonner Kelsen et de relire Hayek »⁹⁶. L'arrêt Melki s'inscrit pleinement dans cette logique puisque tout en demandant aux juges ordinaires de retenir une interprétation de la Q.P.C. conformes aux exigences de primauté du droit communautaire, invite au dialogue, il conjugue dans la tolérance normes

⁹⁰ Cass., 16 avril 2010, n°10-40.001, D., 2010, p.1254

⁹¹ CJUE, Gde Ch., 22 juin 2010, A. Melki et S. Abdeli, C-188/10 et C.189/10

⁹² CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77

⁹³ Cons.constit., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *AJDA* 2010, p.1048

⁹⁴ CE, 14 mai 2010, *Rujovic* ; CE, réf., 16 juin 2010, *Assetou Diakité*,

⁹⁵ Gaëlle Marty, L'« UE-compatibilité » de la question prioritaire de constitutionnalité, Consultable sur : www.law.uj.edu.pl/~spf/referaty/MARTI.doc. [Page consultée le 9 juin 2010]

⁹⁶ Pascal Puig, La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première, *RTD Civ.*, 2010.66

communautaires et constitutionnelles⁹⁷. La position de la C.J.U.E. était là encore prévisible. Dans un précédent arrêt *Mecanarte*⁹⁸, elle a énoncé que « les juridiction nationales *doivent disposer* de la faculté la plus étendue de saisir la Cour de justice si elles considèrent qu'une affaire devant elles soulèvent des questions exigeant une interprétation ou une appréciation de validité des dispositions communautaires ». En conséquent, le caractère prioritaire de la question préjudicielle de constitutionnalité ne peut être compris comme un gage de supériorité. De façon plus explicite, ce caractère prioritaire ne peut empêcher le juge national, juge de la conventionnalité, de poser une question préjudicielle à la C.J.U.E. concernant l'interprétation ou la validité de normes communautaires.

Cet arrêt *Melki* a cependant laissé les problèmes liés à l'application de la primauté en droit interne complets. L'aptitude laissée au juge national de moduler l'application d'une décision de non-conformité dans le temps a rendu la règle de droit incertaine et imprévisible. Pour mieux comprendre la portée de cet arrêt, un bref rappel doit être fait sur cette notion. La définition de la primauté a du se faire de manière prétorienne puisque les traités n'en faisaient pas mention⁹⁹. En lui octroyant un caractère absolu, la C.J.U.E. a fait d'elle une obligation positive. Cela signifie que les Etats membres ont l'obligation d'appliquer le droit communautaire et de garantir son effectivité en droit interne. Ils ne peuvent invoquer une règle de droit interne, même de rang constitutionnel, pour y déroger. L'obligation positive se rapproche donc d'une obligation de résultat, les Etats restant libres quant aux moyens mis en œuvre pour appliquer la primauté. Pour se faire, la France a intégré l'article 88-1 dans la Constitution. Et c'est ce respect de la primauté du droit européen qui a fait défaut lors de l'usage de la sécurité juridique dans le cadre d'une Q.P.C. Les juridictions nationales ont dû de ce fait « geler » les droits et libertés individuelles garantis conventionnellement pour se conformer à l'objectif de renforcement de l'ordre national promu par la réforme du 23 juillet 2008. Ce recours ayant pour fin la protection des droits et libertés individuelles a eu pour effet secondaire non désirable l'amoindrissement des libertés fondamentales. Pour toutes ses raisons, le nouveau recours offert par l'article 61-1 de la Constitution suscite encore bien des interrogations. Au titre du bilan positif, le rapport d'information de l'Assemblée Nationale¹⁰⁰ peut être cité. Il met en avant le caractère attractif de ce nouveau recours, la mesure faite par

⁹⁷ Nous renvoyons ici aux termes de Gaëlle Marty qui le qualifie « d'exemple de tolérance constitutionnelle ». Voir Gaëlle Marty, L' « UE-compatibilité » de la question prioritaire de constitutionnalité, Consultable sur : www.law.uj.edu.pl/~spf/referaty/MARTI.doc. [Page consultée le 9 juin 2010]

⁹⁸ CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte*, C. 348/89

⁹⁹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C. 26-62 : la CJUE affirme que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants. Ce principe de primauté est ici reconnu comme un principe fondamental de l'ordre communautaire ; CJUE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 : « que le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, **se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire** et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » et qu'ainsi « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté » (passage mis en gras par nos soins) ; en ce sens, CJUE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C.106/77.

¹⁰⁰ Jean-Luc Warsmann, *Rapport d'information de la Commission des lois constitutions, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, 5 octobre 2010. Consultable sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2838.asp#P122_16124. [Page consultée le 9 juin 2011]

le Conseil constitutionnel des abrogations par l'application différée des censures ou encore le « test de validité » dont a fait l'objet le mécanisme mis en place par le législateur organique lors de l'arrêt de la C.J.U.E. du 22 avril 2010. Mais l'emploi de l'expression de « sécurité juridique » par le Conseil constitutionnel révèle un bilan plus mitigé sur la priorité de la question préjudicielle de constitutionnalité. Pour rappel, devant la complexification des rapports de systèmes suite à l'entrée en vigueur de la Q.P.C., il a dû très rapidement employer la sécurité juridique dans ses motivations. Il y a là la verbalisation d'un désir de réassurance de l'ordre juridique interne passant par la clôture de ce dernier sur lui-même ; verbalisation qui a prouvé que le principe de sécurité ne pouvait être effectif dans un ordre « se pensant » clos. En effet, le principe de sécurité juridique n'a pu palier aux inconvénients engendrés par ce nouveau recours tel que l'emploi de mesures provisoires en découlant. Comme le craignait le Pr. Yves Gaudemet, la Q.P.C. a confirmé qu'elle était une aventure hasardeuse¹⁰¹.

D'un principe « à tout faire », « fourre-tout » ou encore « garde-fou », il en est devenu un principe caricaturé sans doute parce que sa nature l'y expose. Contrairement aux clichés de départ qui laissaient supposer que le principe était destiné à la fois à amortir les effets de la primauté du droit communautaire dans le cadre des rapports de système et à réassurer le droit interne, ce principe semble aujourd'hui fragilisé. Les juges se heurtent à une définition multiforme du principe de sécurité juridique que ce soit en droit interne ou externe. A cela, il s'est ajouté la mise en place de la Q.P.C. qui oblige le juge constitutionnel à prendre des décisions risquant de déstabiliser l'ordre juridique national et à avoir recours au principe de sécurité juridique. Et ce ne sont pas les mesures provisoires offertes par l'arrêt Melki ou encore l'article 62 de la Constitution qui permettent une meilleure protection des libertés fondamentales. Elles ne font qu'ajouter du provisoire à la complexité des rapports. Les justiciables sont dans cette hypothèse doublement sanctionnés : le provisoire peut ne pas être confirmé tout en ne bénéficiant pas de la protection conventionnelle de leurs libertés individuelles. La protection émanant du principe de sécurité juridique trouve ici ses limites et oblige le juriste à mener une réflexion plus approfondie sur les vertus de ce dernier. Efficace dans le cadre européen pour harmoniser le droit des Etats membres, il échoue en droit interne à protéger les libertés individuelles. Pour y remédier, plusieurs solutions peuvent être proposées. Cette harmonie spontanée des rapports de système débutée par les cours européennes pourrait gagner en efficacité à condition que le Conseil constitutionnel intègre « enfin » dans ses instruments de contrôle les traités, ou tout du moins, la C.E.S.D.H. Vaste et très ancien débat, sans doute réactivé par les problèmes rencontrés aujourd'hui par la mise en œuvre de la Q.P.C... Pour terminer, la sécurité *du* juridique n'est plus un synonyme d'un ordre *du* juridique lié à l'Etat. Le recours à la prééminence de la Constitution ou encore toute vocation exagérée à commander par voie légale ne sont que des barrières étatiques mal conceptualisées qui nuisent à l'harmonisation du droit et à la reconstitution de l'univers normatif du principe de sécurité juridique par les juges. « La question ne devrait pas être de savoir 'qui aura le dernier mot', d'un point de vue institutionnel, mais 'qui aura dit le meilleur

¹⁰¹ Yves Gaudemet, L'exception d'inconstitutionnalité : une aventure institutionnelle, L'ENA Hors les murs : La Constitution de la Ve République 50 ans après, Octobre 2008. Consultable sur : http://dpa.u-paris2.fr/IMG/pdf/L_exception_d_inconstitutionnalite_une_aventure_institutionnelle.pdf. [Page consultée le 9 juin 2011]

mot', c'est-à-dire le plus juste, d'un point de vue substantiel »¹⁰². Le juge et les justiciables doivent pouvoir utiliser les instruments juridiques qui assurent la meilleure protection des libertés individuelles afin qu'une véritable concurrence s'instaure entre les ordres juridiques et redonne tout son sens au principe de sécurité juridique.

* *

*

¹⁰² Pascal Puig, La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première..., *RTD Civ.*, 2010.66